



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

Newsletter n. 2 – febbraio 2018

Area legale

IN BREVE

PRIVACY

- Focus sul nuovo Regolamento Europeo Privacy – i dati sensibili e la loro nuova disciplina. I margini di manovra per gli Stati membri.
a cura dell'Avv. Nicola Salvarani *(vai all'approfondimento)*

CONTRATTUALISTICA

- No al limite di durata quinquennale per una clausola di esclusiva inserita in un contratto di somministrazione.
a cura dell'Avv. Federica Ballerini *(vai all'articolo)*

DIRITTO SUCCESSORIO

- Le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT).
a cura dell'Avv. Lucia Campora *(vai all'articolo)*

DIRITTO SOCIETARIO

- Il compenso spettante agli amministratori di una s.p.a. è pignorabile per l'intero.
a cura dell'Avv. Chiara Pisani *(vai all'articolo)*

DIRITTO BANCARIO

- Usura nei contratti bancari: per la Corte d'Appello e' compito del giudice acquisire definitiva chiarezza se il contratto abbia o meno determinato la debenza di tassi usurari.
a cura dell'Avv. Stefano Versace *(vai all'articolo)*
- Interest Rate Swap: all'investitore vanno forniti gli scenari probabilistici.
a cura del Dott. Comm. Giuseppe Celestini *(vai all'articolo)*

NEWS DALLO STUDIO

Lo Studio Triberti Colombo & Associati ha difeso con successo un importante Cliente di fronte alla Commissione Tributaria Provinciale di Milano in tema di TRANSFER PRICING, ottenendo un giudizio favorevole nel quadro dell'attuale giurisprudenza sull'argomento.

(vai all'articolo)

CONTATTI E ULTERIORI INFORMAZIONI

Milano – Area Legale
20123 – S. Vittore, 16
Tel. 02.366.336.63
Fax 02.366.336.53
e-mail: milano.legali@tricol.it



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

La Commissione Tributaria Provinciale di Milano, con una sentenza del dicembre 2017 si è pronunciata su un caso avente ad oggetto la contestazione della infruttuosità – ai fini fiscali ex articolo 110, comma 7, Tuir – di alcuni finanziamenti concessi da una società controllante italiana a due controllate estere.

L'Ufficio competente dell'Amministrazione Fiscale pretendeva l'attribuzione di un rilevante componente positivo per l'anno 2011, quale reddito figurativo dei finanziamenti erogati alle controllate. La società cliente è stata costituita con lo scopo di acquisire partecipazioni all'estero e di coordinarle, gestirle e supportarle strategicamente e finanziariamente. I finanziamenti intercorsi con le società controllate estere non hanno generato alcun compenso in quanto sottoscritti con clausola di infruttuosità.

La ricorrente, **difesa dai commercialisti dello Studio dottori Paolo Bergamasco e Gaia Napoli**, ha giustificato l'infruttuosità dei finanziamenti concessi alle controllate con la circostanza derivante dall'opportunità di favorire l'ingresso del gruppo nel mercato estero di residenza delle controllate.

I professionisti della società ricorrente hanno sostenuto che si siano verificate tutte le circostanze che rendono ragionevole e conforme alla normale prassi commerciale l'operazione finanziaria effettuata con le controllate estere, in quanto sussistevano pienamente i criteri di economicità anche per la controllante stessa, con la conseguenza che il comportamento adottato dovesse essere ritenuto in linea con la normale condotta di un operatore economico professionale.

La C.T.P. di Milano ha accolto tale linea difensiva.

La Commissione esordisce chiarendo che lo scopo della disciplina sul *transfer pricing* è quello di rettificare il valore della transazione in base al principio di libera concorrenza per evitare che imprese residenti in Italia sottraggano a tassazione redditi che invece dovrebbero essere soggetti ad imposizione. Per fare ciò, è quindi necessario che le autorità fiscali procedano a verificare il prezzo dell'operazione infragruppo confrontandolo con il valore di mercato di una distinta operazione ed a questa lo adeguino qualora ne risultasse inferiore, con ciò tralasciando ogni ulteriore valutazione di opportunità economica la quale non può che competere al solo imprenditore.

Nel caso di specie il Collegio ha ritenuto che la ricorrente abbia giustificato adeguatamente l'infruttuosità dei finanziamenti concessi adducendo che, al fine di realizzare la politica di sviluppo sui mercati esteri e quindi di acquisire due società target estere, era stato indispensabile dotare le controllate estere, veicolo dell'acquisizione, della provvista finanziaria necessaria, la cui infruttuosità era a sua volta giustificata dalla particolare complessità dell'investimento in quel Paese estero e delle specifiche condizioni operative delle società controllate coinvolte.

La C.T.P. di Milano conclude che il ricorso debba essere accolto in quanto la ricorrente non risulta aver attuato comportamenti sanzionabili sul piano tributario nel mettere a disposizione a titolo gratuito delle proprie controllate estere il denaro necessario al conseguimento dell'acquisizione di partecipate cinesi, perseguendo con tali operazioni le finalità proprie del gruppo industriale al quale appartiene.

Ne consegue che tale comportamento non può essere considerato una violazione dell'articolo 110, comma 7, Tuir, essendo consistito in un finanziamento erogato affinché la controllata avesse la provvista necessaria per effettuare un investimento stabile, contrattualizzato in una forma assimilabile negli effetti ad una dotazione patrimoniale.



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2 – FEBBRAIO 2018

AREA LEGALE

IL NOSTRO APPROFONDIMENTO

PRIVACY

Focus sul nuovo Regolamento Europeo Privacy – i dati sensibili e la loro nuova disciplina. I margini di manovra per gli Stati membri.

L'attuale art. 4 del D.Lgs. 196/03 (Codice della Privacy) definisce i dati sensibili come “*i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*”.

Il nuovo Regolamento Europeo 679/2016, pur mantenendo una definizione simile, chiama i dati sensibili come “*categoria particolare di dati*” e all'art. 9 li definisce come “*[...] dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché [...] dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona*”.

Cambia a mio sommo avviso radicalmente la prospettiva del loro trattamento, ed infatti l'art. 26 del D.Lgs. 196/03 (Codice della Privacy) afferma che i dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal Codice, non ch  dalla legge e dai regolamenti.

L'art. art. 9 del nuovo Regolamento Europeo afferma invece che   vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonch  trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.

Sia il Codice della Privacy che il Regolamento Europeo prevedono poi delle eccezioni a principi generali sopra delineati.

L'art. 26 comma 4 del D.Lgs.196/03(Codice della Privacy) prevede che i dati sensibili possono essere trattati senza consenso ma previa autorizzazione del Garante: a) quando il trattamento   effettuato da

Studio Triberti Colombo & Associati – Area Legale

Via San Vittore n. 16 - 20123 Milano

Tel +39 02 366.336.63 - Fax +39 02 366.336.53



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro per il perseguimento di scopi determinati e legittimi individuati dall'atto costitutivo; b) quando il trattamento è necessario per la salvaguardia della vita e dell'incolumità di un terzo; c) per lo svolgimento di investigazioni difensive; d) per perseguire obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro.

L'art. 9 del nuovo Regolamento Europeo prevede invece che il divieto di trattamento non si applica se:

a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito; b) il trattamento è necessario in ragione degli obblighi o dei diritti del titolare o dell'interessato nel rapporto di lavoro; c) è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di altra persona fisica che non può esprimere il consenso; d) è effettuato da fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro; e) riguarda dati resi pubblici dall'interessato; f) il trattamento serve per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria; g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico; h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali; i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici; l) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici.

A ben vedere si passa da un in sistema, quello del Codice, in cui “è lecito il trattamento se”, ad un sistema, quello del Regolamento, in cui “è vietato il trattamento salvo”. L'applicazione pratica e l'interpretazione del Regolamento Europeo dovranno tenere conto di questo cambio di prospettiva.

E' altresì possibile desumere che non sarà più necessaria l'autorizzazione del Garante.

Il vero punto di domanda riguarda invece i margini di manovra degli Stati membri: il Regolamento Europeo consente ai singoli Stati di intervenire con discipline più restrittive con riguardo al trattamento delle “categorie particolari di dati personali” (i vecchi dati sensibili per intenderci).

Ad oggi non è dato ancora di sapere come si comporterà il legislatore italiano. L'eventuale impatto di una normativa nazionale sarebbe molto elevato, basti considerare come i dati sensibili (noi italiani continueremo certamente a chiamarli con il loro “vecchio nome”) siano oggetto di uno dei principali trattamenti, ovvero quello effettuato dal datore di lavoro verso i propri lavoratori.

Avv. Nicola Salvarani – nsalvarani@tricol.it

(torna all'indice)

Studio Triberti Colombo & Associati – Area Legale

Via San Vittore n. 16 - 20123 Milano

Tel +39 02 366.336.63 - Fax +39 02 366.336.53



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2 – FEBBRAIO 2018

AREA LEGALE

CONTRATTUALISTICA

No al limite di durata quinquennale per una clausola di esclusiva inserita in un contratto di somministrazione.

Con l'ordinanza 21 dicembre 2017, n. 30660, la Corte di Cassazione, Sezione 3 civile, ha statuito che il patto di non concorrenza (o clausola di esclusiva) in un contratto di somministrazione non soggiace alla disposizione di cui all'art. 2596 c.c., secondo cui *“Il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni”*. Ciò in applicazione del principio generale di libertà delle forme negoziali, per cui il patto di non concorrenza segue necessariamente la forma del contratto cui accede. In altre parole, non può porsi un problema di forma del patto di non concorrenza ove esso acceda ad un contratto cd. “atipico”, quale è appunto il contratto di somministrazione, per il quale vige completa libertà di forma.

Corollario di tale statuizione è altresì il fatto che la clausola di esclusiva inserita in un contratto di somministrazione, non è soggetta nemmeno al limite di durata quinquennale previsto dall'articolo 2596 c.c., per gli accordi limitativi della concorrenza. Ciò a meno che il patto di non concorrenza in sé e per sé (sebbene facente parte di un rapporto più ampio) non possa qualificarsi come un autonomo patto, nel qual caso, ad ogni modo, il limite temporale di validità del patto di non concorrenza avrebbe una sua propria durata e non si estenderebbe alla durata del contratto di somministrazione.

Avv. Federica Ballerini – fballerini@tricol.it

(torna all'indice)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2 – FEBBRAIO 2018

AREA LEGALE

DIRITTO SUCCESSORIO

Le disposizioni anticipate di trattamento (DAT).

La Legge n. 219/2017 entrata in vigore lo scorso 31.1.2018 introduce nel nostro ordinamento le cosiddette DAT ossia le “*disposizioni anticipate di trattamento*” con le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, “*in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi*” può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari e nominare un fiduciario (anch’esso maggiorenne e capace di intendere e volere) che lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie. Il fiduciario deve accettare la nomina sottoscrivendo le DAT o con atto successivo da allegarsi alle stesse DAT. Nel caso in cui il disponente non indichi un fiduciario o “*questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace*” le DAT rimangono comunque efficaci circa la volontà in esse espressa; in caso di necessità il Giudice tutelare potrà nominare un amministratore di sostegno.

Per essere valide le DAT devono essere redatte nella forma scritta prevista dalla legge o, se le condizioni fisiche del paziente non lo permettono, “*possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare*”.

Le DAT possono essere disposte dall’interessato solo dopo che il medesimo abbia “*acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte*”. Il medico è tenuto a rispettare le dichiarazioni anticipate di trattamento potendo disattenderle, in tutto o in parte, ed in accordo con il fiduciario, solo qualora esse “*appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*”.

Le disposizioni di cui alla Legge n. 219/2017 si applicano anche a quelle disposizioni di trattamento che siano state depositate prima dell’entrata in vigore della predetta legge, ossia prima del 31.1.2018, presso il comune di residenza o presso un notaio.

Avv. Lucia Campora – lcampora@tricol.it

(torna all’indice)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2 – FEBBRAIO 2018

AREA LEGALE

DIRITTO SOCIETARIO

Il compenso spettante agli amministratori di una s.p.a. è pignorabile per l'intero.

Il compenso spettante all'amministratore di una s.p.a. è pignorabile nel limite di un quinto previsto dall'art. 545, 4° comma, c.p.c.? Qual è la natura giuridica del rapporto di lavoro tra la società di capitali ed i suoi amministratori/consiglieri?

Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno risposto ai summenzionati quesiti con la sentenza n. 1545 del 20 gennaio 2017, stabilendo che: "L'amministratore unico o il consigliere d'amministrazione di una società per azioni sono legati da un rapporto di tipo societario che, in considerazione dell'immedesimazione organica che si verifica tra persona fisica ed ente e dell'assenza del requisito della coordinazione, non è compreso in quelli previsti dall'art. 409 c.p.c., n. 3. Ne deriva che i compensi spettanti ai predetti soggetti per le funzioni svolte in ambito societario sono pignorabili senza i limiti previsti dall'art. 545 c.p.c., comma 4."

Così statuendo, la Corte di Cassazione ha ritenuto che i compensi spettanti agli amministratori, in relazione alle funzioni di gestione della società stessa, possano essere pignorati per l'intero.

Infatti, la Suprema Corte ha evidenziato che il rapporto fra l'amministratore e la società deve essere ricondotto nell'ambito dei "rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario": tale rapporto è un rapporto "di società", in quanto serve ad assicurare l'agire della società e, di conseguenza, non è riconducibile né ad un contratto d'opera né ad un rapporto di tipo subordinato o parasubordinato.

Il quadro così delineato è ancor più evidente, stante le osservazioni svolte dalla Suprema Corte nella citata sentenza, alla luce della riforma di diritto societario che ha rafforzato la posizione dell'amministratore, divenendo quest'ultimo il vero egemone dell'ente sociale, in quanto titolare di un potere generale di gestione per tutti gli atti d'impresa che non siano riservati all'assemblea dei soci.

Avv. Chiara Pisani -cpisani@tricol.it

(torna all'indice)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2 – FEBBRAIO 2018

AREA LEGALE

DIRITTO BANCARIO

Usura nei contratti bancari: per la corte d'appello e' compito del giudice acquisire definitiva chiarezza se il contratto abbia o meno determinato la debenza di tassi usurari.

La Corte d' Appello di Milano nel corso di un giudizio d'appello instaurato contro una delle principali Società di leasing italiane, con ordinanza del 05/12/2017, ha rimesso la causa in istruttoria, nominando un CTU contabile, nonostante il Tribunale, avesse ritenuto, in primo grado, giuridicamente irrilevante, in quanto non provata, l'eccezione di usurarietà dei tassi sia corrispettivi che moratori sollevata dall'ex Utilizzatrice del contratto di locazione finanziaria.

Sostiene la Corte, infatti, che in materia di contratti bancari in cui sia stata sollevata la questione di usurarietà dei tassi corrispettivi e di mora, non sia onere probatorio della parte, ma compito del Giudice "acquisire definitiva chiarezza in ordine alla questione, peraltro rilevabile d'ufficio, se il contratto abbia o meno determinato la debenza al momento della sua stipula di un tasso superiore al tasso soglia, computando tutti i costi aggiuntivi ex lege, vuoi per gli interessi corrispettivi vuoi per gli interessi moratori".

La consulenza tecnica d'ufficio, pertanto, "anche se non costituisce in linea di massima mezzo di prova, ma strumento per la valutazione della prova acquisita, può costituire – secondo la Corte d'Appello di Milano – fonte oggettiva di prova tutte le volte che opera come strumento di accertamento di situazioni di fatto, rilevabili esclusivamente attraverso il ricorso a determinate cognizioni o strumentazioni tecniche e tale è il caso in cui debbano accertarsi per via contabile articolate operazioni di rilevamento ed aritmetiche" (cfr. anche Cass. Civ. 512/2017, 3191/2006, 5091/2016).

Da quanto afferma la Corte d'Appello di Milano parrebbe, quindi, che la consulenza tecnica d'ufficio andrebbe sempre disposta dal Giudice in caso di eccezione di usurarietà dei contratti bancari.

Al di là del retrogusto un po' inquisitorio della soluzione proposta dalla Corte d'Appello di Milano, non si può non rilevare come il c.d. contenzioso bancario sia tornato prepotentemente alla ribalta negli ultimi mesi e si prospetta scottante soprattutto per le Banche e gli Intermediari finanziari.

Avv. Stefano Versace – sversace@tricol.it

(torna all'indice)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2 – FEBBRAIO 2018

AREA LEGALE

DIRITTO BANCARIO

Interest Rate Swap: all'investitore vanno forniti gli scenari probabilistici - Corte d'Appello di Brescia, 11 gennaio 2018, n. 8.

In materia di contratti di Interest Rate Swap (IRS), l'intermediario deve mettere al corrente l'investitore, fin dal momento dell'acquisto del prodotto, di alcuni elementi essenziali che diano sostanza alla consapevolezza del rischio che questi assume.

In particolare, secondo la Corte d'Appello di Brescia, l'intermediario deve fornire:

- il valore dello swap al momento della negoziazione;
- gli scenari di probabilità sull'andamento dei tassi d'interesse considerati;
- le modalità di calcolo del mark to market.

L'intermediario che ha predisposto lo strumento derivato, evidenzia infatti la Corte, ha il dovere di elaborare uno schema di scenari probabilistici e razionali sul previsto andamento degli stessi tassi, ed è tenuto a darne preventiva informazione al cliente.

Il caso di specie origina dalla sottoscrizione di un mutuo ipotecario a tasso variabile per l'acquisto di una prima casa, collegato ad un IRS "a copertura" del rischio di aumento del costo del denaro.

Tuttavia, la dichiarata funzione di copertura del derivato non ha un riscontro concreto.

Infatti, l'anomalo ribasso dei tassi di interesse nel periodo 2007/2010 e le conseguenti passività generate dal derivato determinano una perdita economica notevolissima per il mutuatario.

Lo stesso agisce, quindi, in giudizio, chiedendo la risoluzione del citato contratto finanziario per violazione dei doveri informativi di cui al TUF e al Regolamento Consob n.11522/98 e, in subordine, deduce la nullità del contratto per indeterminabilità dell'oggetto, ex art. 1346 c.c. e per non meritevolezza dell'interesse perseguito ex art. 1322 c.c.

La banca convenuta in giudizio si difende sostenendo di avere adempiuto ai doveri informativi, in tema di adeguatezza del prodotto finanziario, avendo tra l'altro anche reso edotto il cliente del conflitto di interessi in cui era incorsa nella gestione del rapporto finanziario.

La sentenza di primo grado, favorevole all'attore, viene confermata in appello.



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

Rispetto a tali argomenti dell'appellante, la Corte d'Appello di Brescia, con lucida semplicità, afferma, invece, che indipendentemente dalla natura dell'interest rate swap, la banca ha il dovere di fornire all'investitore un'informazione adeguata fin dall'acquisto del prodotto finanziario. L'informazione è funzionale a far sì che il cliente governi il rischio assunto con la sottoscrizione del derivato e, a tal fine, devono essere conosciuti da chi negozia in derivati alcuni elementi essenziali del prodotto finanziario: *“il valore dello swap al momento della negoziazione, gli scenari di probabilità sull'andamento degli stessi tassi di interesse e le modalità di calcolo del mark to market”*.

Dott. Comm. Giuseppe Celestini – gcelestini@tricol.it

(torna all'indice)