

Pirola
Pennuto
Zei
& Associati
studio di consulenza
tributaria e legale

COMPLIANCE

NEWSLETTER / APRILE 2018



🌐 PIROLAPENNUTOZEI.IT
f [PIROLAPENNUTOZEI & ASSOCIATI](#)
t [@STUDIO_PIROLA](#)
in [PIROLA PENNUTO ZEI & ASSOCIATI](#)

NORMATIVA

1.1.....	4
Nuove modifiche al Codice penale: cambia anche il catalogo "231"	
1.2.....	5
Reati procedibili a querela, le novità in ambito "231"	

PRASSI

2.1	6
Working Party 29: adottate le Linee Guida su consenso e trasparenza	
2.2	7
Codice Appalti, pubblicate le Linee Guida dell'A.N.AC. per i contratti di partenariato pubblico privato	

GIURISPRUDENZA

3.1	9
Insider trading, il prodotto del reato coincide con il valore complessivo del titolo	
3.2	10
Patteggiamento degli enti: istanza valutata solo in relazione ai reati "231"	
3.3	11
L'appalto di servizi non è "genuino" se manca il rischio d'impresa	



INDICE

3.4	12
<i>Whistleblowing, la reintegra lavorativa del whistleblower licenziato deve essere "completa"</i>	
3.5	12
Sicurezza sul lavoro, solo l'effettivo responsabile di un servizio risponde dell'infortunio occorso nel suo svolgimento	

NORMATIVA

1.1

Nuove modifiche al Codice penale: cambia anche il catalogo "231"

Il D.Lgs. 21/2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 68/2018 ed entrato in vigore lo scorso 6 aprile, contiene *"Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103"*.

La *ratio* del provvedimento appare quella di riordinare la materia penale, preservando la centralità del Codice e frenando il proliferare di interventi legislativi frammentati.

Il provvedimento normativo interviene dunque in più ambiti (tutela della persona, dell'ambiente, del sistema finanziario, reati di associazione di tipo mafioso e con finalità di terrorismo), abrogando disposizioni esterne al codice penale e introducendone altre al suo interno.

In riferimento alla responsabilità degli enti, le novità riguardano la soppressione dell'articolo 3 della Legge 654/1975 richiamato nell'articolo 25-*terdecies* del Decreto 231 nell'ambito dei reati di *"Razzismo e xenofobia"* e dell'articolo 260 del D.Lgs. 152/2006 *"Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti"* richiamato invece nell'articolo 25-*undecies* nell'ambito dei *"Reati ambientali"*.

Per entrambe le fattispecie di reato, tuttavia, si pone il problema del mancato raccordo tra le modifiche apportate dal D.Lgs. 81/2018 ai reati presupposto e le previsioni del D.Lgs. 231/2001, che continuano a richiamare norme oggi abrogate.

Infatti, se, da un lato, l'art. 25 *terdecies* è stato introdotto al fine di recepire nel D.Lgs. 231/2001 il reato di razzismo e xenofobia di cui all'art. 3, comma 3 *bis* L. 654/75, dall'altro lato, il D.Lgs. 21/2018 ha abrogato tale norma senza intervenire direttamente sul D.Lgs. 231/2001.

Peraltro le disposizioni abrogate non rimangono prive di rilievo penale, poiché le medesime fattispecie vengono ora disciplinate direttamente dal codice penale, rispettivamente dai nuovi articoli 604-*bis* (*"Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa"*) e 452-*quaterdecies* (*"Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti"*).

1.2

Reati procedibili a querela, le novità in ambito "231"

Il Consiglio dei Ministri ha approvato il Decreto Legislativo di attuazione della Legge 23 giugno 2017, n. 103, nella parte relativa alla modifica della disciplina del regime di procedibilità per determinati reati.

Il provvedimento amplia infatti le ipotesi di procedibilità a querela di parte a quei reati contro la persona e contro il patrimonio caratterizzati essenzialmente dal valore privato dell'offesa o dal modesto valore offensivo.

Tra le fattispecie interessate ve ne sono due comprese nel catalogo dei delitti presupposto ex D.Lgs. 231/2001: la truffa, art. 640 c.p., e la frode informatica, art. 640-ter c.p., che assumono rilevanza "231" qualora commessi in danno dello Stato o di altro ente pubblico.

Per quanto concerne la frode informatica, si potrà procedere d'ufficio solo al ricorrere delle circostanze di cui all'articolo 61, comma 1, n. 5 e 7 del codice penale; ossia nel caso in cui si sia approfittato di circostanze di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa, oppure si sia cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità.

Nell'ipotesi di truffa, invece, si procederà d'ufficio soltanto al ricorrere dell'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità.

PRASSI

2.1

Working Party 29: adottate le Linee Guida su consenso e trasparenza

Il *Working Party 29* (Gruppo di Lavoro ex art. 29), terminata la fase di revisione, ha provveduto ad adottare in via definitiva il 10 ed 11 aprile scorsi le Linee Guida su "*Consenso*", contenenti le indicazioni relative alla corretta interpretazione dell'art. 4 n. 11 del GDPR, e "*Trasparenza*", relative alle misure che il titolare deve adottare per fornire agli interessati le informazioni e le comunicazioni previste dal Regolamento.

Con riferimento al "*Consenso*", il Gruppo delle Autorità Garanti Europee ha avuto modo di chiarire che i requisiti per l'ottenimento previsti dal GDPR vanno considerati come una preconditione necessaria per legittimare il trattamento.

In particolare, l'interessato dovrà essere libero di prestare il proprio consenso, oltre che di revocarlo, potendo concretamente disporre di un'effettiva possibilità di scelta. Il consenso dovrà, inoltre, essere specifico, in particolare nel caso in cui le finalità del trattamento posto in essere da parte del titolare siano diversificate. In tal senso non si potrà, quindi, prescindere dalla chiarezza delle informazioni rese all'interessato, che dovranno essere fornite in un linguaggio semplice.

Quanto al concetto di "*trasparenza*", le relative linee guida contengono innovazioni molto rilevanti, radicate tutte nei principi contenuti nell'art. 12 del GDPR e nella lettura che ne consegue rispetto agli artt. 13 e 14, con riguardo alle informative relative ai dati raccolti presso l'interessato e a quelle relative a dati raccolti presso terzi.

Il principio fondamentale è che il concetto di trasparenza deve essere interpretato quale "*user-centric*" e, dunque, non solo legato agli aspetti puramente giuridico-formali degli art. 13 e 14. Si sottolinea inoltre che questo principio ha lo scopo di consolidare la fiducia delle persone interessate rispetto a chi tratta i loro dati. Per questo sarà ancora una volta essenziale la chiarezza e la comprensibilità delle informazioni: l'informativa dovrà quindi essere data in forma concisa, trasparente, intellegibile e facilmente accessibile, con linguaggio semplice e chiaro.

Per garantire il principio di trasparenza, l'informativa dovrà essere idonea a permettere agli interessati la comprensione degli scopi e degli effetti dei trattamenti prima che questi inizino. A tal fine, scopi ed effetti dei trattamenti andranno indicati con modalità adeguate a un'informativa rivolta non solo agli interessati, ma anche ai potenziali interessati, in modo da consentire loro di decidere consapevolmente se accettare o meno i trattamenti proposti.

Una specifica raccomandazione poi riguarda il fatto che l'informativa sia data nella lingua usata non solo dagli interessati ma anche dai destinatari. I titolari devono, infatti, aver cura che le traduzioni siano di "qualità" adeguata e generalmente comprensibili dal gruppo linguistico di riferimento.

Per le informative relative ai minori viene poi raccomandato l'uso di un linguaggio specifico loro e si suggerisce anche di tener conto della "UN Convention on the Rights of the Child in Child Friendly Language".

2.2

Codice Appalti, pubblicate le Linee Guida dell'A.N.AC. per i contratti di partenariato pubblico privato

L'Autorità Nazionale Anti Corruzione ha emanato la versione definitiva delle Linee Guida n. 9 sul "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato" (PPP).

Il documento, predisposto in attuazione del nuovo Codice Appalti (D.Lgs. 50/2016), contiene indicazioni per l'identificazione e l'accurata valutazione dei rischi connessi ai contratti di PPP, a partire dalla fase che precede l'indizione della procedura di gara.

È in tale momento, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice è chiamata ad individuare e misurare i rischi specifici, definendone le modalità di gestione. Proprio per questa ragione A.N.AC. ha dedicato la prima parte delle Linee Guida all'analisi dettagliata delle diverse tipologie di rischio che si possono presentare.

Nella seconda parte, invece, sono riportate le prescrizioni sulle modalità di controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione di un contratto di PPP, da considerarsi vincolanti ai sensi dell'articolo 181, comma 4, del Codice Appalti.



PRASSI

Le Linee Guida dell'*Authority* stabiliscono che nel bando di gara debbano essere delineati i flussi informativi che l'operatore economico è tenuto a trasmettere all'amministrazione.

Appare quindi evidente come tale disciplina mostri indubbe analogie con il sistema previsto dal D.Lgs. 231/2001. In ragione di ciò, gli operatori economici già dotati di un sistema di compliance "231" potrebbero beneficiare delle sinergie derivanti dall'utilizzo del proprio *risk assessment*, in sede di definizione del contratto di PPP.

Le Linee Guida dell'*Authority* entreranno in vigore quindici giorni dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

GIURISPRUDENZA

3.1

Insider trading, il prodotto del reato coincide con il valore complessivo del titolo

In caso di abuso di informazioni privilegiate, qualora il trasgressore utilizzi strumenti finanziari per realizzare l'illecito, *"il prodotto della condotta si identifica proprio con lo strumento stesso che, per effetto della violazione, ha mutato artificialmente il proprio valore, divenendo appunto non già solo un profitto, ma proprio il prodotto dell'illecito commesso"*.

Di conseguenza, come precisato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 8590/2018, la confisca obbligatoria, ex articolo 187-*sexies* del T.U.F., non può limitarsi al plusvalore finale ottenuto con l'operazione illecita.

I giudici di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi dopo che la Corte d'Appello di Torino aveva disposto nei confronti dell'amministratore di una S.p.A. la condanna alla sanzione amministrativa per insider trading e la confisca dei titoli sequestrati.

Nel corso del giudizio di merito era stato infatti accertato che tale amministratore era venuto a conoscenza, in virtù della propria attività lavorativa e delle funzioni svolte presso l'intermediario incaricato, di informazioni relative ad un imminente ordine di acquisto di azioni e aveva provveduto a comprare personalmente tali titoli, realizzando così un notevole profitto.

All'esito del giudizio, la Corte d'Appello aveva disposto la confisca delle azioni per un controvalore equivalente non solo al profitto conseguito, ma anche al valore originario di acquisto: circostanza, quest'ultima, che è stata quindi oggetto del ricorso in Cassazione.

La Suprema Corte, tuttavia, ha rigettato tale ricorso, ricordando innanzitutto l'obbligatorietà della confisca ai sensi dell'articolo 187-*sexies* del T.U.F. (D.Lgs. 58/98) e precisando che *"allorquando lo strumento finanziario, che certamente in origine il trasgressore acquista con il proprio patrimonio, viene utilizzato come oggetto della condotta illecita, esso si trasforma nel profitto stesso dell'illecito, senza che sia più possibile distinguere il suo valore legittimo iniziale da quello artificioso finale per effetto dell'illecita negoziazione"*.

Si ricorda che l'articolo 187-*quinquies* T.U.F. stabilisce la responsabilità dell'ente nell'ipotesi in cui l'abuso di informazioni privilegiate sia commesso dai soggetti indicati all'articolo 5 del D.Lgs. 231/2001 (apicali o sottoposti), nell'interesse o vantaggio dell'ente stesso. Una circostanza che risulta estranea al caso in esame proprio in considerazione dell'esclusivo interesse personale conseguito dall'amministratore.

3.2

Patteggiamento degli enti: istanza valutata solo in relazione ai reati "231"

Con la sentenza 14736/2018 la Corte di Cassazione è intervenuta sul tema dell'applicazione della sanzione su richiesta dell'ente, chiarendone presupposti e limiti.

Nel caso in esame le società coinvolte avevano richiesto il patteggiamento *"in relazione agli illeciti amministrativi dipendenti da reato di cui agli artt. 24-ter, comma 2, 25, 25-undecies, comma 2 (...), 25-septies, D.Lgs. n. 231 del 2001"*: nel rigettare la richiesta, tuttavia, la Corte di Assise di Taranto avrebbe erroneamente richiamato il delitto ex articolo 439 del Codice Penale (*"Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari"*), la cui pena sarebbe stata tale da giustificare il rifiuto della domanda di patteggiamento da parte degli enti.

L'istanza, secondo quanto statuito dalla Corte, deve invece essere parametrata e valutata dal giudice di merito riguardo ai soli reati presupposto "231", non potendo considerarsi la gravità di altri delitti contestati alle persone fisiche, né alle persone giuridiche imputate nel medesimo processo. Secondo la Suprema Corte, ai fini della valutazione, considerare un reato assente dal catalogo "231" concretizzerebbe una violazione del principio di legalità.

I Giudici di legittimità hanno inoltre evidenziato come nel provvedimento impugnato la Corte di Assise di Taranto abbia ritenuto che i presupposti delineati dall'art. 63 D.Lgs. n. 231 del 2001, per consentire l'accesso all'applicazione della sanzione su richiesta, debbano sussistere congiuntamente, nonostante l'inequivoca formulazione letterale della disposizione di cui all'art. 63 evidenzi come i medesimi siano alternativi e non già cumulativi.

L'articolo 63 del D.Lgs. 231/2001 prevede, infatti, che *"l'applicazione della sanzione su richiesta è ammessa se il giudizio nei confronti dell'imputato è definito ovvero definibile a norma dell'articolo 444 c.p.p. nonché in tutti i casi in cui per l'illecito amministrativo è prevista la sola sanzione pecuniaria"*.

Sembra dunque doversi concludere che l'applicazione della sanzione su richiesta dev'essere concessa sia quando il giudizio nei confronti dell'imputato persona fisica è terminato con sentenza di patteggiamento o comunque definibile a norma del Codice di Procedura Penale, sia quando per l'illecito amministrativo è prevista la sola sanzione pecuniaria.

3.3

L'appalto di servizi non è "genuino" se manca il rischio d'impresa

Con la sentenza 1571/2018 il Consiglio di Stato ha annullato un bando riguardante l'affidamento di attività di supporto agli uffici della stazione appaltante, poiché erroneamente qualificato come appalto di servizi e non come somministrazione di personale: attività quest'ultima riservata *ex lege* alle Agenzie per il lavoro iscritte presso il Ministero.

Il tema della distinzione tra tali tipologie contrattuali, da sempre molto dibattuto, è ora divenuto di grande attualità in virtù della previsione del reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen. (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro) tra i reati presupposto "231".

I giudici amministrativi, richiamando diversi precedenti giurisprudenziali, hanno affermato che un appalto non "genuino" può essere rilevato in base ad alcuni indici sintomatici quali la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro, l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente, l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente, la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie ai lavori, l'organizzazione dell'attività dei dipendenti da parte del committente stesso.

Nel caso di specie, l'analisi approfondita delle disposizioni del capitolato del bando ha consentito di ravvisare come la prestazione richiesta fosse genericamente quantificata in un monte ore di lavoro e non in un servizio autonomo finalizzato alla produzione di un risultato. L'appaltatore non aveva neppure messo a disposizione i mezzi e le attrezzature: il personale, infatti, avrebbe dovuto utilizzare quelli del committente (computer, cancelleria, fotocopiatrici eccetera), lavorando presso la sua sede.

Il Consiglio di Stato ha inoltre considerato ininfluenti le generiche clausole del capitolato secondo cui "i servizi verranno svolti con esclusiva organizzazione, responsabilità e rischio della ditta aggiudicataria", a fronte dell'assenza di elementi concreti in grado di confermare l'autonomia imprenditoriale dell'appaltatore.

Del tutto assente, infine, il rischio di impresa: l'aggiudicatario non si è fatto carico dei costi per l'acquisto e l'organizzazione dei mezzi e non è stato dimostrato alcun apporto di capitale, di *know-how* e di beni immateriali.

3.4

***Whistleblowing*, la reintegra lavorativa del *whistleblower* licenziato deve essere "completa"**

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) è recentemente intervenuta per tutelare le ragioni di un dipendente pubblico, licenziato per aver condiviso informazioni di natura confidenziale (caso *Guja* contro Repubblica di Moldavia).

Il ricorrente, capo ufficio stampa del Dipartimento della Procura, aveva inviato ad un giornale alcune missive da cui si desumevano le forti pressioni esercitate da un politico di alto rango verso il Procuratore Generale. Ai fatti era seguito il licenziamento del *whistleblower* e il successivo intervento del giudice comunitario che, nel rilevare la violazione del diritto alla libertà di espressione - garantito dall'articolo 10 della Convenzione - aveva ordinato la reintegra sul posto di lavoro, avvenuta in seguito all'intervento della Corte Suprema di Giustizia della Moldavia.

Ciò nonostante, il giornalista era stato reintegrato, ma nell'occasione non aveva ricevuto alcuna destinazione lavorativa, né badge o compiti operativi. A ciò si aggiunga che, a distanza di poco tempo, aveva inoltre subito un secondo licenziamento motivato dal cambio di vertice nell'Ufficio della Procura.

La Corte, analizzando le modalità ed i tempi in cui si sono svolti i fatti, ha concluso che anche questo secondo allontanamento avesse le caratteristiche di un ulteriore atto di ritorsione legato alla precedente divulgazione delle lettere, ravvisando una mancata ottemperanza da parte dell'Autorità moldava a quanto statuito nella prima sentenza emessa a favore del lavoratore.

3.5

Sicurezza sul lavoro, solo l'effettivo responsabile di un servizio risponde dell'infortunio occorso nel suo svolgimento

Con sentenza n. 6410 del 14 marzo scorso la Corte di Cassazione è intervenuta evidenziando come la

nomina meramente formale di un lavoratore quale responsabile della sicurezza non valga ad escludere la responsabilità datoriale in caso di infortunio sul lavoro.

Nell'occasione il datore di lavoro era, infatti, stato condannato dalla Corte territoriale, in qualità di soggetto tenuto a garantire la sicurezza sul luogo di lavoro, a rifondere l'INAIL del risarcimento dei danni elargito a favore di un lavoratore incorso in un grave infortunio che gli aveva procurato la parziale amputazione di un arto inferiore.

La parte ricorrente sosteneva che l'infortunio occorso al lavoratore non poteva essergli imputato, dal momento che il lavoratore stesso rivestiva, nell'occasione, la qualifica di responsabile del cantiere, agendo quindi quale rappresentante datoriale, gravato dell'obbligo di vigilanza in tema di sicurezza.

Gli Ermellini hanno sul punto ricordato come, affinché possa esservi una effettiva ripartizione gerarchica di responsabilità tra datore e suoi dipendenti, non sia sufficiente la qualifica meramente formale di un lavoratore quale responsabile per la sicurezza. Affinché ciò possa dirsi attuale, occorrerà anche che il lavoratore "*... sia stato appositamente addestrato per responsabilità di sicurezza ed abbia pertanto la necessaria qualificazione tecnica per lo svolgimento di tale incarico*".

Pertanto, secondo la Corte, in assenza di tale ulteriore adempimento a favore del lavoratore, il datore, "*...quand'anche abbia affidato al dipendente il compito di vigilare sull'osservanza delle norme antinfortunistiche, non è esonerato da responsabilità*", permanendo quale unico ed effettivo responsabile per l'osservanza delle norme in materia di sicurezza sul lavoro.

COMPLIANCE NEWSLETTER | APRILE 2018

RIFERIMENTI NORMATIVI, PRASSI E GIURISPRUDENZA AL 30 APRILE 2018.

LA PRESENTE NEWSLETTER ILLUSTRATA LE PRINCIPALI NOVITÀ E ALCUNE QUESTIONI DI INTERESSE GENERALE, E RAPPRESENTA DUNQUE UNO STRUMENTO MERAMENTE INFORMATIVO, IL CUI CONTENUTO NON VA UTILIZZATO COME BASE PER EVENTUALI DECISIONI OPERATIVE.

PER ULTERIORI INFORMAZIONI, VI INVITIAMO A CONTATTARE IL VOSTRO PARTNER DI RIFERIMENTO O AD INVIARE UN'EMAIL A UFFICIOSTUDI@STUDIOPIROLA.COM