



Legal Newsletter n. 6/2017

Tax & Legal

Updates:

Corporate

Labour

Privacy

Regulatory compliance

kpmg.com/it



Sommario

Corporate

Condizioni di validità delle clausole di trascinamento.....	4
L'atto di scissione non sarebbe passibile di revocatoria fallimentare.....	5
La nuova impresa sociale.....	6

Labour

Indici di subordinazione ed esercizio del potere disciplinare: il punto della Cassazione.....	7
Copia di dati aziendali: legittimo il licenziamento.....	8
Legge di bilancio 2018: novità in tema lavoro e previdenza.....	9

Privacy

<i>Phishing</i> e Privacy.....	10
Privacy e giornalismo.....	11
Delega specifica per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679.....	12

Regulatory compliance

Accesso abusivo informatico anche in presenza di autorizzazione.....	13
Responsabilità 231 dell'ente in caso di assoluzione della persona fisica.....	14
Gare di appalto, le condanne '231' devono essere comunicate alla stazione appaltante.....	15

Corporate

Condizioni di validità delle clausole di trascinamento

Le clausole di trascinamento (c.d. *drag along*) attribuiscono a uno o più soci che desiderano vendere la loro partecipazione sociale il diritto di obbligare altri soci a vendere anche la loro partecipazione al potenziale acquirente. Le motivazioni di ordine economico sottostanti ad operazioni così strutturate sono le più varie. Queste vanno dall'interesse a scongiurare il rischio del *free riding* (pratica che consiste nel comprare e vendere azioni o altri strumenti finanziari senza disporre delle risorse di capitale necessarie), ad esigenze di una più equa distribuzione del premio di maggioranza, fino alla protezione dell'interesse del socio maggioritario a disinvestire senza essere pregiudicato dalla difficoltà di trovare una controparte disposta a rilevare la sola quota di maggioranza, e così via.

Le clausole *drag along*, di origine anglosassone, sono spesso inserite nei contratti di cessione di partecipazioni societarie e in altri contratti commerciali, nei patti parasociali e negli statuti delle società di capitali.

Proprio con riguardo a questa ultima ipotesi, il Tribunale di Milano era intervenuto nel 2011 sulla validità di una clausola di trascinamento inserita nello statuto. Il giudice meneghino, pur avendo riconosciuto la clausola come astrattamente meritevole di tutela, ne aveva sancito la nullità. La pronuncia di nullità si era basata sulla considerazione che l'attribuzione ai soci di maggioranza del potere di trascinamento può essere introdotta nello statuto solo all'unanimità e quindi anche con il consenso dei soci che potrebbero subire il trascinamento.

Su tale tematica si è di recente espresso il Consiglio notarile del Triveneto con la massima H.I.9 che, sulla scorta di una decisione del Tribunale di Milano del 2014, ha sancito la validità delle clausole di *drag along* adottate a maggioranza nello statuto sociale.

Perché tali clausole possano essere adottate a maggioranza, è necessario che non siano strutturate come un diritto di opzione *call* (ovvero come il diritto di taluni soci di acquistare, ad una certa data, le partecipazioni degli altri soci). La clausola dovrà, perciò, limitarsi a prevedere una particolare modalità di disinvestimento collettivo, attribuendo ai soci di maggioranza il diritto di porre termine all'investimento di tutti i soci.

Secondo il Consiglio Notarile del Triveneto, per rispondere a questo requisito la clausola dovrà necessariamente prevedere:

- i. la cessione contestuale di tutte le azioni;
- ii. che sia garantito ad ogni socio il diritto di vedersi corrisposta una somma non inferiore a quella che si determinerebbe all'esito della liquidazione della società; e
- iii. che sia garantita la parità di trattamento tra soci. Qualora la clausola non presenti tali caratteristiche, la stessa potrà essere inserita nello statuto soltanto con il consenso di tutti i soci.



L'atto di scissione non sarebbe passibile di revocatoria fallimentare

Nella sentenza dell'11 settembre 2017, la Corte d'Appello di Catania tratta l'argomento dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare di un atto di scissione. La tematica è ampiamente dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza.

Sul tema vi sono due correnti di pensiero, una a favore e una contro l'esperibilità della revocatoria di un atto di scissione.

Più in dettaglio, un orientamento sostiene che la scissione costituisca un atto non suscettibile di revocatoria fallimentare, in quanto il rimedio specifico dell'opposizione alla scissione tutelerebbe i creditori già di per sé in maniera equivalente alla revocatoria fallimentare, dato che ha lo scopo di conservare l'integrità patrimoniale della società prima ancora che la scissione si perfezioni.

Un secondo orientamento ritiene invece che non esista alcuna disposizione normativa che impedisca l'esperimento dell'azione revocatoria, in quanto questa sarebbe prevista dal nostro ordinamento quale rimedio di carattere generale, esperibile solo ad opera del curatore fallimentare per rendere inefficace *ex post* un atto dispositivo considerato pregiudizievole per la massa dei creditori. L'opposizione alla scissione, invece, sarebbe un rimedio differente, in quanto può essere promosso unicamente dai creditori ed opera preventivamente, al fine di impedire il realizzarsi di un atto pregiudizievole nei confronti dagli stessi.

Nel caso in esame il giudice di primo grado aveva aderito alla teoria secondo cui l'azione revocatoria fallimentare sarebbe ammissibile, giustificando la sua decisione sulla base della diversa funzione assegnata dall'ordinamento all'azione revocatoria (tutela della *par condicio* dei creditori della società fallita) rispetto alla funzione preventiva e cautelare dell'opposizione alla scissione.

La Corte d'Appello ha invece sposato la tesi opposta, sostenendo che la scissione si concretizza nel frazionamento patrimoniale della società, il cui patrimonio viene semplicemente allocato in maniera differente. Secondo la Corte ne consegue, quindi, che non si tratterebbe di un trasferimento di beni, ma di una semplice redistribuzione degli stessi tra gli enti che partecipano alla scissione.

La scissione si concretizzerebbe, pertanto, in una nuova articolazione dello stesso ente senza che possa venirsi a configurare il trasferimento del suo patrimonio. Non vi sarebbe, quindi, alcuna lesione della *par condicio* dei creditori (peraltro tutelati dalla possibilità di opporsi preventivamente alla scissione). Accogliendo la possibilità di esperire l'azione revocatoria fallimentare si rischierebbe invece di penalizzare la società beneficiaria della scissione, che verrebbe privata delle proprie componenti patrimoniali positive, con la conseguenza che sarebbe vanificata l'intera operazione di scissione, venendo meno la finalità di stabilità propria dell'atto di scissione.



La nuova impresa sociale

L'ordinamento giuridico italiano identifica l'impresa sociale in tutte le organizzazioni private che esercitano, in via stabile e principale, un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale. Con l'introduzione di questa tipologia di impresa si è voluto, quindi, legittimare l'esistenza di imprese con finalità diverse dal profitto ed operanti in una realtà sociale, economica e culturale in continua evoluzione.

Le disposizioni in materia di impresa sociale sono state recentemente riformate dal legislatore che, con l'art. 19 del D.Lgs. 112/2017, ha abrogato e sostituito la disciplina previgente. La nuova normativa non ha stravolto la precedente definizione di impresa sociale ma ne ha dettagliato maggiormente le caratteristiche. In particolare, l'impresa sociale deve esercitare attività:

- i. di interesse generale;
- ii. senza perseguire scopo di lucro;
- iii. per perseguire finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale;
- iv. adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti;
- v. favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e degli altri soggetti interessati alle loro attività;
- vi. esercitando tale attività in via stabile e principale.

Il nuovo decreto stabilisce, inoltre, che possono costituire un'impresa sociale gli enti privati costituiti in forma societaria, con l'esclusione delle società costituite da un unico socio persona fisica, delle amministrazioni pubbliche e degli enti i cui atti costitutivi limitino l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati.

Come detto, l'impresa sociale deve esercitare l'attività 'sociale' in via stabile e principale. Tale aspetto, già presente nella normativa previgente, è stato ulteriormente precisato con la previsione per cui i ricavi derivanti da tale attività dovranno essere superiori al 70% dei ricavi complessivi dell'impresa. Ne consegue che quest'ultima potrà svolgere anche attività differenti, purché i ricavi che ne derivano non eccedano il 30% dei ricavi complessivi.

Accanto alle tradizionali finalità di interesse generale che l'impresa sociale è chiamata a perseguire, si sono aggiunte anche quelle a contenuto civico e solidaristico. Tale ampliamento è stato promosso tenendo conto sia dei progressivi mutamenti del contesto sociale, sia dell'estensione degli ambiti facenti parte del settore *no profit*, nonché dei recenti orientamenti comunitari in materia di economia sociale.

L'attività d'impresa deve, inoltre, essere esercitata senza perseguire scopo di lucro. A tal fine il nuovo testo normativo precisa che l'impresa sociale deve obbligatoriamente destinare eventuali utili ed avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio. La novità, rispetto alla normativa previgente, sta nell'aver implementato l'elenco delle fattispecie considerate forme vietate di distribuzione indiretta degli utili ed avanzi di gestione.

Altra interessante novità è rappresentata dalla circostanza che viene richiesto di adottare modalità di gestione responsabili e trasparenti attraverso la previsione di interventi di controllo in ordine al rispetto della normativa. Proprio con specifico riferimento agli interventi di controllo, è stato introdotto l'obbligo, per tutte le imprese sociali, di nominare uno o più sindaci ai quali spetti il dovere di monitorare l'osservanza delle finalità sociali.

Infine, il legislatore ha prescritto che l'attività dell'impresa sociale debba essere svolta favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati, attraverso modalità che dovranno essere stabilite nel regolamento aziendale e nello statuto dell'impresa. Con questa previsione il legislatore ha voluto introdurre *ex novo* l'obbligo di prevedere nello statuto con quali modalità e in quali casi i lavoratori e gli utenti parteciperanno alle assemblee.



Labour

Indici di subordinazione ed esercizio del potere disciplinare: il punto della Cassazione

Con sentenza dell'11 ottobre 2017 n. 23846, la Corte di Cassazione si è espressa, ancora una volta, sui criteri in presenza dei quali il rapporto di lavoro può essere qualificato come subordinato. Nel caso di specie la ricorrente, assunta con contratto di lavoro autonomo presso un'agenzia ippica, rivendicava il riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro, nonché l'illegittimità del licenziamento intimato oralmente. L'agenzia, soccombente in secondo grado, ha proposto ricorso per cassazione ritenendo che la Corte di Appello non aveva tenuto in considerazione i c.d. *'indici sintomatici primari'* da cui desumere l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, ovvero l'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare da parte del datore di lavoro, indici del tutto assenti, secondo l'agenzia, nel rapporto di lavoro con la lavoratrice.

Con la pronuncia in esame, i giudici di legittimità, richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale, ribadiscono, anzitutto, che l'esistenza di un vincolo di subordinazione debba essere concretamente accertato con riguardo *'alle specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione'*. Inoltre, viene specificato che, nel caso in cui la qualificazione del rapporto come autonomo o come subordinato risulti più complessa, anche alla luce del *'tipo di incarico conferito al lavoratore e al contesto in cui è svolta la prestazione'*, è ammesso il ricorso a *'indicatori sussidiari'*, quali la presenza di una *'pur minima organizzazione imprenditoriale'*, *'l'incidenza del rischio economico'*, *'l'osservanza di un orario'*, *'la forma di retribuzione'*, *'la continuità della prestazione'*, nonché *'la sussistenza di un reale potere di organizzazione in capo al prestatore'*. Peraltro, viene richiamata la regola *juris* secondo la quale tanto in presenza di *'mansioni elementari, ripetitive e predeterminate nella modalità di esecuzione'*, quanto nelle attività *'per lo più intellettuali, (...) di notevole elevatezza o/o creatività'*, il criterio rappresentato dall'assoggettamento al potere direttivo, organizzativo e disciplinare può non risultare significativo per la qualificazione dalla natura del rapporto di lavoro *'occorrendo, in tal caso, far ricorso a criteri distintivi sussidiari, quali la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale e la sussistenza di una reale potere di autorganizzazione in capo al prestatore'*.

La Suprema Corte ha affermato che i giudici d'appello si sono puntualmente attenuti a tali principi, dando rilievo ai risultati dell'istruttoria dai quali era emerso che il lavoro degli addetti alla ricezione di scommesse si svolgeva nei locali dell'agenzia, sulla base di un orario predeterminato e secondo turni definiti dall'agenzia. Inoltre, dall'istruttoria era emerso che i lavoratori erano soggetti al controllo dell'agenzia e avevano un compenso garantito non correndo, quindi, alcun rischio di impresa. Peraltro, emergeva che le mansioni svolte dalla lavoratrice non erano soggette in via continuativa al potere direttivo del responsabile, dal momento che, una volta comprese le modalità di esecuzione dell'attività, le stesse venivano eseguite semplicemente e senza richiedere un elevato grado di professionalità. Infine, non è stata esclusa l'esistenza di un potere disciplinare in capo all'agenzia, pur ammettendo che ha avuto un limitato spazio d'azione, dovuto proprio alla standardizzazione delle mansioni.

In ogni caso, secondo i giudici di legittimità, l'assenza del potere disciplinare non esclude, di per sé, la *'negazione del vincolo di subordinazione'*, anche in considerazione del fatto che lo svolgimento, nel caso di specie, di mansioni standardizzate e soggette a continui controlli diretti comporta un notevole limite all'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro.

Copia di dati aziendali: legittimo il licenziamento

Con sentenza del 24 ottobre 2017 n. 25147, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la legittimità di un licenziamento per giusta causa intimato nei confronti di un dipendente che aveva trasferito una mole ingente di dati aziendali su una *pen drive* personale, successivamente smarrita dallo stesso e rinvenuta nei locali dell'azienda. In particolare, nel giudizio di secondo grado il licenziamento è stato ritenuto fondato sulla base della considerazione che la condotta del dipendente fosse in grado di integrare la fattispecie prevista dall'art. 52 del CCNL di settore, che sanziona con il provvedimento espulsivo le ipotesi di furto o danneggiamento volontario del materiale di impresa, nonché del trafugamento di disegni di macchine, processi o brevetti di lavorazione. Pertanto, secondo la Corte territoriale, la gravità del fatto, per la violazione del vincolo di fedeltà sancito dall'art. 2105 c.c., è stata tale da incidere irrimediabilmente sul rapporto fiduciario tra le parti.

Il dipendente ricorreva in Cassazione sostenendo che il giudice di appello avesse erroneamente tenuto conto della mera potenzialità lesiva della condotta, sul presupposto che la copiatura dei documenti informatici su un supporto portatile li rendesse per ciò solo disponibili a terzi. Per tale motivo, ad avviso del ricorrente, la condotta sarebbe stata semmai riconducibile alla violazione meno grave punibile, in base all'art. 51 del CCNL di settore, con una sanzione conservativa (dall'ammonizione scritta alla sospensione).

Richiamando le motivazioni della Corte territoriale, i giudici di legittimità hanno statuito che, per integrare la fattispecie espulsiva prevista dal contratto collettivo, non fosse necessaria la divulgazione dei dati a terzi, dal momento che la disponibilità degli stessi non giustificava la creazione di copie di per sé idonee a *'fare uscire informazioni fuori dalla sfera di controllo del datore di lavoro'*. Secondo la Suprema Corte, la condotta del dipendente, pertanto, si è sostanziata in una violazione del dovere di fedeltà nel senso di *'obbligo del lavoratore di astenersi da attività contrarie agli interessi del datore di lavoro, tali dovendosi considerare anche quelle che, sebbene non attualmente produttive di danno, siano dotate di potenziale lesività'*.

Del resto, la condotta tenuta dal dipendente non era riconducibile a quella sanzionata in maniera meno grave dal contratto collettivo, dal momento che la sanzione conservativa era comminata a fronte di usi impropri e non autorizzati delle strumentazioni aziendali, come l'utilizzo della email aziendale per ragioni personali e o l'archiviazione di dati strettamente personali su dispositivi dell'azienda.

Legge di bilancio 2018: novità in tema lavoro e previdenza

Con Comunicato n. 51 del 16 ottobre 2017, il Consiglio dei Ministri ha annunciato l'approvazione del disegno di legge relativo al '*bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e al bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*'. Con il Comunicato sono state illustrate le principali novità previste dal disegno di legge, tra cui emergono diverse misure in ambito giuslavoristico e previdenziale. È bene premettere che, nonostante le diverse bozze in circolazione, allo stato, non risulta pubblicato alcun testo ufficiale del Ddl. Tali misure, inoltre, sono da considerarsi come provvisorie, dovendo superare ancora, prima dell'approdo alle Camere, il vaglio delle competenti commissioni parlamentari.

In particolare, tra le principali novità annunciate dal Comunicato è previsto un '*incentivo strutturale per l'occupazione giovanile stabile*', riconosciuto dall'1 gennaio 2018 ai datori di lavoro privati che assumono giovani con contratto a tutele crescenti. Tale incentivo consisterebbe in uno sgravio triennale pari al 50% sui contributi previdenziali. L'esonero si estenderebbe anche alle assunzioni effettuate nei mesi di dicembre e novembre 2017, ma il relativo sgravio sarebbe applicato solo a decorrere dall'1 gennaio 2018. La decontribuzione sarebbe estesa anche in caso di '*prosecuzione*' di un contratto di apprendistato in un contratto a tempo indeterminato, indipendentemente dall'età anagrafica del lavoratore, nonché in caso di assunzione di studenti che abbiano concluso, entro sei mesi, percorsi di alternanza scuola lavoro o di apprendistato per il conseguimento del titolo di studio.

Tra le principali novità in ambito previdenziale viene indicato l'ampliamento, per il 2018, della platea di beneficiari della c.d. '*Ape sociale*', attraverso la riduzione dei requisiti contributivi per le donne con figli, le quali dovrebbero beneficiare di una riduzione del periodo contributivo pari a 6 mesi per ogni figlio con età non superiore a 2 anni. L'istituto, introdotto con la legge di stabilità per il 2017, prevede, infatti, l'erogazione, in presenza di determinati presupposti anagrafici e contributivi, di un'indennità fino al raggiungimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia.

Sempre in tema Ape, sarebbe prevista l'estensione dell'indennità, per il 2018, anche ai lavoratori con contratto a termine in scadenza, a condizione che, nei tre anni precedenti alla cessazione del rapporto, il beneficiario sia stato occupato come dipendente per almeno 18 mesi.

In generale, con riferimento agli sgravi contributivi per le nuove assunzioni, è stato annunciato uno stanziamento di risorse pari a 300 milioni di euro per 2018, aumentate a 800 milioni nel 2019 e a 1,2 miliardi nel 2020.



Privacy

Phishing e Privacy

Come si deve comportare l'azienda quando il sistema informatico con tutti dati personali dei clienti (e dei dipendenti) è oggetto di un attacco informatico? Una vera e propria risposta non esiste. Vi sono accorgimenti che un'azienda, come titolare del trattamento dei dati, può implementare e che sono indicate anche dal Garante Privacy come, ad esempio, un cambio periodico delle password di accesso al sistema. Dopodiché, l'azienda, e chi la rappresenta, può denunciare il fatto all'autorità competente, che si occuperà di svolgere le appropriate indagini per pervenire all'individuazione dell'autore del fatto. Non sono indagini semplici.

L'evoluzione tecnologica se, da una parte, ha comportato innumerevoli vantaggi, dall'altra, ha causato dei problemi enormi, come, ad esempio, la creazione di nuovi tipi di reato. E', oramai, un dato di fatto che, chi naviga in Internet (ovvero, quasi tutta la popolazione) lascia traccia dei suoi dati ovunque. Pensiamo alla semplice operazione, che ha ad oggetto un acquisto online di un qualsiasi prodotto. Pensiamo al momento, in cui inseriamo i numeri della nostra carta di credito, del nostro nome, del nostro cognome e dell'indirizzo di fatturazione e che digitiamo, facendo attenzione a scrivere tutto correttamente, affinché l'operazione vada a buon fine. Ecco, questi nostri dati, da noi inseriti con così tanto impegno, possono essere oggetto di furto da parte di un terzo, che possieda grandi abilità tecniche-informatiche e che molto probabilmente appartiene ad un'associazione criminale molto complessa nonché diffusa su scala globale, dando vita al c.d. reato transazionale, che molto preoccupa ed impegna le forze giudiziarie e di polizia europee.

Passando ai dettagli normativi, lo strumento del *phishing* può consistere nel rubare una serie di dati tra i quali, per esempio, il numero di carta, il numero CCV e i dati personali del titolare, *user e password* attraverso l'invio alla vittima di false comunicazioni rassomiglianti, nei contenuti e nella grafica, a quelle di aziende bancarie o di credito note, oppure attraverso veri e propri programmi informatici e *malware* che si installano nel computer dell'ignaro cliente.

Nel nostro sistema penale, il *phishing* non è previsto come specifico reato e la giurisprudenza, a seconda della condotta contestata, inserisce tale reato, talvolta, nella fattispecie della falsificazione di comunicazione telematica (art.617 *sexies* c.p.), altre volte nella truffa (art. 640 c.p.), o nel trattamento illecito di dati (art. 167 D.lg. 196/2003), molte volte come accesso abusivo in un sistema informatico o telematico (art.615 *ter* c.p.) oppure come frode informatica (art. 640 *ter* c.p.). Esiste una particolare tipologia di *phishing* (il c.d. *spear phishing*), che viene realizzato attraverso l'invio di email fasulle, indirizzandole verso target specifici (persona giuridica o persona fisica). Attraverso questo tipo di attacco, il reo si appropria di informazioni altamente riservate di tipo finanziario (oppure segreti industriali, di stato o militari).

I messaggi di *phishing* sono costruiti a regola d'arte per ingannare, infatti, rappresentano imitazioni realistiche dei loghi o addirittura delle pagine web ufficiali di banche, aziende ed enti. Tuttavia, proprio perché sembrano messaggi provenienti dal vero mittente, si verifica spesso che includano anche errori grammaticali, di formattazione o di traduzione da altre lingue. Potrebbe essere utile anche prestare particolare attenzione al nome del mittente (poiché potrebbe essere un nome vistosamente strano) o all'indirizzo di posta elettronica utilizzato (che ugualmente potrebbe apparire un'imitazione dell'indirizzo reale ma con qualche piccola modificazione). Sarebbe bene diffidare dei messaggi con toni poco cortesi, addirittura quasi intimidatori, che, ad esempio, includano minacce di chiusura del conto bancario o di sanzioni se non segue la risposta immediata del destinatario, in realtà possono essere solo subdoli tentativi per spingere quest'ultimo a fornire informazioni personali.

Esistono tuttavia delle tecniche di auto-tutela contro le tecniche di *phishing*. Ad esempio, come indica anche il Garante Privacy, è raccomandabile installare e tenere aggiornato sul pc o sullo smartphone un programma antivirus che protegga anche dal *phishing*. Poi, è necessario controllare che siano attivati quei programmi, posseduti da tutti i gestori di posta elettronica, che hanno sistemi di protezione che indirizzano automaticamente nello spam la maggior parte dei messaggi di *phishing*. Meglio non memorizzare dati personali e codici di accesso nei browser utilizzati per navigare online. Inoltre, è buona pratica scegliere password alfanumeriche complesse, cambiandole spesso e scegliendo credenziali diverse per ogni tipo di servizio online, di cui si fa utilizzo banca online, e-mail, social network, ecc., a meno di disporre di sistemi di

autenticazione forte (*strong authentication*). All'interno dell'azienda è bene attivare dei corsi di formazione per rendere edotti i propri dipendenti dei pericoli e degli attacchi informatici, di cui possono essere oggetto i sistemi informatici dell'azienda. In conclusione, difendersi da attacchi di *phishing* non è semplice, tuttavia ci sono degli accorgimenti minimi che l'azienda come la persona fisica possono comunque attivare per cercare di tutelarsi al meglio.

Privacy e giornalismo

Il legislatore nazionale ed europeo ha sempre riposto particolare attenzione al bilanciamento tra libertà di espressione e di informazione, da un lato, e diritto alla protezione dei dati personali, dall'altro.

Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy, all'art. 85, ribadisce l'imprescindibilità di questo bilanciamento e, al comma 2, specifica come possa concretamente realizzarsi tale conciliazione. Lo strumento è quello del diritto di deroga, gli Stati membri possono infatti prevedere esenzioni o deroghe a talune disposizioni del Regolamento sulla privacy (deroghe relative ai principi, ai diritti dell'interessato, alle norme relative al trasferimento dei dati verso Paesi Terzi, ecc.).

In Italia le disposizioni relative alla protezione dei dati personali hanno trovato applicazione, nel solco del Codice in materia di protezione dei dati personali, anche al settore giornalistico con l'attribuzione al Garante di peculiari e incisivi poteri. Il bilanciamento tra i due diritti di rango costituzionale va risolto secondo un approccio pragmatico e concreto, ossia valutando se la compressione di uno dei due diritti risulti propedeutica e funzionale al corretto esercizio dell'altro. Il diritto di cronaca prevale sul diritto alla privacy qualora la cronaca giornalistica sia conforme a talune condizioni legittimanti, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale tradizionale: utilità sociale dell'informazione, verità oggettiva o anche solo putativa (purché frutto di un attento e costante lavoro di ricerca), continenza espositiva.

Esistono degli indici sulla base dei quali i professionisti dell'informazione devono orientarsi per trovare, caso per caso, il equilibrio fra i diversi interessi in gioco. I principi fondamentali, essenzialmente, sono due: 1) trattare informazioni (contenenti dati personali, ovviamente) che siano essenziali rispetto a fatti di interesse pubblico, ferma restando 2) la possibilità di raccogliere e pubblicare fatti resi noti direttamente dagli interessati, anche attraverso loro comportamenti in pubblico. I giornalisti prima di pubblicare di dati, anche sensibili, non devono chiedere il consenso né devono conformarsi ad autorizzazioni del Garante.

Il Garante per la protezione dei dati personali mantiene però un 'ruolo forte' all'interno del complesso rapporto tra libertà di informazione e diritti della persona. L'Autorità può ordinare all'editore, al direttore responsabile della testata giornalistica e al singolo giornalista di comunicare all'interessato determinate informazioni, ad esempio i dati detenuti che lo riguardano o l'origine dell'informazione personale diffusa. Oppure può disporre l'aggiornamento o la rettifica dei dati inesatti o incompleti, fermo restando l'esercizio del diritto di rettifica previsto dalla legge sulla stampa. Il Garante, in caso di violazione di disposizioni del Codice privacy o di disposizioni del Codice deontologico dei giornalisti, può adottare altresì provvedimenti che possono arrivare come *extrema ratio* al blocco (temporaneo, in attesa di ulteriori accertamenti di merito) o al divieto (definitivo) di ulteriore diffusione di dati (anche dai siti web delle rispettive testate giornalistiche) trattati illecitamente.



Delega specifica per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679

Con la pubblicazione, nella Gazzetta Ufficiale n. 259 del 6 novembre 2017, della legge 25 ottobre 2017, n. 163 (legge di delegazione europea 2016-2017), viene data delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea.

In forza dell'art. 13 di tale legge il Governo è stato delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi al fine di adeguare il quadro normativo nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Nell'esercizio della delega, il Governo è tenuto a seguire i seguenti principi e criteri direttivi specifici:

- a. abrogare espressamente le disposizioni del codice in materia di trattamento dei dati personali (D.Lgs. n. 196/2003), incompatibili con le disposizioni contenute nel citato Regolamento;
- b. modificare il D.Lgs. n. 196/2003 limitatamente a quanto necessario per dare attuazione alle disposizioni non direttamente applicabili contenute nel Regolamento (UE) 2016/679;
- c. coordinare le disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati personali con le disposizioni recate dal Regolamento (UE) 2016/679;
- d. prevedere, ove opportuno, il ricorso a specifici provvedimenti attuativi e integrativi adottati dal Garante della Privacy nell'ambito e per le finalità previste dal Regolamento (UE) 2016/679;
- e. adeguare, nell'ambito delle modifiche al D.Lgs. n. 196/2003, il sistema sanzionatorio penale e amministrativo vigente, alle disposizioni del Regolamento in questione con previsione di sanzioni penali e amministrative efficaci, dissuasive e proporzionate alla gravità della violazione delle disposizioni stesse.



Regulatory compliance

Accesso abusivo informatico anche in presenza di autorizzazione

Con una recente sentenza (n. 41210/2017), le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si occupano di dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto intorno all'art. 615-ter, c.p. (i.e. accesso abusivo ad un sistema informatico e telematico), rilevante ex articolo 24-bis, D.Lgs. 231/2001. Il contrasto testé menzionato riguarda la rilevanza penale o meno della condotta di accesso ad un sistema informatico posta in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio che, munito di *password* di accesso al sistema, vi acceda per finalità diverse da quelle di ufficio (c.d. sviamento di potere). A tal proposito, la Suprema Corte stabilisce il seguente principio di diritto: *'integra il delitto previsto dall'art. 615 ter, secondo comma, n. 1, cod. pen. la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitarne l'accesso (nella specie, Registro delle notizie di reato: Re. Ge.) acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee e comunque diverse rispetto a quelle per le quali, soltanto, la facoltà di accesso gli è attribuita'*.

Il caso sottoposto alla Suprema Corte riguardava la condotta di un cancelliere che aveva utilizzato le sue credenziali di accesso al registro informatico delle notizie di reato per visionare il fascicolo processuale di un suo conoscente. La condotta del cancelliere, pur essendo stata motivata da scopi estranei a quelli per cui era stata concessa l'autorizzazione all'uso del sistema, non contrastava con alcuna prescrizione organizzativa interna della Procura. Le disposizioni emanate dal Procuratore Generale consentivano, infatti, a tutti i soggetti autorizzati di accedere alle informazioni contenute nell'intero sistema.

In presenza di un risalente contrasto in materia, la Sezione rimettente riteneva opportuno un chiarimento delle Sezioni Unite circa la rilevanza del fatto commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio con c.d. sviamento di potere, pur in assenza della violazione di specifiche prescrizioni provenienti dal titolare del sistema.

Preliminarmente le Sezioni Unite delimitano il campo di indagine alla disposizione di cui all'art. 615 ter co. 2 n. 1 c.p. Tale disposizione costituisce una *'circostanza aggravante esclusivamente soggettiva'* del reato di *Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico* in cui l'aumento di pena e la procedibilità di ufficio si ricollegano al fatto che il soggetto attivo del reato rivesta la qualifica di investigatore privato, operatore di sistema informatico, pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

Ciò premesso, le Sezioni Unite si soffermano sulla nozione di c.d. sviamento di potere. Essa rappresenta una delle tipiche manifestazioni della più generale categoria (amministrativistica) del vizio di *'eccesso di potere'* e ricorre quando l'atto amministrativo non persegue un interesse pubblico, bensì privato. In particolare, incorre nello sviamento di potere il pubblico funzionario che nella sua attività concreta *'persegue una finalità diversa da quella che gli assegna in astratto la legge sul procedimento amministrativo (art. 1, legge n. 241 del 1990)'*.

La Corte passa poi in rassegna le principali norme che definiscono lo *status* del soggetto dotato di funzioni pubbliche. Vengono in rilievo, anzitutto, alcune disposizioni del Testo Unico sul pubblico impiego e del Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, che specificano i principi già enunciati dalla legge sul procedimento amministrativo. Inoltre, i giudici fanno riferimento agli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione, che - oltre a costituire la fonte dei predetti principi - richiedono al dipendente l'adesione ai *'principi di etica pubblica'*. Tali previsioni normative rendono evidente che i pubblici dipendenti sono tenuti ad agire per il perseguimento delle finalità istituzionali in vista delle quali il rapporto funzionale è instaurato.

Infine, le Sezioni Unite ricordano come la giurisprudenza di legittimità sia da tempo orientata a ricondurre lo sviamento di potere all'interno delle nozioni di *abusività* della condotta e di fatto commesso con *violazione dei doveri di ufficio*.



Alla luce di tali considerazioni, la Corte conclude che l'accesso ad un sistema informatico per ragioni estranee a quelle di ufficio si traduce per il pubblico ufficiale in una condotta abusiva, ponendosi in un rapporto di *'ontologica incompatibilità'* con la funzione svolta.

Da ultimo, la Corte precisa che l'art. 615-ter co. 2 n. 1 c.p. non si applica al pubblico dipendente cui non possano attribuirsi le qualifiche di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. In tal caso tornerà ad applicarsi l'ipotesi base di reato di cui al primo comma dell'art. 615 ter c.p.

Responsabilità 231 dell'ente in caso di assoluzione della persona fisica

Con la recente sentenza n. 49056/2017 del 25 ottobre la Suprema Corte ha affrontato un tema che ha sempre suscitato particolare interesse, ovvero quello della sussistenza o meno della responsabilità ex D.Lgs.231/2001 in capo ad un ente nel momento in cui viene assolta la persona fisica, apicale o dipendente che ha materialmente commesso il reato presupposto di cui è chiamata a rispondere la persona giuridica.

Anche nel caso di specie la Suprema Corte ha ribadito, confermando di fatto una linea di pensiero già seguita in precedenti pronunce, che il reato commesso dai soggetti apicali o dai dipendenti è solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità dell'ente, la quale è invece autonoma e necessita di valutazioni che dipendono dal caso concreto. Nel caso in esame infatti, la Cassazione, ha accolto il ricorso del Pubblico Ministero e ha disposto un nuovo giudizio di secondo grado, ritenendo che l'assoluzione di uno dei funzionari pubblici accusati di corruzione non abbia determinato in automatico il venir meno dell'addebito alla società unipersonale da lui amministrata (come aveva invece sostenuto la Corte d'Appello di Milano).

La Suprema Corte ha inoltre precisato che – ai fini dell'esclusione della contestazione '231' - non rileva la circostanza che la società imputata sia unipersonale poiché, per la Corte, il presupposto per l'applicazione di una sanzione nei confronti degli enti è l'esistenza di un *'soggetto di diritto metaindividuale'* che possa essere qualificato come autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici. In tal senso, una società individuale si può facilmente distinguere dalla persona fisica che ne detiene le quote e le vicende processuali di quest'ultima non inficiano quindi gli sviluppi del procedimento nei confronti dell'ente.



Gare di appalto, le condanne '231' devono essere comunicate alla stazione appaltante

Il Consiglio di Stato con la sentenza 4192/2017 è stato chiamato a dirimere una controversia relativamente alla partecipazione all'affidamento di un appalto in ambito sanitario di una società che non aveva dichiarato di essere stata in precedenza condannata ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

Nel caso di specie alla società in questione erano stati contestati diversi fatti illeciti commessi attraverso la sistematica violazione degli obblighi derivanti dai contratti stipulati e riconducibili ai reati di *'associazione a delinquere finalizzata alla commissione di un numero indeterminato di delitti contro la salute pubblica, la fede pubblica, la frode in pubbliche forniture, la truffa ai danni di strutture sanitarie pubbliche e private'*.

L'ente a conclusione del procedimento a suo carico era stato condannato ai sensi del D.Lgs. 231/2001 al pagamento della sanzione pecuniaria di 387.342,50 euro per il reato di truffa e si era visto applicare altresì le sanzioni interdittive (per la durata di un anno) relative al divieto di contrattare con la P.A. e al divieto di pubblicizzare beni e servizi.

Nonostante la condanna la società, in sede di partecipazione alla gara, aveva omesso di dichiarare il precedente penale testé descritto e la stazione appaltante ne era poi venuta a conoscenza solo in seguito al ricorso incidentale proposto da un altro partecipante.

La società aveva pertanto contravenuto a una delle regole basilari per la corretta partecipazione a procedure concorsuali, ovvero la regola in forza della quale gli operatori economici sono tenuti a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti *'in modo da permettere alla Stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza'*. Il Consiglio di Stato ricorda infatti nella sentenza che non può essere infatti *'configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione'*.

La difesa adottata dalla società in relazione alla non definitività della sentenza di primo grado, peraltro relativa a fatti risalenti a più di tre anni prima, non è pertanto stata ritenuta fondante dall'Organo Giudicante che, facendo riferimento alle Linee Guida n. 6 dell'A.N.A.C., ha evidenziato come anche i provvedimenti non definitivi di condanna risultano rilevanti ai fini della dichiarazione da rilasciare alla stazione appaltante in caso di partecipazione all'affidamento di un appalto. Il Consiglio di Stato, sempre richiamando le citate Linee Guida ha altresì precisato come il periodo di esclusione dalle gare non può superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti penali di condanna non definitivi, dalla data del provvedimento.



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 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



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").