



# Legal Newsletter n. 5/2017

**Tax & Legal**

**Updates:**

Corporate - M&A

Diritto bancario

Labour

Privacy

Regulatory compliance

---

[kpmg.com/it](http://kpmg.com/it)





# Sommario

## Corporate - M&A

Trasferimento d'azienda: responsabilità per i debiti futuri.....	4
Estinzione di società e sorte dei beni sociali.....	5
Fusione e rapporto di cambio.....	6

## Diritto bancario

MiFID II: più trasparenza nel settore finanziario.....	7
--	---

## Labour

Licenziamento collettivo e rispetto della quota di riserva lavoratori disabili.....	8
Rinunce del lavoratore e genericità dell'accordo di conciliazione.....	9
Piani di welfare aziendale basati su obiettivi individuali: via libera dall'Agenzia delle Entrate.....	10

## Privacy

Il titolare del trattamento può delegare una persona, che sia direttamente e personalmente responsabile per specifiche attività in materia di privacy e tutela del trattamento dei dati?.....	11
Acquisto di una biobanca e dati sensibili: quando serve il consenso.....	12
Garante Privacy: come scegliere il responsabile della protezione dei dati.....	13

## Regulatory compliance

Il nuovo Codice Antimafia e il D.Lgs. 231/2001.....	14
Nei reati ambientali la responsabilità penale può ricadere sul delegato.....	14
Modello 231 e certificazione ISO UNI EN 9001.....	15

# Corporate - M&A

## Trasferimento d'azienda: responsabilità per i debiti futuri

In caso di trasferimento d'azienda, l'acquirente risponde dei debiti dell'azienda stessa che risultano dai libri contabili obbligatori.

Con la sentenza n. 5054 del 28 febbraio 2017, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno voluto chiarire che tale principio trova applicazione in relazione a qualsiasi tipo di debito non risultante dalle scritture contabili, anche se riferito a situazioni antecedenti il trasferimento d'azienda.

Nel caso di specie, la società Alfa, incorporante per fusione della società Gamma, contestava un'azione revocatoria volta ad ottenere la restituzione di determinate somme di denaro instaurata dal commissario straordinario della società Gamma in amministrazione straordinaria, motivando di non essere subentrata nelle posizioni passive di Gamma che non risultavano dalle scritture contabili.

Secondo la società Alfa, infatti, anche nel caso di specie avrebbe trovato applicazione il secondo comma dell'art. 2560 c.c., a norma del quale, per quanto riguarda i debiti inerenti l'esercizio dell'attività dell'azienda ceduta sorti anteriormente al trasferimento, *'risponde (...) anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori'*.

Per quanto riguarda l'azione revocatoria in generale, la Suprema Corte ha chiarito che tutte le relative disposizioni hanno come scopo la tutela dei creditori. Pertanto, l'azione revocatoria avente ad oggetto un pagamento *'mira ad ottenere la reintegrazione della garanzia patrimoniale del debitore fallito'*, cioè *'il recupero delle somme versate dal debitore in violazione della 'par condicio''* dei creditori.

La Suprema Corte ha poi chiarito che l'accoglimento dell'azione revocatoria attualizza il diritto esercitabile, in quanto il debito di restituzione sorge solamente con la sentenza stessa. Ne consegue che fino alla sentenza di revoca va esclusa l'esistenza di un credito restitutorio e di un corrispondente obbligo di pagamento a carico del soggetto che ha percepito la somma di denaro: solo una volta *'perfezionatosi l'accertamento giudiziale ed il suo effetto costitutivo, sorge la conseguente obbligazione restitutoria'*.

Ad avviso delle Sezioni Unite, nell'ambito dell'applicazione del secondo comma dell'art. 2560 c.c. rientrano solamente i debiti già maturati e risultanti dai libri contabili, mentre l'obbligazione restitutoria sorta come conseguenza della sentenza di accoglimento della domanda revocatoria non può ritenersi ricompresa nel complesso aziendale ceduto, né tantomeno può essere considerata un accessorio che segue l'azienda nell'ambito del trasferimento.

Un possibile ampliamento della disciplina di cui all'art. 2560 c.c. è pertanto da ritenersi limitato alle ipotesi in cui sia *'ravvisabile una perdurante identità soggettiva - sostanziale'*. Ciò avviene, ad esempio, in caso di conferimento dell'azienda di un'impresa individuale in una società unipersonale, che presuppone una *'conoscenza diretta dei rapporti giuridici'*.

In ogni caso, resta ferma la possibilità per le parti di pattuire convenzionalmente che il cessionario sarà considerato responsabile dei debiti non iscritti in bilancio che dovessero sorgere solamente in futuro.

## Estinzione di società e sorte dei beni sociali

La cancellazione di una società di capitali dal Registro delle Imprese segna il momento ultimo della vita della società. Eventuali diritti e/o pretese non chiusi in fase di cancellazione, non possono più essere ricondotti alla sfera giuridica della società, ormai definitivamente estinta (con la sola eccezione dell'istanza di fallimento, che può essere proposta dai creditori entro un anno dalla cancellazione).

Ne consegue, che parimenti a quanto occorre nelle ipotesi di morte delle persone fisiche, all'atto della cancellazione di una società di capitali dal registro delle imprese si verifica un fenomeno di tipo successorio. Vale a dire che i soci subentrano nella titolarità delle situazioni 'soggettive' (es. crediti, debiti, titolarità di beni) non definite dalla società medesima nel bilancio finale di liquidazione.

Sul tema si è recentemente espresso il Tribunale di Milano, che con sentenza del 6 aprile 2017, ha indagato la circostanza della successione degli ex soci nella titolarità di un immobile gravato da ipoteca.

Nel caso esaminato dal Tribunale di Milano, la società X, proprietaria di un bene immobile oggetto di garanzia ipotecaria, era stata cancellata d'ufficio dal Registro delle imprese (senza avere redatto, quindi, il bilancio finale di liquidazione). L'immobile pertanto risultava da un accertamento compiuto in fase giudiziale dal creditore ipotecario del bene, che risultava essere ancora di proprietà della società X estinta.

Il Tribunale di Milano ha affermato e ribadito che alla cancellazione di una società, la stessa viene a morire per l'ordinamento giuridico e sono quindi i soci a subentrare nella titolarità dei rapporti sociali ancora pendenti al momento dell'estinzione della società medesima.

Pertanto, nel caso specifico analizzato dalla corte lombarda, il bene immobile di proprietà della società è divenuto di proprietà esclusiva dell'unico socio come diretta conseguenza della cancellazione della società stessa e a partire dalla data di cancellazione.

Il mutamento di titolarità giuridica è connesso al meccanismo successorio e avviene in via automatica.

In particolare con riferimento al trasferimento della titolarità di un bene immobile gravato da ipoteca, pare utile precisare che il cambio di titolarità non richieda, sotto il profilo formale, alcun atto di trascrizione dei beni immobili.

Tuttavia, esigenze di certezza giuridica rendono opportuno un accertamento ricognitivo volto a formalizzare la situazione proprietaria, anche in vista di ulteriori trasferimenti futuri. Il passaggio dei beni sociali in capo agli ex soci potrebbe quindi essere formalizzato tramite una trascrizione di un atto di accertamento stipulato fra gli stessi soci, oppure tramite un provvedimento giudiziale di contenuto analogo. Altra soluzione proposta in dottrina è quella di procedere alla trascrizione di un atto integrativo del bilancio finale di liquidazione contro la società estinta e a favore dei soci.

Sulla base di quanto precede giova, inoltre, ricordare che eventuali creditori sociali rimasti insoddisfatti a seguito della cancellazione della società dal Registro delle Imprese avranno diritto di soddisfarsi nei confronti dei soci non solo entro i limiti delle somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, ma anche entro i limiti delle successive attribuzioni patrimoniali pervenute loro in virtù del subentro nella titolarità dei beni della società cancellata.

## Fusione e rapporto di cambio

Nelle more del procedimento di fusione si inseriscono atti che necessariamente devono essere compiuti dall'organo di amministrazione, tra i quali rientra la scelta dei metodi e criteri di stima del c.d. rapporto di cambio, ossia la proporzione con la quale le azioni della società originaria verranno sostituite nel patrimonio dei soci dalle azioni della società risultante dalla fusione. Tale scelta è discrezionale ed assume margini ancora più ampi se si tiene conto del fatto che la scelta del concambio è rafforzata dalla c.d. *Business judgement rule*, principio di origine anglosassone che vieta al giudice di verificare la bontà delle scelte di gestione operate dagli amministratori.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 15025/2016 è intervenuta in merito ai limiti del sindacato dei giudici sulla scelta del concambio, argomento rimasto per lungo tempo ad appannaggio esclusivo della dottrina. A seguito della sua pubblicazione, la sentenza è stata analizzata anche dalla dottrina nei suoi profili innovativi, connessi all'ampiezza dei margini di manovra riconosciuti agli amministratori nel procedimento di fusione e alla tutela da accordarsi viceversa alle posizioni dei soci, di fronte ad una sostanziale modificazione della loro partecipazione.

Ad avviso della Suprema Corte, posto che la legge non impone la scelta di un metodo di cambio specifico e tenendo presente la discrezionalità concessa agli amministratori, il sindacato del giudice non si dovrà concentrare sul metodo adottato, ma dovrà andare ad indagare se, e in quale misura, sia stato leso il diritto del socio a ricevere tante azioni della società risultante dalla fusione quante corrispondano al valore delle azioni detenute nella società fusa o incorporata. Ne consegue che, nel caso in cui non vi sia tale corrispondenza, il sindacato giudiziale potrà estendersi fino a travolgere la scelta operata dagli amministratori.

La sentenza della Corte di Cassazione interviene, ancora, affermando che l'accertamento giudiziale dell'eventuale sottovalutazione risponde non a esigenze di tutela dell'interesse sociale, bensì a quelle di tutela dell'interesse individuale dell'azionista, sposando un orientamento contrario alla recente giurisprudenza di merito e confermando invece le prime impressioni della dottrina civilistica degli anni '70.

Dalla sentenza in esame emerge quindi un dato che troverà applicazione nei giudizi risarcitori in materia di concambio: la responsabilità contrattuale dell'organo amministrativo, infatti, sulla base di tale principio potrebbe sussistere ogni qualvolta la scelta del concambio adottata dagli amministratori si attesti al di fuori della 'ragionevole banda di oscillazione' della congruità.



# Diritto bancario

## MiFID II: più trasparenza nel settore finanziario

Lo scorso 26 agosto è entrato in vigore il D.Lgs. 129/2017 di attuazione della Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (c.d. MiFID II) e adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 648/2012 (c.d. MiFIR).

Con l'attuazione della direttiva MiFID II aumenta la trasparenza delle negoziazioni e la tutela degli investitori, già oggetto della precedente Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MiFID). In particolare, MiFID II si propone di garantire una maggiore responsabilizzazione degli intermediari nella prestazione dei servizi di investimento e una più approfondita consapevolezza degli investitori (attraverso la disponibilità di informazioni più dettagliate e più frequenti), prevedendo altresì un complessivo rafforzamento dei poteri di controllo, sia *ex ante* sia *ex post*, delle autorità di vigilanza di settore.

In quest'ottica, il decreto prevede, infatti, che l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA), l'Autorità bancaria europea (EBA), per i depositi strutturati, e le autorità di vigilanza nazionali (Consob e Banca d'Italia) abbiano la facoltà di vietare o limitare la distribuzione di taluni prodotti finanziari; in particolare, tali autorità potranno valutare il merito dei prodotti offerti e potranno vietare su base temporanea la loro commercializzazione e lo svolgimento di qualunque altra attività qualora ritengano che possa compromettere la stabilità e l'integrità dei mercati, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e gli interessi degli investitori.

Si ampliano poi gli obblighi di comunicazione alla clientela sugli oneri connessi ai servizi di investimento o accessori che dovranno includere anche il costo della consulenza (se rilevante), il costo dello strumento finanziario raccomandato o venduto al cliente e le modalità con cui il cliente stesso può remunerare il servizio di investimento ricevuto. Inoltre, in un'ottica di massima trasparenza, le informazioni circa le voci di costo dovranno essere riportate non solo analiticamente ma anche in forma aggregata, per consentire al cliente di conoscere il costo complessivo ed il relativo impatto sul rendimento atteso dall'investimento.

Sono state, inoltre, introdotte ulteriori misure volte a ridurre il rischio che i prodotti finanziari emessi e/o collocati non siano adeguati al cliente finale. Se, come noto, infatti, già in base alle precedenti disposizioni di MiFID, le banche ovvero le imprese di investimento eroganti servizi di consulenza o di gestione del portafoglio erano tenute ad acquisire informazioni in merito alle conoscenze ed esperienze del cliente in materia di investimenti e ai suoi obiettivi di investimento, con la MiFID II dovranno definire quali strumenti finanziari saranno adeguati al cliente individuando la capacità del cliente stesso di poter far fronte a eventuali perdite vagliando la sua predisposizione al rischio. Tale valutazione dovrà altresì essere effettuata sia per un investimento singolo sia quando la banca o l'impresa di investimento consigli una pluralità di prodotti o servizi, in questo caso la valutazione di adeguatezza dovrà avvenire in relazione all'intero pacchetto.



# Labour

## Licenziamento collettivo e rispetto della quota di riserva lavoratori disabili

Con ordinanza del 12 luglio 2017, n. 17166, la Corte di Cassazione è intervenuta in un caso di licenziamento collettivo intimato da una società automobilistica in ragione di una riorganizzazione aziendale all'esito della quale sono stati individuati 26 dipendenti in esubero, 22 dei quali hanno aderito alla proposta di incentivo all'esodo.

Nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno accolto il ricorso di un lavoratore avverso la sentenza del 31 ottobre 2013 della Corte d'Appello di Roma, con cui si rigettava l'impugnazione della pronuncia di primo grado innanzi alla stessa Corte territoriale.

In particolare, la Corte d'Appello aveva ritenuto sussistenti i requisiti di legittimità del licenziamento collettivo, accertando il rispetto, da parte dell'azienda, del limite della quota di riserva di lavoratori disabili ai sensi della Legge n. 68/1999, nel cui computo erano stati ricompresi anche i lavoratori divenuti tali nel corso di rapporto di lavoro.

Nel ricorso per cassazione, il ricorrente ha dedotto il mancato rispetto degli artt. 1, 3, 4 e 10, quarto comma, della Legge n. 68/1999 e dell'art. 3, secondo comma, del D.P.R. 10 ottobre 2000 n. 333, a norma dei quali non è possibile procedere al licenziamento del lavoratore disabile nell'ambito delle procedure collettive o per motivo oggettivo qualora il licenziamento determini scoperture della quota di riserva.

In particolare, viene richiamato l'art. 3, secondo comma, del D.P.R. n. 333/2000, secondo il quale *'i lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle proprie mansioni per infortunio o malattia, di cui all'articolo 4, comma 4, della Legge n.68 del 1999, e che abbiano subito una riduzione della capacità lavorativa in misura pari o superiore al sessanta per cento, sono esclusi dalla base di computo e sono computabili nella percentuale di riserva, a meno che l'inabilità non sia stata determinata da violazione, da parte del datore di lavoro pubblico o privato delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro, accertato in sede giudiziale'*.

Dunque, nella predetta ordinanza la Suprema Corte ha accolto il ricorso del lavoratore sull'assunto che la previsione di cui all'art. 10 comma 4 della Legge n. 68/1999, in base alla quale è annullabile il licenziamento intimato nei confronti di un lavoratore occupato obbligatoriamente, *'si applica espressamente e in maniera esclusiva ai lavoratori assunti in forza della disciplina dettata in materia di assunzione obbligatoria, senza che, ove la quota di riserva aziendale risulti scoperta, sia computabile nella stessa il personale invalido non assunto obbligatoriamente'*.





## Rinunce del lavoratore e genericità dell'accordo di conciliazione

Con sentenza n. 20976 dell'8 settembre 2017 la Corte di Cassazione è intervenuta in merito all'impugnazione dell'accordo di conciliazione - promossa dal lavoratore - avente ad oggetto una serie di titoli e pretese, tra cui quelli connessi all'indennità di anzianità e al trattamento di fine rapporto. In particolare, l'atto transattivo, sottoscritto in occasione della risoluzione anticipata del rapporto, prevedeva, *inter alia*, che, a fronte dell'espressa rinuncia del lavoratore a controversie relative al '*calcolo dell'indennità di anzianità al 31 maggio 1982 e del trattamento di fine rapporto nel suo complesso*', il datore di lavoro di lavoro si impegnava a corrispondere una somma integrativa del T.f.r. pari a €2.000.

Si ricorda che, a norma dell'art. 2113 c.c., non sono valide le rinunce e le transazioni relative ai diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili di legge o dai contratti collettivi e avverso le stesse può essere proposta impugnazione, anche stragiudiziale, entro il termine di sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o, se successiva alla cessazione, dalla data in cui è intervenuta la rinuncia o la transazione. La stessa norma prevede che risultano inoppugnabili le rinunce e le transazioni intervenute innanzi alle c.d. '*sedi protette*' ai sensi degli artt. 411, 412 *ter* e 412 *quater* c.p.c., ovvero innanzi alle commissioni di conciliazione dell'Ispettorato Territoriale del lavoro, in sede sindacale, o innanzi a collegi o commissioni di certificazione e di conciliazione istituite dal contratto o accordo collettivo applicato.

Nel caso di specie, il lavoratore ricorreva successivamente in giudizio per accertare lo svolgimento di lavoro straordinario in via continuativa in epoca anteriore al 31 maggio 1982, richiedendo, in via gradata, che le relative differenze retributive venissero incluse nella media mensile per il calcolo del T.f.r., il quale era da liquidarsi nuovamente con la dovuta integrazione. La richiesta del lavoratore, rigettata in primo e secondo grado, è ritenuta fondata dalla Suprema Corte, la quale, in continuità con precedenti pronunce, ha rilevato che '*la quietanza a saldo sottoscritta dal lavoratore ove contenga una dichiarazione di rinuncia riferita, in termini generici, ad una serie di titoli in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto, può assumere il valore di rinuncia o di transazione alla condizione che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre specifiche circostanze desumibili aliunde, che essa sia stata rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi; infatti, enunciazioni di tal genere sono assimilabili alle clausole di stile e non sono sufficienti di per sé a comprovare l'effettiva sussistenza di una volontà dispositiva dell'interessato*'.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di legittimità ha ritenuto falsamente applicato l'art. 2113 c.c., in quanto l'accordo sottoscritto dal dipendente non contiene alcun riferimento al computo del compenso per lavoro straordinario ai fini dell'indennità di anzianità dovuta al lavoratore, '*recando soltanto un generico riferimento all'indennità di anzianità maturata al 31 maggio 1982, del tutto inidoneo a radicare nel lavoratore la consapevolezza di dismettere la pretesa (poi azionata) al computo suddetto*'.



## Piani di welfare aziendale basati su obiettivi individuali: via libera dall'Agenzia delle Entrate

La Direzione regionale della Lombardia dell'Agenzia delle Entrate, con la risposta all'interpello n. 904-791/2017, ha ammesso la legittimità di piani di welfare aziendale basati sul raggiungimento di obiettivi predefiniti non solo a livello aziendale, ma anche a livello individuale.

In particolare, l'interpello ha ad oggetto l'applicazione delle agevolazioni fiscali previste dal TUIR ad un piano di welfare aziendale costituito da una società accreditata dalla Regione Lombardia per la formazione professionale ed i servizi al lavoro. Il piano, valido per un periodo di due anni, prevede l'assegnazione di un budget di spesa a carattere *'figurativo'* (c.d. *'credito welfare'*), totalmente a carico del datore di lavoro e non rimborsabile, pari ad €1.500 annui per ogni dipendente da utilizzare secondo le proprie necessità ed esigenze.

Il piano in questione, per il primo anno, prevede l'assegnazione di tale importo a ciascun dipendente subordinatamente al raggiungimento del 100% di un determinato obiettivo individuale, prevedendo, in caso di raggiungimento di un risultato inferiore, una riduzione proporzionale del suddetto budget sulla base dei risultati effettivamente conseguiti.

Per il secondo anno, invece, è prevista l'assegnazione del medesimo budget di servizi subordinatamente al raggiungimento di un obiettivo a livello aziendale legato al fatturato, con la precisazione che, in mancanza e comunque entro uno scarto massimo al ribasso del 10%, tale importo verrebbe rapportato ad una determinata percentuale (3%) della RAL individuale.

La società istante ha richiesto all'Autorità tributaria regionale quale fosse il corretto regime fiscale applicabile alla fattispecie in esame alla luce della novità introdotte dalla Legge del 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. *'Legge di stabilità per il 2016'*), dalla Legge del 11 dicembre 2016 n. 232 (c.d. *'Legge di bilancio 2017'*), nonché dei chiarimenti espressi dalla Agenzia delle Entrate nella Circolare del 15 giugno 2016, n. 28. Nello specifico la richiesta è volta ad accertare l'esclusione dall'imposta sul reddito da lavoro dipendente dei servizi erogati in base al piano, come previsto dai commi 2 e 3 dell'articolo 51 del TUIR.

Nel rispondere a tale quesito, la Direzione regionale dell'Agenzia delle Entrate, ricorda che l'articolo 51 del TUIR, ai commi 2 e 3, (come modificati dalla legge di stabilità per il 2016 e dalla legge di bilancio per il 2017), prevede delle specifiche deroghe al c.d. *'principio di onnicomprensività del reddito da lavoro dipendente'*, stabilendo tassativamente le ipotesi in cui determinate *'somme'* o *'valori'*, percepiti dai dipendenti in ragione del loro rapporto di lavoro, sono esclusi, in tutto o in parte, dal loro reddito imponibile. Viene sottolineato che tra tali somme e valori rientrano anche le opere e i servizi messi a disposizione dei dipendenti e dei loro familiari *'tramite strutture esterne all'azienda purché i dipendenti medesimi risultino estranei al rapporto che intercorre tra l'azienda e l'effettivo prestatore del servizio e, in particolare, non risultino beneficiari dei pagamenti effettuati dalla propria azienda in relazione alla fornitura del servizio'*, come già precisato dall'Agenzia delle Entrate nella Risoluzione del 10 marzo 2004 n. 34 e nella Risoluzione del 29 marzo 2010, n. 26.

La Direzione regionale ricorda, inoltre, che l'Amministrazione finanziaria ha già precisato, in precedenti chiarimenti (Circolare del 23 dicembre 1997 n. 326, par. 2.2.6 e Circolare del 16 luglio 1998, n. 188, par. 4), che il legislatore, nel riferirsi *'alla generalità dei dipendenti'* o a *'categorie di dipendenti'*, abbia inteso riferirsi *'alla generica disponibilità verso un gruppo omogeneo di dipendenti (anche se alcuni di questi non fruiscono di fatto delle opere o servizi o delle somme messi a disposizione dal datore di lavoro) poiché, invece, qualora l'offerta dell'azienda sia rivolta ad personam oppure consenta di trarre dei vantaggi soltanto ad alcuni e ben individuati lavoratori, non viene riconosciuta l'applicazione delle disposizioni agevolative in esame tassativamente previste'*.

Sulla base di tali considerazioni, nel citato Interpello, la Direzione regionale della Lombardia giunge a ritenere che le agevolazioni fiscali in questione trovino applicazione anche in relazione ad un piano di welfare aziendale che subordini la fruizione dei relativi servizi al raggiungimento obiettivi aziendali ed individuali, con riduzione del valore dei servizi in proporzione agli obiettivi effettivamente raggiunti.

# Privacy

## **Il titolare del trattamento può delegare una persona, che sia direttamente e personalmente responsabile per specifiche attività in materia di privacy e tutela del trattamento dei dati?**

La tematica riguarda un punto centrale in materia privacy e tutela del trattamento dei dati, vale a dire quello della possibilità o meno del trasferimento e della delega delle responsabilità dal Titolare del trattamento, persona giuridica, nei confronti di una persona fisica qualificata, interna o esterna all'azienda. E' necessario fare riferimento, in primo luogo, alla legge n. 675/96 sulla tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali (abrogata, successivamente, dall'art. 183 del Codice Privacy). In secondo luogo, è opportuno riferirsi a quanto sul punto prevedono il D. Lgs. 196/2003 (Codice della Privacy) e la giurisprudenza. Il punto di riflessione riguarda la necessità, stante l'impianto sanzionatorio penale previsto dalle normative citate, di individuare una persona fisica, direttamente e personalmente responsabile (indipendentemente dalla sua posizione all'interno dell'organigramma aziendale) nell'espletamento delle attività alla medesima assegnate, in ambito privacy e tutela dei dati personali.

La vecchia normativa prevedeva l'individuazione di due diversi e distinti aspetti, la cui distinzione permane ancora, oggi, nel Codice Privacy, sorto sulle ceneri della vecchia normativa: da una parte l'ottemperanza, attribuita in via esclusiva alla responsabilità del titolare del trattamento, degli adempimenti e degli obblighi relativi alla organizzazione del sistema di trattamento e sicurezza; dall'altra l'implementazione concreta delle misure deferite alla responsabilità congiunta del titolare e del responsabile (figura di nomina facoltativa) del trattamento e, in quanto tale, delegabile e trasferibile dal primo al secondo (che può anche coincidere con un soggetto estraneo all'azienda) dotato delle necessarie competenze. In base a tale situazione, si rendeva necessario comprendere quali fossero i criteri per individuare una persona, all'interno dell'azienda, che potesse essere ritenuta personalmente e direttamente responsabile nell'espletamento di attività relativi alla privacy. Non essendo pensabile che le responsabilità introdotte dalla legge si estendessero a tutti i soci di una società oppure che l'organo all'apice dell'azienda potesse essere direttamente coinvolto nella organizzazione dei dati personali, quando l'attività di trattamento, in realtà, costituiva soltanto una parte residuale (o minima) dell'attività svolta in via principale dal medesimo soggetto.

Di qui, la necessità di prevedere una delega espressa, vera ed effettiva, nei confronti di una persona, professionalmente qualificata, che abbia le competenze necessarie, in materia di privacy e di tutela dei dati personali.

In base a quanto detto, si può affermare che il trasferimento e la delega della 'titolarità' del trattamento deve ritenersi possibile, tuttavia è opportuno far notare che non tutti possono ricevere la delega ma deve essere fatta un'attenta valutazione dei requisiti e delle capacità, nonché della posizione ricoperta, dalla persona delegata.

A ciò si aggiunga che il Codice della Privacy non indica espressamente un obbligo di stilare delle deleghe di funzione o procure in materia Privacy. Tuttavia, come viene anche confermato, da una sentenza della Cassazione Penale, al fine di ripartire correttamente la distribuzione della responsabilità, *'la delega di attribuzioni all'interno dell'azienda sia seria e reale e non un mezzo artificioso per scaricare la Responsabilità a livelli mansionari inferiori e comunque inadeguati a supportarli. E' necessario che la delega:*

- a) *abbia forma espressa e non tacita e contenuto chiaro;*
- b) *il delegato sia dotato di autonomia gestionale e di capacità di spesa nella materia delegata in modo che sia messo in grado di esercitare effettivamente la Responsabilità assunta*
- c) *il delegato sia dotato di idoneità tecnica'. (Cass. Penale Sez. III; 13 Marzo 2003 n. 22931).*



## Acquisto di una biobanca e dati sensibili: quando serve il consenso

In data 18 maggio 2017 il Tribunale di Cagliari, con sua sentenza n. 1569/2017, ha annullato il provvedimento del Garante per la Protezione dei Dati Personali di blocco del trattamento dei dati personali contenuti in una biobanca, emesso lo scorso 6 ottobre 2016 nei confronti di una società inglese specializzata in ricerca scientifica e sviluppo di farmaci antitumorali.

Per la prima volta in Italia, i giudici hanno riconosciuto che, in caso di mutamento del titolare del trattamento di dati sensibili, **non è necessario acquisire una nuova manifestazione del consenso da parte dei soggetti interessati** se è dimostrato che le finalità del trattamento condotto dal nuovo titolare sono compatibili con quelle per le quali il consenso è stato originariamente prestato.

La decisione senza precedenti è stata adottata in occasione della cessione di una banca dati genetica impiegata in un progetto di ricerca su malattie complesse, sicché essa risulta di particolare rilievo per quelle operazioni di M&A nelle quali si realizza (per esempio attraverso fusioni o cessioni di azienda) il trasferimento ad un diverso soggetto di raccolte di dati sensibili, quali appunto le biobanche o database analoghi.

Pertanto, potrebbe essere interesse delle parti coinvolte nell'operazione disciplinare specificamente nel contratto l'utilizzo della banca dati, il trasferimento e la conseguente variazione del soggetto giuridico titolare del trattamento dati in essa contenuti. L'obiettivo sarebbe quello di evitare che l'Autorità garante per la protezione dei dati personali (il 'Garante') impedisca l'utilizzo dei dati sensibili acquisiti fintantoché tutti i soggetti interessati non rilascino un nuovo consenso informato all'acquirente, il che potrebbe rivelarsi estremamente oneroso - se non impossibile - da ottenere come nel caso di biobanche contenenti dati genetici di migliaia di individui.

La decisione in commento è stata adottata dal **tribunale di Cagliari all'esito di una causa promossa dalla società Tiziana Life Sciences** contro un provvedimento emanato dal Garante, che le imponeva di astenersi da qualsiasi trattamento dei dati sensibili contenuti in una biobanca da essa acquistata nel contesto di una cessione di azienda.

Nel caso di specie, Tiziana Life Sciences aveva acquistato dal fallimento della società Shar Dna in liquidazione un complesso aziendale comprendente 230 mila campioni biologici e dati genetici estratti da circa 11.700 individui appartenenti ad una piccola comunità dell'Ogliastra (Sardegna). Questa comunità è rimasta isolata per molti anni, sviluppando un'eccezionale omogeneità genetica e permettendo di ricostruire tracce genetiche comuni in quasi tutti i donatori risalendo fino al 1600, e ha registrato altresì il secondo indice di longevità più alto al mondo. Per tali caratteristiche, questa biobanca rappresenta un campione unico per lo studio genetico di quasi tutte le malattie, comprese quelle tumorali e immunologiche.

Il Garante ha rinvenuto nell'utilizzo della biobanca di Shar Dna da parte di Tiziana Life Sciences una violazione delle norme di legge sul trattamento dati, emanando per l'appunto il provvedimento d'urgenza che ha imposto il **blocco immediato dell'utilizzo dei dati ivi contenuti**. Tuttavia, all'esito del giudizio, il tribunale ha ribaltato le conclusioni del Garante ed ha **annullato il provvedimento impugnato**, riscontrando l'assenza di responsabilità in capo a Tiziana Life Sciences.

Nello specifico, i giudici non hanno ritenuto necessario che la ricorrente acquisisse un nuovo consenso per lo svolgimento del proprio programma di ricerca, dal momento che le finalità del programma risultavano direttamente collegate a quelle per le quali il consenso era stato originariamente richiesto.

Diversamente, continuano i giudici, ancorare la necessità di un nuovo consenso al mero dato formale del mutamento del soggetto titolare potrebbe portare ad esiti contraddittori, laddove non si tenga conto - ad esempio - dei casi in cui il medesimo titolare del trattamento muti i suoi scopi senza mutare la sua soggettività. In concreto, ciò sarebbe accaduto se Tiziana Life Sciences avesse acquistato le quote di maggioranza di Shar Dna invece che acquistarne l'azienda dal fallimento.

Quanto sopra si pone in contrasto alla posizione del Garante, che nel caso in commento ha ritenuto necessaria una nuova manifestazione di consenso informato, nonostante Tiziana Life Sciences avesse garantito il perseguimento delle medesime finalità per le quali il consenso era stato prestato sin dal principio, imponendole un onere esorbitante rispetto alla finalità ultima di tutela dei soggetti interessati.

Senza dubbio il principio enunciato dal tribunale di Cagliari apre nuove prospettive di valorizzazione delle biobanche e, più in generale, delle raccolte di dati sensibili. Ove tale statuizione non venisse modificata nel giudizio di appello, in forza di tale precedente un potenziale acquirente che intenda perseguire le medesime finalità dichiarate dal venditore **non dovrebbe più acquisire un nuovo consenso dai soggetti interessati**. In ultima analisi, ciò permetterebbe una circolazione più agevole delle banche dati e delle biobanche con effetti assai positivi per il potenziamento della ricerca scientifica.

*Tribunale di Cagliari, Sez. I, sentenza 18 maggio 2017, n.1569*

## Garante Privacy: come scegliere il responsabile della protezione dei dati

Le pubbliche amministrazioni, così come i soggetti privati, dovranno scegliere il Responsabile della protezione dei dati personali (RPD) con particolare attenzione, verificando la presenza di competenze ed esperienze specifiche. Non sono richieste attestazioni formali sul possesso delle conoscenze o l'iscrizione ad appositi albi professionali. Queste sono alcune delle indicazioni fornite dal Garante della privacy alle prime richieste di chiarimento in merito alla nomina di questa nuova importante figura - introdotta dal Regolamento UE 2016/679 - che tutti gli enti pubblici e anche molteplici soggetti privati dovranno designare non più tardi del prossimo maggio 2018.

Nella nota inviata a un'azienda ospedaliera l'Ufficio del Garante ricorda che i Responsabili della protezione dei dati personali - spesso indicati con l'acronimo inglese DPO (*Data Protection Officer*) - dovranno avere un'approfondita conoscenza della normativa e delle prassi in materia di privacy, nonché delle norme e delle procedure amministrative che caratterizzano lo specifico settore di riferimento.

Nella selezione sarà poi opportuno privilegiare soggetti che possano dimostrare qualità professionali adeguate alla complessità del compito da svolgere, magari documentando le esperienze fatte, la partecipazione a master e corsi di studio/professionali (in particolare se risulta documentato il livello raggiunto).

Gli esperti individuati dalle aziende ospedaliere, ad esempio, in considerazione della delicatezza dei trattamenti di dati effettuati (come quelli sulla salute o quelli genetici) dovranno preferibilmente vantare una specifica esperienza al riguardo e assicurare un impegno pressoché esclusivo nella gestione di tali compiti.

L'Autorità ha inoltre chiarito che la normativa attuale non prevede l'obbligo per i candidati di possedere attestati formali delle competenze professionali. Tali attestati, rilasciati anche all'esito di verifiche al termine di un ciclo di formazione, possono rappresentare un utile strumento per valutare il possesso di un livello adeguato di conoscenza della disciplina ma, tuttavia, non equivalgono a una 'abilitazione' allo svolgimento del ruolo del DPO.

La normativa attuale, tra l'altro, non prevede l'istituzione di un albo dei 'Responsabili della protezione dei dati' che possa attestare i requisiti e le caratteristiche di conoscenza, abilità e competenza di chi vi è iscritto. Enti pubblici e società private dovranno quindi comunque procedere alla selezione del RPD, valutando autonomamente il possesso dei requisiti necessari per svolgere i compiti assegnati.

Il Garante si riserva di fornire ulteriori orientamenti, che saranno pubblicati sul sito istituzionale, anche all'esito dei quesiti e delle richieste di approfondimento sul Regolamento privacy, raccolti nell'ambito di specifici incontri che l'Autorità ha in corso con imprese e Pubblica Amministrazione.

*Garante Privacy, Newsletter n. 432 del 15 settembre 2017*



# Regulatory compliance

## Il nuovo Codice Antimafia e il D.Lgs. 231/2001

Il 27 settembre scorso la Camera con 259 voti a favore ha approvato il Disegno di Legge di modifica del Codice Antimafia, precedentemente già approvato dal Senato.

La riforma in oggetto ha importanti riflessi anche sotto il punto di vista della responsabilità amministrativa degli enti poiché, in forza della stessa, l'articolo 25-*duodecies* del D.Lgs. 231/2001, che attualmente contempla il solo delitto di impiego di stranieri irregolari (articolo 22 del D.Lgs. 286/98 o Testo Unico sull'immigrazione), dovrebbe essere ampliato con l'aggiunta di tre nuovi commi, relativi ad altrettante fattispecie previste dal Testo Unico che andranno quindi ad ampliare il già ampio ventaglio dei reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente.

Nel dettaglio, nel nuovo impianto normativo Antimafia viene prevista la sanzione pecuniaria da 400 a 1.000 quote e da 100 a 200 quote per i delitti connessi all'immigrazione clandestina di cui, rispettivamente, all'articolo 12, commi 3, 3-*bis*, 3-*ter*, e all'articolo 12, comma 5, del D.Lgs. 286/1998 relativi alle condotte di chi dirige, organizza, finanzia, effettua il trasporto di stranieri in Italia o ne favorisce la permanenza al fine di trarre un ingiusto profitto dalla loro condizione di illegalità.

Si sottolinea, inoltre, che è prevista la possibilità - nell'ambito della disciplina del 'controllo giudiziario delle aziende' - che il Tribunale ordini all'amministratore giudiziario l'adozione di misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del D.Lgs. 231/2001.

Maggiori dettagli sull'impatto che la normativa Antimafia come modificata dal Disegno di Legge appena approvato avrà sul D.Lgs. 231/2001 si potrà meglio comprendere con la pubblicazione ufficiale del provvedimento in Gazzetta che dovrebbe avvenire nelle prossime settimane.

## Nei reati ambientali la responsabilità penale può ricadere sul delegato

In materia di gestione dei rifiuti, la delega di funzioni deve essere giustificata in base alle dimensioni dell'impresa o, quantomeno, alle esigenze organizzative della stessa.

A ricordarlo è la Cassazione con la pronuncia n. 31364/2017, secondo cui *'allorquando si tratti di aziende di non modeste dimensioni il legale rappresentante può, a fronte della molteplicità dei compiti istituzionali o della complessità dell'organizzazione aziendale, affidare, in base a precise disposizioni preventivamente adottate secondo le disposizioni statutarie, la direzione di singoli rami o impianti a persone, dotate di capacità tecnica ed autonoma decisionale: in tal caso la responsabilità penale ricade su questi ultimi soggetti, quando si accerti che il titolare stesso non abbia interferito nella loro attività'*.

Con tale principio di diritto la Cassazione ha accolto uno dei motivi del ricorrente, rilevando come il Tribunale non avesse in alcun modo considerato l'esistenza di una delega di funzioni del legale rappresentante ad altro soggetto. In precedenza, infatti, il Tribunale di Napoli aveva condannato il legale rappresentante di una Srl per il reato di cui all'art. 256, comma 1 lett. a) del D.Lgs. 152/2006, per aver effettuato, in assenza di autorizzazione, attività di raccolta, recupero e smaltimento di rifiuti non pericolosi. Nello specifico, il Tribunale ha condannato il rappresentante della società alla pena di €6.000 di ammenda ed ordinato la bonifica dei luoghi a sue spese, senza quindi tenere in considerazione la delega di funzioni, prodotta dall'imputato durante il dibattimento.

La predetta pronuncia si inserisce in un consolidato filone giurisprudenziale in materia di sicurezza sul lavoro, secondo cui, nel caso di aziende di grandi dimensioni, il legale rappresentante può affidare, a fronte della complessità dell'organizzazione aziendale, la direzione di singoli rami o impianti, a soggetti delegati. In tal caso la responsabilità penale può ricadere su questi ultimi qualora venga accertato che il titolare stesso non abbia interferito nelle loro attività.

Al fine di dare rilevanza penale all'istituto della delega di funzioni in materia ambientale, la Cassazione ritiene però necessaria la presenza dei seguenti requisiti:

- i. la delega deve essere puntuale ed espressa, con esclusione in capo al delegante di poteri residuali di tipo discrezionale;
- ii. il delegato deve essere tecnicamente idoneo e professionalmente qualificato per lo svolgimento del compito affidatogli;
- iii. il trasferimento delle funzioni delegate deve essere giustificato in base alle dimensioni dell'impresa o, quantomeno, alle esigenze organizzative della stessa;
- iv. la delega deve riguardare non solo le funzioni ma anche i correlativi poteri decisionali e di spesa; e infine
- v. l'esistenza deve riguardare non solo le funzioni ma anche i correlativi poteri.

## **Modello 231 e certificazione ISO UNI EN 9001**

La Cassazione con la sentenza 41768/2017 depositata il 13 settembre scorso ha affrontato, tra gli altri, il tema del rapporto tra Modelli 231 e certificazioni ISO UNI EN 9001.

Nel caso di specie infatti le società imputate non avevano adottato un modello 231, ma per l'appunto avevano adottato un modello aziendale ISO UNI EN 9001. A tal proposito, la Suprema Corte precisa che non possono assimilarsi ai modelli 231 i modelli aziendali ISO UNI EN 9001 e ciò in considerazione del fatto che tali ultimi modelli si riferiscono *al solo controllo della qualità del lavoro, nell'ottica del rispetto delle normative sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro o degli interessi tutelati dai reati in materia ambientale*, al contrario dei modelli 231 che, in forza delle indicazioni contenute nel D.Lgs. 231/2001, sono finalizzati a prevenire la commissione dei reati presupposti previsti dal decreto stesso.

La suprema Corte evidenzia quindi come nei modelli aziendali ISO UNI EN 9001, proprio per le finalità differenti che perseguono rispetto ai modelli 231, manca *l'individuazione degli illeciti da prevenire e la specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del modello*.

In conclusione e, alla luce della recente sentenza, si può osservare come i modelli aziendali ISO UNI EN 9001 sicuramente costituiscono una base di *compliance* aziendale importante nell'ottica di una corretta gestione di processi sensibili anche in ottica 231 ma, per la diversa natura che presentano, non possono assolutamente sostituirsi al modello 231, come per l'appunto evidenziato dalla Suprema Corte.



**Studio Associato**  
**Consulenza legale e tributaria**

**Contatti**

[it-fmLegalNewsletter@kpmg.it](mailto: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 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/socialmedia](http://kpmg.com/socialmedia)



[kpmg.com/app](http://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").