Studio Niccoli Drago & Partners

Viale Risorgimento 14 – Via Tito Minniti 22

72100 Brindisi

CIRCOLARE n. 16/2018 Aggiornata al 19.09.2018

- **PONTE MORANDI: PREVISTA SOSPENSIONE VERSAMENTI E ADEMPIMENTI,**
- **DEFINITE LE PROCEDURE DEI CONTROLLI DELL'ENEA SU INTERVENTI DI EFFICIENZA ENERGETICA,**
- **IL TRATTAMENTO IVA DEI COMPENSI DEI PROFESSIONISTI CHE RICOPRONO CARICHE SOCIALI,**
- **IL LAVORO OCCASIONALE, ADEGUARSI IN TEMPO AL NUOVO CODICE PRIVACY,**
- **UN'INTERESSANTE PRONUNCIA DI CASSAZIONE.**

Prevista la sospensione di versamenti e adempimenti causa crollo Ponte Morandi, i controlli dell'ENEA sugli interventi di efficienza energetica che danno diritto alla detrazione fiscale, vanno assoggettate ad IVA le prestazioni di servizi rese dall'amministratore che rientrino nell'oggetto dell'attività svolta per professione abituale, alcuni chiarimenti sul lavoro occasionale, secondo la Cassazione è legittimo esigere da un allievo che decide di ritirarsi anticipatamente dal master il pagamento dell'intero importo pattuito in sede di iscrizione, i tempi previsti per adeguarsi al Nuovo Codice della Privacy: questi i principali argomenti trattati dalla Circolare

Soggetti interessati

IMPRESE	PROFESSIONISTI	PERSONE FISICHE
• **Crollo Ponte Morandi di Genova: prevista la sospensione di versamenti ed adempimenti** • **Bonus efficienza energetica: definite procedure e modalità dei controlli ENEA** • **Il regime del lavoro occasionale** • **Nuovo Codice Privacy: coma va interpretata la norma che concede 8 mesi di minor rigore?**	• **Crollo Ponte Morandi di Genova: prevista la sospensione di versamenti ed adempimenti** • **Bonus efficienza energetica: definite procedure e modalità dei controlli ENEA** • **Soggetti a IVA i compensi dei professionisti che ricoprono la carica di amministratore di società** • **Il regime del lavoro occasionale** • **Ritirarsi dal master prima del termine comporta il pagamento dell'intera retta** • **Nuovo Codice Privacy: coma va interpretata la norma che concede 8 mesi di minor rigore?**	• **Crollo Ponte Morandi di Genova: prevista la sospensione di versamenti ed adempimenti** • **Bonus efficienza energetica: definite procedure e modalità dei controlli ENEA** • **Il regime del lavoro occasionale** • **Ritirarsi dal master prima del termine comporta il pagamento dell'intera retta**

SOMMARIO

1.	CROLLO PONTE MORANDI DI GENOVA: PUBBLICATO IL DM PER LA SOSPENSIONE DI VERSAMENTI ED ADEMPIMENTI TRIBUTARI	Pag. 2
2.	BONUS EFFICIENZA ENERGETICA: DEFINITE PROCEDURE E MODALITA' DEI CONTROLLI ENEA	Pag. 3
3.	SOGGETTI A IVA I COMPENSI DEI PROFESSIONISTI CHE RICOPRONO LA CARICA DI AMMINISTRATORE DI SOCIETA'	Pag. 4
4.	IL REGIME DEL LAVORO OCCASIONALE	Pag. 7
5.	RITIRARSI DAL MASTER PRIMA DEL TERMINE COMPORTA IL PAGAMENTO DELL'INTERA RETTA	Pag. 10
6.	NUOVO CODICE PRIVACY: COME VA INTERPRETATA LA NORMA CHE CONCEDE 8 MESI DI MINOR RIGORE?	Pag. 12

1. CROLLO PONTE MORANDI DI GENOVA: PUBBLICATO IL DM PER LA SOSPENSIONE DI VERSAMENTI ED ADEMPIMENTI TRIBUTARI

Nella Gazzetta Ufficiale del 13 settembre è stato pubblicato il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 6 settembre, che prevede la sospensione dal 14 agosto 2018 al 01 dicembre 2018 dei termini di versamento delle imposte e degli adempimenti tributari, inclusi quelli derivanti da cartelle di pagamento emesse dagli agenti di riscossione.

Il Decreto interessa:

- le persone fisiche non titolari di partita iva elencate nell'Allegato 1 del citato Decreto;
- le società/ditte individuali aventi la sede legale o la sede operativa nel territorio del Comune di Genova, indicati nell'Allegato 2 del decreto.

Si ricorda che…

Non è prevista alcuna possibilità di rimborso per importi già versati e che, secondo quanto disposto dall'art.1 comma 3 del citato decreto, la sospensione di cui al comma 1 non si applica alle ritenute che devono essere operate e versate dai sostituti d'imposta.

2. BONUS EFFICIENZA ENERGETICA: DEFINITE PROCEDURE E MODALITA' DEI CONTROLLI ENEA

Nella Gazzetta Ufficiale n. 211 dell'11 settembre 2018 è stato pubblicato il decreto attuativo che definisce gli aspetti tecnici e procedurali ai quali l'ENEA si dovrà attenere per la verifica dei requisiti di coloro che accedono alle detrazioni fiscali previste per gli interventi di efficienza energetica.

2.1 Controlli e criteri di selezione

All'ENEA spetterà il compito, entro il 30 giugno di ogni anno, di predisporre un programma di controlli a campione sulle istanze prodotte in relazione ad interventi conclusisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente, da presentare ai competenti uffici del Ministero dello Sviluppo Economico. Il campione sarà pari allo 0,5% delle istanze presentate e verrà definito con i seguenti criteri:

- interventi con maggiore aliquota di detrazione prevista;
- interventi con importi di spesa elevati;
- interventi che presentano maggiore criticità in relazione ai requisiti di accesso alla detrazione fiscale ed ai massimali dei costi unitari.

2.2 Procedura di controllo

L'avvio del procedimento di controllo dovrà essere comunicato da parte dell'ENEA, mediante raccomandata o PEC, al soggetto beneficiario (nel caso di interventi su parti comuni condominiali la comunicazione verrà inviata all'amministratore di condominio), il quale avrà tempo 30 giorni dal ricevimento della comunicazione per inviare la dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti (art. 14, comma 3ter DL 63/2013). La dichiarazione dovrà essere inviata via PEC al seguente indirizzo di posta certificata: enea@cert.enea.it .

Attenzione: nei casi in cui è prevista l'asseverazione dei requisiti tecnici, la dichiarazione dovrà essere sottoscritta digitalmente da un tecnico abilitato, mentre nel caso in cui gli interventi interessino gli impianti sarà necessario trasmettere anche la dichiarazione di conformità rilasciata in sede di installazione. (DM 37/2008).

2.3. Attività di verifica

Ricevuta la documentazione il personale tecnico di ENEA inizierà la procedura di verifica per la sussistenza e la permanenza dei presupposti e dei requisiti per il riconoscimento della detrazione e, nel termine di 90 giorni, comunicherà l'esito del controllo al beneficiario soggetto a verifica.

Al termine della procedura l'ENEA dovrà inviare:

- all'Agenzia delle Entrate: una relazione motivata riguardo agli accertamenti eseguiti, utile per la valutazione da parte dell'amministrazione finanziaria dell'eventuale decadenza dal beneficio nei casi di esito non positivo dell'attività svolta;
- agli ordini di appartenenza, in caso di esito negativo della verifica, una segnalazione al fine di attivare le azioni di responsabilità nei confronti dei professionisti coinvolti.
- Al MISE: entro 30 giorni dal termine del piano di controlli, una rendicontazione tecnica ed economica delle spese sostenute nell'anno precedente per le attività di verifica svolte.

Sul portale dedicato http://www.acs.enea.it/ è stata pubblicato il seguente avviso: "*Si informano gli utenti che il* sito dedicato alla trasmissione ad ENEA *dei dati degli interventi edilizi e tecnologici che comportano risparmio energetico e/o utilizzo delle fonti rinnovabili di energia ammessi alle detrazioni fiscali del 50% ai sensi dell'art.16 bis del D.P.R. 917/86 (TUIR) e s.m.i., terminata la fase di realizzazione, è attualmente in fase di test e sarà messo in linea il prima possibile. Il termine dei 90 giorni dalla data di fine dei lavori per la trasmissione ad ENEA dei dati, per gli interventi già ultimati decorrerà dalla data di apertura del sito. Con l'apertura del sito, saranno definiti e pubblicati anche i dettagli operativi".* Per la trasmissione all'ENEA delle richieste di detrazione fiscale per interventi di riqualificazione energetica di edifici esistenti che accedono alle detrazioni del 65%, con fine lavori avvenuta nel 2018 è online il sito d'invio: http://finanziaria2018.enea.it.

3. SOGGETTI A IVA I COMPENSI DEI PROFESSIONISTI CHE RICOPRONO LA CARICA DI AMMINISTRATORE DI SOCIETA'

I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, ai quali è riconducibile la funzione di amministratore di società, sono in linea di principio esclusi da IVA per difetto del presupposto soggettivo. In via di eccezione, tuttavia, vanno assoggettate ad imposta le prestazioni di servizi rese dall'amministratore che rientrino nell'oggetto dell'attività svolta per professione abituale. È il caso, per esempio, del dottore commercialista e dell'esperto contabile, tenuto conto che l'ufficio di amministratore rientra tra le attività tipiche della professione, per cui i relativi compensi vanno fatturati con addebito dell'IVA.

Se, come regola generale, le prestazioni di servizi rese nell'esercizio di arti e professioni sono soggette a IVA, l'art. 5, comma 2, del D.P.R. n. 633/1972 stabilisce che "non si considerano effettuate nell'esercizio di arti e professioni le prestazioni di servizi inerenti ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa" di cui all'art. 50 del T.U.I.R. "rese da soggetti che non esercitano per professione abituale altre attività di lavoro autonomo".

La previsione è coerente con l'art. 10 della Direttiva n. 2006/112/CE, secondo cui "la condizione che l'attività economica sia esercitata in modo indipendente, di cui all'articolo 9, paragrafo 1, esclude dall'imposizione i lavoratori dipendenti ed altre persone se sono vincolati al rispettivo datore di lavoro da un contratto di lavoro subordinato o da qualsiasi altro rapporto giuridico che preveda vincoli di subordinazione in relazione alle condizioni di lavoro e di retribuzione ed alla responsabilità del datore di lavoro".

A sua volta, l'esclusione dall'ambito soggettivo di applicazione dell'imposta delle prestazioni di servizi inerenti ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa trova giustificazione nella considerazione che, sulla base dei principi generali ricavabili dalla legislazione nazionale e comunitaria, un'attività di lavoro dipendente o ad essa assimilata non è idonea a incardinare il presupposto impositivo dal punto di vista soggettivo, a meno che tali prestazioni non siano rese da un soggetto che, per professione abituale, svolga un'altra attività di lavoro autonomo, nel qual caso anche le prestazioni qualificabili come di collaborazione coordinata e continuativa sono ricondotte nel regime proprio del lavoro autonomo esercitato dal soggetto.

Come, infatti, chiarito dall'Amministrazione finanziaria a seguito della modifica del trattamento fiscale applicabile ai redditi derivanti da rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, operata dall'art. 34 della L. n. 342/2000 (cd. "collegato fiscale" alla Finanziaria 2000), "alla luce delle nuove disposizioni, l'articolo 5 del DPR n. 633 del 26 ottobre 1972 deve essere interpretato nel senso che restano assoggettate all'imposta sul valore aggiunto le sole prestazioni di servizi inerenti ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa che rientrano nell'oggetto dell'attività svolta per professione abituale" (C.M. 16 novembre 2000, n. 207/E, § 1.5.5).

Ne discende che l'amministratore, se svolge una collaborazione rientrante nell'oggetto della propria attività professionale, deve assoggettare la prestazione a IVA, con l'emissione di apposita fattura. Di contro, se la collaborazione non rientra nell'ambito dell'attività professionale, il compenso è escluso dal campo di applicazione dell'IVA per difetto del presupposto soggettivo.

In relazione alla disciplina in esame, all'Amministrazione finanziaria è stato chiesto di conoscere il trattamento dei compensi corrisposti agli amministratori, sindaci e revisori nei casi in cui questi

ricevano il relativo mandato dall'assemblea di una società o ente che abbia rapporti di partecipazione, di collegamento ovvero di carattere finanziario od operativo con altra società o ente cui i detti soggetti sono legati da rapporto di lavoro dipendente. In merito, è stato precisato che i citati compensi vengono dai percipienti riversati all'ente o società di appartenenza sulla base di disposizioni legislative o contrattuali e che, per esclusivi motivi di semplificazione contabile, vengono usualmente versati dalla società o ente erogante direttamente all'organismo di appartenenza degli amministratori, sindaci o revisori.

Con la C.M. 26 febbraio 1985, n. 17/E, l'Amministrazione ha chiarito che "le cariche di amministratore, sindaco o revisore, attesa la natura strettamente personale delle relative funzioni, sono caratterizzate da una autonoma responsabilità, anche penale, connessa all'adempimento di specifici doveri assunti con la espressa accettazione delle cariche stesse. Tali soggetti, pertanto, anche nei casi specificatamente previsti dagli articoli 2458 e 2459 del codice civile, sono legati alla società o ente nel cui ambito svolgono le loro peculiari funzioni, da un particolare rapporto organico che si manifesta mediante l'effettuazione di atti inquadrabili nell'ambito di una tipica attività di lavoro autonomo. Da ciò deriva che le funzioni svolte dai soggetti stessi non possono in alcun caso discendere dal rapporto di dipendenza che li lega ad altri organismi, anche se l'esplicazione di tali incarichi sia espressamente prevista tra le mansioni indicate nei relativi contratti di lavoro.

A tali effetti ininfluente si mostra, altresì, la circostanza che i compensi siano riversati alla società od ente di appartenenza, per i quali gli emolumenti stessi non rappresentano corrispettivi di prestazioni di servizi, come definite dall'art. 3, primo comma, del citato D.P.R. n. 633/1972.

Nella prospettata fattispecie, pertanto, le mansioni espletate dagli amministratori, sindaci e revisori configurano prestazioni di servizi rese dagli incaricati delle relative funzioni e non dalle società od enti da cui questi dipendono, prestazioni che svolte nell'ambito di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa restano soggette, agli effetti dell'IVA, alla disciplina recata dal citato art. 5, secondo comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633".

In linea con tale indicazione, la Corte di Cassazione ha affermato che sono escluse dal campo di applicazione dell'IVA le prestazioni di servizi, rese da lavoratori subordinati o parasubordinati, che svolgano l'attività di amministratore per altre società del gruppo e riversino i compensi alla società da cui dipendono o che li coordina (sent. 20 gennaio 2017, n. 1542).

4. IL REGIME DEL LAVORO OCCASIONALE

La disciplina del lavoro occasionale, con l'entrata in vigore del D.L. n. 50/2017, previa verifica della natura della prestazione, prevede due fattispecie:

- lavoro autonomo occasionale: attività esercitata in modo occasionale ed autonoma per la quale non è richiesta l'apertura di una partita iva e senza alcun vincolo di subordinazione con il committente;
- lavoro occasionale accessorio (art. 54bis): attività svolta in modo occasionale sotto la specifica direzione, così come previsto per le forme assimilabili al lavoro dipendente.

In caso di lavoro autonomo occasionale il prestatore è tenuto ad emettere una ricevuta di prestazione occasionale relativamente all'attività da lui svolta; mentre nel caso di lavoro occasionale accessorio il legislatore ha previsto l'emissione di appositi strumenti quali il Libretto di Famiglia (gli utilizzatori sono le famiglie e le società sportive) e il PrestO (per tutti gli altri utilizzatori).

Questa suddivisione sembra essere, con un approccio pratico, l'interpretazione di norme che appaiono non fermamente coordinate tra loro sia dal punto di vista fiscale che previdenziale.

4.1 Lavoro autonomo occasionale

Secondo l'art. 2222 del Codice Civile è lavoratore occasionale colui che effettua una prestazione occasionale sia essa opera o servizio , dietro l'incasso di un determinato corrispettivo, con lavoro prevalentemente proprio senza alcun vincolo di subordinazione, né potere di coordinamento del committente ed in via del tutto occasionale.

La norma fiscale definisce all'art. 67 del TUIR che sono redditi diversi se non costituiscono redditi di capitale ovvero se non sono conseguiti nell'esercizio di arti e professioni o di imprese commerciali o da società in nome collettivo e in accomandita semplice, ne' in relazione alla qualità di lavoratore dipendente:

- i redditi derivanti da attività commerciali non esercitate abitualmente (art. 67, comma 1, lettera i)
- i redditi derivanti da attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente o dalla assunzione di obblighi di fare, non fare o permettere (art. 67, comma 1, lettera l)

Un'attività di lavoro autonomo occasionale, affinché possa essere considerata tale deve rispettare i seguenti limiti:

- Mancanza di continuità e abitualità –Attenzione: non è mai stata fornita una chiara definizione di continuità e di abitualità, ma spetta ai soggetti fare le opportune valutazioni sulla base della prestazione richiesta/fornita;
- Mancanza di coordinamento – la prestazione deve essere svolta in modo autonomo e non vi deve essere nessuna attività di coordinamento da parte del committente.

Qualora si superino i limiti sopra citati il lavoro rientra nelle fattispecie di lavoro dipendente, qualora sia prevista un'attività di coordinamento da parte di un datore di lavoro, o di lavoro autonomo con partita iva, qualora la prestazione richieda continuità ed abitualità.

Il soggetto che effettua una prestazione occasionale è tenuto a rilasciare al committente una Ricevuta di Prestazione Occasionale indicante:

- i dati anagrafici del soggetto;
- i dati del committente;
- la data (deve coincidere con l'erogazione dell'importo da parte del committente) e il numero della ricevuta;
- il compenso lordo;
- l'importo della ritenuta d'acconto pari al 20% del compenso lordo;
- l'importo netto corrisposto (compenso lordo meno ritenuta).

La ritenuta d'acconto può essere applicata solamente nel caso in cui il committente sia un sostituto d'imposta quali:

- imprese e professionisti non in regime forfettario;
- società di persone
- società di capitali;
- associazioni ed enti;
- condomini.

Qualora la prestazione superi l'importo di € 77,47 sulla Ricevuta di Prestazione Occasionale deve essere apposta una marca da bollo di € 2,00 indicante una data precedente a quella in cui viene emessa la ricevuta stessa.

Il reddito derivante da prestazioni occasionali rientra nella categoria dei "redditi diversi". Questo in base all'articolo 67, comma 1, lettera l), del DPR n. 917/86 e si determinano, secondo quanto disciplinato dall'articolo 71, comma 2, del DPR n. 917/86, cioè dalla differenza tra l'ammontare dei compensi percepiti nel periodo d'imposta e le spese inerenti sostenute per lo svolgimento della prestazione.

I redditi derivanti da prestazioni occasionali devono essere indicati nel quadro D del modello 730 o nel quadro RL del modello Redditi Persone Fisiche (si indica il compenso

lordo e l'importo della ritenuta subita). Tali redditi si cumuleranno agli eventualmente percepiti ai fini Irpef. Qualora, invece, il soggetto abbia percepito soltanto redditi da prestazione occasionale sotto i €. 4.800 lordi annui può non essere presentato il Modello Redditi.

Nel caso in cui il prestatore di lavoro occasionale raggiunga nell'anno la soglia di € 5.000 lorde di prestazioni vige l'obbligo di iscrizione alla Gestione Separata INPS ed il contestuale versamento del contributo dovuto (art. 44 del D.L. n. 269/2003).

4.2 Lavoro occasionale accessorio

La nuova disciplina individua due tipologie di utilizzazione delle prestazioni occasionali:

- Libretti di Famiglia per le persone fisiche, non nell'esercizio dell'attività professionale e per le società sportive senza limite di dipendenti, esclusivamente per le prestazioni degli steward negli stadi (novità 2018, vedi circolare INPS 95 del 2018)
- Contratto di Prestazione Occasionale per gli altri utilizzatori per l'acquisizione di prestazioni di lavoro (PrestO)

La misura minima oraria del compenso nel contratto telematico di prestazione occasionale è pari a 9 euro, (con eccezione del settore agricolo), cosi suddiviso:

- € 8,00 per il compenso a favore del prestatore;
- € 1,65 per la contribuzione IVS alla Gestione separata INPS;
- € 0,25 per il premio assicurativo INAIL;
- € 0,10 per il finanziamento degli oneri gestionali.

Il Libretto di Famiglia è "*un libretto nominativo prefinanziato, composto da titoli di pagamento, il cui valore nominale è fissato in 10 euro, importo finalizzato a compensare attività lavorative di durata non superiore a un'ora. Il libretto famiglia può essere acquistato mediante versamenti tramite F24 modello Elide, con causale LIFA, oppure tramite il "Portale dei pagamenti" del sito INPS*".

Il Contratto di prestazione occasionale "*è rivolto a professionisti, lavoratori autonomi, imprenditori, associazioni, fondazioni e altri enti di natura privata, pubbliche amministrazioni. Sono quindi compresi, a titolo esemplificativo, tutti i datori di lavoro con non più di cinque dipendenti a tempo indeterminato, le ONLUS e le associazioni*".

I limiti economici di entrambe le tipologie, tutti riferiti all'anno civile di svolgimento della prestazione lavorativa, corrispondono:

- per ciascun prestatore, con riferimento alla totalità degli utilizzatori, a compensi di importo complessivamente non superiore a 5.000 euro;

- per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori, a compensi di importo complessivamente non superiore a 5.000 euro;
- per le prestazioni complessivamente rese da ogni prestatore in favore del medesimo utilizzatore, a compensi di importo non superiore a 2.500 euro.

Tali compensi sono esenti da imposizione fiscale e non incidono sullo stato di disoccupazione.

5. RITIRARSI DAL MASTER PRIMA DEL TERMINE COMPORTA IL PAGAMENTO DELL'INTERA RETTA

Esigere da un allievo che decide di ritirarsi anticipatamente dal master il pagamento dell'intero importo pattuito in sede di iscrizione, è legittimo e nel contratto tale clausola costituisce una penale non caratterizzata da vessatorietà.

E' quanto dichiarato nell'ordinanza della Cassazione n. 20422/2018 in un caso in cui una dottoressa, iscritta ad un master, aveva esercitato disdetta anticipata dal contratto, nel quale era presente una clausola secondo cui "l'interruzione a qualsiasi titolo da parte dello studente della frequenza delle lezioni e/ o della fruizione delle attività didattiche non solleva dall'obbligo di versare le rimanenti rate".

La scuola di formazione agiva in giudizio per il recupero delle somme residue che la ex allieva, contravvenendo al contratto, non aveva provveduto a versare, ottenendo dal giudice di pace la soddisfazione delle proprie ragioni.

La ex allieva, a tal punto, proponeva ricorso in appello contro la decisione del giudice di pace; il giudice d'appello però rigettava il ricorso, ritenendo che la clausola incriminata non fosse una clausola vessatoria, bensì una clausola penale dall'importo non eccessivo, ma proporzionato al costo che l'allievo avrebbe dovuto corrispondere.

La ex allieva ricorreva allora in Cassazione, sostenendo che il Tribunale avesse errato nel non qualificare il rapporto tra lei e la scuola come rapporto tra professionista e consumatore e nel non considerare, dunque, la clausola inserita nel contratto come vessatoria.

La Cassazione ha rigettato il ricorso con ordinanza, sul rilievo che la valutazione della vessatorietà di una clausola prescinde dalla qualificazione del rapporto professionista/consumatore o professionista/professionista, avendo importanza solo la funzione e la natura della clausola.

La clausola penale, lo ricordiamo, è quella clausola attraverso la quale si fissa nel contratto anticipatamente l'importo del risarcimento del danno da versare o la prestazione da svolgere in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento effettuato da uno dei contraenti (art. 1382 c.c.). In altri termini, la condizione fissata nella clausola, si verifica solo quando l'accordo non è rispettato, esonerando il debitore dalla prova del danno (ma attenzione, non lo esonera dalla prova dell'inadempimento).

Le clausole vessatorie invece sono stabilite dall'art. 1341 cod. civ.; si tratta di condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, oppure sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni

restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

A fronte di tali definizioni, non può dirsi che la clausola penale sia vessatoria a prescindere, solo perchè le parti contrattuali sono un professionista da un lato e un consumatore dall'altro; la sua vessatorietà va valutata in relazione alla natura e alla funzione della specifica condizione e quindi in rapporto alla manifesta eccessività della stessa rispetto all'economicità complessiva del contratto in cui è apposta. Una clausola penale è quindi vessatoria se determina uno squilibrio effettivo nel rapporto tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto. Ragion per cui, nel caso in cui i giudici rilevino che gli importi fissati a titolo di penale in un contratto siano proporzionati e non creino disequilibri tra le parti contrattuali, quella clausola penale non può dirsi caratterizzata da vessatorietà.

Detto ciò, i giudici di legittimità, nel caso di specie, in relazione alla dichiarata eccessività dell'importo della clausola penale inserita nel contratto del master, hanno ritenuto valide e correttamente motivate le argomentazioni del tribunale, secondo il quale l'importo richiesto non era da considerarsi eccessivo, bensì proporzionato al costo che lo studente avrebbe dovuto sostenere se il debitore, la scuola, avesse adempiuto correttamente alle sue obbligazioni, avendo riguardo all'effettiva incidenza dell'adempimento sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione attuale.

6. NUOVO CODICE PRIVACY: COME VA INTERPRETATA LA NORMA CHE CONCEDE 8 MESI DI MINOR RIGORE?

Tra le molte disposizioni transitorie e finali, il legislatore del decreto n. 101/2018 che interviene per adeguare la normativa nazionale al Regolamento UE n. 679/2016 in materia di trattamento dati personali stabilisce testualmente all'art. 22 punto 13 che *Per i primi otto mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto [decreto legislativo n. 101/2018], il Garante per la protezione dei dati personali tiene conto, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative e nei limiti in cui risulti compatibile con le disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679, della fase di prima applicazione delle disposizioni sanzionatorie.* Come dobbiamo interpretare questa norma?

Di certo, per come formulata, la disposizione non vuole significare che ci saranno otto mesi di *grazia*, come si era paventato inizialmente e che quindi il Garante dal 19 settembre al prossimo maggio 2019 non effettuerà ispezioni o nel caso di ispezioni non comminerà sanzioni. E, d'altronde, così non poteva essere, poiché una simile disposizione sarebbe entrata in confitto di certo con il Regolamento n. 679 che è già entrato in vigore, è pienamente operativo, lo ricordiamo, dallo scorso 25 maggio 2018 ed è la norma principale cui si deve fare riferimento nel trattamento di dati personali.

La disciplina europea sul trattamento di dati personali è infatti un regolamento, un atto di diritto dell'Unione europea e secondo l'art. 288 del TFUE il Regolamento ha una portata generale ed è obbligatorio e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. E' pur vero però che quello sul trattamento dei dati personali è un po' un regolamento sui generis che lascia agli Stati membri la possibilità di intervenire con proprie norme interne, infatti, proprio al considerando n.10, il regolamento stabilisce che: *Per quanto riguarda il trattamento dei dati personali per l'adempimento di un obbligo legale, per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre norme nazionali al fine di specificare ulteriormente l'applicazione delle norme del presente regolamento. In combinato disposto con la legislazione generale e orizzontale in materia di protezione dei dati che attua la direttiva 95/46/CE gli Stati membri dispongono di varie leggi settoriali in settori che richiedono disposizioni più specifiche. Il presente regolamento prevede anche un margine di manovra degli Stati membri per precisarne le norme, anche con riguardo al trattamento di categorie particolari di dati personali («dati sensibili»). In tal senso, il presente regolamento non esclude che il diritto degli Stati membri stabilisca le condizioni per specifiche situazioni di trattamento, anche determinando con maggiore precisione le condizioni alle quali il trattamento di dati personali è lecito*. E sulla stessa linea, nel considerando n. 13 il GDPR consente agli Stati di intervenire, con semplificazioni, in favore delle piccole e medie imprese, sancendo che: *Inoltre, le istituzioni e gli organi dell'Unione e gli Stati membri e*

le loro autorità di controllo sono invitati a considerare le esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese nell'applicare il presente regolamento.

Come si può notare, gli ambiti di manovra degli Stati in materia di trattamento dei dati personali sono ben definiti dal GDPR, che in nessuno dei considerando né tanto meno disposizione, consente agli Stati di posticipare l'applicabilità delle sanzioni in esso contenute. Nemmeno entrando nel vivo dell'apparato sanzionatorio previsto dal Regolamento, in verità, si scorge una norma in tal senso. Anzi c'è da dire che l'art. 83 del GDPR non si rivolge nemmeno agli Stati membri, ma direttamente all'autorità di controllo (il Garante), stabilendo che la stessa dovrà tener conto di una serie di parametri per infliggere sanzioni che dovranno essere effettive, proporzionate e dissuasive. Agli Stati è concesso solo di prevedere altre sanzioni, in particolare per le violazioni non soggette a sanzioni amministrative pecuniarie a norma dell'articolo 83 del GDPR. Il Garante nell'infliggere la sanzione, quindi deve considerare:

- la natura, la gravità e la durata della violazione tenendo in considerazione la natura, l'oggetto o a finalità del trattamento in questione nonché il numero di interessati lesi dal danno e il livello del danno da essi subito;
- il carattere doloso o colposo della violazione;
- le misure adottate dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento per attenuare il danno subito dagli interessati;
- il grado di responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento tenendo conto delle misure tecniche e organizzative da essi messe in atto ai sensi degli articoli 25 e 32;
- eventuali precedenti violazioni pertinenti commesse dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento;
- il grado di cooperazione con l'autorità di controllo al fine di porre rimedio alla violazione e attenuarne i possibili effetti negativi;
- le categorie di dati personali interessate dalla violazione;
- la maniera in cui l'autorità di controllo ha preso conoscenza della violazione, in particolare se e in che misura il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha notificato la violazione;
- qualora siano stati precedentemente disposti provvedimenti di cui all'articolo 58, paragrafo 2, nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in questione relativamente allo stesso oggetto, il rispetto di tali provvedimenti;
- l'adesione ai codici di condotta approvati ai sensi dell'articolo 40 o ai meccanismi di certificazione approvati ai sensi dell'articolo 42;
- eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso, ad esempio i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate, direttamente o indirettamente, quale conseguenza della violazione.

Secondo il decreto n.101/2018, a questi apprezzamenti cui il Garante deve fare riferimento nel comminare le sanzioni, si aggiungerebbe anche un ulteriore elemento di cui il Garante dovrà tener conto in questi primi tempi: il fatto che ci troviamo in una fase iniziale di applicazione delle sanzioni. Pertanto, il decreto stesso raccomanda al Garante un minor rigore, per lo meno per i primi otto mesi, sempre che, dice ancora il decreto (mettendo le mani avanti), ciò sia compatibile con le disposizioni del Regolamento (apprezzamento questo rimesso al Garante).

Ma che cosa significa? Il Regolamento non prevede che gli Stati possano individuare altri parametri cui il Garante debba fare riferimento nella comminazione delle sanzioni! Se dunque gli Stati non possono posticipare l'applicazione delle sanzioni previste dal GDPR, né individuare altri parametri di riferimento per il Garante, come si deve interpretare nella pratica questa norma così generica e aleatoria?

Va forse interpretata nel senso che è possibile attendere ancora 8 mesi prima di partire con un iter di adeguamento? Oppure significa che se il Garante durante un'ispezione in una società si accorga che essa trasferisce dati all'estero senza rispettare le norme, non comminerà sanzioni perché siamo in una fase iniziale? Significa che solo per i prossimi otto mesi un'azienda potrà continuare a profilare i suoi clienti a loro insaputa? Si possono ad esempio trattare dati personali senza un'informativa ancora per otto mesi? Si può evitare fino a maggio del prossimo anno di chiedere il consenso al trattamento di dati biometrici? Si può sviluppare un'applicazione senza tenere conto dei principi della privacy by design o default? Si può permettere ad un dipendente di aver accesso agli archivi dove sono custoditi i dati (anche sanitari) dei colleghi senza avergli impartito delle istruzioni in tal senso e averlo appositamente designato?

Noi crediamo di no e allora qual è il senso di tale disposizione?

La verità è che il regolamento in materia di trattamento dati personali è già in vigore da tempo e non è più possibile restare inerti. L'iter di adeguamento al GDPR dovrebbe essere già stato avviato, almeno in relazione agli adempimenti basilari, come l'individuazione della base legale del trattamento, il rendere l'informativa agli interessati e chiedere correttamente il consenso nei casi richiesti, designare i soggetti autorizzati a trattare i dati personali limitatamente alla loro mansione e istruirli, implementare misure di sicurezza adeguate e proporzionate al trattamento nel rispetto dell'art. 32 del GDPR, ecc.

Il Garante potrà pure tenere conto del fatto che siamo in una fase iniziale di adeguamento, come, titolari e responsabili del trattamento possono tener conto che ancora non sono state emanate le misure di garanzia per i trattamenti delle categorie particolari di dati, non sono stati aggiornati i Codici deontologici vigenti, non sono state ancora scritte le misure di semplificazione per le PMI, tuttavia inserire tale chiosa così sommaria in una disposizione normativa, non fa altro che generare confusione, rischiando il far west per i prossimi otto mesi. E allora ciascuno dovrà assumersi le proprie responsabilità.

Pertanto, occorre chiarire bene che, al di là di tale disposizione, il Garante non potrà certo essere flessibile quando, nei prossimi mesi, troverà davanti a sé ad esempio un'organizzazione che effettua ancora un trattamento di dati personali senza un'informativa o con un'informativa non conforme, che raccoglie dati personali dichiarando una finalità, ma poi li tratta per diversi scopi o li cede a terzi, un'organizzazione che tratta dati senza richiedere i consensi laddove necessario, omettendo di adottare o adottando un inadeguato sistema di sicurezza o un'azienda che sebbene rientri nei casi d'obbligo non ha ancora nominato un DPO. Un minor rigore, in tal senso, metterebbe a rischio i diritti degli interessati, quegli stessi diritti che le nuove norme si prefiggono di proteggere.

Concludendo, la norma non deve trarre in inganno, il GDPR è già in vigore, il Garante non potrà sospendere la sua azione ispettiva e nemmeno chiudere un occhio davanti a macroscopiche inadempienze, pertanto, occorre intervenire prontamente, avviando l'iter di adeguamento se ancora non lo si è fatto, quanto meno iniziando con ciò che appare essere imprescindibile per provare di essere stati *compilance;* quello che si farà quando anche gli ultimi tasselli saranno al loro posto, sarà solo aggiustare il tiro.