



Legal Newsletter n. 8/2017

Tax & Legal

Updates:

Corporate

Labour

Privacy

Governance, Regulatory & Compliance

kpmg.com/it



Sommario

Corporate

| | |
|---|---|
| Patti parasociali tra cedente e cessionario di quote sociali..... | 4 |
| Novità giurisprudenziali in tema di libertà di stabilimento..... | 5 |
| Inapplicabilità delle clausole statutarie nei confronti del socio receduto..... | 5 |

Labour

| | |
|---|---|
| Apprendistato professionalizzante: i chiarimenti del Ministero del Lavoro..... | 6 |
| Al contratto di subfornitura si applica il regime di responsabilità solidale..... | 7 |
| Approvata la legge sul <i>Whistleblowing</i> | 8 |

Privacy

| | |
|--------------------------------------|----|
| <i>Whistleblowing</i> e Privacy..... | 9 |
| Privacy e Antiriciclaggio..... | 10 |

Governance, Regulatory & Compliance

| | |
|--|----|
| Modelli organizzativi e di controllo in materia di sicurezza sul lavoro e Modelli ex D.Lgs. n. 231/2001: pubblicato il bando ISI INAIL 2017..... | 11 |
| Prevenzione e contrasto della corruzione: protocolli d'intesa tra AGCM e Procure di Milano e Roma..... | 12 |
| Procedure di autorizzazione all'esportazione di prodotti e di tecnologie a duplice uso: rivisitata la normativa in materia di prodotti c.d. <i>dual use</i> | 13 |
| Sicurezza sul lavoro e responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001..... | 14 |
| Responsabilità amministrativa ex D.Lgs. n. 231/2001: la nozione di interesse non ha dimensione esclusivamente soggettiva..... | 15 |

Corporate

Patti parasociali tra cedente e cessionario di quote sociali

Il Tribunale di Milano, con sentenza dell'8 giugno 2017, ha qualificato la clausola di indennizzo contenuta in un contratto di cessione di partecipazioni come patto a favore di terzi (ovvero come un patto stipulato tra acquirente e venditore, ma di cui ne beneficia un terzo estraneo al rapporto contrattuale, nel caso di specie la società oggetto di cessione). Tale clausola prevedeva, infatti, l'obbligo, per le parti, di tenere indenne la società (le cui quote erano oggetto di cessione), dai danni connessi all'eventuale ricezione di un avviso di accertamento da parte dell'Agenzia delle Entrate.

Sulla scorta di tale principio la Corte meneghina ha concluso che la richiesta di indennizzo non poteva essere avanzata dall'acquirente per proprio conto, in quanto il beneficiario della clausola sopra citata era la *target* (i.e. la società oggetto di cessione). La richiesta di indennizzo andava pertanto avanzata direttamente dalla *target* o, in alternativa, dall'acquirente, ma nell'interesse e per conto della *target*.

Il Tribunale di Milano ha fondato tale decisione sull'orientamento della Corte di Cassazione ai sensi del quale *'il patto parasociale, in forza del quale taluni soci si impegnano ad eseguire prestazioni a beneficio della società, integra la fattispecie del contratto a favore di terzo disciplinato dall'art. 1411 cod. civ., il cui adempimento può essere chiesto dalla società terza beneficiaria - che con l'eventuale atto di citazione palesa la volontà di profittare del contratto -, sia dai soci stipulanti, pur nell'ipotesi in cui abbiano ceduto a terzi le loro partecipazioni sociali, in quanto la validità del patto parasociale non è legata alla permanenza della qualità di socio degli stipulanti'* (Cass. n. 17200/2013).

La dottrina, commentando la sentenza qui in esame si è pertanto chiesta se il Tribunale di Milano volesse attribuire alla clausola sopra citata anche carattere parasociale, inquadrandola quindi come una previsione in forza della quale alcuni soci si sono impegnati ad eseguire prestazioni a beneficio della società. Tuttavia, l'elemento della 'parasocialità' dovrebbe poter essere richiamato solo quando i soci intendano regolare vicende e posizioni che traggono causa proprio dal fatto di essere soci, mentre nel caso di specie l'impegno contrattuale è volto a garantire un rischio che nasce da scelte contrattuali del tutto estranee alla società e, quindi, al fatto di essere soci.

Al netto dei dubbi sollevati dalla stessa dottrina, il punto di forza di questa interpretazione starebbe nella possibilità di opporre la validità del patto parasociale anche ad un socio che abbia ceduto a terzi la propria partecipazione, in quanto il patto parasociale avrebbe una validità non legata necessariamente alla permanenza della qualità di socio dei soggetti che hanno stipulato il patto. Sarebbe inoltre possibile stipulare patti parasociali, nell'ambito di operazioni di cessione di quote e di pacchetti azionari, non solo tra i nuovi soci, ma anche tra soci cedenti e soci cessionari.



Novità giurisprudenziali in tema di libertà di stabilimento

Il diritto comunitario garantisce la massima mobilità all'interno del mercato unico attraverso il riconoscimento del diritto di trasferirsi liberamente in uno Stato membro dell'Unione Europea diverso da quello di origine, o di aprirvi una struttura per l'esercizio della propria attività economica che presenti il carattere di stabilità e continuità.

La libertà di stabilimento è garantita ad ogni società avente sede sociale, amministrazione centrale o centro di attività principale all'interno dell'Unione Europea. Tale libertà include, in particolare, il diritto di una siffatta società di trasferirsi in un altro Stato membro ricevendo lo stesso trattamento riservato alle società di quello Stato e, agli Stati membri, è di regola fatto divieto di porre in essere misure discriminatorie della libertà di stabilimento, salvo casi eccezionali in cui sono autorizzati ad applicare misure particolari (ad esempio per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica).

Con la sentenza Polbud del 25 ottobre 2017 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è tornata ad affrontare il tema della libertà di stabilimento. Tale sentenza, nonostante riguardi una questione di diritto polacco, è interessante anche per gli altri Stati membri in quanto amplia l'applicazione di tale principio.

Ai sensi del diritto polacco, infatti, ai fini del trasferimento della sede legale in un altro Stato membro, era necessario liquidare previamente la società. La Corte ha osservato che la circostanza rappresentava un ostacolo, se non addirittura un impedimento, al trasferimento della stessa in un altro Stato membro. Tale norma costituiva pertanto una restrizione alla libertà di stabilimento, non giustificata dalla presenza di motivi imperativi di interesse generale.

La sentenza rafforza quindi la tutela sancita dal principio della libertà di stabilimento, nella quale rientrano altresì il diritto di mutare ordinamento e *lex societatis*, diritti che gli ordinamenti nazionali non possono ostacolare o impedire attraverso l'emanazione di misure eccessivamente restrittive che in tal modo si porrebbero in contrasto con il diritto comunitario.

Inapplicabilità delle clausole statutarie nei confronti del socio receduto

Il recesso di un socio da una società di persone è stato qualificato dalla giurisprudenza come un atto unilaterale avente come conseguenza la perdita della qualità di socio ancor prima che questi abbia ottenuto la liquidazione della propria partecipazione.

La dichiarazione di recesso, infatti, produce i propri effetti nel momento in cui la volontà del socio viene portata a conoscenza della società. In tal modo, il socio recedente diventa titolare di un vero e proprio diritto di credito nei confronti della società in proporzione alla propria quota di partecipazione e il rapporto con la stessa si scioglie definitivamente. Effetto di tale scioglimento è l'inopponibilità al socio di tutte le vicende successive che interessino la società.

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 21036/2017, giudicando una controversia avente come parte un socio receduto, ha applicato il suddetto principio in un caso specifico molto interessante. La Suprema Corte, infatti, ha chiarito espressamente che non poteva trovare applicazione la clausola statutaria che prevedeva fosse un arbitro a decidere le controversie sociali, poiché il socio receduto era divenuto ormai un soggetto terzo ed estraneo ai rapporti societari. La Cassazione ha quindi dichiarato la competenza del tribunale ordinario.

Con la suddetta ordinanza la Suprema Corte ha applicato ancora una volta il principio già espresso in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità, chiarendone la portata generale, tanto che nemmeno le clausole statutarie potranno trovare applicazione nei confronti del socio receduto, il quale con il recesso assume le vesti di terzo creditore, non rientrante più all'interno di alcun rapporto con la società.



Labour

Apprendistato professionalizzante: i chiarimenti del Ministero del Lavoro

Con interpello n. 5 del 30 novembre 2017, il Ministero del Lavoro, ha fornito risposta all'istanza presentata dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del lavoro, che aveva richiesto la corretta interpretazione dell'art. 47, comma 4, del D.Lgs. del 15 giugno 2015, n. 81. Tale norma ammette l'assunzione con apprendistato professionalizzante, senza limiti di età, di lavoratori che percepiscono un'indennità di mobilità o un trattamento di disoccupazione per la qualificazione o riqualificazione professionale.

Con la predetta istanza, è stato chiesto al Ministero di chiarire se la previsione di cui all'articolo 44, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015, per la quale il datore è responsabile per l'acquisizione di *'competenze di base e trasversali'* da parte del lavoratore, trovi applicazione anche nel caso di assunzione di soggetti con età superiore a 29 e che abbiano già acquisito le suddette competenze in base a pregresse esperienze lavorative oppure nell'ambito di percorsi formativi svolti con precedenti contratti di apprendistato professionalizzante.

A tal proposito, il Ministero precisa, preliminarmente, che l'articolo 44, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015, prevede che *'la formazione di tipo professionalizzante, svolta sotto la responsabilità del datore di lavoro, è integrata, nei limiti delle risorse annualmente disponibili, dalla offerta formativa pubblica, interna o esterna alla azienda, finalizzata alla acquisizione di competenze di base e trasversali per un monte complessivo non superiore a centoventi ore per la durata del triennio [...]'*.

Come chiarito dalle Linee Guida della conferenza Stato-Regioni del 20 febbraio 2014 per la disciplina del contratto di apprendistato professionalizzante, la formazione di base e trasversale ha ad oggetto una serie di competenze a carattere *'generale'* come *'l'adozione di comportamenti sicuri', 'l'organizzazione e la qualità aziendale', 'la capacità relazionale e comunicazionale', 'le competenze digitali, sociali e civiche'* nonché *'elementi di base della professione'*.

Secondo il Ministero, pertanto, l'attività di formazione è da considerarsi *'ultronea'* per quei soggetti che abbiano già acquisito le predette conoscenze di base tramite precedenti esperienze lavorative.

Tale interpretazione, del resto, è in linea con quanto sancito dall'art. 44, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015, in base al quale l'offerta formativa pubblica deve essere strutturata in base ai titoli di studio e alle competenze acquisite dall'apprendista.

È da tener presente, inoltre, che l'art. 47, comma 4, ha ad oggetto una particolare fattispecie di apprendistato professionalizzante, la cui finalità è quella di assicurare il reinserimento lavorativo di soggetti temporaneamente inoccupati a prescindere dalla relativa età anagrafica.

Allo stesso modo, l'attività formativa è da ritenersi *'ultronea'* per gli apprendisti che siano già in possesso di attestati delle competenze di base e trasversali di cui alle suddette Linee Guida, anche laddove tali competenze siano state acquisite nell'ambito di un precedente contratto di apprendistato.



Al contratto di subfornitura si applica il regime di responsabilità solidale

Con sentenza n. 254 pubblicata il 13 dicembre 2017, la Corte Costituzionale ha riconosciuto come costituzionalmente legittima l'estensione anche al contratto di subfornitura della responsabilità solidale, prevista dall'art. 29 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (la cd. '*Legge Biagi*'), tra committente e appaltatore per i crediti retributivi e contributivi dei lavoratori impiegati nell'appalto.

La decisione è stata adottata all'esito del giudizio di costituzionalità sollevato dalla Corte d'Appello di Venezia, davanti alla quale ricorreva una società committente contro una pronuncia di primo grado, nella quale la stessa era stata condannata a corrispondere le retribuzioni a favore di lavoratori di un'impresa subfornitrice.

In particolare, secondo la Corte rimettente, il regime di responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2 del D.Lgs. n. 276/2003 non troverebbe applicazione nei confronti di ulteriori fattispecie rispetto a quelle previste dalla norma, ovvero dei contratti di appalto e subappalto di opere o servizi.

La disposizione prevede, infatti, che *'in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto [...]'*.

La Corte Costituzionale, nella suddetta decisione, ripercorre la questione interpretativa relativa alla distinzione tra il contratto di appalto e quello di subfornitura, tema su cui sono segnalati, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, due distinti indirizzi interpretativi.

Secondo un primo indirizzo, tra le due fattispecie sussisterebbe un rapporto di '*species a genus*', per cui la subfornitura altro non sarebbe se non '*sottotipo*' o un '*equivalente*' del contratto di appalto, inteso come schema di protezione generale in cui possono rientrare una serie di figure contrattuali tra cui l'appalto.

Secondo un diverso indirizzo, invece, tra le due tipologie contrattuali vi sarebbe una sostanziale differenza in ragione della '*dipendenza tecnologica*' che caratterizzerebbe il contratto di subfornitura, elemento che differenzierebbe tale tipologia negoziale dal contratto di appalto, il cui requisito essenziale, invece, è la sostanziale autonomia dell'appaltatore nell'organizzazione dei mezzi necessari per la realizzazione dell'opera o del servizio in favore del committente.

La Consulta, pur non ignorando la diversità degli orientamenti emersi, ha osservato che la questione interpretativa sulla natura delle due fattispecie negoziali non preclude l'estensione della responsabilità solidale del committente per i crediti retributivi e contributivi maturati dai dipendenti del subfornitore.

A giudizio della Corte, infatti, la *ratio* del regime di responsabilità solidale è quella di evitare che *'il rischio che i meccanismi di decentramento, e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale'*.

Alla luce di ciò, l'esclusione dal regime di responsabilità solidale dei contratti di subfornitura risulterebbe in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, dal momento che *'la tutela del soggetto che assicura una attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli del decentramento'*.

Pertanto, l'interpretazione dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 deve essere interpretata in maniera costituzionalmente conforme, ovvero nel senso che *'il committente è obbligato in solido (anche) con il subfornitore relativamente ai crediti lavorativi, contributivi e assicurativi dei dipendenti di questi.'*



Approvata la legge sul *Whistleblowing*

Il 14 dicembre è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 291, la Legge 30 novembre 2017, n.179. Il testo di legge introduce nuove tutele a favore del dipendente pubblico o privato che provvede a segnalare reati o irregolarità di cui sia venuto a conoscenza nell'ambito dell'attività lavorativa.

In particolare, con riferimento al pubblico impiego, l'art. 1 della suddetta Legge apporta modifiche all'art. 54-bis del D.Lgs. n. 165/2001 (il cd. '*Testo Unico sul pubblico impiego*') prevedendo che il dipendente pubblico non può essere '*sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa aventi effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro*' nel caso in cui segnali al responsabile dell'anti-corruzione, all'ANAC, ovvero all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile eventuali condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in occasione della propria attività lavorativa.

Si prevede, inoltre, che l'identità del dipendente pubblico non possa essere rivelata nell'ambito del procedimento penale, nel procedimento innanzi alla Corte dei conti, nonché nel procedimento disciplinare, salvo, in tal caso, espresso consenso del segnalante. Viene, poi, sanzionata con la nullità l'adozione di misure discriminatorie o ritorsive da parte della Pubblica Amministrazione nei confronti del segnalante, il quale è dispensato dal relativo onere della prova. Peraltro, nel caso in cui il licenziamento del dipendente sia intimato a causa dalla segnalazione, lo stesso avrà diritto alla reintegrazione sul posto di lavoro.

Tuttavia, allorché venga accertata, anche in primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione, ovvero per reati connessi alla segnalazione, il dipendente decadrà dalle predette tutele. Analoga conseguenza è prevista nell'ipotesi in cui sia accertata la responsabilità civile del dipendente per dolo o colpa grave.

Con riferimento, invece, al lavoro privato, il provvedimento in esame introduce nuovi commi all'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001 prevedendo che i modelli organizzativi adottati ai sensi della relativa disciplina siano integrati o aggiornati con l'introduzione di uno o più canali (di cui uno informatico) non solo per la violazione del modello di organizzazione e gestione dell'ente, ma anche per le '*segnalazioni circostanziate di condotte illecite*' che risultino rilevanti ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 e che siano fondate su elementi di fatto precisi e concordanti. Tali canali dovranno essere idonei a garantire l'anonimato del soggetto che, in ragione delle funzioni svolte, sia venuto a conoscenza degli illeciti o delle irregolarità e che abbia segnalato le stesse nell'interesse dell'impresa.

Sul versante delle tutele è previsto il divieto di atti di ritorsione o discriminatori adottati in via diretta o indiretta nei confronti del soggetto segnalante, anche qualora risultino indirettamente collegati alla segnalazione. L'adozione di misure discriminatorie nei confronti del soggetto segnalante potrà essere denunciata all'Ispettorato Nazionale del Lavoro sia da parte dello stesso dipendente sia da parte dell'organizzazione sindacale incaricata dal lavoratore. Tra le ulteriori garanzie è prevista la nullità del licenziamento, del mutamento di mansioni, nonché di ogni altra misura riconducibile a motivi ritorsivi o discriminatori, prevedendo, inoltre, che ricade sul datore di lavoro l'onere di dimostrare che tali misure '*sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa*'.

In generale, la nuova legge prevede che le segnalazioni effettuate attraverso le modalità descritte e nell'interesse dell'ente pubblico o privato costituiscono '*una giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto*' per gli illeciti di rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio (art. 326 c.p.), di rivelazione di segreto professionale (art. 622 c.p.) e di rivelazione di segreti scientifici o industriali (art. 623 c.p.). Inoltre, la segnalazione effettuata secondo le modalità prescritte non costituisce una violazione, da parte del prestatore di lavoro, dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. Tuttavia, laddove il soggetto segnalante sia venuto a conoscenza delle circostanze in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza in favore dell'ente, dell'impresa o della persona fisica interessata, sarà comunque soggetto all'obbligo di segreto professionale e la relativa segnalazione, anche se effettuata secondo le modalità indicate, non costituirà una giusta causa di rivelazione.

Per ulteriori informazioni riguardo il *Whistleblowing* in ambito Privacy si faccia riferimento all'articolo seguente.



Privacy

Whistleblowing e Privacy

Il *Whistleblowing* consiste nella segnalazione di attività illecite all'interno della pubblica amministrazione o nelle aziende private da parte del dipendente che ne sia venuto a conoscenza per ragioni di ufficio.

Un sistema di reportistica come quello sopra delineato comporta un inevitabile trattamento di dati personali relativi sia a soggetti segnalati che a soggetti segnalanti.

Si rende pertanto necessario operare un raffronto tra la normativa italiana in materia di *Whistleblowing* con quella comunitaria.

In primo luogo, occorre prendere in considerazione la questione riguardante il fondamento giuridico che legittima il trattamento dei dati personali all'interno del sistema di *Whistleblowing* così come delineato dal legislatore.

A tal proposito, giova ricordare che, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento 679/2016, qualsiasi trattamento di dati personali deve presentare un fondamento di liceità, costituito o dal consenso dell'interessato, ovvero dalla necessità di adempiere un obbligo contrattuale o di legge, o dalla necessità di eseguire compiti di interesse pubblico o salvaguardare interessi vitali, ovvero perseguire il legittimo interesse del titolare del trattamento.

Sicché, appare ragionevole affermare che il fondamento giuridico del trattamento dei dati personali, costituente liceità dello stesso, è rappresentata dal sistema di reportistica aziendale appositamente predisposto dal legislatore per le segnalazioni degli illeciti.

In secondo luogo, è necessario considerare che nel caso di segnalazioni di illeciti può sussistere da una parte l'interesse del soggetto segnalato volto ad avere accesso a tutte le informazioni sull'origine dei dati che lo riguardano e, dall'altro, quello del soggetto segnalante teso, invece, al mantenimento del riserbo sulla propria identità a seguito della segnalazione. In tal senso, occorre ancora una volta far riferimento al Regolamento Europeo che, all'art. 15 comma 1 lett. g), prevede il diritto in capo all'interessato di conoscere, qualora i dati non siano raccolti presso di lui, tutte le informazioni disponibili sulla loro origine e, pertanto, anche il nome del soggetto segnalante. Pertanto, da una prima lettura, sembrerebbe sussistere il diritto del segnalato di conoscere tutti i dati del segnalante.

Tuttavia, occorre altresì prendere in considerazione che, l'art. 23 del Regolamento, prevede delle limitazioni del diritto d'accesso del soggetto segnalato, a patto che detta limitazione rispetti *'l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali'*, sia volta alla salvaguardia di interessi di portata generale quali la *'prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati'* ovvero *'la tutela dell'interessato o dei diritti e delle libertà altrui'* e si muova nel rispetto del principio di finalità e pertinenza, perseguendo uno scopo investigativo ovvero di vigilanza per l'accertamento di eventuali illeciti.

Tra l'altro, è opportuno sottolineare in questa sede che il Gruppo di Lavoro ex art. 29, in un apposito parere, ha ritenuto compatibile con i principi in materia di privacy espressi già nella direttiva 95/46/CE, e in seguito anche nel Regolamento EU, una limitazione del diritto d'accesso del segnalato, ritenendo, anzi, che questi possa ottenere informazioni sull'identità del segnalante esclusivamente nel caso in cui costui abbia agito in malafede.

In conclusione, principi basilari del *data protection* e ragioni di efficacia ed affidabilità delle procedure di *Whistleblowing* pretendono che l'identità del soggetto segnalante sia conosciuta solo da coloro che si occupano della gestione della procedura e non sia rivelata in alcun modo al soggetto segnalato, fermo restando il caso in cui la segnalazione avvenga in violazione del principio di buona fede.

Da ultimo, giova segnalare che, nonostante l'assenza di attrito tra la normativa che disciplina il *Whistleblowing* e quella comunitaria in materia di privacy, sarebbe opportuno, in ossequio ai principi generali, stabilire un perfetto allineamento della prima con la seconda.



Difatti, il DDL *Whistleblowing* nulla dice in relazione al trattamento e alla garanzia delle segnalazioni anonime, o in merito ad una più ampia e completa informativa destinata ai soggetti interessati dal trattamento, che, tra l'altro, dovranno necessariamente essere contemperati con l'esigenza di non compromettere le indagini a carico del segnalato.

Si auspica, pertanto, un intervento dell'Autorità Garante di Privacy volto alla diffusione di apposite linee Guida maggiormente specifiche sull'attuazione della normativa.

Privacy e Antiriciclaggio

La normativa in materia di antiriciclaggio assegna a determinati soggetti un compito di natura pubblicistica: la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio e del finanziamento di attività di natura terroristica.

Tali interessi si sovrappongono, tuttavia, a quelli tutelati dalle norme in materia di privacy, intesa come protezione della riservatezza del singolo e dei suoi dati personali.

Invero, è indubbio che le operazioni di identificazione, di registrazione e di raccolta dei dati relativi al cliente nell'ambito delle procedure antiriciclaggio, costituiscano trattamento dei dati personali ai fini della disciplina della privacy.

La normativa di riferimento in materia di privacy, prevede che il trattamento dei dati personali avvenga in modo lecito, seguendo scopi predeterminati, in ottemperanza ai principi di pertinenza, non eccedenza e proporzionalità del trattamento.

Giova pertanto prendere in considerazione che nella prassi può accadere che i dati dei titolari effettivi, acquisiti in occasione di un rapporto continuativo o di una singola operazione, vengano in seguito utilizzati per l'espletamento di scopi e funzionalità che prescindono dall'esigenza originaria. Ci si chiede dunque fino a che punto possa essere considerato lecito tale tipologia di trattamento che, spesso, prescinde dal preventivo consenso del soggetto interessato.

La normativa privacy prevede che le procedure adottate per adempiere gli obblighi antiriciclaggio rispettino i principi fondamentali del diritto alla privacy, così come tutelati dalla normativa in materia di protezione dei dati personali.

A tal proposito, il Codice della Privacy e, più di recente, il Regolamento Europeo n. 679/2016 ritengono non necessario il consenso per il trattamento dei dati personali al fine di adempiere ad un obbligo previsto dalla legge.

Inoltre, a seguito della disamina degli obblighi derivanti da quanto disposto dal legislatore in materia di antiriciclaggio, il Garante della Privacy, ha preso atto che la normativa di riferimento in materia di antiriciclaggio autorizza la comunicazione e il conseguente trattamento dei dati dei soggetti interessati tra le banche e gli intermediari finanziari nel caso di segnalazione di operazioni sospette.

Tuttavia, in una serie di pareri promossi al fine di gestire il miglior coordinamento possibile tra la normativa antiriciclaggio e quella privacy, il Garante ha chiesto che tutti i soggetti coinvolti nella procedura sopra descritta rispettino limiti ben precisi in merito ai principi di pertinenza, non eccedenza e proporzionalità del trattamento.

Il Garante, in particolare, si è soffermato sulla necessaria completezza dell'informativa da rendere al cliente, sull'esatta definizione delle fonti da cui attingere le informazioni concernenti il titolare effettivo o l'esecutore, sulla durata e sulle modalità della conservazione dei dati, sulla semplificazione delle operazioni per cui procedere alla segnalazione che, tra l'altro, variano a seconda che il soggetto obbligato sia un professionista, un intermediario bancario o finanziario, un operatore finanziario, ovvero si tratti di società di gestione degli strumenti finanziari o di soggetti convenzionati e agenti.

In ragione di quanto sopra esposto, nonostante il voluto dislivello normativo tra la disciplina antiriciclaggio e quella di privacy, non si può comunque permettere che i diritti del soggetto interessato vengano elusi o violati.

Ad ogni modo, si auspica un intervento maggiormente chiarificatore sia da parte del legislatore sia dell'Autorità Garante volto ad una precisa regolamentazione dei rapporti tra l'interesse pubblicistico di prevenzione dei reati e la protezione del singolo e dei suoi dati personali.



Governance, Regulatory & Compliance

Modelli organizzativi e di controllo in materia di sicurezza sul lavoro e Modelli ex D.Lgs. n. 231/2001: pubblicato il bando ISI INAIL 2017

INAIL, attraverso lo strumento costituito dalle forme di incentivo economico che il legislatore individua nell'art. 11, c. 5, del D.Lgs. n. 81 del 2008 e ss.mm.ii., continua ad orientare le imprese verso l'adozione di Modelli organizzativi e gestionali in materia di sicurezza sul lavoro ivi compresi i Modelli di gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001.

Lo scorso dicembre, infatti, è stato pubblicato il bando ISI INAIL 2017 - che tra i cinque assi di finanziamento - contempla anche quello - il n. 1 - relativo a progetti di investimento e progetti per l'adozione di modelli organizzativi e di responsabilità sociale.

Come chiarito nell'Allegato alla Determina del Presidente n. 444 del 4 dicembre 2017, parte integrante del bando in oggetto, per l'asse 1 il finanziamento è costituito da un contributo in conto capitale pari al 65% delle spese ammissibili, calcolate al netto dell'IVA, sostenute e documentate, per la realizzazione del progetto.

Il progetto da finanziare dovrà essere tale da comportare un contributo compreso tra un minimo di Euro 5.000,00 ed un massimo di Euro 130.000,00. Il menzionato limite minimo di spesa, tuttavia, non è previsto per le imprese fino a 50 dipendenti che presentino progetti per l'adozione di modelli organizzativi e di responsabilità sociale.

Per l'asse 1, destinatarie del finanziamento sono le imprese, anche individuali, ubicate in ciascun territorio regionale e iscritte alla CCIAA, ad esclusione delle micro e piccole imprese agricole operanti nel settore della produzione primaria dei prodotti agricoli e delle micro e piccole imprese, anche individuali, che svolgono attività classificate con uno dei seguenti codici Ateco 2007: C16, C23.2, C23.3, C23.4, alle quali è riservata la partecipazione ai finanziamenti per i progetti in specifici settori di attività.

Per quanto riguarda la candidatura, la fase di **compilazione della domanda sarà aperta dal 19 aprile 2018** alle ore 18.00 del 31 maggio 2018.

La procedura è del tipo 'valutativa a sportello'.



Prevenzione e contrasto della corruzione: protocolli d'intesa tra AGCM e Procure di Milano e Roma

Il 10 e 11 gennaio 2018, rispettivamente, sono stati siglati i protocolli d'intesa tra l'AGCM e le Procure della Repubblica di Milano e Roma, intesi ad aumentare l'efficienza dell'attività di prevenzione e contrasto della corruzione nella P.A., tutelare il buon funzionamento del mercato, nonché reprimere i reati contro l'Amministrazione Pubblica 'anche attraverso l'accesso alle informazioni acquisite in via amministrativa'.

Negli otto articoli di cui si compongono i citati protocolli vengono fissate le finalità, gli ambiti e le linee-guida per lo svolgimento della anzidetta collaborazione.

In particolare, le parti si impegnano a scambiarsi informazioni attinenti a indagini, procedimenti penali e amministrativi che riguardano sia la tutela della concorrenza e del mercato sia il Codice del consumo. L'AGCM potrà chiedere di acquisire documentazione, atti, informazioni e chiarimenti in possesso delle Procure, le quali, a loro volta, riceveranno dall'Autorità gli esiti di attività d'indagine, ispettiva e istruttoria in genere da cui siano emersi profili aventi rilievo penale.

Le modalità e le finalità dei trattamenti dei dati personali gestiti nell'ambito delle attività svolte in attuazione degli accordi tra AGCM e Procure di Milano e Roma saranno improntate ai principi di correttezza, liceità, trasparenza e rispetto del segreto istruttorio, oltre che al rispetto del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e ss.mm.ii. e delle linee guida attuative del Garante per la protezione dei dati personali

Referenti per l'attuazione dei protocolli in parola saranno:

1. per l'AGCM:
 - sul piano programmatico: il Presidente;
 - sul piano operativo: il Segretario Generale;
2. per la Procura di Milano:
 - sul piano programmatico: il Procuratore della Repubblica;
 - sul piano operativo: il Procuratore Aggiunto coordinatore del Dipartimento Frodi e Tutela del Consumatore;
3. per la Procura di Roma:
 - sul piano programmatico: il Procuratore della Repubblica;
 - sul piano operativo: il Procuratore aggiunto con delega alla Pubblica Amministrazione Aggiunto



Procedure di autorizzazione all'esportazione di prodotti e di tecnologie a duplice uso: rivisitata la normativa in materia di prodotti c.d. *dual use*

Entrerà in vigore il prossimo 2 febbraio 2018, il decreto legislativo 15 dicembre 2017, n. 221, pubblicato in G.U. lo scorso 17 gennaio, recante *'Attuazione della delega al Governo di cui all'articolo 7 della legge 12 agosto 2016, n. 170, per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della normativa europea ai fini del riordino e della semplificazione delle procedure di autorizzazione all'esportazione di prodotti e di tecnologie a duplice uso e dell'applicazione delle sanzioni in materia di embarghi commerciali, nonché per ogni tipologia di operazione di esportazione di materiali proliferanti'*.

Il decreto - che alla sua entrata in vigore comporterà l'abrogazione del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 96, del decreto legislativo 12 gennaio 2007, n. 11 e del decreto legislativo 14 maggio 2009, n. 64 - **ridisciplina le procedure di autorizzazione all'esportazione di prodotti e di tecnologie a duplice uso** (vale a dire i prodotti, inclusi il software e le tecnologie, che possono avere un utilizzo sia civile sia militare), prevedendo un ventaglio di fattispecie sanzionatorie - per lo più di carattere penale - per le ipotesi in cui l'esportazione dei prodotti a duplice uso, dei prodotti a duplice uso non listati e delle merci soggette al regolamento antitortura abbia luogo in spregio ai regimi autorizzatori ivi contemplati.

Di particolare rilievo - tra le altre - la previsione dell'art. 6 del decreto, che, rubricato **'Trasferimento in forma intangibile'**, stabilisce che anche:

'I progetti, il design, le formule, il software e la tecnologia, a qualsiasi titolo riferibili alla progettazione, sviluppo, produzione o utilizzazione di prodotti controllati ai sensi del presente decreto, non possono in nessun caso costituire oggetto di trasmissione in via telematica, ovvero attraverso altri mezzi elettronici, telefax, posta elettronica o telefono, a persone fisiche e giuridiche al di fuori dell'Unione europea, senza preventiva autorizzazione ai sensi del presente decreto. A tal fine s'intendono soggetti al di fuori dell'Unione europea anche le persone fisiche e giuridiche temporaneamente domiciliate o ubicate nel territorio dell'Unione europea.

2. Tra le modalità di trasferimento intangibile di cui al comma 1 rientra anche l'accesso ai server e la condivisione delle informazioni. Al riguardo, gli esportatori, gli intermediari e i fornitori di assistenza tecnica, che intendono utilizzare tale modalità di trasferimento dei dati, devono adottare procedure di accesso sicure e tracciabili, nonché un sistema di reportistica degli accessi, al fine di consentire eventuali verifiche, sia in corso d'opera che a posteriori, da parte dell'Autorità competente.

3. Non è sottoposta ad autorizzazione preventiva la mera pubblicizzazione a scopo commerciale dei prodotti di cui al comma 1, che non comprenda la divulgazione delle caratteristiche tecniche intrinseche del materiale'.

Si tratta di precetto - quello dianzi riportato - la cui violazione risulta penalmente sanzionata ai sensi del successivo art. 18, che, rubricato *'Sanzioni relative ai prodotti a duplice uso ed ai prodotti a duplice uso non listati'*, prevede la pena della reclusione da due a sei anni o della multa da euro 25.000 a euro a 250.000 euro per chiunque effettui operazioni di esportazione di prodotti a duplice uso o di prodotti a duplice uso non listati, **anche in forma intangibile**, di transito o di trasferimento all'interno dell'Unione europea, ovvero presti servizi di intermediazione concernenti i prodotti medesimi, senza la relativa autorizzazione, ovvero con autorizzazione ottenuta fornendo dichiarazioni o documentazione false.

Per quanto sopra esposto, le aziende esportatrici di beni con possibile carattere duale saranno chiamate a svolgere un'attenta analisi dei propri prodotti e dell'eventuale corrispondenza degli stessi con quelli presi in considerazione nel decreto legislativo in oggetto e ciò al fine di rendersi *compliant* alle nuove previsioni.

Va peraltro dato conto del fatto che il 16 dicembre 2017 è entrato in vigore altresì il Regolamento delegato (UE) 2017/2268 della Commissione del 26 settembre 2017, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 15 dicembre scorso e che rappresenta una versione aggiornata e consolidata dell'Allegato I del Regolamento (CE) n. 428/2009, cui il decreto legislativo n. 221 del 2017 si richiama in più parti.



Sicurezza sul lavoro e responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001

L'adempimento degli obblighi di informazione e formazione dei dipendenti che grava sul datore di lavoro, *'non è escluso né è surrogabile dal personale bagaglio di conoscenza del lavoratore, formatosi per effetto di una lunga esperienza operativa, o per il travaso di conoscenza che comunemente si realizza nella collaborazione tra lavoratori, anche posti in relazione gerarchica tra di loro'*.

È uno dei principi espressi dalla Corte di Cassazione nella articolata sentenza n. 53285/2017 che ha confermato la condanna di datore di lavoro ed ente in relazione al reato e all'illecito amministrativo di lesioni colpose.

La vicenda trae origine dall'infortunio di un dipendente che, al fine di ridurre i tempi di smontaggio di un macchinario, aveva seguito una procedura completamente difforme da quella indicata nel manuale operativo.

Al datore di lavoro veniva così contestato di non aver: a) predisposto un documento di valutazione dei rischi che recasse l'individuazione della procedura per attuare le misure di sicurezza in fase di smontaggio del macchinario; b) adottato adeguate misure tecniche e organizzative nonché formato e informato il lavoratore in ordine ai rischi connessi a tali operazioni.

A nulla sono valse le affermazioni della difesa, secondo cui il lavoratore era certamente a conoscenza dei rischi relativi alle varie fasi di lavorazione, (sia perché aveva contribuito a mettere a punto la procedura, sia perché aveva ricevuto specifica formazione 'sul campo' a fianco di altro lavoratore esperto) ed il suo comportamento doveva ritenersi abnorme.

I giudici di legittimità hanno così confermato la tesi della Corte territoriale secondo cui *'il manuale esistente in azienda indicava sì la metodologia corretta per effettuare tali interventi, ma non specificava quali condotte dovevano essere evitate e i rischi che si correivano ponendole in essere'*.

D'altra parte l'adempimento degli obblighi di informazione e formazione dei dipendenti, gravante sul datore di lavoro, non può essere rimpiazzato *dal personale know how del lavoratore, 'poiché l'apprendimento insorgente da fatto del lavoratore medesimo e la socializzazione delle esperienze e della prassi di lavoro non si identificano e tanto meno valgono a surrogare le attività di informazione e di formazione previste dalla legge'*.

Quanto ai presupposti della responsabilità amministrativa dell'ente, disciplinata dal D.Lgs. 231/2001, la Corte ricorda come sussista: a) l'interesse dell'ente nel caso in cui l'omessa predisposizione dei sistemi di sicurezza determini un risparmio di spesa; b) il vantaggio dell'ente qualora la mancata osservanza della normativa cautelare consenta un aumento della produttività.

Né la responsabilità amministrativa dell'ente, sottolinea la Suprema corte, può ritenersi esclusa in presenza dell'esiguità del vantaggio o della scarsa consistenza dell'interesse perseguito, in quanto anche la mancata adozione di cautele comportanti limitati risparmi può essere causa di lesioni personali gravi.

Nel caso specifico, già i giudici di merito avevano ricollegato la responsabilità amministrativa dell'ente all'inidoneità del documento di valutazione dei rischi predisposto e all'inadeguatezza dell'attività di formazione e informazione del lavoratore, entrambi causa dell'infortunio, *'laddove, con riferimento al vantaggio-interesse dell'ente, hanno evidenziato l'incidenza della scorretta prassi aziendale accertata sul rapporto spesa-guadagno'*.



Responsabilità amministrativa ex D.Lgs. n. 231/2001: la nozione di interesse non ha dimensione esclusivamente soggettiva

La recente pronuncia n. 295 del 9 gennaio 2018, affronta la tematica relativa al criterio oggettivo di imputazione della responsabilità degli enti, ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 (di seguito, anche 'Decreto'), e cioè il vantaggio o l'interesse dell'ente.

Nello specifico, la Suprema Corte, confermando la pronuncia della Corte territoriale, ha condannato una società per il reato di truffa a danno dello Stato e delle Comunità Europee realizzato dal rappresentante legale della medesima, il quale ha messo in atto artifici e raggiri (in particolare emissione di fattura falsa successivamente annullata subito dopo l'avvio della pratica e l'erogazione delle agevolazioni) con il solo scopo di ottenere ingenti somme a titolo di anticipazione del contributo erogato dall'ente pubblico al fine di finanziare l'attuazione di un progetto.

Non discostandosi dalle più recenti pronunce dei giudici di legittimità¹, la Corte ritiene che i due criteri di imputazione dell'interesse e del vantaggio, individuati all'art. 5 del Decreto, si pongono in rapporto di alternatività, come confermato dalla congiunzione disgiuntiva 'o', presente nel testo della disposizione normativa. In particolare, se il principio di 'interesse' esprime *'una valutazione teleologica del reato, apprezzabile ex ante, al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo in relazione all'elemento psicologico della specifica persona fisica autore dell'illecito'*, il criterio del vantaggio, invece, ha una *'connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile ex post, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito ed indipendentemente dalla finalizzazione originaria del reato'*.

Tuttavia, i giudici ermellini rilevano come la giurisprudenza si sia gradualmente avviata verso *'una concezione oggettiva non solo del vantaggio ma anche dell'interesse'*. Nello specifico, evidenziano che, se non può sussistere alcun dubbio sul fatto che l'accertamento di un esclusivo interesse dell'autore del reato o di terzi alla sua consumazione impedisca di chiamare l'ente a rispondere dell'illecito amministrativo, ciò non significa che il criterio del vantaggio debba automaticamente perdere il significato. A tal proposito, infatti, per poter configurare la responsabilità dell'ente, prosegue la Corte, è sufficiente che *'venga provato che lo stesso abbia ricavato dal reato un vantaggio, anche quando non è stato possibile determinare l'effettivo interesse vantato ex ante alla consumazione dell'illecito e purché non sia, come detto, contestualmente stato accertato che quest'ultimo sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore persona fisica o di terzi'*.

Pertanto, secondo la Corte, l'interesse dell'autore del reato può coincidere con quello dell'ente ma la responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001 sussiste anche quando, nonostante stia perseguendo il proprio autonomo interesse, l'agente realizzi nel concreto anche quello dell'ente². Se quindi, nella nozione di interesse esclusivo dell'agente che ha commesso il reato presupposto, vengono fatti rientrare quei *'fatti illeciti posti in essere nel loro interesse esclusivo, per un fine personalissimo o di terzi, con condotte estranee alla politica di impresa'*³, ragionando *a contrario*, tra le condotte dell'agente poste in essere nell'interesse dell'ente, possono allora individuarsi, secondo la Suprema Corte, quelle rientranti nella politica societaria ossia tutte quelle condotte che trovano una spiegazione ed una causa nella vita societaria.

'La legge - concludono infine i giudici della Corte - non richiede necessariamente che l'autore del reato abbia voluto perseguire l'interesse dell'ente perché sia configurabile la responsabilità di quest'ultimo, né è richiesto che lo stesso sia stato anche solo consapevole di realizzare tale interesse attraverso la propria condotta.'

Cass. pen., sez. II, sentenza 9 gennaio 2018, n. 295

¹ Vd. Cass. 3615/2005, Rv. 232957; Cass. 10265/2013, Rv. 258575; Cass. 24559/2013, Rv. 255442; SSUU 38343/2014, Rv. 261114.

² Vd. in tal senso, Cass., sez. V, sentenza del 26 aprile 2012, n. 40380, Sensi, Rv. 253355

³ Vd. In tal senso, Cass. 3615/2005, cit.



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/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").