



Legal Newsletter n. 1/2017

Tax & Legal

kpmg.com/it



Sommario

Arbitrato per le controversie finanziarie (Acf) - Regolamento Consob n.19602/2016

Antitrust - Approvato lo schema definitivo del Decreto Legislativo attuativo della Direttiva 2014/104/UE

Banche - Misure urgenti per la tutela del risparmio (D.L. n. 237/2016)

Colpa cosciente nel caso Thyssen - La riduzione del dolo eventuale e dell'area dell'omicidio volontario nelle motivazioni della cassazione (Cass. Pen., n. 52511/2016)

Distacco di lavoratori in ambito UE - Nuove regole col D. Lgs. n. 136/2016

IVASS - Guida per le compagnie assicurative in relazione alla direttiva 2009/138/CE (Solvency II)

IVASS - Regolamento n. 33/2016: nuova Informativa al pubblico e all'IVASS da parte delle compagnie assicurative

IVASS - Regolamento n. 30/2016: nuove regole in materia di vigilanza sulle operazioni infragruppo e sulle concentrazioni di rischi

Licenziamento del dipendente 'per maggior profitto' del datore di lavoro - legittimo anche in assenza di crisi (Cassazione 7/12/2016, n.25201)

Previdenza sociale - la legge di bilancio 2017 introduce l'A.P.E. e la R.I.T.A.

Procedure concorsuali: proposta di direttiva UE COM (2016)723 su ristrutturazioni e seconda opportunità

Società in house e appalti - sono soggetti terzi gli enti pubblici diversi dai soci (Decreto Legislativo 50/2016 e Sentenza C-553/15 della Corte UE)

Arbitrato per le controversie finanziarie (Acf) - Regolamento Consob n.19602/2016

L'arbitrato per le controversie finanziarie (cd. Acf) dal 9 gennaio scorso è pienamente operativo, quale strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra risparmiatori e intermediari finanziari.

Approvato lo scorso maggio dalla Commissione Nazionale per la società e la borsa (cd. Consob), con delibera n. 19602, il nuovo sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie finanziarie - in analogia all' Arbitro bancario finanziario (Abf) della Banca d'Italia - è caratterizzato dall'adesione obbligatoria degli intermediari e dalla natura decisoria della procedura.

Come si legge nel Regolamento dell'Acf, emanato da Consob ai sensi dell'articolo 2, commi 5-*bis* e 5-*ter* del Decreto Legislativo n. 179 del 8 ottobre 2007, l'accesso all'Arbitrato è del tutto gratuito per l'investitore e sono previsti termini ridotti per giungere a una decisione (ossia 90 giorni dal completamento del fascicolo contenente il ricorso, le deduzioni e la documentazione prodotta dalle parti).

In particolare, secondo quanto è stato stabilito dall'Authority, potranno essere sottoposte all'Arbitro tanto controversie (fino ad un importo richiesto di 500.000 euro) relative alla violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza cui sono tenuti gli intermediari nei loro rapporti con gli investitori nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio, quanto controversie che riguardano i gestori dei portali di *equity crowdfunding*.

Quanto all'operatività del nuovo arbitrato, per l'invio e la gestione del ricorso è stata prevista una procedura telematica al fine di garantire l'efficace e tempestivo funzionamento del sistema. Ciò al fine precipuo di consentire all'investitore di essere guidato nella fase di predisposizione del ricorso, evitando il possibile invio di istanze incomplete o incoerenti.

Il sistema, inoltre, permetterà la condivisione in tempo reale di tutti i documenti prodotti dalle parti nel corso della procedura, garantendo rapidità ed economia dei relativi adempimenti.

La procedura, così come elaborata dall'Authority e disciplinata nel Regolamento, assicura il pieno contraddittorio tra le parti, consentendo sia all'investitore che all'intermediario di rappresentare le proprie ragioni. La decisione dell'Acf non è vincolante per l'investitore che comunque potrà ricorrere all'autorità giudiziaria.

Quanto all'organizzazione, l'Arbitro si articola in un collegio decidente e in una segreteria tecnica della Consob avente compiti di supporto.

Oltre al presidente e due membri che sono nominati direttamente dalla Consob, altri due membri sono nominati (sempre dalla Consob, ma) su designazione, rispettivamente, del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti (Cncu) e delle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative.

Con l'introduzione dell'Arbitrato per le controversie finanziarie (Acf), Consob ha voluto così rafforzare quanto estendere le tutele per i risparmiatori.

Il nuovo sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie rappresenta solo un primo tassello di una più ampia e necessaria riforma del sistema bancario.

Antitrust - Approvato lo schema definitivo del Decreto Legislativo attuativo della Direttiva 2014/104/UE

Con il comunicato stampa del 14 gennaio 2017, il Governo ha reso noto di aver approvato lo schema definitivo del Decreto Legge per l'attuazione della Direttiva 2014/104/UE relativa alle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione di disposizioni del diritto della concorrenza. Lo scopo della Direttiva è in particolare quello di favorire il promovimento delle azioni di risarcimento da parte di imprese e consumatori che lamentino di aver sofferto un danno in conseguenza di intese anticoncorrenziali e abusi di posizione dominante.

Nel 2014, la Legge di delegazione europea ha fissato i principi e criteri direttivi specifici da rispettare nella stesura del decreto attuativo, chiarendo la necessità di:

- i. consentire che in relazione ad uno stesso caso possano essere applicate, anche parallelamente, le norme europee e nazionali in materia di intese e di abuso di posizione dominante;
- ii. prevedere che le disposizioni attuative della Direttiva si applichino alle azioni di risarcimento danni derivanti dalla violazione delle norme antitrust nazionali, ivi incluse le azioni di classe di cui all'art. 140-*bis* del Codice del consumo;



- iii. ampliare la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, concentrando le controversie relative alle violazioni del diritto della concorrenza presso un numero limitato di uffici giudiziari, individuati in base alla distribuzione sul territorio nazionale.

È questo, dunque, il contesto alla luce del quale esaminare lo schema di Decreto Legislativo di recente emanazione, volto a disciplinare il diritto al risarcimento del danno subito per effetto di una violazione del diritto della concorrenza; tenendo presente che il 'diritto della concorrenza', ai sensi dello schema di Decreto Legislativo include, oltre che gli articoli 101 e 102 TFUE e gli articoli 2, 3 e 4 della L. 287/1990, altresì le disposizioni di altri Stati membri che perseguono i medesimi obiettivi delle predette norme.

Obiettivo della disciplina è quello di facilitare il compito di coloro che ritengano di essere stati lesi da un illecito antitrust nell'instaurare e nel far valere i propri diritti nell'ambito dei giudizi risarcitori.

Soprattutto, si punta a semplificare il reperimento degli strumenti di prova necessari a dimostrare il danno subito. Processualmente, tale obiettivo viene perseguito, tra l'altro, prevedendo:

- i. il potere del giudice di richiedere, alle parti del giudizio risarcitorio, a terzi ovvero alle Autorità garanti (in relazione ai documenti contenuti nei fascicoli delle indagini svolte ovvero in corso di svolgimento), l'esibizione di elementi utili al giudizio risarcitorio, rafforzato dall'introduzione di sanzioni amministrative pecuniarie;
- ii. la presunzione che, salva prova contraria dell'autore della violazione, i cartelli siano sempre fonte di generici danni al mercato. In tal caso, al soggetto leso si richiede di dimostrare, unicamente, che gli effetti dannosi si sono prodotti nella sua sfera economica e sono di una determinata entità. Ai fini della quantificazione è, poi, fatto rinvio agli articoli 1223, 1226 e 1227 del Codice civile, prevedendo dunque espressamente la possibilità che il giudice provveda alla liquidazione del danno facendo ricorso ad una valutazione equitativa.

Con specifico riferimento all'ordine di esibizione, è bene chiarire come lo stesso possa essere emesso solo previa valutazione della sua proporzionalità. Peraltro, le parti ed i terzi che potrebbero essere destinatari dell'ordine hanno diritti di essere sentiti prima della relativa emissione; diversamente, l'Autorità garante ha diritto di essere informata (tramite la trasmissione degli atti rilevanti da parte del giudice) e di esprimere la propria opinione in ordine alla proporzionalità dell'esibizione, attraverso un vero e proprio parere da inserire nel fascicolo del giudizio risarcitorio.

Sotto un profilo oggettivo, poi, non tutti gli atti possono formare oggetto dell'ordine di esibizione. Lo schema di decreto fissa, infatti, un regime differenziato, distinguendo tra:

- i. *Black list*, relativa alle prove che non possono mai essere utilizzate nell'ambito dei giudizi risarcitori, (il riferimento è alle dichiarazioni legate a programmi di clemenza o alle proposte di transazione);
- ii. *Grey list*, avente ad oggetto le prove che possono essere utilizzate soltanto a condizione che sia già concluso il procedimento instaurato davanti all'Autorità garante (fermo il potere del giudice di disporre la sospensione del giudizio risarcitorio sino alla conclusione del procedimento amministrativo davanti all'Autorità garante, nell'ottica della salvaguardia dell'efficacia applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza);
- iii. *White list*, concernente le prove delle quali può essere concessa l'esibizione in qualsiasi momento.

Lo schema, inoltre, si occupa della tematica del c.d. *passing on*, che attiene alla difficoltà di allocare il danno lungo la filiera di approvvigionamento, in ragione del possibile trasferimento del sovrapprezzo lungo la catena produttiva/commerciale. I profili di criticità relativi al trasferimento del prezzo hanno riguardo, anzitutto, alle complessità legate alla dimostrazione dell'avvenuto trasferimento di tutto o parte del sovrapprezzo anticoncorrenziale. In proposito, viene riconosciuta la legittimazione attiva all'azione di risarcimento anche agli acquirenti indiretti, ponendo l'onere della prova di dimostrare l'intervenuto trasferimento in capo al soggetto che lo eccipisce in giudizio. La seconda criticità concerne, invece, il coordinamento delle azioni tra gli acquirenti che si trovano a livelli diversi della catena commerciale. Questa problematica viene oggi risolta tramite la concentrazione della competenza per i giudizi risarcitori in esame in capo alle Sezioni specializzate in materia di impresa di Milano, Roma e Napoli.

In merito al rapporto tra le decisioni dell'Autorità garante italiana e la decisione del giudice della causa risarcitoria, lo schema di decreto di legislativo in esame si discosta dalla Direttiva (che attribuisce efficacia vincolante alle decisioni dell'Autorità antitrust nei giudizi risarcitori), in favore di un atteggiamento di maggior prudenza. Invero, lo schema di decreto precisa che l'efficacia vincolante riguarda 'la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale, e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del



danno'. Differentemente, all'accertamento contenuto nella decisione di un'Autorità garante di un altro Stato membro si riserva semplicemente l'efficacia di una 'prova nei confronti dell'autore'.

Conclusivamente, si osserva che lo schema di decreto estende l'applicazione delle nuove norme anche alle azioni collettive risarcitorie disciplinate dall'art. 140 *bis* del Decreto Legislativo 06 settembre 2005 n. 206 (c.d. Codice del Consumo) e fissa la prescrizione dell'azione risarcitoria in 5 anni (accogliendo la tesi relativa alla natura extracontrattuale della responsabilità derivante dalle violazioni del diritto della concorrenza), differendo il *dies a quo* al momento della cessazione della violazione o, della conoscenza da parte del danneggiato della condotta illecita, del danno nonché dell'identità dell'autore della violazione.

Banche - Misure urgenti per la tutela del risparmio (D.L. n. 237/2016)

Nuove misure urgenti per la tutela del risparmio con il varo da parte del Consiglio dei Ministri del decreto 'salva risparmio' (D.L. n. 237/2016), avvenuto lo scorso 22 dicembre 2016.

Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 299 del 23 dicembre 2016, ed entrato in vigore alla stessa data, il decreto 'salva risparmio' (D.L. n. 237/2016) reca le 'Disposizioni urgenti per la tutela del risparmio nel settore creditizio' provvedendo, altresì, alla creazione di un fondo con una dotazione di 20 miliardi di euro, al quale il Governo potrà attingere.

In particolare, come era nelle attese, nel corso del Consiglio dei Ministri, il Governo ha approntato strumenti giuridici e finanziari ad hoc propedeutici a interventi finalizzati a tutelare il risparmio, grazie ai quali potrà intervenire sulla liquidità e il patrimonio delle banche.

Il 'pacchetto' di interventi, contenuti nel decreto, ha lo scopo, quindi, di ripatrimonializzare le banche che non presentino problemi di solvibilità ma che al contempo non abbiano superato i test di resistenza a ipotetici scenari avversi ovvero di garantire l'accesso alla liquidità in caso di tensioni su questo fronte.

In primo luogo il pacchetto contiene interventi tesi a garantire la liquidità, attraverso i quali il Governo potrà rafforzare la capacità di una banca di approvvigionarsi di liquidità. A questo proposito, il Tesoro potrà, tempo per tempo, rilasciare alle banche che lo richiedano una garanzia su nuove obbligazioni da emettere, a fronte del pagamento di una commissione. Grazie alla sopradetta garanzia pubblica, quindi, le obbligazioni emesse dalle banche presenteranno per il sottoscrittore il grado di rischio dello Stato e non quello della banca emittente.

Non solo. In questo modo, le banche potranno, inoltre, avere accesso al mercato anche se sottoposte a tensioni e reperire allo stesso tempo le risorse finanziarie di cui avessero bisogno a condizioni analoghe a quelle dello Stato italiano. L'accesso alla liquidità potrà poi essere assicurato anche attraverso un altro tipo di garanzia statale, sui finanziamenti di emergenza che la Banca d'Italia erogasse per fare fronte alla crisi di liquidità di una banca (cosiddetta ELA - *Emergency Liquidity Assistance*).

La seconda dimensione d'intervento per la tutela del risparmio concerne, invece, il capitale.

Le banche che solo nello scenario avverso di una prova di stress (condotta da EBA e BCE) presentino una carenza patrimoniale potranno, d'ora in avanti, chiedere una ricapitalizzazione precauzionale da parte dello Stato. Per beneficiare dell'intervento pubblico la banca sarà tenuta, quindi, a preparare un programma di rafforzamento patrimoniale da sottoporre all'approvazione della Banca Centrale Europea. La misura di ricapitalizzazione precauzionale permetterà così di portare avanti il progetto di ristrutturazione e messa in sicurezza della banca che lo richiede.

Le misure, così come proposte dal Decreto, mirano indistintamente a dare un sostegno finanziario straordinario e temporaneo a tutte quelle banche in difficoltà che lo dovessero richiedere.

L'impressione è che, seppur chiaro l'obiettivo, esse rappresentino solo un primo tassello di un più ampio ma necessario processo di allineamento della normativa nazionale a quella europea. Mai come ora si era dato il via ad un intervento così incisivo. L'auspicio è che sia portato a compimento.



Colpa cosciente nel caso Thyssen - La riduzione del dolo eventuale e dell'area dell'omicidio volontario nelle motivazioni della cassazione (Cass. Pen. n. 52511/2016)

Il 16 dicembre 2016 è stato reso pubblico il dispositivo della sentenza del 13 maggio 2016 della Cassazione (Sez. IV penale, n. 52511), che ha chiuso definitivamente il caso relativo all'incidente mortale presso la Thyssen Krupp di Torino, avvenuto tra il 5 e il 6 dicembre 2007.

La sentenza ha confermato la condanna, decisa il 29 maggio 2015 dalla Corte d'Assise d'Appello di Torino, di sei dirigenti della società per omicidio colposo plurimo (art. 589 c.p.), omissione di cautele contro infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.) e incendio colposo (art. 449 c.p.).

La Cassazione, nel descrivere l'intensità dell'elemento soggettivo del reato, menziona 'scellerate strategie aziendali' e 'una serie impressionante di violazioni a regole cautelari nel settore della programmazione, prevenzione e adozione di sistemi antinfortunistici'.

Secondo le motivazioni della Suprema Corte, quella dell'ex amministratore delegato e degli altri dirigenti, è una 'colpa imponente' tanto 'per la consapevolezza del tragico evento' che gli imputati avevano maturato prima che questo avvenisse, quanto per la pluralità e per la reiterazione delle condotte anti doverose riferite a ciascuno di essi che, sinergicamente, avevano confluato nel determinare all'interno dello stabilimento di Torino 'una situazione di attuale e latente pericolo per la vita e la integrità fisica dei lavoratori'.

All'ex amministratore delegato e agli altri dirigenti, in concorso tra loro, è stato applicato anche il reato di cui all'art. 437 c.p., in particolare, per aver omesso di dotare l'azienda di un sistema automatico di segnalazione e di spegnimento degli incendi, di cui risultava la necessità in considerazione della situazione di rischio presente nello stabilimento per la presenza di agenti di innesco.

La Corte, malgrado le censure espresse, ha ritenuto di confermare la responsabilità degli imputati per omicidio colposo (con colpa cosciente) anziché per omicidio volontario (con dolo eventuale, come ritenuto dai giudici di primo grado); e nel pervenire a tale conclusione, torna ad affrontare una questione di rilevante importanza: la differenza tra colpa cosciente e dolo eventuale, confermando e precisando l'analisi svolta dalla medesima Corte nella sentenza a Sezioni Unite del 24 aprile 2014, n.38343, intervenuta nell'iter del medesimo giudizio.

Nella colpa cosciente o con previsione, spiegano i giudici, si è in presenza del malgoverno di un rischio e della mancata adozione di cautele doverose idonee a evitare le conseguenze pregiudizievoli che caratterizzano l'illecito. In tale figura manca tuttavia la direzione della volontà verso l'evento, anche quando è prevista la possibilità che esso si compia: il mero dubbio sul possibile verificarsi dell'evento, ancorché dovuto a irrazionalità e superficialità, è ancora compatibile con la colpa.

Per contro, nel dolo eventuale - escluso nella specie - si è in presenza di un'organizzazione della condotta che coinvolge, non solo sul piano rappresentativo, ma anche volitivo la verifica del fatto di reato. Vi è non solo la accettazione cosciente del rischio, ma la accettazione dell'evento: l'agente prevede chiaramente la concreta, significativa possibilità di verifica dell'evento e, ciò nonostante, si determina ad agire.

In tale ultimo caso, è necessaria la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta; ed a tal fine, secondo la Corte, è richiesto al giudice di 'cogliere e valutare analiticamente le caratteristiche della fattispecie, le peculiarità del fatto, lo sviluppo della condotta illecita per ricostruire l'iter e l'esito del processo decisionale'.

Per quanto riguarda, poi, la condanna dei dirigenti per omissione di cautele contro gli infortuni sul lavoro, i giudici della Corte hanno evidenziato come, ai fini dell'applicazione del reato di cui all'art. 437 c.p., sia sufficiente la consapevolezza della condotta tipica del reato di omissione di specifiche cautele (di cui al 1° comma) e non anche quella dell'evento che aggrava il delitto (ai sensi del 2° comma).

Il reato si consuma con la consapevole 'omissione' o 'rimozione' di cui al comma I, indipendentemente dal danno che ne derivi in concreto: si tratta di un'ipotesi dolosa di pericolo, da tenere distinta dall'ipotesi colposa di danno prevista dall'art. 589 c.p. (omicidio colposo).

L'evento di cui al 2° comma dell'art. 437 c.p., rileva quale obiettiva aggravante della fattispecie semplice di cui al 1° comma, e riguarda il nesso (nella specie negato) con la specifica misura oggetto di contestazione (l'impianto automatico di rilevazione e spegnimento), senza interferire con il reato di omicidio colposo plurimo, il cui elemento soggettivo si può articolare (e nella fattispecie si è concretizzato) in numerose altre violazioni.



Distacco di lavoratori in ambito UE - Nuove regole col D. Lgs. n. 136/2016

La direttiva europea n. 2014/67/EU è stata recepita dall'Italia con il D.L.gs. n. 136 del 17 luglio 2016 che ha così sostituito il precedente D. Lgs. n. 72/2000 (originato dalla Direttiva 96/71/CE, prima normativa UE ad occuparsi del distacco transfrontaliero di lavoratori).

Alla base dell'iniziativa legislativa comunitaria vi è l'intento condiviso di contrastare i fenomeni di competizione generati dai dislivelli esistenti in materia di tutela delle condizioni minime di lavoro (verificatisi, da ultimo, soprattutto dopo l'allargamento dell'Unione Europea verso paesi che riconoscono ai dipendenti trattamenti economici e normativi meno tutelanti) e, conseguentemente, di agevolare la cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione Europea nella repressione dei distacchi privi di motivazioni oggettive.

Il D. Lgs. n. 136/2016 si inserisce in tale contesto, consentendo, altresì, di superare definitivamente alcune problematiche emerse (a livello nazionale) in fase di controllo ispettivo, dovute, in particolare, alla mancata tracciabilità dei fenomeni di distacchi fraudolenti. Ed infatti, sotto la previgente disciplina non era prevista alcuna forma di monitoraggio in ordine alle aziende e ai lavoratori coinvolti, né tantomeno specifici adempimenti in capo alle suddette aziende.

Il nuovo provvedimento di legge si struttura in quattro capi relativi: (i) alle condizioni di distacco, di lavoro e di occupazione dei lavoratori distaccati; (ii) all'accesso alle informazioni e alle modalità di cooperazione tra gli Stati Membri dell'Unione Europea attraverso la nuova piattaforma IMI; (iii) ai nuovi obblighi posti in capo alle aziende distaccanti ed alle relative sanzioni in caso di inosservanza, ed infine, (iv) alle procedure per l'esecuzione transnazionale delle sanzioni medesime.

Con riferimento al campo di applicazione, il nuovo D. Lgs. n. 136/2016 si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro diverso dall'Italia che, in applicazione di un contratto di prestazione di servizi, per un periodo predeterminato o predeterminabile, distaccano nel territorio italiano presso un'altra impresa (anche appartenente al medesimo gruppo) uno o più lavoratori abitualmente occupati in un altro Stato membro, a condizione che durante il distacco continui a sussistere un rapporto di lavoro. Vengono ricomprese nel campo di applicazione del D. Lgs. n. 136/2016 anche le Agenzie di somministrazione che distaccano lavoratori presso un'impresa utilizzatrice avente la propria sede o un'unità produttiva in Italia.

La nozione di distacco contenuta nel D. Lgs. n. 136/2016 è più ampia rispetto a quella contenuta nell'art. 30 del D. Lgs. n. 276/2003, tanto che i primi commentatori si sono espressi nel senso di ritenere che il nuovo provvedimento di legge debba considerarsi applicabile a tutte quelle ipotesi in cui un lavoratore occupato in uno stato membro sia inviato a svolgere la propria attività presso un'altra impresa includendo, pertanto, ipotesi di

- i. prestazione diretta di servizi da parte di un'impresa nel quadro di un contratto di servizi;
- ii. distacco presso uno stabilimento o una società appartenente allo stesso gruppo societario (c.d. 'intercompany agreement');
- iii. distacco mediante la cessione temporanea di un lavoratore tramite un'agenzia interinale stabilita in un altro Stato membro.

L'attuale formulazione del D. Lgs. n. 136/2016 lascia comunque irrisolto il tema della sua applicabilità anche alle ipotesi di distacco in Italia di cittadini extra UE sottoposti alle diverse disposizioni del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) ed, in particolare, ai lavoratori di cui al regime previsto dall'art. 27 e ss. del detto T.U., tematica sulla quale sarà opportuno attendere i dovuti chiarimenti da parte del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

Quanto alle condizioni di autenticità del distacco, il D. Lgs. n. 136/2016 prevede che sia verificata:

- i. l'effettività dell'attività imprenditoriale svolta dalla distaccante (che deve concretizzarsi in una attività differente dalla semplice gestione e/o amministrazione del personale dipendente, come avviene nel caso delle società di comodo che svolgono attività di intermediazione nei servizi di *staff leasing* senza le autorizzazioni necessarie per eludere le normative fiscali e previdenziali);
- ii. la temporaneità del distacco del lavoratore sul territorio italiano e l'abitualità della sua prestazione nello Stato di provenienza;
- iii. la specifica previsione del rientro al termine del periodo di distacco;
- iv. la sussistenza di rimborsi delle spese di viaggio, vitto e alloggio;
- v. la sussistenza di certificati sulla legislazione di sicurezza sociale applicabile.



Nel caso in cui sia accertata la non autenticità del distacco, il lavoratore verrà considerato dipendente dell'utilizzatore e sia quest'ultimo che l'impresa distaccante saranno soggetti ad una pluralità di sanzioni amministrative pecuniarie (il cui importo sarà differente a seconda degli obblighi violati).

Le condizioni minime di lavoro che devono essere garantite ai lavoratori distaccati a norma del D.Lgs. n. 136/2016 sono quelle di cui ai contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (o in alternativa dai contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali) e riguardano espressamente:

- 1) i periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
- 2) la durata minima delle ferie annuali retribuite;
- 3) i trattamenti retributivi minimi, compresi quelli maggiorati per lavoro straordinario;
- 4) la condizione di cessione temporanea dei lavoratori;
- 5) la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro;
- 6) le tutele relative alle condizioni di lavoro e di occupazione delle gestanti, bambini e giovani;
- 7) la parità di trattamento fra uomo e donna (ed altre disposizioni in materia di non discriminazione).

Da ultimo, tra le novità introdotte dal D. Lgs. n. 136/2016 meritano di essere altresì menzionati:

- l'applicabilità del regime di responsabilità solidale previsto dall'art. 29, c. 2, del D. Lgs. n. 276/2003 (per il pagamento di tutti i trattamenti retributivi e contributivi dovuti per legge da farsi valere nel termine di due anni) per tutte le forme di distacco contemplate dal nuovo provvedimento di legge.
- I nuovi obblighi amministrativi imposti alle imprese distaccanti. Con riferimento a tale ultimo profilo, le imprese distaccanti sono ora tenute
 - a particolari obblighi comunicativi nei confronti del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali;
 - alla conservazione dei documenti relativi ai lavoratori distaccati;
 - all'obbligo di designazione di un referente elettivamente domiciliato in Italia incaricato di inviare e ricevere atti e documenti e che agisca in qualità di rappresentante legale, al fine di mettere in contatto le parti sociali interessate con il prestatore di servizi per una eventuale negoziazione collettiva.

IVASS - Guida per le compagnie assicurative in relazione alla direttiva 2009/138/CE (Solvency II)

L'Autorità di Vigilanza del settore assicurativo (IVASS) ha pubblicato lo scorso novembre, una guida esplicativa dedicata all'analisi della nuova regolamentazione prudenziale del settore assicurativo introdotto da Solvency II (Direttiva 2009/138/CE).

In particolare, la guida, così come strutturata dall'Authority, si dedica a fornire un ausilio pratico-operativo alla comprensione della nuova disciplina prudenziale con particolare riguardo all'analisi dei tre pilastri del nuovo regime introdotto da Solvency II.

Come ricordiamo, infatti, il sistema Solvency II è articolato in una struttura a 3 pilastri interconnessi; il 1° pilastro riguarda i requisiti finanziari (valutazione degli attivi, riserve tecniche, fondi propri e requisiti di capitale), il 2° pilastro riguarda i requisiti qualitativi e le regole di vigilanza (poteri e procedure di vigilanza, corporate governance, controllo interno e risk management), il 3° pilastro riguarda i requisiti di informativa e di disclosure.

In particolare, il primo fissa i requisiti quantitativi del nuovo sistema di vigilanza, guardando non solo al capitale, ma anche alla corretta valutazione di tutte le obbligazioni nei confronti degli assicurati, alla diversificazione degli investimenti e alla loro coerenza con le passività e con 'l'appetito per il rischio' definito dal vertice, alla profittabilità e sostenibilità nel tempo dei prodotti offerti, alla capacità di mitigare i rischi tecnici e finanziari.

Il concetto più ampio di solvibilità di un'impresa assicurativa è, invece, trattato tanto nel secondo pilastro, che riguarda il governo societario e la funzionalità dei consigli di amministrazione, quanto nel terzo pilastro, inerente i requisiti informativi e il confronto con il pubblico.

Oltre all'analisi dei sopradetti pilastri, la guida mostra nel dettaglio il nuovo regime di vigilanza prudenziale, così come introdotto da Solvency II, che oltre a semplificare la normativa comunitaria e a delineare un quadro prudenziale 'armonizzato' per le imprese assicuratrici operanti all'interno dell'UE, ha il merito di aver



ridisegnato i requisiti patrimoniali delle imprese in base ai rischi effettivamente subiti, introducendo tanto nuovi criteri di valutazione quanto nuove modalità per la misurazione e la mitigazione dei rischi, ciò al fine precipuo di creare un sistema di vigilanza armonizzato in tutta Europa.

A tal proposito, la guida propone infatti, una chiave di lettura 'semplificata' alle diverse linee guida offerte da Solvency II atte ad apportare innovazioni alle logiche organizzative e di vigilanza delle compagnie che d'ora in avanti dovranno sempre più improntarsi ad un approccio orientato ai rischi (*risk based*) e prospettico (*forward-looking*), cioè incentrato anche sulla valutazione della capacità dell'impresa di gestire appropriatamente i rischi, oltre che sulla verifica *ex post* del rispetto dei requisiti.

In un mercato assicurativo in continua evoluzione, la guida offre un contributo pratico-operativo di notevole importanza ed efficacia nella gestione del rischio da parte delle imprese assicuratrici.

IVASS - Regolamento n. 33/2016: nuova Informativa al pubblico e all'IVASS da parte delle compagnie assicurative

Con il Regolamento n. 33 del 6 dicembre 2016 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 296 del 20 dicembre 2016 ed entrato in vigore il 21 dicembre 2016, l'Istituto di Vigilanza sulle Assicurazioni (cd. IVASS) è intervenuto in maniera decisiva sul tema dell'informativa al pubblico e alla stessa IVASS di cui al Titolo III (Esercizio dell'attività assicurativa) e in particolare al Capo IV-ter (Informativa e processo di controllo prudenziale) del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (cd. Codice delle assicurazioni private) modificato in conseguenza all'implementazione nazionale delle linee guida EIOPA in materia di *public disclosure* e *supervisory reporting*.

A tal riguardo, coerentemente agli interventi già effettuati in materia, l'Authority ha infatti recepito nel nuovo testo regolamentare, le linee guida EIOPA che disciplinano nel dettaglio i diversi aspetti delle informazioni da fornire alle Autorità di vigilanza e al pubblico, completandone il quadro normativo.

Come precisato dall'Authority, il Regolamento trae origine dai nuovi requisiti introdotti tanto dalla direttiva Solvency II (Direttiva 2009/138/CE), recepita con il Codice delle assicurazioni private, quanto dal Regolamento delegato (UE) 2015/35 che integra la direttiva e dalle Linee Guida EIOPA (o AEAP, Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni, istituita con Regolamento UE n. 1094/2010), volti a garantire l'applicazione uniforme e coerente del nuovo regime e dei suoi obiettivi fondamentali in modo armonizzato tra i paesi dell'Unione europea.

Per quanto riguarda l'informativa al pubblico, oggetto del 'restyling' regolamentare, è previsto, quindi l'obbligo a carico delle imprese di pubblicare una relazione annuale sulla loro solvibilità e condizione finanziaria (cd. SFCR o *Solvency and Financial Condition Report*) nella quale forniscono dettagliate informazioni su aspetti essenziali della propria attività (descrizione dell'attività e dei risultati dell'impresa, sistema di governance, profilo di rischio, valutazione - a fini di solvibilità - di attività e passività e gestione del capitale).

Il regolamento si applica in particolare:

- i. alle imprese di assicurazione e riassicurazione con sede legale nel territorio della Repubblica italiana;
- ii. all'ultima società controllante italiana di cui all'art. 210, comma 2 del Codice e
- iii. alle sedi secondarie in Italia di imprese di assicurazione e di riassicurazione aventi sede legale in uno Stato terzo.

Il fine precipuo cui il provvedimento mira riguarda tanto l'attuazione delle procedure, dei formati e dei modelli per la relazione relativa alla solvibilità e alla condizione finanziaria, conformemente alla direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, quanto l'attuazione dei modelli per la presentazione delle informazioni alle autorità di vigilanza, conformemente alla direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Il regolamento, così come strutturato, è entrato in vigore il 21 dicembre 2016, mentre per quanto riguarda le sole previsioni di cui agli art. 28 (Limitazioni all'obbligo di informativa con frequenza superiore all'anno), 29 (Limitazioni o esoneri dall'obbligo di informativa periodica su base analitica), 30 (Limitazioni o esoneri per imprese appartenenti a gruppi), il provvedimento prevede che siano applicabili per la prima volta con riferimento alla informativa relativa al primo trimestre dell'esercizio 2017.

Il recente intervento dell'Authority, nell'esigenza di riordino della disciplina dell'informativa offre un contributo pratico-operativo di notevole importanza nella predisposizione dell'informativa al pubblico in un mercato assicurativo in continuo cambiamento.



IVASS - Regolamento n. 30/2016: nuove regole in materia di vigilanza sulle operazioni infragruppo e sulle concentrazioni di rischi

Con il Regolamento n. 30 del 26 ottobre 2016, l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (cd. IVASS) è intervenuto in maniera incisiva sul tema della vigilanza sulle operazioni infragruppo e sulle concentrazioni dei rischi, dettando una serie di indicazioni in applicazione delle disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario.

In particolare, il Regolamento, così come strutturato, recepisce tanto la disciplina inerente la vigilanza sul gruppo di cui al Titolo XV del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - Codice delle assicurazioni private (come novellato dal Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 74), quanto la disciplina giuridica relativa alle modalità applicative degli strumenti di vigilanza di gruppo.

Nello specifico, quello che l'Authority richiede è un'adeguata strutturazione del gruppo che assicuri tanto una prudente gestione quanto un corretto esercizio dei poteri di vigilanza, assicurando sempre un adeguato contributo e coinvolgimento delle funzioni aziendali competenti e, cosa più importante, un approccio integrato ai rischi.

Per un'azione efficace in tal senso il Regolamento prevede così che le imprese di assicurazione e di riassicurazione italiane, le sedi secondarie in Italia di imprese assicurative di Stato Terzo e l'ultima società controllante italiana di cui all'articolo 210, comma 2 del Codice pongano in essere, tempo per tempo, operazioni infragruppo solo in coerenza con i principi di sana e prudente gestione, evitando di attuare operazioni che possano produrre effetti negativi sulla solvibilità del gruppo o delle imprese coinvolte o che possano arrecare pregiudizio agli interessi degli assicurati o degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative o agli interessi delle imprese assicurative coinvolte.

Non solo, si richiede, inoltre, che si dotino, sempre nell'ambito del sistema di governo societario, di adeguati meccanismi di gestione del rischio e di controllo interno, che devono essere predisposti sia a livello individuale che di gruppo, ai fini del costante 'monitoraggio' di tutte le operazioni infragruppo;

Particolare attenzione è stata data, inoltre, alla definizione di un'apposita politica, di criteri e modalità per l'operatività infragruppo, per far sì che le stesse possano identificare quali fattispecie qualificare 'significative', 'molto significative' e 'da segnalare in ogni circostanza', in funzione del possibile impatto sulla solvibilità e sul profilo di rischio ed in relazione alla tipologia di operazione o di controparte.

Oltre quanto precede, si segnala che il Regolamento ha:

- i. dato attuazione agli articoli 215-quater, comma 2 e 216, comma 3, del novellato Codice, che rinviano alla normativa secondaria la disciplina di dettaglio in materia di operazioni infragruppo e concentrazioni di rischi;
- ii. aggiornato, alla logica Solvency II, la vigente disciplina in tema di operazioni infragruppo, contenuta nel Regolamento ISVAP n. 25 del 27 maggio 2008 che è, pertanto, abrogato, riunendo in un unico compendio normativo anche le previsioni sulle concentrazioni di rischi;
- iii. recepito due linee guida EIOPA, appartenenti al set governance del I° Pilastro, riguardanti i processi di monitoraggio in tema di concentrazioni di rischio a livello di gruppo ed operazioni infragruppo.

L'intervento dell'Authority, così come strutturato, darà sicuramente un contributo importante in materia di vigilanza sulle operazioni infragruppo e sulle concentrazioni di rischi.

Licenziamento del dipendente 'per maggior profitto' del datore di lavoro - Legittimo anche in assenza di crisi (Cassazione 7/12/2016, n. 25201)

Con la sentenza n. 25201 del 7 dicembre 2016 la Suprema Corte di Cassazione ha aperto la strada al licenziamento per giustificato motivo oggettivo anche nelle ipotesi in cui il datore di lavoro abbia necessità di realizzare 'un'organizzazione più conveniente per un incremento di profitto'.

Nel caso di specie, la Cassazione è stata chiamata a decidere su una controversia relativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo di un direttore operativo irrogato al fine di assicurare una 'più snella' gestione aziendale.

In particolare, la Suprema Corte si è espressa sulla nozione di 'ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa' di cui all'art. 3 L. n. 604/1966, aderendo ad una interpretazione della norma meno rigida rispetto a quella sino ad oggi prevalentemente adottata.



Ed infatti, il giudice di legittimità - dopo aver ricordato che l'orientamento prevalente ritiene che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo possa essere legittimato solo in casi di riassetto organizzativo necessitati da situazioni sfavorevoli in grado di influire in modo decisivo sulla normale attività produttiva - ha aderito all'orientamento, finora minoritario, secondo cui dalle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa 'non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attengono ad una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche quelle dirette ad un aumento della redditività d'impresa'.

In particolare, la Suprema Corte ha ribadito che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, determinato da ragioni inerenti alla attività produttiva, non richiede necessariamente l'esistenza di un andamento economico negativo ben potendo essere integrato, invece, anche da scelte operative dell'imprenditore volte ad ottenere una migliore efficienza gestionale o produttiva o un aumento della redditività d'impresa; tanto più se si considera che un incremento di utili andrebbe sia a beneficio dell'impresa che della comunità dei lavoratori.

Al contrario, vengono messi in evidenza i limiti dell'orientamento giurisprudenziale finora prevalente, sottolineando come esso sia sostenuto da 'elementi extra-testuali e di contesto [che trarrebbero] origine nella tesi dottrinale della *extrema ratio* secondo cui la scelta che legittima l'uso del licenziamento dovrebbe essere 'socialmente opportuna'. Peraltro, ad avviso della Suprema Corte 'se è vero che, in via meramente ipotetica, la norma potrebbe stabilire che il licenziamento per motivo oggettivo possa ritenersi giustificato solo in presenza di una accertata crisi d'impresa, è anche vero che ove ciò non faccia espressamente, come nel caso della L. n. 604 del 1966, art. 3, tale condizione non è ricavabile aliunde in via interpretativa'.

Sulla base di tale iter logico - e sottolineando come una tale interpretazione sia coerente con il principio di cui all'art. 41 della Costituzione, con il sistema introdotto dalla L. n. 92/2012 e con il più avanguardista sistema europeo - la Corte non esclude la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo laddove sia finalizzato 'ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa' purché il riassetto organizzativo risulti effettivo e non pretestuoso.

Previdenza sociale - La legge di bilancio 2017 introduce l'A.P.E. e la R.I.T.A.

La legge di bilancio 2017 (n. 232 del 7 dicembre 2016 pubblicata in G.U. il 21 dicembre 2016) introduce importanti novità in tema di previdenza sociale, tra le quali meritano particolare attenzione le misure volte ad accelerare l'uscita dal lavoro per accedere anticipatamente ai trattamenti pensionistici denominate A.P.E. e R.I.T.A.

L'A.P.E. (Anticipo finanziario a garanzia pensionistica) consiste in un prestito a quote mensili per dodici mensilità, concesso da un soggetto finanziatore ad un soggetto in possesso di specifici requisiti. Tale prestito deve essere restituito a partire dalla maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia con rate di ammortamento mensili per una durata di vent'anni ed è correlato ad una polizza assicurativa obbligatoria per il rischio di premorienza corrisposto.

Si tratta di un istituto introdotto in via sperimentale per il periodo dal 1° maggio 2017 al 31 dicembre 2018.

Le condizioni per beneficiare dell'APE sono:

- i. l'iscrizione, alternativamente, all'Assicurazione generale obbligatoria (AGO), alle forme sostitutive ed esclusive della medesima e alla gestione separata;
- ii. età anagrafica minima di 63 anni;
- iii. maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia entro 3 anni e 7 mesi;
- iv. anzianità contributiva di 20 anni;
- v. pensione pari almeno a 1,4 volte il trattamento minimo;
- vi. non essere già titolare di un trattamento pensionistico diretto.

La domanda deve essere presentata all'INPS indicando il soggetto finanziatore e l'impresa assicurativa di riferimento; l'INPS poi, nel caso in cui la richiesta venga accettata, tratterrà, a partire dalla prima pensione mensile, l'importo della rata per il rimborso del finanziamento.

Si prevede inoltre la possibilità per i datori di lavoro privati, gli enti bilaterali o i fondi di solidarietà di accordarsi con il lavoratore per incrementare il montante contributivo individuale maturato, versando all'INPS un contributo non inferiore all'importo determinato dalla normativa sulla prosecuzione volontaria (c.d. A.P.E. aziendale).



È stata, altresì, istituita l'A.P.E. sociale che consiste in un'indennità (pari all'importo della rata mensile della pensione, per un massimo di 1.500 euro) a favore di certe categorie di soggetti in condizioni di disagio sociale, spettante fino alla maturazione degli interessi pensionistici.

Anche l'APE sociale è attivata in via sperimentale fino al 2018. I soggetti che possono accedervi devono avere:

- i. età superiore ai 63 anni;
- ii. anzianità retributiva di almeno 30 anni;
- iii. non rientrare nei casi di esclusione previsti dalla normativa ed
- iv. essere in stato di disoccupazione, essere coniugi, parenti di primo grado o conviventi di soggetti portatori d'handicap grave, avere una riduzione della capacità lavorativa uguale o superiore al 74% oppure aver svolto attività lavorativa gravosa per almeno sei anni (in questo caso è richiesta un'anzianità retributiva pari ad almeno 36 anni).

La cd. RITA (Rendita Integrativa Temporanea Anticipata) consiste nella possibilità di erogazione anticipata (sotto forma di rendita temporanea) delle prestazioni della previdenza complementare, in relazione al montante richiesto e fino al conseguimento dei requisiti pensionistici previsti nel regime obbligatorio, in favore dei soggetti, cessati dal lavoro, in possesso dei requisiti per l'accesso all'APE e certificati dall'INPS.

Anche la RITA è stata prevista in via sperimentale.

Procedure concorsuali: proposta di direttiva UE COM (2016)723 su ristrutturazioni e seconda opportunità

E' stato diffuso dalla Commissione Europea in data 22 novembre 2016 il testo definitivo della 'Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti' (oltre che a modificare la direttiva 2012/30/UE, per quanto riguarda l'opzione dei soci in caso di incremento del capitale) .

Scopo ultimo dell'iniziativa è ridurre i principali ostacoli al libero flusso dei capitali derivanti dalle divergenze nelle misure previste dagli Stati membri in materia di insolvenza e ristrutturazione, limitandosi per ora alle misure preventive, data la difficoltà di colmare le distanze tra le norme che regolano le procedure di insolvenza conclamata nei vari paesi, la cui modifica coinvolge aspetti tributari, giuslavoristici, previdenziali e societari.

La proposta (COM [2016]723 final) è ora all'esame della II Commissione (Giustizia)della Camera dei Deputati, per una prima valutazione.

La emananda direttiva si pone in continuità con precedenti iniziative comunitarie, tra le quali la raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014, che suggeriva procedure efficaci per aiutare i debitori in crisi economicamente validi ad evitare l'insolvenza e misure atte a favorire una seconda opportunità agli imprenditori meritevoli.

Affianca e ripropone, al contempo, talune misure contemplate, in Italia, nel Progetto Rordorf e nel disegno di legge delega Orlando-Guidi (n.3671/2016) - in particolare per quanto riguarda le misure di allerta e composizione assistita, i doveri di iniziativa degli amministratori, la specializzazione dei giudici - , oppure misure già in atto, quali la limitazione delle revocatorie per l'attività svolta, in caso di successiva insolvenza, inclusa l'ipotesi di nuovi finanziamenti strumentali al tentativo di ristrutturazione.

La direttiva si compone di tre parti principali:

- 'Quadri' o schemi generali (*frameworks* nella versione inglese) in materia di ristrutturazione preventiva: obbligo di attivare strumenti di allerta per i debitori, siano essi persone giuridiche o persone fisiche che esercitino un'attività commerciale o professionale; obblighi dei dirigenti in caso di probabilità di insolvenza; nomina di un commissario o curatore da parte dell'Autorità Giudiziaria ammessa solo quando vi è sospensione delle azioni esecutive o imposizione del piano ai creditori dissenzienti, con omologa del Tribunale; creazione di un modello standard di piano di ristrutturazione; votazione dei creditori per classi; creazione di una classe per i detentori di capitale, ma impossibilità di loro irragionevole opposizione al piano.



- Disposizioni in materia di seconda chance: sono indirizzate agli imprenditori, ma è esplicitamente previsto ed auspicato che gli Stati membri le estendano a tutte le persone fisiche onde garantire il trattamento coerente dei debiti personali (che, diversamente, in molti stati, come l'Italia, avrebbero un regime diverso se relativi ad una persona fisica che sia al contempo imprenditore fallibile); in particolare, si prevede che il termine dopo il quale l'esdebitazione può chiedersi non debba eccedere i 3 anni dalla apertura di una procedura di liquidazione dell'attività o, in caso di continuazione, dall'inizio del piano di rimborso.
- Una serie di previsioni miranti ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e seconda opportunità: formazione e specializzazione dei magistrati; formazione dei professionisti dedicati alle procedure di crisi e insolvenza e promozione di un codice deontologico; trasparenza delle nomine; internazionalità delle competenze; onorari ragionevoli, ma incentivanti e parametrati alla complessità del caso, ampio utilizzo dei sistemi telematici.

Società in house e appalti: sono soggetti terzi gli enti pubblici diversi dai soci (Decreto Legislativo 50/2016 e Sentenza C-553/15 della Corte UE)

Importanti novità sono state apportate dal D.Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 in tema di appalti pubblici (codice degli appalti). Infatti, su precise indicazioni comunitarie, si prevede la possibilità per le società in house di offrire i propri servizi sul mercato nei limiti del 20% del loro fatturato. Ed una recente sentenza della Corte di Giustizia Europea dell'8 dicembre 2016, nella causa C-553/15, ha delineato alcune regole che presidono all'assegnazione in via diretta di contratti da parte di enti pubblici.

Le società strumentali, così dette in house, sono entità partecipate interamente da amministrazioni pubbliche locali o regionali per lo svolgimento di servizi che vengono prestati a favore di detti enti. L'attività di tali società è regolamentata dall'art.13 del cd. Decreto Bersani (D.l. 223/2006) successivamente modificato dalla L 99/2009.

Nel corso degli anni, tale normativa è stata oggetto di importanti sentenze da parte della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato, il quale ha, in particolare, approfondito la tematica riguardante la qualificazione di una società pubblica come strumentale, stabilendo nel 2011 la sussistenza della strumentalità nel momento in cui la società svolge le proprie attività esclusivamente nei confronti dell'ente controllante (o degli enti pubblici consorziati, che congiuntamente la controllano).

Recentemente, anche l'Unione Europea ha posto l'attenzione su questo criterio di esclusività, in quanto potrebbe entrare in conflitto con i principi della libera concorrenza sul mercato.

Relativamente a questo aspetto sono state emanate le Direttive n. 23-24-25 del 2014, recepite dall'ordinamento italiano col citato 'codice'.

Le disposizioni del nuovo codice, nel regolamentare le fattispecie contrattuali escluse in tutto o in parte dal suo ambito di applicazione (quali gli appalti offerti dai soci alle società in house), stabiliscono il principio secondo cui l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture deve avvenire comunque nel pieno rispetto dei criteri di economicità, efficacia, trasparenza e parità di trattamento.

Ciò al fine di creare condizioni di effettiva parità tra la società strumentale e possibili società concorrenti presenti sul mercato, interessate a svolgere i medesimi servizi o lavori per conto degli enti pubblici.

Per questa finalità, l'art. 192 del nuovo Codice ha previsto la costituzione di un elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti alle proprie società in house, disponendo tuttavia, la necessaria valutazione della congruità economica dell'offerta formulata dalla società strumentale. In tale ambito l'ente appaltante dovrà anche dar conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici effettivi per la comunità della forma di gestione prescelta.

Ulteriore importante novità, apportata dal nuovo Codice, riguarda la possibilità per le società in house di operare sul mercato (dunque per controparti diverse rispetto alle entità controllanti) purché per una percentuale inferiore al 20% del proprio fatturato. Il nuovo Codice degli appalti ha infatti previsto (al secondo comma dell'art.7) le linee guida per procedere al calcolo della suddetta percentuale.

In sostanza, almeno l'80% del fatturato totale realizzato dalla società, negli ultimi tre anni, deve provenire dalle prestazioni rese all'ente controllante (od agli enti controllanti).



Coerentemente con i principi ispiratori delle normative europee e dunque del nuovo Codice, qualora la società in house offra servizi sul mercato, rispettando le quote percentuali sopra descritte, tali attività, dovranno essere subordinate alla regolare procedura di evidenza pubblica.

Per quanto concerne le novità più recenti in materia, con la sentenza 553/15 dell'8 Dicembre 2016 la Corte di Giustizia Europea mantiene, correttamente, fermo il principio teso a favorire la libera concorrenza e competizione fra le controparti nel mercato. Infatti, come anticipato, l'affidamento in house con la deroga alle gare è previsto esclusivamente alla presenza di due condizioni. In primis, l'amministrazione pubblica deve godere di uno stringente potere di indirizzo nei confronti della partecipata, definito anche 'controllo analogo'; poi, devono essere rispettate le percentuali di fatturato previste dalla normativa speciale.

Appurato ciò, la Corte è intervenuta precisando che, qualora la società in house svolga servizi anche per altri enti pubblici fuori dalla propria compagine sociale, questi saranno considerati esattamente come terzi, dovendo dunque la società rispettare le norme previste per la procedura di evidenza pubblica.

Regola non derogabile neppure tramite un provvedimento autorizzativo di un ente pubblico di livello superiore, che induca la società ad accettare l'affidamento diretto.

Concludendo, la Corte ha altresì precisato che, per calcolare la percentuale del fatturato dell'attività prevalente della società in house, debba anche essere incluso il fatturato relativo all'attività svolta prima della stipula del contratto di appalto e di eventuali accordi, tra comuni soci, volti a formalizzare l'esercizio di un 'controllo analogo' sulla società controllata.





Studio Associato
Consulenza legale e tributaria

Contatti

it-fmLegalNewsletter@kpmg.it

Sedi

Milano

Via Vittor Pisani 27, 20124
Tel. 02 676441 - Fax 02 67644758

Ancona

Via I° maggio 150/a, 60131
Tel. 071 2916378 - Fax 071 2916221

Bologna

Via Innocenzo Malvasia 6, 40131
Tel. 051 4392711 - Fax 051 4392799

Firenze

Viale Niccolò Machiavelli 29, 50125
Tel. 055 261961 - Fax 055 2619666

Genova

P.zza della Vittoria 15/12, 16121
Tel. 010 5702225 - Fax 010 584670

Napoli

Via F. Caracciolo 17, 80122
Tel. 081 662617 - Fax 081 2488373

Padova

Piazza Salvemini 2, 35131
Tel. 049 8239611 - Fax 049 8239666

Perugia

Via Campo di Marte 19, 06124
Tel. 075 5734518 - Fax 075 5723783

Pescara

P.zza Duca D'Aosta 34, 65121
Tel 085 4210479 - Fax 085 4429900

Roma

Via Adelaide Ristori 38, 00197
Tel. 06 809631 - Fax 06 8077459

Torino

C.so Vittorio Emanuele II 48, 10123
Tel. 011 883166 - Fax 011 8395865

Verona

Via Leone Pancaldo 68, 37138
Tel. 045 8114111 - Fax 045 8114390



kpmg.com/socialmedia



kpmg.com/app

Tutte le informazioni qui fornite sono di carattere generale e non intendono prendere in considerazione fatti riguardanti persone o entità particolari. Nonostante tutti i nostri sforzi, non siamo in grado di garantire che le informazioni qui fornite siano precise ed accurate al momento in cui vengono ricevute o che continueranno ad esserlo anche in futuro. Non è consigliabile agire sulla base delle informazioni qui fornite senza prima aver ottenuto un parere professionale ed aver accuratamente controllato tutti i fatti relativi ad una particolare situazione.

© 2017 Studio Associato - Consulenza legale e tributaria è un'associazione professionale di diritto italiano e fa parte del network KPMG di entità indipendenti affiliate a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), entità di diritto svizzero. Tutti i diritti riservati.

Denominazione e logo KPMG sono marchi e segni distintivi di KPMG International Cooperative ("KPMG International").