



Dicembre 2024

flash infopaper

Compliance & Risk Management

compliance normativa | anticorruzione
privacy | giurisprudenza

► Compliance normativa

- Decreto attuativo del Regolamento UE MICA: rimando al Decreto 231 e ampliamento dell'ambito di applicazione oggettiva del Decreto Whistleblowing (n. 24/2023)
- La legge Omnibus introduce il reato di cui all'art. 174-*sexies* nella Legge sul diritto d'autore: nuova fattispecie presupposto 231?
- Il divieto di pantouflage secondo le nuove linee guida ANAC
- Consultazione pubblica ANAC sulle nuove linee guida in materia di Whistleblowing

► Anticorruzione

- ANAC: La mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto non trasforma quest'ultimo in una procedura di gara
- L'ente qualificato delegato per la fase di gara deve adottare tutti gli atti ed i provvedimenti assumendone la relativa responsabilità
- Adozione criterio di aggiudicazione del minor prezzo in procedura di gara sopra soglia

► Privacy

- L'EDPB adotta un parere sui rapporti tra titolari, responsabili e sub-responsabili del trattamento
- Sanzione del Garante in tema di backup e-mail aziendali dei dipendenti

► Giurisprudenza

- Il confine labile tra indebita percezione di erogazioni pubbliche e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. La Cassazione non ha più dubbi. (Cass. pen., Sez. II, Sent., 30/10/2024, n. 40015)
- Frode carosello e responsabilità del prestanome: quali sono gli elementi sufficienti per fondare la responsabilità per dolo? (Cass. pen., Sez. III, Sent., 08.10.2024, n. 37131)
- Omicidio colposo: condannato l'intero C.d.A. - nonostante la presenza di deleghe - per la gravità delle violazioni prevenzionistiche (Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2024, n. 40682)





Decreto attuativo del Regolamento UE MICA: rimando al Decreto 231 e ampliamento dell'ambito di applicazione oggettiva del Decreto Whistleblowing (n. 24/2023)

Con il D.Lgs. n. 129/2024, in vigore dal 14 settembre 2024, l'Italia si è adeguata al Regolamento UE MICA, relativo alle criptoattività.

Il Titolo IV del Decreto è relativo alle sanzioni, prevedendone sia di natura penale che amministrativa. L'art. 34, rubricato «*Responsabilità dell'ente*», indica specifiche sanzioni amministrative per l'ente qualora sussista la violazione degli artt. 89, 90 e 91 del Regolamento UE, che prevedono il divieto di abuso di informazioni privilegiate, il divieto di divulgazione illecita delle stesse e il divieto di manipolazione del mercato, sempre con riferimento alle criptovalute.

In particolare, la norma prevede:

- l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, con l'indicazione del minimo e del massimo edittale;
- qualora la condotta sia tenuta da soggetti apicali o soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza di un soggetto apicale;
- se la condotta è stata commessa nell'interesse o a vantaggio dell'ente;
- che l'ente vada esente da responsabilità qualora dimostri che le persone fisiche hanno agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi.

Da ultimo, si sottolinea come al comma 4 si faccia esplicito riferimento al D.Lgs. n. 231/2001, prevedendosi l'applicazione, in quanto compatibili, degli artt. 6 (*Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*), 7 (*Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*), 8 (*Autonomia delle responsabilità dell'ente*) e 12 (*Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*).

Tuttavia, la fattispecie descritta non costituisce un nuovo illecito 231 per le ragioni che seguono:

- la corrispondente fattispecie attribuita alle persone fisiche costituisce illecito amministrativo e non un reato (v. art. 33 D.Lgs. 129/2024);
- non si specifica, in ogni caso, l'articolo del D.Lgs. 231/01 in cui le suddette violazioni rientrerebbero;
- è prevista, già nella norma del Decreto 129/2024, la cornice edittale per l'applicazione della sanzione;
- le norme del Decreto 231, sono applicabili, «in quanto compatibili».

Trattasi, quindi, di un illecito amministrativo, con riferimento al quale, per i criteri di attribuzione ed esenzione della responsabilità dell'ente, si applicano talune regole dell'illecito 231.

Infine, si segnala, quale ulteriore elemento di interesse, che l'art. 41 del D.Lgs. 129/2024 ha ampliato il novero degli illeciti segnalabili ai sensi del D.Lgs. 24/2023 (Whistleblowing), ricomprendendo anche le violazioni al Regolamento UE MICA suddetto.

Fonte: Decreto Legislativo 5 settembre 2024, n. 129



La legge Omnibus introduce il reato di cui all'art. 174-sexies nella Legge sul diritto d'autore: nuova fattispecie presupposto 231?

Lo scorso 9 ottobre è entrata in vigore la Legge n. 143/2024, di conversione del d.l. n. 113/2024 (c.d. Decreto Omnibus), recante “*Misure urgenti di carattere fiscale, proroghe di termini normativi e interventi di carattere economico*”.

L'art. 6-ter della legge citata ha introdotto l'art. 174-sexies nella Legge sul diritto d'autore (L. n. 633/1941), prevedendo una nuova fattispecie di reato che sanziona la condotta di omessa segnalazione della conoscenza di compiute o tentate condotte penalmente rilevanti (tra cui, i reati in materia di diritto d'autore, il reato di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico e la frode informatica) all'Autorità Giudiziaria o alla Polizia Giudiziaria da parte di un insieme di soggetti destinatari di nuovi obblighi, quali:

- i prestatori di servizi di accesso alla rete;
- i gestori di motori di ricerca;
- i fornitori di servizi della società dell'informazione, tra cui anche i fornitori e gli intermediari di Virtual Private Network (VPN) o comunque di soluzioni tecniche che ostacolano l'identificazione dell'indirizzo IP di origine;
- gli operatori di content delivery network;
- i fornitori di servizi di sicurezza internet e di Domain Name System (DNS) distribuiti, che si pongono tra i visitatori di un sito e gli hosting provider che agiscono come reverse proxy server per siti web.

Si specifica che le condotte di omissione sono punite ai sensi del comma 3 del predetto articolo solamente se il soggetto attivo non concorre (ai sensi dell'art. 110 c.p.) nei reati oggetto di omessa segnalazione.

L'art. 174 sexies prevede, all'ultimo comma, quanto segue: “*Si applica l'articolo 24-bis del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.*”. Trattasi, pertanto, di un rimando all'articolo del D.Lgs. 231 in materia di Reati informatici.

Se, *prima facie*, potrebbe sembrare che il reato di nuovo conio sia altresì qualificato dal Legislatore come fattispecie presupposto 231, sta tuttavia all'interpretazione quanto segue:

- 1) non è stato al contempo modificato l'articolo suddetto del decreto 231, che, quindi, non indica, tra le fattispecie presupposto, il nuovo reato;
- 2) di conseguenza, non viene indicata la cornice sanzionatoria per il (supposto) nuovo reato presupposto, posto che all'art. 24-bis del Decreto 231 si indicano diverse sanzioni a seconda della fattispecie di reato.

Pertanto, affinché il nuovo reato possa essere considerato fondante la responsabilità 231, è necessaria l'adozione di una disposizione di coordinamento che inserisca la fattispecie suddetta all'art. 24-bis D.Lgs. 231/01, in modo da poter conoscere la sanzione pecuniaria e l'applicabilità o meno delle sanzioni interdittive.

Fonte: Legge 7 ottobre 2024, n. 143



Il divieto di pantouflage secondo le nuove linee guida ANAC

Con la delibera n. 493 l'ANAC ha approvato le Linee Guida N. 1 in tema di divieto di pantouflage (c.d. «divieto delle porte girevoli»).

Cos'è il divieto di pantouflage?

La disciplina è contenuta nell'art. 53 co. 16-ter del d.lgs n.165/2001 e nell'art. 21 del d.lgs n. 39/2013, uno dei decreti attuativi della L. 190/2012 (c.d. «Legge Severino»). Si tratta di una misura di anticorruzione volta ad evitare che i soggetti che negli ultimi 3 anni dalla cessazione del rapporto di lavoro hanno esercitato poteri presso la Pubblica Amministrazione o, in via generale, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto di essa, possano svolgere un'attività lavorativa o professionale presso soggetti privati, i quali sono destinatari dell'attività esercitata dalla P.A. con i medesimi poteri.

Il divieto di pantouflage è una misura di anticorruzione che affianca i requisiti di:

- «inconferibilità»: il divieto temporaneo di accedere ad una carica o ad un incarico pubblico;
- «incompatibilità»: divieto di cumulare più cariche o incarichi per i quali possa sorgere una situazione di conflitti di interesse.

Il pantouflage è una misura permanente?

Certamente no, perché questo precluderebbe ad un soggetto la possibilità di ri-accedere ai pubblici uffici o ottenere incarichi pubblici a vita. Il divieto è temporaneo: infatti, a decorrere dalla cessazione del rapporto di lavoro con la P.A. (è necessario che il soggetto abbia esercitato poteri presso la P.A. negli ultimi 3 anni, in caso contrario non sussiste il divieto) inizia il conteggio del cosiddetto «periodo di raffreddamento», ossia per i successivi 3 anni dalla cessazione del rapporto di lavoro pubblico, il soggetto non potrà svolgere alcuna attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati con i quali, a titolo di esempio, ha avuto un contatto (lavorativo) in virtù della sua posizione.

Nel caso di violazione dei divieti suddetti, sono previste le seguenti sanzioni, che hanno effetti sul contratto di lavoro dell'ex dipendente pubblico presso il soggetto privato nuovo datore di lavoro e sull'attività contrattuale dei soggetti privati che abbiano assunto o conferito un incarico all'ex dipendente pubblico:

- nullità dei contratti di lavoro stipulati in violazione del divieto;
- divieto per le aziende private che hanno assunto violando la disciplina di contrattare con le pubbliche amministrazioni per tre anni;
- obbligo di restituzione dei compensi percepiti per gli ex dipendenti pubblici.

Fonte: Delibera ANAC N. 493 del 25/09/2024



Consultazione pubblica ANAC sulle nuove linee guida in materia di Whistleblowing

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), lo scorso 7 novembre, ha avviato la consultazione pubblica sullo schema delle nuove Linee Guida in materia di *Whistleblowing*, con l'obiettivo di fornire chiarimenti sugli aspetti più critici emersi dai risultati del monitoraggio condotto nel 2023 dalla stessa ANAC, nonché le consultazioni mirate svolte a luglio 2024 che hanno visto il coinvolgimento di soggetti istituzionali, organizzazioni della società civile e del Terzo settore, e delle associazioni di rappresentanza delle imprese. L'esito di tali monitoraggi evidenziava, infatti, diverse criticità, tra la quali spiccava la necessità di delineare maggiormente la struttura dei canali interni di segnalazione.

Il nuovo documento emesso dall'ANAC, aperto alla consultazione pubblica fino al prossimo 9 dicembre, vuole aggiornare e completare le linee guida precedenti, adottate nel luglio 2023, al fine di armonizzare le pratiche operative, fornendo supporto agli enti per rendere più efficace il sistema di tutele del *whistleblower*. Il documento in consultazione offre così indirizzi interpretativi espliciti per semplificare il processo di armonizzazione degli adempimenti posti in capo alle imprese.

Nello specifico, le linee guida esprimono chiarimenti in ordine:

- ai canali di segnalazione interna delineando, in prima battuta, il ruolo delle organizzazioni sindacali, declinando successivamente le modalità di effettuazione della segnalazione, le varie ipotesi sanzionatorie e la regolamentazione dei sistemi di *Whistleblowing* all'interno del Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231/2001;
- alla definizione del ruolo del gestore delle segnalazioni e delle eventuali figure che offrono allo stesso attività di supporto, descrivendone le attività e i requisiti;
- ai principi di comportamento del personale, coinvolto nella disciplina *Whistleblowing*, in merito alla quale l'Autorità fornisce importanti indicazioni circa contenuti e modalità di erogazione della formazione specifica.

ANAC conclude le linee guida ribadendo l'importanza del ruolo degli enti del Terzo settore, così come definito dall'art 18 del D.lgs. 24/2023. Il legislatore ha infatti previsto l'istituzione di un elenco di enti a cui spetta il compito di garantire misure di sostegno ai soggetti segnalanti attraverso chiarimenti sulla normativa, sulle modalità di compilazione della segnalazione e sul corretto canale da utilizzare, nonché di offrire al medesimo soggetto un supporto nel caso si dovessero verificare episodi di presunta ritorsione.

Le linee guida in consultazione offrono un'ottima occasione di confronto su una materia di cui si è tanto parlato nell'ultimo periodo e che ha raggiunto una maturità applicativa tale da permettere di raccogliere dati importanti dalle esperienze pratiche delle realtà aziendali.

Fonte: Linee guida whistleblowing sui canali interni di segnalazione - Consultazione on line - 07.11.2024



ANAC: La mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto non trasforma quest'ultimo in una procedura di gara

Con delibera di precontenzioso n. 410, approvata in data 11 settembre 2024, ANAC si è pronunciata in materia di affidamento diretto.

In particolare, di fronte alle doglianze di un'impresa che contestava la legittimità dell'affidamento disposto ai sensi dell'art. 50, co.1 lett. b) del d.lgs. n. 36/2023 dalla stazione appaltante a favore di un altro operatore economico, ANAC ribadisce quanto già precisato nel documento denominato "Vademecum sugli affidamenti diretti per lavori, servizi e forniture", datato 30/07/2024.

Nello specifico, *"la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze (cfr. Cons. Stato sez. V, sentenza n 503 del 15.01.2024 Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 3287 del 2021)"*.

Può dirsi, pertanto, che la procedimentalizzazione dell'affidamento diretto non snaturi il procedimento in procedura negoziata e non determini il sorgere di posizioni giuridiche tutelabili in capo agli operatori coinvolti.

ANAC conclude affermando che le citate doglianze sono da ritenersi prive di pregio, riconoscendo invece come corretta e non censurabile la condotta tenuta dalla stazione appaltante.

Fonte: Parere di precontenzioso n. 410 dell'11 settembre 2024



L'ente qualificato delegato per la fase di gara deve adottare tutti gli atti ed i provvedimenti assumendone la relativa responsabilità

Nell'adunanza del 23 ottobre 2024, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha deliberato cinque provvedimenti (nn. 465-469) ravvisando criticità estremamente gravi che hanno riguardato sia la competenza dello svolgimento del procedimento di gara che la sua concreta conduzione.

Durante i primi mesi dell'anno 2024, al tempo dell'avvio delle rispettive procedure di gara aventi ad oggetto concessioni di servizi per importi superiori al limite previsto dall'art. 63, co. 2, D.lgs. 36/2023, cinque distinti Comuni, sprovvisti del requisito di «stazioni appaltanti qualificate», avevano delegato la società Asmel Consortile scrl a svolgere le singole procedure di gara, in quanto quest'ultima era - al tempo - iscritta nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate come «centrale di committenza»; successivamente, con Delibera ANAC n. 195 del 23 aprile 2024, la società è stata cancellata dall'elenco.

Nelle considerazioni in diritto dei provvedimenti in esame, ANAC ha ricordato che, ai sensi dell'art. 62, D.lgs. 36/2023, il legislatore ha introdotto il sistema di necessaria qualificazione delle stazioni appaltanti, riservando ai soggetti qualificati (centrali di committenza o stazioni appaltanti) lo svolgimento delle procedure di affidamento superiori a determinate soglie previste dalla legge, in ragione della maggiore complessità delle stesse e della maggiore competenza degli enti qualificati.

Con la qualificazione delle stazioni appaltanti, infatti, si è inteso prevedere un sistema idoneo ad attestare le capacità di gestione delle attività che caratterizzano il processo di affidamento dei contratti pubblici. Pertanto, i soggetti non qualificati sono tenuti a ricorrere necessariamente agli strumenti messi a disposizione da altre stazioni appaltanti qualificate, in quanto sono in grado di verificare la legittimità dei provvedimenti adottati, con la conseguenza che il soggetto qualificato deve assumere la responsabilità dell'intera fase di gara, mentre l'adozione di atti e i provvedimenti della fase di affidamento da parte della stazione appaltante non qualificata determina un'elusione del sistema di necessaria qualificazione. Pertanto, fermo l'obbligo dell'adozione della decisione a contrarre da parte della stazione appaltante beneficiaria dell'intervento non qualificata, spetta al soggetto qualificato (centrale di committenza o stazione appaltante) delegato la responsabilità della fase di gara e, quindi, del contenuto degli atti di gara e dello svolgimento dell'intera procedura fino al provvedimento di aggiudicazione dell'affidamento.

L'Autorità ha contestato:

- l'omessa nomina del Responsabile Unico del Progetto (RUP) da parte della stazione appaltante qualificata;
- lo svolgimento della procedura di gara da parte del soggetto non qualificato che ha adottato una parte significativa degli atti della fase di affidamento;
- la mancata assunzione da parte della centrale di committenza dell'obbligo giuridico di svolgere la fase di affidamento per conto dell'ente comunale.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che la società Asmel Consortile scrl abbia svolto la mera attività di consulenza e assistenza nelle procedure di appalto.

In conclusione, l'Autorità, considerate le gravi criticità emerse, ha condotto all'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara.

Fonte: Delibere n. 465-469, approvate dal Consiglio dell'Autorità del 23 ottobre 2024



Adozione criterio di aggiudicazione del minor prezzo in procedura di gara sopra soglia

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, con propria delibera del 9 ottobre 2024, in esito all'istruttoria espletata, si è espressa in merito alla conformità del criterio di aggiudicazione del minor prezzo adottato da una stazione appaltante nella procedura di gara riferita a lavori pubblici di importo superiore alla soglia comunitaria.

Riguardo alla legittimità del criterio di aggiudicazione in esame (minor prezzo), evidenzia l'ANAC che, per le procedure sopra soglia:

- le stazioni appaltanti aggiudicano gli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo;
- sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, gli appalti elencati al comma 2 dell'art. 108 del d. lgs. 36/2023, tra cui i lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo;
- è riconosciuta la facoltà di utilizzare il minor prezzo solamente ai servizi ed alle forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera.

Con riguardo alla competizione basata sul solo prezzo, il rischio che viene richiamato è quello di ribassi eccessivi e di una compressione dei costi per l'impresa aggiudicataria che possa andare a scapito delle condizioni di sicurezza sui luoghi di lavoro e dei costi per la manodopera.

A sostegno dell'erroneità del criterio di aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante, osserva l'Autorità che l'oggetto dell'appalto risulta caratterizzato da notevole contenuto tecnologico, aggiudicabile esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi di quanto previsto dall'art. 108, comma 2 del Codice.

Infine, anche in riferimento alla giustificazione fornita dalla stazione appaltante in merito all'utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo fondata su presunte ragioni di urgenza, l'ANAC ricorda che, anche secondo la giurisprudenza, l'urgenza non può giustificare una deroga al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in assenza di una puntuale motivazione.

Stante tutto quanto sopra, ANAC ha confermato la mancata conformità al Codice dei Contratti Pubblici.

Fonte: Delibera n. 454, approvata dal Consiglio dell'Autorità del 9 ottobre 2024



L'EDPB adotta un parere sui rapporti tra titolari, responsabili e sub-responsabili del trattamento

Il 7 ottobre 2024, a seguito di una richiesta da parte dell'Autorità Garante danese, l'*European Data Protection Board* (di seguito anche solo «EDPB») ha adottato un nuovo parere in tema di obblighi derivanti dalla esternalizzazione di trattamento dati in favore di responsabili e/o sub-responsabili ex art. 28 GDPR. L'EDPB, attraverso un'attività di ricostruzione e interpretazione normativa, ha risposto ai quesiti dell'Autorità danese stabilendo vari principi, *ex multis*:

- in base all'art. 28 par. 2 GDPR, il titolare deve rilasciare un'autorizzazione scritta, specifica o generale, al responsabile del trattamento ai fini del coinvolgimento di un sub-responsabile nel trattamento dei dati personali. Inoltre, sulla base delle linee-guida 07/2020 dell'EDPB, nel caso in cui il titolare decida di accettare un sub-responsabile, dovrebbe essere allegata al contratto una lista aggiornata di tutti i sub-responsabili approvati dal titolare. L'EDPB ricorda, inoltre, che sulla base delle linee-guida 07/2020, è obbligo del responsabile del trattamento «iniziale» informare il titolare di eventuali cambiamenti relativi ai sub-responsabili. Quindi, anche se non è espressamente previsto dall'art. 28 parr. 1 e 2, l'EDPB ritiene che i titolari dovrebbero avere a disposizione in qualsiasi momento le informazioni relative all'identità dei sub-responsabili. La disponibilità di tali informazioni è necessaria anche ai fini di rispondere senza ritardo alle richieste di esercizio dei diritti e di reagire tempestivamente in caso di *data breaches*;
- in base all'art. 28 par. 1 GDPR, il ricorso ad un responsabile o a più sub-responsabili non può abbassare il livello di protezione dei diritti degli interessati. Quindi, il titolare deve assicurarsi che nell'intera catena del trattamento siano presenti soggetti che possono fornire adeguate garanzie e appropriate misure tecniche e organizzative, attraverso un'adeguata *due diligence* nella fase di selezione e, successivamente, attraverso un controllo costante. Secondo l'EDPB l'obbligo del titolare di verificare che i sub-responsabili presentino sufficienti garanzie per attuare le misure tecniche e organizzative stabilite dal titolare stesso, sussiste a prescindere dal rischio per i diritti e le libertà degli interessati. Tuttavia, la natura di tali verifiche dipende dal tipo delle misure tecniche e organizzative stabilite dal titolare, in base anche al rischio associato al trattamento dei dati;
- in base all'art. 28 co 3 lett. d) il responsabile «iniziale» è legalmente e contrattualmente tenuto a trasferire gli stessi obblighi di protezione dei dati personali stabiliti nell'accordo con il titolare, nei contratti di sub-trattamento che stipula con i sub-responsabili aggiuntivi. Tuttavia, il titolare del trattamento non ha il dovere di richiedere sistematicamente tutti i contratti di sub-trattamento per verificare che gli obblighi di protezione dei dati siano stati trasferiti lungo l'intera catena di trattamento dei dati. Il titolare deve solo valutare, caso per caso, in base alle circostanze concrete, quando richiedere una copia di tali contratti e verificare la presenza in questi ultimi della presenza degli obblighi di protezione dei dati personali.
- in base alle linee guida 05/2021 dell'EDPB, il trasferimento è un'attività che il responsabile pone in essere per conto del titolare. Per tale motivo, quest'ultimo potrebbe essere ritenuto responsabile ai sensi del Capo V ed è obbligato ad assicurare che il responsabile fornisca sufficienti garanzie ex art 28 GDPR. Di conseguenza, il responsabile e il titolare del trattamento devono assicurare che il livello di protezione dei dati personali non sia compromesso dal trasferimento. Secondo l'EDPB, il titolare, al fine di dimostrare di aver posto in essere le misure appropriate per prevenire le violazioni del Capo V del GDPR, deve essere in grado di fornire (in caso di eventuale ispezione da parte dell'Autorità Garante) documentazione quale la mappatura dei trasferimenti», i fini del trasferimento, e, ove applicabile, una *transfer impact assessment*.

Fonte: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024/10/edpb_opinion_202422_relianceonprocessors-sub-processors_en.pdf



Sanzione del Garante in tema di backup e-mail aziendali dei dipendenti

L'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, con il Provvedimento n. 472 del 17 luglio 2024 ha sanzionato una società (di seguito «la Società») per 80.000 euro, a seguito di un reclamo presentato da parte di un agente di commercio che lamentava di aver subito una violazione dei propri dati personali. Più in particolare, stando a quanto emerso in sede di istruttoria, la Società aveva incaricato uno studio di ingegneria forense per eseguire un'attività di indagine sul contenuto della casella e-mail aziendale assegnata al reclamante, utilizzando l'applicativo MailStore - installato sui computer aziendali -. Le e-mail raccolte e conservate tramite MailStore sono state, in seguito, utilizzate dalla Società nell'ambito di un procedimento giudiziario avviato contro il reclamante presso il Tribunale di Venezia. Il Garante, al termine dell'istruttoria, ha contestato alla Società le seguenti violazioni del GDPR:

- artt. 5 par. 1 lett a) e 13. Nello specifico:
 - nell'informativa era prevista la conservazione dei dati per 10 anni esclusivamente per consentire l'espletamento degli obblighi connessi alla cessazione del rapporto di lavoro, ma era non specificato il tempo di *retention* dei *backup* delle e-mail, che è stato fissato unilateralmente a tre anni;
 - i *log* di accesso alla posta e ai sistemi gestionali venivano conservati "*per una durata di almeno 6 mesi*". Tale durata è stata considerata dall'Autorità eccessiva rispetto alla finalità dichiarata e non giustificata da specifiche esigenze aziendali. Infatti, in base al "Documento di indirizzo" del giugno 2024 sui metadati della posta elettronica, tali *log* possono essere tratti solo per un tempo proporzionato e limitato alle necessità reali e documentate;
 - nonostante la rilevanza della conservazione dei *backup* e-mail, l'informativa non menzionava la modalità con cui veniva effettuato questo trattamento né i tempi specifici di conservazione di tali dati, in violazione dell'art. 13 del GDPR.
 - la Società aveva dichiarato di riservarsi la possibilità di accedere alle caselle e-mail dei dipendenti anche dopo la cessazione del rapporto o nelle ipotesi di assenza, dichiarando che tale trattamento potesse essere svolto solo per garantire la continuità dell'attività aziendale. Tuttavia, il Garante ha sottolineato quanto tale giustificazione non potesse essere sufficiente: l'email aziendale non deve essere usata come strumento di gestione documentale e continuità aziendale, non avendo le caratteristiche di autenticità, integrità, affidabilità e reperibilità richieste dalla normativa per la conservazione dei documenti aziendali;
 - nell'informativa non era incluso alcun riferimento alle verifiche che la Società si riservava di effettuare sui contenuti presenti nei dispositivi aziendali, né venivano chiarite le specifiche condizioni, ragioni e modalità di tali controlli, in violazione del principio di trasparenza e dei principi di liceità e proporzionalità, previsti dagli artt. 5 e 88 del GDPR.
- artt. 5 par. 1 lett a), c), e) e 88 GDPR e art. 114 d.lgs. 196/2003. Nello specifico:
 - la Società eseguiva automaticamente il backup delle caselle e-mail aziendali dei dipendenti, conservandole per un periodo di tre anni dopo la cessazione del rapporto di lavoro. Questa prassi, giustificata dall'azienda come misura di sicurezza informatica, è stata considerata dal Garante non necessaria e non proporzionata rispetto alle finalità di sicurezza dichiarate,
 - i *log* di accesso alla posta elettronica e ai sistemi gestionali venivano conservati per un periodo di sei mesi, ma la Società non ha fornito alcuna giustificazione specifica per questa durata, che appare arbitraria e sproporzionata;
 - la Società ha utilizzato i *backup* e i *log* a fini di contenzioso contro il reclamante, deviando quindi il trattamento rispetto alla finalità di sicurezza informatica originariamente dichiarata. Il Garante ha ribadito che un titolare può trattare i dati per finalità difensive solo in relazione a contenziosi concreti e già in atto (provvedimento n. 255 del 21 luglio 2022);
 - l'utilizzo di MailStore ha permesso alla Società di monitorare le attività del collaboratore nel dettaglio, andando oltre la legittima tutela aziendale e configurando un'attività di controllo dell'operato dei lavoratori. Il Garante ha sostenuto che tale trattamento è illecito ex art. 114 d.lgs. 196/2003, in quanto posto in essere in violazione dell'art.4 Statuto dei Lavoratori (L. 300/1970).

Fonte: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10053224>



Il confine labile tra indebita percezione di erogazioni pubbliche e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. La Cassazione non ha più dubbi (Cass. pen., Sez. II, Sent., 30/10/2024, n. 40015)

Il Tribunale della Libertà di Firenze, nel maggio 2024, ha respinto le istanze di riesame contro l'ordinanza del G.I.P presso il Tribunale di Prato, che aveva applicato a due indagati la misura cautelare degli arresti domiciliari in quanto indiziati per il delitto di concorso in truffa aggravata ai danni dello Stato, in riferimento al conseguimento degli importi a titolo di bonus per il ripristino delle facciate relativi a lavori mai iniziati. Avverso tale ordinanza i difensori degli indagati proponevano ricorso per Cassazione.

Nel suddetto ricorso i difensori sostenevano che i fatti accaduti dovessero essere ricondotti alla meno grave fattispecie di cui all'art 316-ter c.p. - «Indebita percezione di erogazioni pubbliche» - e non, invece, alla fattispecie di truffa aggravata ex art. 640 bis c.p. La difesa ha infatti evidenziato che, al momento dei fatti, era ancora in vigore la disciplina introdotta dall'art. 121 del D.L. 34/2020, che prevedeva che il riconoscimento del credito di imposta avvenisse automaticamente con la presentazione della richiesta e non, invece, la più restrittiva disciplina prevista dall'art. 122-bis del medesimo decreto, che ha introdotto dei controlli preventivi da parte dell'Agenzia delle Entrate per il riconoscimento del credito di imposta. Da ciò, secondo la difesa, derivava quanto segue:

- il momento consumativo coincideva con il mero riconoscimento del credito, non rilevando, quindi, il momento della liquidazione dello stesso (costituente il danno necessario per la configurazione della truffa);
- non essendo previsti controlli da parte della PA per il riconoscimento del credito, non poteva perfezionarsi alcuna induzione in errore dell'ente pubblico, elemento necessario per la configurazione della truffa aggravata.

Il ricorso è stato respinto per infondatezza dei motivi. Le ragioni a sostegno della decisione della Cassazione sono le seguenti:

- in primo luogo, il reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche è una fattispecie sussidiaria rispetto alle ipotesi di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, applicandosi dunque solamente qualora la condotta non sia sussumibile nel reato ex art. 640 bis c.p.;
- inoltre, il reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche differisce da quello di truffa aggravata per la mancanza dei seguenti elementi essenziali della truffa: i) il raggirio o l'artificio tali da trarre in errore l'autorità (anche mediante la falsità documentale), ii) l'ingiusto profitto e iii) il danno economico in capo alla PA;
- nel caso in esame, quindi, il reato in cui sussumere la condotta era, come indicato dall'Accusa, la truffa aggravata, in quanto erano stati integrati i seguenti elementi costitutivi, non potendo essere accolte, secondo la Cassazione, le doglianze della difesa concernenti la disciplina applicabile al momento dei fatti:
 - a. artificio/raggirio con conseguente induzione in errore della PA, mediante la presentazione di fatture per lavori mai eseguiti o di differente importo;
 - b. danno economico dell'Ente Pubblico che, in virtù dello schema fraudolento, diviene debitore di somme non dovute;
 - c. ingiusto profitto in capo agli indagati, tramite il conseguimento di crediti di imposta.

In estrema sintesi, la Cassazione ha chiarito che si configura la fattispecie di reato di cui all'art. 640-bis c.p., e non quella di cui all'art. 316-ter c.p., qualora la condotta si perfezioni prima della cessione del credito - ovvero sia quando viene prodotta la documentazione falsa, con induzione in errore della PA - e siano altresì integrati gli ulteriori elementi costitutivi della truffa di cui sopra.

Fonte: Cass. pen., Sez. II, Sent., 30 ottobre 2024, n. 40015



Frode carosello e responsabilità del prestanome: quali sono gli elementi sufficienti per fondare la responsabilità per dolo? (Cass. pen., Sez. III, Sent., 08.10.2024, n. 37131)

Perché l'amministratore di una società sia condannato per il reato di «Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti» non è sufficiente che dichiari deliberatamente elementi passivi fittizi, ma è necessario che nel giudizio sia provata la specifica finalità di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto.

La Cassazione nel provvedimento in esame si è pronunciata sul ricorso proposto da un prestanome che aveva accettato di assumere, dietro compenso, la carica fittizia di amministratore della società nel settore del commercio all'ingrosso di apparecchi e materiali telefonici. Lo stesso, avvalendosi di una serie di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti al fine di evadere le imposte sui redditi e/o sul valore aggiunto indicava, nella dichiarazione iva relativa al periodo d'imposta 2016, elementi passivi fittizi per un importo di 1.663.432,02 Euro. Il ricorso era stato proposto avverso la condanna per il delitto di cui all'art. 2 del D.lgs. 74/2000, per avere firmato la dichiarazione IVA della società, in cui erano state indicate fatture emesse da una cartiera e non dal reale fornitore dell'impresa, per prestazioni oggettivamente esistenti, dando luogo ad una cd. frode carosello.

La Corte di merito aveva ravvisato il dolo del delitto in esame, segnalando che l'imputato:

- avesse accettato di rivestire la carica di amministratore della società utilizzatrice, ben consapevole della gestione sostanziale di altro soggetto (c.d. amministratore di fatto) dietro compenso;
- avesse sottoscritto le dichiarazioni per l'anno di imposta 2016, che indicavano elementi passivi fittizi, documentati con fatture del complessivo ammontare di euro oltre nove milioni di euro, senza operare alcun controllo;
- si fosse periodicamente recato in azienda e avesse intrattenuto rapporti con il commercialista e gli istituti di credito, aprendo un conto gestito di fatto dall'amministratore di fatto e dal figlio, tuttavia ignorando una serie di segnali di allarme, quali ad esempio: la carenza di qualsiasi contratto commerciale tra l'emittente e l'utilizzatrice, la tempistica della movimentazione della merce dal magazzino di logistica, che avveniva soltanto al momento del passaggio di proprietà al cliente finale della società rappresentata dall'imputato, anziché in coincidenza con le operazioni documentate dalle fatture, etc.

La Suprema Corte, invece, ha annullato la sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di appello di Milano, sostenendo che sia necessario:

- il dolo generico, il quale deve sorreggere la condotta, che consiste nella indicazione in una delle dichiarazioni iva di cui sopra di elementi passivi fittizi, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni soggettivamente inesistenti;
- il dolo specifico, che non sostituisce il dolo generico, ma ad esso si affianca, così arricchendo il contenuto dell'elemento soggettivo. Il dolo specifico, costituito dal "fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto", rappresenta la finalità che deve animare la condotta dell'agente, il cui concreto conseguimento, tuttavia, non è necessario per la consumazione del reato, né essa deve essere necessariamente esclusiva, ben potendo concorrere con altre finalità.

In altri termini, essendo le transazioni economiche effettive, non era stato adeguatamente dimostrato da quali elementi di fatto l'imputato avrebbe potuto capire chi fosse il reale fornitore, posto che l'aver omesso la doverosa attività di controllo sulle fatture, giustifica un rimprovero per colpa, essendo incentrato sulla violazione del dovere di diligenza. A tal proposito, non è nemmeno sufficiente, ai fini della sussistenza del dolo, il vorticoso numero di fatture dichiarate dalla società perché è un elemento del tutto neutro rispetto all'esatta individuazione del fornitore. Allo stesso modo, l'aver accettato di divenire legale rappresentante della società dietro compenso, sapendo che la gestione sarebbe rimasta nelle mani dell'amministratore di fatto, non è certamente elemento sufficiente per fondare la responsabilità per dolo, perché tale responsabilità sarebbe desunta dalla mera carica rivestita, venendo integrata una inaccettabile responsabilità di posizione.

Fonte: Cass. pen., Sez. III, 8 ottobre 2024, n. 37131



Omicidio colposo: condannato l'intero C.d.A. - nonostante la presenza di deleghe - per la gravità delle violazioni prevenzionistiche (Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2024, n. 40682)

Il fatto da cui prende spunto la sentenza in oggetto riguarda la condanna di tre membri del C.d.A. (unitamente ad altri soggetti non apicali) di un'impresa di costruzioni - fornitore e posatore di lastre di cemento armato per la costruzione di una vasca di raccolta acque - per il decesso occorso ad un lavoratore, dipendente della Società cliente (destinataria delle attività di fornitura e posa in opera suddette), il quale, nell'ambito delle opere di completamento della costruzione di tale vasca, veniva travolto, a causa di gravi errori commessi dal fornitore nelle attività di produzione e installazione, da una delle lastre prefabbricate precedentemente installate. La difesa, critica sull'attribuzione della responsabilità agli amministratori in virtù della mera posizione di garanzia da questi ricoperta per il ruolo rivestito (responsabilità da posizione), sosteneva che le sentenze di merito avessero omesso di considerare che la responsabilità per l'accaduto andasse attribuita al solo responsabile di stabilimento, al responsabile del montaggio delle lastre e agli addetti al controllo qualità della Società, in quanto destinatari di deleghe operative in ambito Salute e Sicurezza (e, quindi, soggetti più direttamente coinvolti nell'attività di prevenzione del rischio).

A *contrario*, la Cassazione, aderendo alla ricostruzione argomentativa di merito, confermava le condanne dei membri del C.d.A., i quali, peraltro, rivestivano le qualifiche di datore di lavoro, delegato con compiti e poteri di gestione dell'intero ciclo produttivo, curatore della qualità dei manufatti e delegato, con illimitati poteri di spesa, in materia antinfortunistica. Nello specifico, la Corte ha riconosciuto come l'evento mortale si fosse verificato per gravi carenze organizzative in relazione a:

- assenza di programmazione dell'attività in termini di conformità al progetto e di successiva installazione con tecniche idonee a prevenire il rischio di ribaltamento delle lastre;
- assenza di procedure di controllo, se non in termini di mera conformità alla marcatura CE: era stata accertata una prassi di controllo fittizio delle specifiche tecniche e i certificati di conformità venivano predisposti e controfirmati prima della produzione dei manufatti e, quindi, apposti sugli stessi;
- assenza di formazione e informazione al personale addetto all'installazione delle lastre che, nel caso di specie, modificava impropriamente le lastre già costruite in fase di installazione;
- gravi carenze del POS per la fornitura e posa in opera dei prefabbricati per la costruzione della suddetta vasca di contenimento.

Da ultimo, si evidenzia come la Corte, in risposta all'asserita rilevanza delle deleghe (sostenuta dalla difesa) per la valutazione della sussistenza della responsabilità in capo ai soggetti apicali, abbia effettuato un *excursus* sulla distinzione tra la delega gestoria ex art. 2381 cod. civ. e quella di funzioni ex art. 16 D.Lgs. 81/2008:

1. Con la delega ex art. 16 D.lgs. 81/2008, il datore di lavoro trasferisce poteri e responsabilità che per legge sono connessi al proprio ruolo, limitatamente a quanto consentito dal decreto stesso. Trattasi di delega che presenta specifici requisiti e che fa permanere in capo al delegante il preciso obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento delle funzioni delegate; di talché, il delegante può rispondere degli eventi illeciti per *culpa in vigilando* o *in eligendo*.
2. La delega gestoria, invece, attiene alla ripartizione di attribuzioni e responsabilità nelle organizzazioni complesse, ove, quindi, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni o talune di esse a uno o più dei suoi componenti. Pertanto, il C.d.A., in quanto Datore di Lavoro ai sensi del D.Lgs. 81/08, può attribuire con delega gestoria la materia antinfortunistica solo a uno o taluni dei membri del Consiglio. In tal caso, il delegante ha un dovere di controllo, può impartire direttive e valutare il generale andamento della gestione, nonché avocare le funzioni attribuite.

Nel caso di specie, la Corte ha quindi evidenziato come la presenza di deleghe di funzioni e gestorie in capo, rispettivamente, a soggetti operativi e apicali della Società, non potesse tuttavia avere rilievo in ordine all'esclusione della responsabilità in capo agli imputati giacché l'evento mortale «*si era verificato per la concretizzazione della totale carenza di effettiva procedimentalizzazione dell'attività produttiva quale politica aziendale volta a subordinare le esigenze della sicurezza rispetto al profitto*».

Fonte: Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2024, n. 40682

CONTATTI

Viale Abruzzi, 94
20131 Milano
Tel. 02 58 20 10

BDO Advisory Services S.r.l.
ras@bdo.it

BDO è tra le principali organizzazioni internazionali di servizi alle imprese.

Questa pubblicazione non può, in nessuna circostanza, essere associata, in parte o in toto, ad un'opinione espressa da BDO. Nonostante l'attenzione con cui è preparata, BDO non può essere ritenuta responsabile di eventuali errori od omissioni contenuti nel documento. La redazione di questo numero è stata completata il 4 dicembre 2024.

BDO Advisory Services S.r.l., società a responsabilità limitata, è membro di BDO International Limited, società di diritto inglese (company limited by guarantee), e fa parte della rete internazionale BDO, network di società indipendenti. BDO è il marchio utilizzato dal network BDO e dalle singole società indipendenti che ne fanno parte.

© 2024 BDO (Italia) - Flash Info Paper - Tutti i diritti riservati.

www.bdo.it



Vuoi ricevere la TaxNews e
altre notizie da BDO
direttamente via email?
Iscriviti alle nostre mailing list.

