



Legal Newsletter n. 5/2018

Tax & Legal

Updates:

Corporate

Labour

Privacy

kpmg.com/it



Sommario

Corporate

Società unipersonali e delibere assembleari.....	4
Aumento di capitale per compensazione.....	5

Labour

Divieto di pagamento delle retribuzioni in contanti e relative sanzioni: le indicazioni operative dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro.....	6
Manager e subordinazione: la posizione della Corte di Cassazione.....	7
Corte di Cassazione: la contestazione disciplinare deve essere specifica.....	7

Privacy

GDPR - Il nuovo schema di decreto.....	8
Alcuni chiarimenti sul trattamento dei dati in materia di antiriciclaggio.....	10

Corporate

Società unipersonali e delibere assembleari

Il Tribunale di Roma, con una recente pronuncia (decreto n. 1758/2018), si è espresso chiarendo che è necessaria l'adozione di una delibera assembleare per gli atti di nomina e revoca dell'organo amministrativo, anche nel caso in cui si tratti di una società a responsabilità limitata a socio unico.

Nel caso di specie, il socio unico, con atto di donazione avente ad oggetto la sua intera partecipazione sociale, procedeva a revocare l'amministratore in carica e a nominarne uno nuovo. Conseguentemente, presso la Camera di Commercio di competenza, veniva iscritto non solo il trasferimento dell'intera partecipazione, ma anche la revoca del vecchio amministratore e la nomina del nuovo.

Il Tribunale romano è intervenuto precisando che anche nel caso di società a responsabilità limitata unipersonali, le decisioni che la legge riserva ai soci, quali la revoca e la nomina degli organi sociali, vanno adottate con deliberazioni assembleari e che *'l'atto pubblico di donazione non può in nessun caso essere equiparato alla deliberazione dei soci la quale deve essere assunta secondo le regole del codice civile'*.

Inoltre, lo stesso Tribunale ha ricordato che la revoca dell'organo amministrativo in carica e la nomina di uno nuovo ad opera del socio divenuto tale a seguito di un atto di donazione dell'intero capitale sociale, sono inefficaci e che *'va tenuto distinto il momento in cui l'atto traslativo delle partecipazioni sociali produce effetti nei confronti delle parti contraenti, da quello in cui lo stesso può considerarsi opponibile nei confronti della società'*.

A tal proposito, il codice civile stabilisce espressamente che il trasferimento delle partecipazioni sociali ha effetto nei confronti della società solo dal momento del deposito presso l'ufficio del registro delle imprese. Prima di tale momento il donatario non è riconoscibile come socio e, conseguentemente, non può svolgere le attività che presuppongono l'assunzione di tale qualifica.



Aumento di capitale per compensazione

La corte di Cassazione (sentenza n. 3946/2018) è tornata a pronunciarsi sull'ammissibilità dell'aumento di capitale di una società a responsabilità limitata mediante compensazione. Nello specifico, si era previsto di compensare l'importo oggetto di conferimento con un precedente credito del socio nei confronti della società.

Nel caso di specie, la Corte ha respinto la tesi secondo cui l'aumento di capitale andrebbe equiparato al conferimento in sede effettuato al momento della costituzione della società (che non può esser attuato mediante compensazione).

In particolare, nella sentenza in commento si ricorda come *'in tema di società di capitali, nella ipotesi di sottoscrizione di un aumento del capitale sociale, l'oggetto del conferimento, da parte del socio, non deve, necessariamente, identificarsi in un bene suscettibile di espropriazione forzata, bensì in una res dotata di consistenza economica'*.

Da tale assunto ne consegue che il conferimento effettuato mediante compensazione con un credito vantato dal socio nei confronti della società è legittimo, posto che la società stessa, pur perdendo, a livello formale, un credito, acquisisce, nel concreto, un 'valore' economico, consistente nella liberazione del socio da un corrispondente debito sorto per effetto della sottoscrizione dell'aumento di capitale.

Pur ribadendo un principio già affermato, la decisione della Suprema Corte è rilevante in quanto, da un lato interviene su una materia che non è pacifica, e dall'altro sancisce che l'aumento di capitale per compensazione non contrasta con la disposizione civilistica in base alla quale il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto a quello degli altri creditori.

Ad avviso della Suprema Corte non è ravvisabile, infatti, alcun pregiudizio per i creditori sociali nel caso di *'aumento di capitale sottoscritto mercé la contestuale estinzione per compensazione di un credito del socio sottoscrittore'*. La Cassazione ha infatti precisato che la norma mira non ad impedire che i soci possano finanziare la società, ma a far sì che essi non possano avvantaggiarsi per avere operato attraverso strumenti di debito e non di rischio. In questo caso, essendo stato il finanziamento della società 'trasformato' in aumento di capitale, il problema della postergazione non si pone.



Labour

Divieto di pagamento delle retribuzioni in contanti e relative sanzioni: le indicazioni operative dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro

Con la nota n. 4538 del 22 maggio 2018, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) ha fornito alcune precisazioni interpretative in merito alle disposizioni della L. n. 205/2017 (c.d. Legge di Bilancio 2018) che hanno introdotto il divieto di corrispondere la retribuzione, nonché ogni anticipo di essa, direttamente in contanti, pena l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 1.000,00 ad Euro 5.000,00.

In particolare, secondo l'interpretazione fornita dall'INL, il predetto divieto trova applicazione nei confronti dei:

- rapporti di lavoro subordinato (indipendentemente dalla durata e dalle modalità di svolgimento della prestazione);
- contratti di collaborazione coordinata e continuativa;
- contratti di lavoro stipulati dalle cooperative con i propri soci (a prescindere dalla tipologia di collaborazione);
- rapporti di lavoro autonomo occasionale;
- tirocini e borse di studio.

Restano espressamente esclusi dal campo di applicazione della normativa i rapporti di lavoro instaurati con le pubbliche amministrazioni identificate ex art. 1 del D.Lgs. n. 165/2001 e i rapporti di lavoro domestico.

A far data dal 1° luglio 2018, dunque, gli unici strumenti che potranno essere utilizzati ai fini del pagamento delle retribuzioni saranno i seguenti:

- bonifico;
- strumenti di pagamento elettronico;
- emissione di assegno consegnato direttamente al lavoratore (o in caso di impedimento ad un suo delegato);
- pagamento in contanti, non direttamente in favore del lavoratore, ma presso lo sportello bancario o postale dove il datore di lavoro abbia aperto un conto corrente di tesoreria con mandato di pagamento.

Inoltre, per quanto concerne il regime sanzionatorio, tra le ipotesi che, secondo l'INL, possono comportare l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 1.000,00 ad Euro 5.000,00, rientra la fattispecie secondo cui, nonostante l'utilizzo degli strumenti di pagamento consentiti dalla norma, il versamento delle somme dovute non sia realmente effettuato (ad. es. in caso di revoca del bonifico o annullamento dell'assegno prima dell'incasso.) Di conseguenza, l'INL, potrà verificare non solo se il datore di lavoro abbia utilizzato gli strumenti previsti dalle disposizioni di Legge ma anche che il pagamento sia andato effettivamente a buon fine.



Manager e subordinazione: la posizione della Corte di Cassazione

Con sentenza n. 12335/2018, depositata in data 18 maggio 2018, la Corte di Cassazione si è espressa in merito ai requisiti che è necessario verificare ai fini della riqualificazione di un rapporto di lavoro manageriale in un ordinario rapporto di lavoro subordinato.

Per quanto attiene ai fatti di causa, un lavoratore che aveva ricoperto ruoli manageriali promuoveva un giudizio dinnanzi al tribunale di Venezia, al fine di chiedere l'accertamento della natura subordinata del rapporto intercorso con l'asserito datore di lavoro, nonché il pagamento del TFR e dell'indennità sostitutiva del preavviso.

Il giudizio di primo grado si concludeva con una pronuncia favorevole al lavoratore, mentre la Corte d'Appello di Venezia, investita della questione, riformando la sentenza resa dal Giudice di prime cure, dichiarava che: *'sia che si volesse ritenere il C. direttore generale della società sia che lo si volesse individuare quale amministratore delegato, non poteva configurarsi un rapporto di lavoro di natura subordinata perché non era soggetto ad alcun organo che nei suoi confronti esercitasse poteri di controllo, comando o disciplina tipici del datore di lavoro. Analoghe considerazioni dovevano svolgersi anche per il periodo in cui il C. aveva prestato la propria attività in forza di un contratto a progetto'*.

La Corte di Cassazione, nel doversi pronunciare sul ricorso presentato dal lavoratore, ha avuto modo di precisare, sulla scorta di quanto previsto da alcuni precedenti orientamenti giurisprudenziali (cfr. in termini Cass. n. 2842/2004; Cass. n. 20002/2004), che: *'(...) l'elemento indefettibile del rapporto di lavoro subordinato è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore di lavoro al potere direttivo del datore di lavoro nello svolgimento della prestazione lavorativa. È da considerarsi meramente sussidiaria la valutazione di altri elementi quali, a titolo esemplificativo, l'osservanza di un determinato orario di lavoro, l'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione aziendale, la forma della retribuzione. (...)'*

Alla luce di quanto sopra, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso proposto dal lavoratore condannandolo, altresì, al pagamento delle spese del giudizio di legittimità.

Corte di Cassazione: la contestazione disciplinare deve essere specifica

Con sentenza n. 13667/2018, depositata in data 30 maggio 2018, la Suprema Corte di Cassazione ha avuto modo di esprimersi in merito al requisito della specificità che deve possedere una contestazione disciplinare ai fini della sua legittimità.

In particolare, nel caso di specie, una società attiva nel ramo della ricerca comunicava ad un proprio dirigente di aver ricevuto un esposto anonimo che evidenziava alcune incompatibilità rispetto al ruolo ricoperto in azienda invitandolo a fornire una dichiarazione scritta *'pro-veritate'* idonea ad attestare l'inesistenza di rapporti libero professionali, di collaborazione, e/o di dipendenza con soggetti privati o pubblici.

A seguito di tale comunicazione, la società effettuava i propri accertamenti e, successivamente, provvedeva a licenziare il dirigente. Quest'ultimo impugnava il provvedimento espulsivo lamentando una violazione delle disposizioni in materia di procedimento disciplinare previste dal CCNL applicato che, dal punto di vista sostanziale, richiamava i requisiti previsti dallo Statuto dei Lavoratori (L. n. 300/1970), tra cui la specificità dell'addebito. Con specifico riferimento a tali aspetti, il Tribunale di Roma rigettava l'impugnazione promossa dal lavoratore mentre la Corte di Appello di Roma affermava che doveva ritenersi violata la disposizione del CCNL applicato al rapporto di lavoro in quanto il lavoratore *'(...) non aveva ricevuto informazioni scritte e specifiche dell'infrazione addebitata (...)'* e che *'(...) non vi era menzione dell'aspetto disciplinare e non vi erano addebiti specifici, ma solo il rinvio ad una lettera anonima, con la finalità di chiedere notizie al lavoratore sulla veridicità o meno delle informazioni rese'*.

La Corte di Cassazione, nel pronunciarsi sulla questione, ha statuito che *'la contestazione dell'addebito ha lo scopo di consentire al lavoratore incolpato l'immediata difesa e deve, conseguentemente, rivestire il carattere della specificità, senza l'osservanza di schemi prestabiliti e rigidi purché siano fornite al lavoratore le indicazioni necessarie per individuare i fatti addebitati'*.



Privacy

GDPR – Il nuovo schema di decreto

La Commissione speciale della Camera dei deputati ha iniziato da poco le sessioni per promulgare l'ormai famoso decreto Gdpr.

Per la precisione, gli organi competenti dovranno emettere il parere sullo schema di Decreto Legislativo delegato che dovrà adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento (UE) n. 679/2016, noto come GDPR.

È infatti opportuno ricordare che l'art. 13 della L. n. 163/2017, delegava il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della medesima legge (21 novembre 2017), e dunque entro il 21 maggio 2018, uno o più decreti legislativi per armonizzare il sistema italiano alla nuova disciplina europea.

Ai sensi dell'art. 31, comma 3, della L. n. 234/2012 il termine di scadenza della delega, in assenza dei due pareri delle Commissioni dei rispettivi rami parlamentari, è prorogato di novanta giorni, e, quindi, sino al 21 agosto 2018.

Com'è noto, nel mese di marzo era stato reso pubblico un primo schema di decreto legislativo che prevedeva l'abrogazione dell'attuale Codice Privacy (D.Lgs. n. 196/2003). Tale testo ha ricevuto molti contrastanti pareri dai commentatori, soprattutto per la tecnica normativa e l'assenza di previsioni sanzionatorie in ambito penale. Dopo un periodo di 'oblio' in cui non si sono più avute informazioni dello schema di decreto, nel mese di maggio, e quindi in tempi strettissimi rispetto alla data di piena efficacia del Regolamento europeo, è avvenuta la trasmissione alle Commissioni parlamentari.

Il nuovo testo, sul quale il Garante per la protezione dei dati personali ha espresso il proprio parere positivo condizionato, si differenzia dal precedente innanzitutto per la tecnica normativa adottata.

Infatti, anziché abrogare interamente l'attuale D.Lgs. n. 196/2003 vengono sostituiti in blocco alcuni Titoli e capi dello stesso, e, con una minuziosa opera di cesellamento, modificate in maniera specifica articoli, commi e parole. Il risultato è quello di un puzzle di non immediata lettura, che però regola ampiamente tutti gli ambiti in cui il legislatore nazionale avrebbe potuto intervenire sulla base del Regolamento, e che nel prosieguo, cercheremo di ricostruire in maniera sintetica.

Il testo dello schema si apre con l'art. 1, che dichiara l'applicabilità generale del GDPR al trattamento dei dati personali. La previsione, anche se potrebbe sembrare pleonastica, in realtà pone un principio di rilevante importanza: riconduce alla disciplina del Regolamento la generalità dei trattamenti effettuati nel nostro Paese.

La normativa europea, infatti, ha un preciso ambito di applicazione materiale delimitato dai Trattati, e, pertanto, non è applicabile per quelle attività estranee al diritto dell'Unione Europea.

In tale ottica non sarebbero assoggettabili al GDPR i trattamenti effettuati per attività relative alla difesa, alla sicurezza nazionale, alla sicurezza interna e all'ordine pubblico, quelli effettuati dagli Stati membri nell'esercizio di attività relative alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione nonché nell'esercizio di attività che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo V, capo 2, TUE, ossia le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione.

In tale ambito lo schema riporta una serie dettagliata di regole contenuta ora nel Titolo 1-*bis*.

La principale novità rispetto all'attuale Codice Privacy riguarda la circostanza che il trattamento collegato ad un interesse pubblico non viene più inquadrato dal punto di vista soggettivo, ossia con riferimento all'appartenenza dei Titolari alla categoria di soggetti pubblici, bensì da quello oggettivo con riferimento alla finalità del trattamento.

Tale finalità può appunto essere considerata diretta a soddisfare un interesse pubblico anche qualora il trattamento sia effettuato da un soggetto privato.

Viene previsto che la base giuridica per tali tipologie di trattamenti sia esclusivamente una norma di legge o di regolamento, riconfermando la distinzione tra i due trattamenti di comunicazione e diffusione, presente nella nostra normativa nazionale sin dalla L. n. 675/1996.

Una specifica disciplina, più restrittiva, viene introdotta per il trattamento delle particolari categorie di dati di cui all'art. 9 GDPR, il cui trattamento è consentito qualora necessario per il perseguimento di un interesse pubblico rilevante.

La norma, qualora invariata, è destinata a creare un'evidente discriminazione tra i soggetti privati che effettuano tali trattamenti e rientrano nella categoria di coloro che svolgono compiti di interesse pubblico – autorizzati in via generale da tale previsione – ed i privati che invece non rientrano in tale categoria, pur trattandosi, in concreto, di trattamenti necessari alla gestione dei rapporti di lavoro.

Lo schema di decreto prevede due strumenti che il Garante può utilizzare negli ambiti sopra descritti relativamente ai trattamenti effettuati per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico e delle particolari categorie di dati. Infatti, l'art. 2 *quater* disciplina l'applicazione di 'regole deontologiche' il cui rispetto, in seguito all'approvazione e pubblicazione, diviene condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento. Si tratterebbe di uno strumento diverso dai Codici di condotta di cui all'art. 40 GDPR, volto probabilmente a salvaguardare l'esistenza dei codici già adottati (i quali però dovrebbero essere aggiornati alle previsioni del GDPR). In considerazione di tale 'sovrapposizione', e dato che il Regolamento prevede un apposito parere del Comitato Europeo per la protezione dei dati qualora il codice si riferisca ad attività di trattamento in vari Stati membri, l'utilizzo dello strumento delle 'regole deontologiche' si potrebbe trovare ad essere esposto al rischio di violazione delle previsioni regolamentari, qualora vada ad incidere su trattamenti di dati personali in vari Stati membri (si pensi a regole deontologiche in materia di dati relativi alla salute trattati da una multinazionale, ove vi siano Codici di condotta a livello europeo che già ne disciplinino il trattamento).

Oltre alle regole deontologiche, ed esclusivamente qualora si tratti di dati genetici, biometrici e relativi alla salute, il legislatore italiano intenderebbe anche esercitare l'opzione consentita dall'art. 9, 4° comma GDPR, al fine di far emanare apposite misure di garanzia da parte del Garante.

Si tratterebbe di un provvedimento simile a quelli già adottati nel vigore del Codice Privacy, con cui sono state indicate particolari misure di sicurezza o accorgimenti che i Titolari devono osservare nel trattare tali particolari categorie di dati. La modularità della nuova norma, che stabilisce la possibilità di emanare tale tipologia di provvedimento per ogni singola diversa finalità di trattamento, ricorda evidentemente lo schema delle autorizzazioni generali.

Infine, come ulteriore provvedimento del Garante, l'art. 2 *quaterdecies* prevede che per i trattamenti effettuati nell'esecuzione di un compito di interesse pubblico che può presentare rischi particolarmente elevati, di cui all'art. 35 GDPR, ossia per quei trattamenti per i quali sarebbe necessaria una valutazione di impatto, il Garante può adottare d'ufficio provvedimenti a carattere generale prescrivendo misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato.

Avremo quindi vari tipi di provvedimenti: le regole deontologiche, la cui formazione coinvolge determinati soggetti; le misure di garanzia per specifiche tipologie di dati (genetici, biometrici e relativi alla salute), nonché provvedimenti generali per trattamenti che sarebbero soggetti a valutazione di impatto. Per tali ultimi, non potendo sicuramente il provvedimento generale del Garante sopprimere l'obbligo di effettuare la valutazione di impatto, sarà quindi necessario lo svolgimento della stessa e l'adozione comunque degli accorgimenti e garanzie previste in tali tipologie di provvedimenti.



Alcuni chiarimenti sul trattamento dei dati in materia di antiriciclaggio

L'entrata in vigore del Regolamento (UE) n. 2016/679, relativo alla protezione dei dati personali delle persone fisiche rende necessari alcuni chiarimenti soprattutto in relazione all'applicazione della normativa in materia di antiriciclaggio, nella quale la lotta al riciclaggio di denaro sporco resta una priorità assoluta non soltanto per il legislatore europeo ma anche per quello nazionale. Per tale ragione, la tutela della privacy dell'interessato, protagonista indiscusso del nuovo Regolamento (UE) n. 2016/679, non può in nessun caso prevalere sull'interesse alla sicurezza pubblica e alle attività di prevenzione dei reati.

La stessa direttiva (UE) 2015/849 ('IV direttiva antiriciclaggio') dispone espressamente che il trattamento dei dati personali ai fini della prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo è considerato un interesse pubblico ai sensi dell'art. 43 della Direttiva n. 95/46/CE. Nello specifico, tale trattamento dovrebbe essere consentito esclusivamente per i fini e per le attività previste dalla legge antiriciclaggio, come, ad esempio, l'adeguata verifica della clientela, il controllo costante, le indagini e la segnalazione delle operazioni anomale e sospette, l'identificazione dei titolari effettivi di persone giuridiche o di istituti giuridici, l'identificazione delle persone politicamente esposte ecc. Resta fermo, ovviamente, che tale trattamento debba essere limitato e circoscritto all'adempimento di detti obblighi, senza quindi un ulteriore trattamento dei dati personali che sia incompatibile con gli scopi suddetti.

Nonostante la tutela della privacy non possa intralciare il superiore interesse pubblico alla lotta contro il riciclaggio e il finanziamento al terrorismo, è altrettanto vero che i soggetti tenuti agli adempimenti in materia antiriciclaggio non sono tuttavia esentati dall'applicazione della normativa privacy, ma potranno agire in deroga a taluni principi indicati nel Regolamento. Nello specifico, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. c) del Regolamento (UE) n. 2016/679, non è necessario richiedere il consenso all'interessato, qualora il trattamento sia necessario per adempiere un obbligo di legge al quale è soggetto il titolare del trattamento. Di conseguenza, non avrebbe alcun rilievo l'eventuale opposizione al trattamento dei dati o la revoca del consenso da parte dell'interessato e da ultimo, l'eventuale diritto alla cancellazione dei dati personali che lo riguardano. Lo stesso art. 17, comma 3, lett. b) del Regolamento dispone che il diritto alla cancellazione non si applica nella misura in cui il trattamento sia necessario per l'adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse ovvero nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento.





Studio Associato
Consulenza legale e tributaria

Contatti

it-fmLegalNewsletter@kpmg.it

Sedi

Milano

Via Vittor Pisani 31, 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 31, 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/it/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.

© 2018 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").