



novembre 2023

flash infopaper

Compliance & Risk Management

compliance normativa | anticorruzione

privacy | giurisprudenza

► Compliance normativa

- Decreto Giustizia: Turbative d'asta e trasferimento fraudolento
- Nuove linee guida 231 per il settore farmaceutico
- L'obbligatorietà di adozione dei modelli di organizzazione e controllo nelle società sportive
- Il punto sull'andamento degli infortuni 2022 dopo l'emissione della Relazione annuale INAIL

► Anticorruzione

- Ricognizione e verifica dell'attività contrattuale svolta dal Comune di Teano (CE)
- Sull'illegittimo frazionamento dell'appalto e sul conflitto di interessi

► Privacy

- Limiti dei controlli del datore di lavoro sulla posta elettronica aziendale
- Telemarketing selvaggio: sanzionata nota società telefonica

► Giurisprudenza

- Ai fini della configurazione del reato di frode in commercio non è necessaria la concreta contrattazione con un avventore (Cass. Pen., Sez. feriale, Sent., (data ud. 31 agosto 2023) 5 settembre 2023, n. 36684)
- Nuova pronuncia sulla Cancellazione dell'ente dal registro delle imprese ed estinzione dell'illecito ex D.Lgs. n. 231/2001: il confronto fra i due orientamenti giurisprudenziali (Cass. pen., Sez. II, Sent., (data ud. 8 giugno 2023) 14 settembre 2023, n. 37655)
- Condanna del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza per l'infortunio mortale di un lavoratore (Cass. Pen., Sez. IV, Sent., (data ud. 27 giugno 2023) 25 settembre 2023, n. 38914)





Decreto Giustizia: Turbative d'asta e trasferimento fraudolento

In data 9 ottobre 2023, è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale, in vigore dal 10 ottobre 2023, la legge 9 ottobre 2023 n. 137 di conversione, con modificazioni, del Decreto-Legge 10 agosto 2023, n. 105 (*"Disposizioni urgenti in materia di processo penale, di processo civile, di contrasto agli incendi boschivi, di recupero dalle tossicodipendenze, di salute e di cultura, nonché in materia di personale della magistratura e della pubblica amministrazione"*), il quale era entrato in vigore dal 11 agosto 2023, che modifica il D.Lgs. 231/01. In particolare, all'art. 6-ter, co. 2, si stabilisce che:

2. Al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 24, comma 1, dopo le parole: "di cui agli articoli 316-bis, 316-ter," sono inserite le seguenti: "353, 353-bis,";

b) all'articolo 25-octies.1:

1) dopo il comma 2 è inserito il seguente:

"2-bis. In relazione alla commissione del delitto di cui all'articolo 512-bis del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 250 a 600 quote";

2) al comma 3, le parole: "commi 1 e 2" sono sostituite dalle seguenti: "commi 1, 2 e 2-bis";

3) alla rubrica sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "e trasferimento fraudolento di valori".

In tal modo, tra i reati presupposto previsti all'art. 24 (Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture) sono compresi i reati di cui agli artt. 353 (*"Turbata libertà degli incanti"*) e 353-bis (*"Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente"*) del codice penale e tra i reati di cui all'art. 25-octies.1 (ora rubricato *"Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti e trasferimento fraudolento di valori"*), è aggiunto il delitto di cui all'art. 512-bis del codice penale (*"Trasferimento fraudolento di valori"*); per tutti i citati delitti sono previste sia sanzioni pecuniarie che interdittive.

Inoltre, l'articolo 6-ter, co. 3 del decreto-legge in commento ha apportato modificazioni al codice penale, tra cui, per l'art. 452-bis, comma 2 (*"Inquinamento ambientale"*) e l'art. 452-quater, comma 2 (*"Disastro ambientale"*), già reati presupposto 231, la previsione di aumento di pena in caso di circostanti aggravanti e per l'art. 240-bis (*"Confisca in casi particolari"*) l'inclusione delle condotte, già reati presupposto 231, di cui agli artt. 452-bis (*"Inquinamento ambientale"*), 452-quater (*"Disastro ambientale"*), 452-sexies (*"Traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività"*), 452-octies, primo comma (*"Circostanze aggravanti"*, applicabile all'associazione per delinquere ex art. 416) e 452-quaterdecies (*"Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti"*).

Fonte: Legge 9 ottobre 2023, n. 137 di conversione, con modificazioni, del Decreto-Legge 10 agosto 2023, n. 105

Nuove linee guida 231 per il settore farmaceutico

Il documento per l'individuazione di linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs 231/01 nel settore farmaceutico del 5 settembre 2023 emanato da Farindustria, introduce una serie di novità rispetto alle linee guida di Confindustria del 2021 oltre alla versione 2014 delle stesse.



In particolare, oltre ai 3 capitoli presenti nella versione del 2014 sono state aggiunte delle novità di seguito schematizzate:

- è stato inserito un capitolo 4 relativo alla certificazione sull'informazione scientifica e ai flussi informativi all'Organismo di Vigilanza;
- sono state inserite previsioni specifiche relative al rischio di commissione dei reati tributari (ad esempio con riferimento alle consulenze);
- sono state individuate specifiche sezioni riguardanti le possibili attività a rischio riferite alle nuove figure o attività previste nel codice deontologico (es: interazioni con soggetti non prescrittori, Patient Support Programs, account management, scientific exchange).

In particolare, nel nuovo capitolo 4 si stabilisce che i flussi informativi verso l'OdV potranno riguardare:

- i piani di controllo definiti periodicamente dall'azienda in attuazione del Documento per la certificazione delle attività di informazione scientifica;
- le risultanze delle verifiche interne, previste dai piani di controllo e dei relativi piani di azioni preventive/correttive;
- le risultanze del riesame della Direzione aziendale del sistema di procedure relative all'attività di informazione scientifica;
- l'informativa in merito all'ottenimento/rinnovo della certificazione dell'attività di informazione scientifica.

Nell'ambito dei flussi informativi all'OdV, precisa Farindustria, sarebbe inoltre utile prevedere incontri con i soggetti responsabili della gestione del sistema di procedure e in caso di necessità, con i vari responsabili dei servizi/ruoli inerenti all'attività di informazione scientifica, in un arco temporale definito in base alla durata del mandato dell'OdV.

Il documento è rivolto a tutte le imprese farmaceutiche, indipendentemente dalla loro dimensione, e costituisce un prezioso strumento per la costruzione di un modello di organizzazione, gestione e controllo efficace.

Fonte:

DOCUMENTO PER L'INDIVIDUAZIONE DI LINEE GUIDA PER LA COSTRUZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO EX D.Lgs 231/01 NEL SETTORE FARMACEUTICO - 5 settembre 2023

L'obbligatorietà di adozione dei modelli di organizzazione e controllo nelle società sportive

Dal 1° luglio 2023, con l'entrata in vigore della Riforma dello Sport, gli Organismi Sportivi devono adempiere a quanto disposto dall'art. 16 del decreto legislativo n. 39/2021 che prevede, per le Associazioni e le Società sportive dilettantistiche e le Società sportive professionistiche, di adottare Modelli organizzativi e di controllo, a tutela dei minori e per la prevenzione delle molestie, della violenza di genere e di ogni altra condizione di discriminazione prevista dal decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 o per ragioni di etnia, religione, convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale, seguendo le Linee Guida «emanate dalle Federazioni sportive nazionali, Discipline sportive associate, Enti di promozione sportiva e le Associazioni benemerite».



Le Linee Guida della FIGC (Federazione Italiana Giuoco Calcio), che sono state pubblicate il 31 Agosto 2023, perseguono i seguenti obiettivi:

- a) la promozione dei diritti;
- b) la promozione di una cultura e di un ambiente inclusivi che assicurino la dignità e il rispetto dei diritti di tutti i tesserati, in particolare minori, e garantiscano l'uguaglianza e l'equità, nonché valorizzino le diversità;
- c) la consapevolezza dei tesserati in ordine ai propri diritti doveri, obblighi, responsabilità e tutele;
- d) l'individuazione e l'attuazione da parte delle Associazioni e delle Società affiliate alla FIGC di adeguate misure, procedure e politiche di safeguarding;
- e) la gestione tempestiva, efficace e riservata delle segnalazioni di fenomeni di abuso, violenza e discriminazione e tutela dei segnalanti;
- f) l'informazione dei tesserati, anche minori, sulle misure e procedure di prevenzione e contrasto ai fenomeni di abuso, violenza e discriminazione e, in particolar modo, sulle procedure per la segnalazione degli stessi;
- g) la partecipazione delle società e dei tesserati alle iniziative organizzate dalla FIGC nell'ambito delle politiche di safeguarding adottate;
- h) il coinvolgimento proattivo di tutti coloro che partecipano con qualsiasi funzione o titolo all'attività sportiva nell'attuazione delle misure, procedure e politiche di safeguarding delle rispettive Affiliate.

Le società sono obbligate, pertanto, ad adottare ed aggiornare periodicamente i modelli di gestione e controllo e nominare un Organismo di vigilanza.

Come previsto dall'art. 16, è stata istituita, all'interno della FIGC, una Commissione Federale Responsabile delle Politiche di Safeguarding che vigila sull'adozione e sull'aggiornamento dei Modelli Organizzativi interfacciandosi con l'Organismo di Vigilanza.

È evidente, alla luce delle nuove disposizioni, che l'ente sportivo è soggetto a una specifica responsabilità amministrativa.

L'orientamento legislativo intende quindi introdurre nel mondo sportivo principi e standard di organizzazione e compliance tipici del mondo aziendale, con l'obiettivo di «prevedere misure e procedure di prevenzione e contrasto verso ogni condotta di abuso, violenza o discriminazione, comunque consumata in ogni forma, anche omissiva, o commissiva mediante omissione, e/o modalità, di persona o tramite modalità informatiche, sul web e attraverso messaggi, e-mail, social network, blog, programmazione di sistemi di intelligenza artificiale e altre tecnologie informatiche».

Fonti:

- D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 39, art. 16
- Comunicato Ufficiale n° 87/A - Linee Guida FIGC Per Le Politiche Di Safeguarding

Il punto sull'andamento degli infortuni 2022 dopo l'emissione della Relazione annuale INAIL

Come ogni anno, INAIL ha presentato la relazione sull'andamento di infortuni e malattie professionali dell'anno precedente.

Dalla lettura di dati, emerge che nel 2022 sono stati denunciati all'Inail 703.432 infortuni sul lavoro, circa 139.000 in più rispetto agli oltre 564.000 del 2021 (+24,6%). Questo aumento è dovuto sia ai contagi professionali da Covid-19, passati dai 49mila del 2021 ai 120mila del 2022, sia agli infortuni "tradizionali". Nel 2020, in particolare, l'incidenza media delle denunce da nuovo Coronavirus sul totale degli infortuni denunciati è stata di una ogni quattro, nel 2021 è scesa a una su 12 e nel 2022 è risalita a una su sei. Al netto dei contagi da Covid-19, nel 2022 le denunce di infortunio "tradizionale" registrano un incremento di oltre il 13% rispetto al 2021.



I casi mortali sono in calo, le denunce con esito mortale sono state 1208, con un decremento del 15,2% rispetto alle 1425 del 2021. Questa flessione è legata ai decessi causati dal contagio da Covid-19, passati dagli oltre 230 casi del 2021 agli 8 del 2022. Gli infortuni mortali accertati sul lavoro sono stati 606, in calo del 21,7% rispetto ai 774 dell'anno precedente. Quelli avvenuti fuori dall'azienda sono 365, pari a circa il 60% del totale. Gli incidenti plurimi, che hanno cioè causato la morte di più lavoratori, nel 2022 sono stati 19 per una totale di 46 decessi, 44 dei quali stradali.

I dati del 2022 indicano anche un aumento delle denunce di malattia professionale in confronto al 2021, quasi 61.000, in crescita del 9,9% rispetto alle oltre 55.000 del 2021. Le denunce riguardano le malattie non i lavoratori ammalati, che sono circa 42.000.

Tra i fattori che stanno incidendo sull'andamento di infortuni e malattie professionali, emerge un dato significativo relativo all'invecchiamento della popolazione attiva che costituisce ormai un fenomeno che investe tutti i settori lavorativi e che ha aumentato l'esposizione al rischio nelle età più avanzate.

È opportuno inoltre rilevare, oltre al lavoro statistico e di analisi operato da INAIL, il sempre maggiore impegno dell'istituto nell'attività di sostegno alle imprese per attività di prevenzione. Nel 2022, infatti, INAIL ha sottoscritto protocolli d'intesa con grandi gruppi industriali per la progettazione di azione congiunte finalizzate alla prevenzione degli infortuni, attraverso la sperimentazione di soluzioni tecnologiche innovative. A partire dallo scorso Marzo, inoltre, è stato organizzato il Forum della prevenzione "Made in Inail", attraverso il quale è possibile confrontarsi con enti locali, istituzioni sulle strategie più efficaci di contrasto agli infortuni e malattie professionali.

L'istituto si è attivato anche sul fronte ricerca, il 2022 ha visto l'avvio del nuovo Piano delle attività di ricerca Inail per il triennio 2022-2024, approvato dal Ministero della Salute nel mese di marzo e incentrato su proposte progettuali che affrontano i cambiamenti del mondo del lavoro indotti dalle transizioni verde, digitale e demografica, che stanno aprendo grandi prospettive di sviluppo ma comportano anche nuovi rischi, con l'obiettivo di rafforzare la prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali e di migliorare la risposta di imprese e lavoratori a eventuali crisi sanitarie e/o economiche future. A questo scopo proseguono le proficue collaborazioni con realtà di eccellenza della comunità scientifica, del mondo accademico e del sistema produttivo, finalizzate a valorizzare gli studi e a sviluppare le migliori soluzioni tecnologiche per la salute e la sicurezza sul lavoro.

Per quanto riguarda gli obiettivi, si confermano prioritari quelli riguardanti l'ampliamento della tutela assicurativa (oltre tre milioni e mezzo di lavoratori sono esclusi dalla copertura Inail contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali), il miglioramento delle prestazioni economiche per i lavoratori infortunati e tecnopatici, maggiori interventi formativi e informativi per promuovere azioni di prevenzioni mirate a diffondere una cultura della sicurezza salute e della sicurezza più robusta e condivisa.

Fonte: Relazione Annuale 2022



Ricognizione e verifica dell'attività contrattuale svolta dal Comune di Teano (CE)

Nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza e controllo, l'ANAC ha trasmesso una richiesta di informativa al Comune di Teano, avente ad oggetto la gestione dell'attività contrattuale svolta per gli anni dal 2017 al 2021.

A seguito del riscontro ricevuto, l'ANAC ha preliminarmente evidenziato l'incompletezza della risposta/documentazione fornita; inoltre, stante la parzialità del dato acquisito l'Autorità ha rilevato che nel quinquennio di riferimento il ricorso all'affidamento diretto è stato lo strumento quasi esclusivo per l'affidamento di appalti di lavori da parte dell'Area Infrastrutture presa in considerazione (206 affidamenti diretti su un totale di 222 appalti di lavori). Il medesimo modus operandi è stato riscontrato anche nell'attività contrattuale complessivamente svolta dal Comune per l'affidamento degli appalti di lavori, confermandosi, pertanto, un ricorso eccessivo all'istituto dell'affidamento diretto.

Secondo quanto riportato da ANAC, un ricorso così ampio a procedure semplificate in luogo dell'espletamento di procedure aperte, costituirebbe, quanto meno, indice sintomatico di una carenza nella fase programmatica, quale fase propedeutica nell'affidamento di appalti pubblici.

Oltretutto, con riferimento ai lavori di manutenzione in ambito idrico, oggetto di numerosissimi affidamenti diretti, in violazione dell'art. 35 del D. Lgs. n. 50/2016, è stato rilevato il frazionamento di molte commesse, che invece sarebbero dovute essere considerate in via unitaria ed affidate attraverso procedure maggiormente competitive.

Infine, sempre rispetto agli appalti di lavori svolti dall'Area Infrastrutture, è emersa la violazione del principio di rotazione. Come ribadito da ANAC, il principio di rotazione assume valenza generale, valevole anche per gli affidamenti diretti, nei quali deve essere garantita l'effettiva possibilità di partecipazione alle micro, piccole e medie imprese ed evitare lo stabilizzarsi di rendite di posizione in capo ad alcuni operatori, cui possono derivare vantaggi dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti non è elevato. Il divieto di riaffidamento non assume valenza assoluta, in quanto si ritiene ammissibile una deroga da parte della stazione appaltante, purché motivi in maniera puntuale la scelta.

Nel caso di specie, invece, ciò che sembra è che la stazione appaltante abbia spaccettato in maniera artificiosa i vari appalti affidandoli in via diretta e senza alcuna procedura, sempre ai medesimi operatori economici ed in assenza di qualsiasi motivazione.

In base a quanto sopra esposto, atteso il configurarsi della violazione del divieto di frazionamento e del principio di rotazione, ANAC ha comunicato la definizione del procedimento con invito al Comune a voler tener conto per il futuro di quanto dedotto e rilevato in vista di un adeguato e puntuale rispetto della normativa.

Fonte: Atto del Presidente del 13 settembre 2023 - Fasc. Anac n. 4690/2022

Sull'illegittimo frazionamento dell'appalto e sul conflitto di interessi

Con Delibera n. 448 del 26 settembre 2023, l'ANAC ha risposto ad una richiesta di chiarimento, presentata da parte di un Istituto Medico con sede in Centro Italia che opera come stazione appaltante all'interno di un progetto di ricerca finanziato con risorse del PNRR/PNC. La richiesta di chiarimento aveva ad oggetto, tra i temi principali, la frazionabilità dell'appalto e la sussistenza di una situazione di conflitto di interessi.



La gara riguardava lavori per la realizzazione di un complesso immobiliare e si era conclusa con l'affidamento mediante tre distinte procedure negoziate.

La Stazione appaltante asseriva che le tre opere erano funzionalmente e strutturalmente autonome; di conseguenza, non doveva trovare applicazione l'art. 35, co. 9, D.Lgs. n. 50/2016, per insussistenza del presupposto dell'unicità dell'opera.

Contrariamente, l'Autorità contestava alla Stazione Appaltante che quest'ultima avesse artatamente negoziato e poi assegnato l'affidamento delle tre distinte procedure, ciascuna di importo inferiore alla soglia comunitaria, con elusione delle disposizioni in materia.

Infatti, l'Autorità, come anticipato, riteneva sussistente il requisito dell'unitarietà dell'opera da realizzare, dal momento che la progettazione era stata affidata, svolta, verificata e validata in modo unitario e poiché gli atti della procedura adottati erano unici. Peraltro, le relazioni progettuali avevano reso manifesto il nesso funzionale tra i tre blocchi costruttivi.

L'Autorità, dunque, rifacendosi ad un orientamento già sposato in precedenza, ribadiva che il frazionamento in lotti è consentito fino al limite del divieto volto a evitare elusioni della disciplina comunitaria da parte delle stazioni appaltanti. Queste ultime, infatti, potrebbero suddividere un unico contratto di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, al fine di ottenere lotti di valore inferiore, che astrattamente potrebbero essere aggiudicati con procedure meno competitive di quelle previste per i contratti "sopra soglia".

In secondo luogo, l'Autorità rilevava la sussistenza di un conflitto di interessi (nello specifico un legame di parentela tra un componente del Consiglio di Amministrazione della Stazione Appaltante e l'Amministratore Unico della società aggiudicataria di uno dei lotti) che non era stato dichiarato e per il quale non era pervenuta alcuna richiesta di astensione, disattendendo quanto invece disciplinato dall'art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016.

L'altra posizione sottoposta all'analisi dell'Autorità era quella di un consigliere della Stazione Appaltante che aveva svolto attività di lavoro autonomo in favore di alcune società aggiudicatarie.

L'Autorità, al riguardo, pur non ritenendo sussistente una situazione di conflitto di interessi, contestava la mancata dichiarazione circa la situazione di potenziale conflitto. L'Autorità ribadiva invero che l'obbligo di dichiarazione non ha natura formale, ma responsabilizza il dipendente ed è strumentale all'emersione di astratti conflitti di interesse che la Stazione Appaltante ha il compito di valutare.

In conclusione, l'Autorità raccomandava alla Stazione Appaltante di applicare rigorosamente la disciplina di settore, nonché di valutare eventuali azioni in autotutela in materia, tra l'altro, di frazionamento dell'appalto e di conflitti di interesse. Invitava pertanto la Società a comunicare entro 30 giorni le determinazioni assunte.

Fonte: Parere sulla normativa n. 448 del 26 settembre 2023



Limiti dei controlli del datore di lavoro sulla posta elettronica aziendale

La Corte di Cassazione ha recentemente emesso una sentenza, datata 26 giugno 2023, in merito ai controlli del datore di lavoro sulla posta elettronica aziendale. In questa sentenza, la Corte ha confermato la sua posizione sull'illegittimità del licenziamento di un dirigente bancario al quale veniva contestata «una condotta di insubordinazione e di violazione dei doveri di diligenza e fedeltà nonché dei generali principi di correttezza e buona fede», *ex multis* per aver intrattenuto rapporti con soggetti concorrenti; di fatto, ribadendo principi stabiliti in due precedenti decisioni del 2021 (Cassazione n. 25732 e Cassazione n. 34092) riguardanti i limiti dei controlli del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti.

Nel caso specifico, una banca aveva proceduto al licenziamento di un dirigente in seguito a un monitoraggio indiscriminato della sua posta elettronica aziendale. La Corte d'Appello di Milano aveva dichiarato questo monitoraggio illegittimo, sottolineando che la banca non aveva rispettato il principio di proporzionalità e le garanzie procedurali per evitare abusi da parte del datore di lavoro.

In particolare, la banca aveva commesso le seguenti irregolarità:

- non aveva addotto i motivi che giustificassero l'accesso ed il monitoraggio della casella di posta elettronica;
- aveva effettuato le proprie indagini «*indistintamente su tutte le comunicazioni presenti nel pc aziendale in uso*», né tantomeno aveva definito un limite temporale di ricerca;
- non aveva provato di aver preliminarmente informato il lavoratore riguardo alla possibilità che le comunicazioni potessero essere monitorate, e quindi non aveva specificato il «*carattere e la portata del monitoraggio o il livello di invasività nella sua corrispondenza*»;
- aveva posto in essere le proprie condotte senza rispettare il regolamento aziendale disciplinante l'utilizzo della posta elettronica aziendale.

La Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di appello basandosi su alcune importanti considerazioni. Innanzitutto, ha sottolineato la distinzione tra i controlli a difesa del patrimonio aziendale ed i controlli difensivi in senso stretto. I primi coinvolgono tutti i dipendenti e richiedono il rispetto dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori (che impone un accordo sindacale o un'autorizzazione dall'ispettorato del lavoro), i secondi sono controlli specifici volti a individuare condotte illecite di singoli dipendenti ed esulano dal perimetro di applicazione dell'art. 4, non richiedendo autorizzazioni preventive.

Per quanto riguarda i controlli difensivi in senso stretto, la Corte ha ribadito che sono consentiti solo in caso di un fondato sospetto di comportamento illecito da parte di un dipendente, a condizione che sia rispettato un giusto equilibrio tra la protezione degli interessi aziendali e i diritti di dignità e riservatezza del lavoratore. Il controllo deve essere mirato al singolo lavoratore e deve essere effettuato solo successivamente al comportamento illecito presunto.

La Corte ha anche stabilito che l'onere della prova spetta al datore di lavoro, che deve fornire prove concrete del fondato sospetto che ha motivato il controllo tecnologico. Tale sospetto deve basarsi su indizi oggettivi, non su convinzioni soggettive.

La nozione di «fondato sospetto» è stata definita con riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha sottolineato la necessità di un ragionevole sospetto di illecito. La Corte ha anche indicato gli elementi da considerare nel bilanciamento dei diritti del lavoratore nei casi di controlli difensivi, come l'informazione preventiva, il grado di invasività, la giustificazione del monitoraggio, e la garanzia di adeguate protezioni al lavoratore.

In sintesi, questa sentenza della Corte di Cassazione ribadisce i limiti dei controlli del datore di lavoro sulla posta elettronica aziendale e sottolinea l'importanza di garantire il rispetto dei diritti dei dipendenti mentre si tutelano gli interessi aziendali.

Fonte: Corte di cassazione, sentenza 26 giugno 2023 n. 18168



Telemarketing selvaggio: sanzionata nota società telefonica

Il Garante privacy con provvedimento del 18 luglio 2023 n. 321 ha sanzionato per la somma di 100 mila euro una nota società telefonica (nel seguito anche «Società»). A seguito delle attività ispettive condotte dall'Autorità, è emerso che **la Società forniva un'informativa lacunosa, senza indicare alcun termine temporale per la conservazione dei dati**, in particolare per le finalità di marketing e profilazione. La Società avrebbe sostenuto di aver agito rispettando l'informativa, ma **il Garante ha sottolineato che può essere sanzionato anche un adempimento non idoneo all'obbligo di informativa, a prescindere dall'aver cagionato o meno un pregiudizio all'interessato**.

Con riguardo all'attività di profilazione invece, rilevata l'assenza del consenso come base giuridica, la Società ha rappresentato: *«come il trattamento indicato all'interno dell'informativa con il termine di "profilazione aggregata" consista in una attività di trattamento dei dati finalizzato alle analisi di orientamento strategico effettuato dalla Società, qualificabile, utilizzando una terminologia di recente conio, come "analisi aggregata" o "classificazione"». Il citato trattamento, in realtà, consisteva nell'analizzare, in maniera generale e aggregata, le informazioni anagrafiche e di acquisto dell'intera base dati della propria clientela per creare modelli strategici aziendali e migliorare i propri prodotti e servizi, senza effettuare valutazioni, previsioni o trarre conclusioni in merito a persone fisiche specifiche.*

Inoltre, la Società aveva effettuato attività di cosiddetto *soft spam*, inviando - nel giro di quattro mesi - sms a oltre 160mila clienti che non avevano manifestato il proprio consenso a ricevere comunicazioni promozionali.

Con riguardo a tale tema la Società ha confermato di aver: *«utilizzato in maniera residuale ed episodica anche l'sms per inviare comunicazioni commerciali su prodotti/servizi analoghi a quelli già acquistati dai clienti»*, ed ha aggiunto di aver compiuto *«una valutazione in base alla quale l'sms è stato considerato per i clienti di linea mobile analogo alla mail, in termini di invasività, tenuto conto che il numero di telefono è l'unico dato certo rilasciato dai clienti in fase di sottoscrizione del contratto.»*

La Società, a seguito di alcuni interventi correttivi posti in essere a seguito delle criticità ha chiesto all'Autorità *«di valutare una interpretazione dell'art. 130, co. 4 del Codice Privacy in base al c.d. "diritto vivente" secondo cui quanto previsto in materia di soft spam "possa ritenersi - in base all'attuale evoluzione tecnologica e sociale - estendibile anche alla comunicazione tramite SMS».*

A seguito dell'attività ispettiva, il Garante ha contestato, tra le altre, alla Società tali violazioni:

- violazione dei principi di correttezza e trasparenza, con specifico riguardo alle lacune presenti nell'informativa;
- violazione ex art. 130 comma 4 del Codice Privacy, con specifico riferimento alle attività di soft spam, in quanto l'Autorità non ha ritenuto convincente la tesi della Società e ha confermato che la norma in questione ha una natura eccezionale, insuscettibile quindi di applicazione analogica;

È stata invece accolta la definizione di attività di «profilazione aggregata», intesa come attività non specificamente volta alla promozione mirata dei prodotti/servizi del titolare.

Fonte: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9920942>



Ai fini della configurazione del reato di frode in commercio non è necessaria la concreta contrattazione con un avventore (Cass. Pen., Sez. feriale, Sent., (data ud. 31 agosto 2023) 5 settembre 2023, n. 36684)

Con sentenza n. 36684 depositata il 5 settembre 2023, la Sezione Feriale della Corte di Cassazione è intervenuta relativamente ai requisiti per la configurabilità della frode nell'esercizio del commercio, reato presupposto per la responsabilità amministrativa da reato ai sensi dell'art. 25-bis.1 del d.lgs. 231/2001.

La Suprema Corte ha esaminato la decisione della Corte di Appello di Perugia che, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Terni, aveva condannato il dipendente di una Società Agricola per tentativo di frode nell'esercizio del commercio e di vendita di prodotti industriali con segni mendaci (ai sensi degli artt. 56-515 e 517 c.p.).

Secondo la ricostruzione della Corte di Appello, il dipendente aveva tentato di porre in commercio vini variamente denominati dopo averli sofisticati utilizzando prodotti vietati e destinati a modificarne le caratteristiche naturali, rendendoli diversi per qualità da quanto dichiarato, nonché vini variamente denominati dopo averli mescolati con vini di tipologia, provenienza ed annata diverse da quelle dichiarate.

Dinanzi alla Suprema Corte il ricorrente lamentava l'insussistenza del reato ex art. 515 c.p., perché il prodotto oggetto dell'asserita frode non era stato ancora venduto ed era stato solamente depositato nei magazzini.

La sola detenzione in magazzino del prodotto non poteva, secondo la difesa, rappresentare un atto idoneo e diretto in modo non equivoco alla vendita all'acquirente di un prodotto alterato nell'esercizio di un'attività commerciale o in uno spaccio aperto al pubblico.

Contrariamente a quanto asserito dalla difesa, gli Ermellini hanno confermato l'orientamento secondo cui, ai fini della configurazione del reato di frode in commercio, non è necessaria la concreta contrattazione con un avventore. Il reato, infatti, sarebbe integrato, seppur nella forma tentata, in presenza della mera detenzione presso il magazzino di prodotti con false indicazioni di provenienza o qualità destinati non necessariamente al consumatore finale, ma anche ad utilizzatori commerciali intermedi.

La Suprema Corte ha invero ribadito il principio secondo il quale, per il tentativo nel reato di frode in commercio, sono decisive solamente l'idoneità e la non equivocità degli atti nella direzione di una consegna.

Alla luce dei principi di diritto suesposti, i Giudici di legittimità hanno pertanto dichiarato il ricorso inammissibile per manifesta infondatezza, confermando la sentenza di condanna della Corte di Appello di Perugia.

Fonte: Cass. pen., Sez. feriale, Sent., (data ud. 31/08/2023) 05/09/2023, n. 36684



Nuova pronuncia sulla Cancellazione dell'ente dal registro delle imprese ed estinzione dell'illecito ex d.lgs. n. 231/2001: il confronto fra i due orientamenti giurisprudenziali (Cass. pen., Sez. II, Sent., (data ud. 8 giugno 2023) 14 settembre 2023, n. 37655)

La Suprema Corte di Cassazione ha pronunciato una nuova sentenza sul tema della cancellazione dell'ente dal registro delle imprese ed estinzione dell'illecito ex D.Lgs. n. 231/2001, per il quale la giurisprudenza di legittimità è divisa tra due distinti orientamenti.

Il caso esaminato dal Supremo Collegio vede una sentenza del Tribunale di Genova del 2019 che aveva assolto tre amministratori di tre distinte società dal reato di truffa aggravata per insussistenza del fatto ed escluso gli illeciti amministrativi contestati alle medesime società che si erano avvantaggiate dalla condotta.

La sentenza era stata impugnata dal Pubblico Ministero avanti alla Corte di appello di Genova, la quale - nel 2022 - ha riformato la sentenza dichiarando la responsabilità sia degli amministratori per i reati loro ascritti, sia delle società coinvolte ai sensi dell'art. 24, D.Lgs. n. 231/2001.

In sede di ricorso in Cassazione, una delle società ricorrenti, in ragione della sopravvenuta cancellazione della stessa dal registro delle imprese a far data dal 22 settembre 2022, deduceva la necessità di pervenire ad una declaratoria di estinzione dell'illecito amministrativo, così come affermato dalla Corte con sentenza del 10 settembre 2019, n. 41082.

Sul punto, gli Ermellini hanno precisato che la sentenza richiamata dal ricorrente si riferiva ad un'ipotesi di cancellazione fisiologica per chiusura del fallimento della società, in cui non poteva neppure darsi luogo al fenomeno successorio, in forza del quale i rapporti obbligatori facenti capo all'ente non si estinguono, ma si trasferiscono ai soci, che ne rispondono nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione.

Nel caso in esame, la Corte ha ritenuto che la cancellazione non risultava cagionata da motivazioni fisiologiche e potrebbe costituire un commodus discessus per sottrarsi alle conseguenze di una pronuncia giudiziaria.

In conclusione, il Collegio ha aderito alla più recente giurisprudenza, secondo la quale la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese non determina l'estinzione dell'illecito ex D.Lgs. n. 231/2001, commesso nell'interesse ed a vantaggio dello stesso. Secondo tale principio, «la cancellazione della società può porre un problema di soddisfacimento del credito, ma non un problema di accertamento della responsabilità dell'ente per fatti anteriori, responsabilità che nessuna norma autorizza a ritenere elisa per effetto della cancellazione dell'ente stesso» (Cass. pen., Sez. IV, Sent., (data ud. 22 febbraio 2022) 17 marzo 2022, n. 9006).

Pertanto, la Suprema Corte ha disposto l'annullamento della sentenza impugnata della Corte d'appello di Genova nei confronti delle tre società, con rinvio ad altra sezione per nuovo giudizio.

Fonte: Cass. pen., Sez. II, Sent., (data ud. 8 giugno 2023) 14 settembre 2023, n. 37655



Condanna del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza per l'infornio mortale di un lavoratore (Cass. Pen., Sez. IV, Sent., (data ud. 27 giugno 2023) 25 settembre 2023, n. 38914)

Una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione ha confermato la pronuncia della Corte di Appello di Bari emessa nei confronti di un Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza (RLS), condannato a titolo di «cooperazione nel delitto colposo» (art. 113 c.p.), per l'infornio mortale cagionato ad un lavoratore.

Nel caso di specie, il lavoratore era stato assunto con mansioni e qualifica di impiegato tecnico ma svolgeva di fatto anche le funzioni di magazzino, senza aver ricevuto alcun tipo di formazione specifica. Il lavoratore, durante alcune operazioni di stoccaggio, dopo aver trasportato un carico di tubolari di acciaio a mezzo di un carrello elevatore, scendeva dallo stesso e si arrampicava su uno scaffale per posizionare meglio il carico, venendo tuttavia schiacciato sotto il peso dei tubolari che gli rovinavano addosso.

Al RLS era stata addebitata la colpa specifica correlata a violazioni di norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (D. Lgs. n. 81 del 2008), per aver concorso a cagionare l'infornio mortale descritto, attraverso una serie di comportamenti omissivi.

Tali atti erano consistiti, in particolare nell'aver omesso di (i) promuovere l'elaborazione, l'individuazione e l'attuazione delle misure di prevenzione idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori, (ii) di sollecitare il datore di lavoro ad effettuare la formazione dei dipendenti per l'uso dei mezzi di sollevamento e (iii) di informare i responsabili dell'azienda dei rischi connessi all'utilizzo, da parte del lavoratore, del carrello elevatore.

Con il ricorso, la difesa ha dedotto l'assenza di una posizione di garanzia in capo alla figura del RLS e di un qualsiasi potere in grado di incidere sulle decisioni del datore di lavoro.

Di contro, la Corte di Cassazione ha evidenziato che l'art. 50 del D. Lgs. 81/2008 «attribuisce al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza un ruolo di primaria importanza quale soggetto fondamentale che partecipa al processo di gestione della sicurezza dei luoghi di lavoro, costituendo una figura intermedia di raccordo tra datore di lavoro e lavoratori, con la funzione di facilitare il flusso informativo aziendale in materia di salute e sicurezza sul lavoro».

Nel caso in esame, la Corte di Cassazione ha ritenuto colpevole il RLS di aver contribuito causalmente alla verificazione della morte del lavoratore ai sensi dell'art. 113 del Codice Penale, per non aver ottemperato ai compiti attribuiti dalla legge, consentendo che il lavoratore fosse adibito a mansioni diverse rispetto a quelle contrattualizzate, senza ricevere alcuna formazione specifica, e non sollecitando in alcun modo l'adozione da parte del responsabile dell'azienda di modelli organizzativi in grado di preservare la sicurezza dei lavoratori, nonostante le sollecitazioni in tal senso formulate dal Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP).

Fonte: Cass. pen., Sez. IV, Sent., data ud. 27 giugno 2023, 25 settembre 2023, n. 38914

CONTATTI

Viale Abruzzi, 94
20131 Milano
Tel. 02 58 20 1

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 a novembre 2023.

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.

© 2023 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.

