

STUDIO LEGALE

STEFANELLI & STEFANELLI



LETTERA INFORMATIVA
LUGLIO & AGOSTO 2013

In questo numero

Ultime dallo studio

Appalti

- La regolarità contributiva ai fini partecipativi si ottiene solo dopo la definitiva accettazione della rateizzazione delle cartelle esattoriali
- L'incameramento della cauzione consegue automaticamente l'esclusione dalla gara
- Anche al durc si applica il principio generale dell'acquisizione d'ufficio
- Illegittimità costituzionale dell'impignorabilità nei confronti delle aa.ss.II. commissariate

Imprese

- Anche i nomi di dominio possono costituire un veicolo di pubblicità commerciale
- La normativa in materia di sicurezza sul lavoro tra costi ed investimenti
- Attenzione a sottoscrivere contratti a termine con causale generica, in quanto la penale è la trasformazione del rapporto a tempo pieno e indeterminato
- Limitazioni tariffarie ai nota? Per l'ANTITRUST è intesa restrittiva della concorrenza sanzionabile.
- Il rilascio del DURC in caso di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle PP.AA.
- Le modifiche al concordato preventivo cd. "in bianco"
- Sanzioni 231: anche le violazioni della privacy sanzionano le imprese

Sanità

- Massofisioterapisti e fisioterapisti, ultimo atto: interviene il consiglio di stato e dichiara i primi operatori di interesse sanitario
- No al carattere "assorbente" della laurea in biologia rispetto a quella di tecnico sanitario di laboratorio biomedico
- Torna la mediazione obbligatoria per le richieste di risarcimento danno da responsabilità medica

AVV. ANDREA STEFANELLI
AVV. SILVIA STEFANELLI

AVV. ADRIANO COLOMBAN
AVV. ALESSANDRA DELLI PONTI
AVV. EDOARDO DI GIOIA
AVV. VALERIA FABBRI
AVV. ELEONORA LENZI
AVV. ANDREA MARINELLI
AVV. CLAUDIA PATTI
DOTT. FEDERICO BRESCHI
DOTT. ANNAMARIA CICERONE
DOTT. SILVIA PARI
DOTT. FABIO CARUSO

VIA CALANCO, 11
40139 BOLOGNA
TEL. 051 6241209
FAX 051 0821641



ULTIME DALLO STUDIO



BOLOGNA 15 OTTOBRE 2013-07-05

GLI APPALTI IN SANITÀ'

Docenti: avv. Andrea Stefanelli e avv. Silvia Stefanelli

Per informazioni e iscrizioni:

[http://www.convegni.maggioli.it/vedicorso.php?id=1023-Convegno-GLI-APPALTI-
IN-SANITA-](http://www.convegni.maggioli.it/vedicorso.php?id=1023-Convegno-GLI-APPALTI-IN-SANITA-)

ESSERE COMPETITIVI CON IL CONTRATTO DI RETE

10 ottobre 2013 dalle 9.30 alle 12.30 , presso lo Studio Legale Stefanelli

Incontro informativo gratuito sul Contratto di Rete.

Relatori:

avv. Silvia Stefanelli e avv. Eleonora Lenzi – Studio Legale Stefanelli

dott. Gianluca Chiarioni

Il programma dettagliato è disponibile sul nostro sito internet

www.studiolegalestefanelli.it

Per informazioni o iscrizioni: a.delliponti@studiolegalestefanelli.it

Per approfondimenti

Chiunque fosse interessato a ricevere copia dei documenti relativi alle notizie segnalate può richiederla direttamente all'indirizzo s.stefanelli@studiolegastefanelli.it

Seguite il nostro aggiornamento quotidiano su twitter

APPALTI

LA REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA AI FINI PARTECIPATIVI SI OTTIENE SOLO DOPO LA DEFINITIVA ACCETTAZIONE DELLA

RATEIZZAZIONE DELLE CARTELLE ESATTORIALI

ADUNANZA PLENARIA CONS. STATO 20/8/13, N. 20

ADUNANZA PLENARIA CONS. STATO 5/6/13, N. 15

A distanza di pochi mesi il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria ritorna sulla questione già affrontata nella precedenza pronuncia n. 15 del 5/6/2013 per confermare - a questo punto in via assolutamente definitiva - come sia possibile rilasciare ai fini partecipativi un'autocertificazione di regolarità circa il pagamento d'imposte e tasse se - e solo se - la relativa domanda di rateizzazione risulta già definitivamente accettata dall'Amministrazione Finanziaria alla data di partecipazione alla gara.

Il caso affrontato dal Consiglio di Stato era il seguente: una società partecipava ad una procedura dichiarando la propria regolarità fiscale, s'aggiudicava la gara ma si vedeva purtroppo revocato l'affidamento in quanto l'Amministrazione Finanziaria accertava la pendenza di ben 3 cartelle esattoriale a suo carico; si difendeva allora la concorrente dimostrando come, relativamente alle prime 2 cartelle, fosse già stata presentata ed accettata dall'Erario alla data di partecipazione all'incanto un'istanza di rateizzazione relativa a dette cartelle mentre, per quanto concerne la terza cartella, fosse stata notificata "dopo" il deposito della dichiarazione ex art. 38 D.Lgs.n. 163/06 e come comunque, anche per essa, risultava successivamente intervenuto un accordo di rateizzazione con l'Amministrazione.

Per affrontare correttamente la questione l'Adunanza Plenaria richiama in primo luogo il quadro di riferimento normativo, che vede l'art. 38 Codice appalti disporre il divieto di

partecipazione alle gare da parte di quegli operatori economici che hanno commesso "violazioni gravi, definitivamente accertate" relativamente all'obbligo di pagamento di imposte a tasse; la Legge n. 106/2011 ha poi stabilito che per violazioni "gravi" devono intendersi solo gli omessi pagamenti d'importo superiore a quanto previsto dall'art. 48 bis D.P.R.n. 602/1973, mentre la Legge n. 44/2012 ha disposto che per "*definitivamente accertate*" devono intendersi le violazioni relative a debiti d'imposta "*certi, scaduti ed esigibili*".

Proprio partendo da questo assunto l'Adun. Plen. giunge a precisare come la notificazione di una cartella esattoriale determini la "certezza", l'intervenuta "scadenza" nonché la conseguente "esigibilità" di quanto richiesto dall'Amministrazione Finanziaria, a cui s'aggiunge come la richiesta di rateizzazione rappresenti la definitiva accettazione di detto debito da parte della società stessa.

Se a ciò s'aggiunge poi come la dilazione di pagamento non costituisca affatto un atto "dovuto" per l'Erario, in quanto l'art. 19 D.P.R. n. 602/73 assegna un potere discrezionale all'Amministrazione Finanziaria proprio in merito alla verifica della sussistenza (o meno) dei requisiti per la sua ammissione, ecco allora come che la semplice presentazione dell'istanza di rateizzazione non possa rappresentare, di per se', la dimostrazione per la società concorrente di essere in regola con il versamento d'imposte e tasse.

Nel caso in questione, dunque, mentre le prime due cartelle esattoriale risultavano già oggetto di un accordo di rateazione all'atto di partecipazione - e quindi, per esse, la dichiarazione era regolare - purtroppo la notifica della 3° cartella, sebbene intervenuta "dopo" il deposito dell'autocertificazione ex art.

38, lett. g) D.Lgs.n. 163/2006 - e quindi tale per cui non possa in alcun modo configurarsi la "falsa dichiarazione" - ciò nondimeno non consente di ritenere la concorrente in regola con il versamento d'imposte e tasse in quanto, come noto, i requisiti di moralità devono essere posseduti dalle partecipanti nel corso di tutta la procedura concorsuale.

Per questo motivo la società appellante andava correttamente esclusa e quindi confermata la revoca dell'aggiudicazione precedentemente disposta a suo favore.

Da tutto quanto sopraesposto si può conclusivamente trarre l'insegnamento che **la dichiarazione di regolarità fiscale può essere legittimamente rilasciare solo dopo che l'istanza di rateazione eventualmente presentata è stata definitivamente accettata dall'Erario**, così come occorre tener presente che nell'ipotesi in cui, in corso di gara, venga notificata una cartella esattoriale, ciò comporta una possibile causa d'esclusione dalla gara a meno che, tempestivamente, non si provveda ad estinguere il debito contratto con l'Amministrazione.

avv. Andrea Stefanelli

L'INCAMERAMENTO DELLA CAUZIONE CONSEGUE AUTOMATICAMENTE L'ESCLUSIONE DALLA GARA

CONS. STATO, 24/5/2013, N. 2832

È quanto confermato dalla interessante sentenza n. 2832/13 con cui il Consiglio di Stato, rinviando a quanto statuito dall'art. 48 D.Lgs.n. 163/06, ha ribadito come l'incameramento della cauzione provvisoria sia una conseguenza "automatica" del provvedimento d'esclusione e che, come tale, non sia in alcun modo suscettibile di valutazione alcuna da parte della P.A. appaltante relativamente alle ragioni (meramente formali oppure di natura sostanziale) che la medesima P.A. ha ritenuto

di porre a giustificazione del provvedimento esclusorio.

Ne consegue quindi che, ai fini dell'incameramento della cauzione provvisoria, risulta determinante la sola ed oggettiva circostanza dell'intervenuta esclusione dalla gara, rimanendo del tutto irrilevante la ragione concreta posta a suo fondamento.

avv. Claudia Patti

ANCHE AL DURC SI APPLICA IL PRINCIPIO GENERALE DELL'ACQUISIZIONE D'UFFICIO

CONS. STATO, 17/6/2013, N. 3231

Il Consiglio di Stato, in osservanza al principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione, ha confermato l'obbligo per le pubbliche amministrazioni e per i gestori di pubblici servizi d'acquistare d'ufficio atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti attestati in documenti già in possesso della stessa o di altre amministrazioni e dunque, anche relativamente al DURC, in mancanza di una dettagliata disciplina che ne disponga specifiche modalità d'acquisizione nel corso del procedimento, la giurisprudenza è concorde nel ritenere applicabile, anche al suddetto documento, il principio generale dell'acquisizione d'ufficio da parte della P.A..

avv. Claudia Patti

ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'IMPIGNORABILITÀ NEI CONFRONTI DELLE AA.SS.LL. COMMISSARIATE

CORTE COSTITUZIONALE 3/7/2013, N.186

Si è già avuto modo di affrontare in questa Lettera informativa (Febbraio 2013) il tema della presunta illegittimità costituzionale dell'art 1, comma 51 della Legge 13/12/2010 n. 220, recentemente modificata dal D.L. 158/2012 (cd."Decreto Balduzzi"), che prevedeva nelle regioni commissariate (in quanto già sottoposte a piani di rientro dal

disavanzo sanitario) l'impossibilità di intraprendere o proseguire azioni esecutive nei confronti delle Aziende Sanitarie Locali o Ospedaliere fino alla data del 31/12/2013.

E' bene peraltro evidenziare come il recente decreto di modifica della Legge n. 220/2010 abbia ricompreso, tra le azioni precluse al creditore precedente, oltre all'esecuzione civile ordinaria anche il rimedio costituito dal giudizio d'ottemperanza avanti il giudice amministrativo (ex art.112 D.Lgs.n. 104/10).

La problematica in ordine all'applicazione della norma in oggetto era stata affrontata nello specifico dal TAR Calabria nell'ordinanza del 16/01/2013 (vedi Lettera Informativa Febbraio 2013), con cui il Tribunale Amministrativo, pur dovendo inibire l'azione esecutiva nei confronti di un A.S.L. locale in considerazione del "blocco" operato dalla norma, aveva manifestato profonde perplessità in merito alla legittimità costituzionale di tale disposizione, apparentemente in contrasto con i principi posti a tutela del diritto di difesa del cittadino e contenuti agli art. 24 e 111 Cost.

Analoghe perplessità avevano in precedenza indotto sia il TAR Campania che lo stesso Tribunale della città partenopea a sollevare, con 7 ordinanze di contenuto sostanzialmente identico, la medesima questione di legittimità costituzionale dell'art 1, comma 51 della Legge n.220/2010; secondo i suddetti organi giudiziari si configurerebbe infatti la lesione del principio d'uguaglianza ex art. 3 Cost. a causa dell'ingiustificata disparità di trattamento fra i soggetti che vantano crediti nei confronti di Aziende Sanitarie ubicate in regioni commissariate rispetto a quei soggetti che sono invece titolari di crediti verso Aziende Sanitarie ubicate altrove, la violazione dell'art. 24 Cost. (diritto di difesa inviolabile) in quanto la norma in questione prevederebbe l'inefficacia dei pignoramenti già eseguiti, consentendo conseguentemente ai debitori di

rientrare nella disponibilità dei beni fino a quel momento vincolati per la soddisfazione dei creditori esecutanti, la lesione dell'art. 41 Cost. (libertà d'iniziativa economica) in quanto il blocco delle azioni esecutive non permetterebbe al creditore dell'A.S.L. di programmare la propria attività d'impresa nonché, infine, l'alterazione delle condizioni di parità delle parti nel processo (art. 111 Cost.), considerato che l'amministrazione assumerebbe nei confronti del privato creditore una situazione di ingiustificato privilegio, oltre ad incidere sulla ragionevole durata del processo.

La questione è stata ritenuta fondata dalla Corte Costituzionale proprio sul presupposto che gli interventi legislativi di modifica della legge (susseguitisi di recente), lungi dal potersi ritenere giustificati da particolari esigenze transitorie e per un ristretto arco temporale, hanno, in buona sostanza, determinato l'estinzione delle procedure esecutive intraprese nei confronti delle AA.SS.LL. interessate senza che, di contro, venissero adottate altre disposizioni di carattere sostanziale per la realizzazione dei diritti dei creditori esecutanti.

E' stato quindi ritenuto che la norma in contestazione violasse l'art. 24 della Costituzione in quanto vanificava gli effetti della tutela giurisdizionale già ottenuta dai creditori delle diverse Amministrazioni Sanitarie nelle Regioni commissariate, oltre a ledere l'art. 111 in quanto determinante una posizione d'illegittimo sbilanciamento a favore della Pubblica Amministrazione che, in questo modo, poteva non rispondere economicamente degli effetti pregiudizievoli della condanna giudiziaria.

Dott. Fabio Caruso

IMPRESE

PUBBLICITA'

ANCHE I NOMI DI DOMINIO POSSONO COSTITUIRE UN VEICOLO DI PUBBLICITÀ COMMERCIALE

CORTE GIUSTIZIA UE 11/7/2013, 3° C – 657/11

Forse non tutti sanno che anche i nomi di dominio creati *online* possono, a determinate condizioni, essere considerati alla stregua di veri e propri messaggi pubblicitari, vediamo qui di seguito come e quando.

La tematica è stata di recente affrontata dalla Corte di Giustizia dell'Unione, con la sentenza 11 luglio 2013 – caso C - 657/11.

Il caso da cui ha tratto origine la sentenza della Corte riguarda due società belghe, attive nella commercializzazione di prodotti appartenenti alla stessa categoria merceologica e qui di seguito denominate società A e società B.

La diatriba tra le due nasceva dal fatto che la società B, di più recente creazione, dava vita ad un sito internet *online* contraddistinto da un nome di dominio che riprendeva, in parte, la vera denominazione commerciale della società A.

Ma non solo: oltre alla denominazione commerciale molto simile alla propria, la società A appurava come la società B avesse creato dei c.d. "metatags" riproducenti pressoché totalmente nomi di prodotti realizzati dalla società A ma di fatto, se utilizzati nei motori di ricerca, utili a collegare l'utente, non già al sito della società A, bensì allo spazio *online* della società B sopra menzionato.

Reputando la creazione del sito, così come l'impiego di siffatti metatags, come esempi di pubblicità comparativa ingannevole svolta ai propri danni da B, la società A portava il caso

all'attenzione delle Corti belghe, sia in primo che in secondo grado.

La vicenda, approdata davanti all'equivalente della Cassazione italiana, è stata qui rimessa alla valutazione della Corte di Giustizia la quale, chiamata a pronunciarsi sull'eventualità che la creazione di un nome di dominio possa rientrare nella definizione di pubblicità ai sensi della Dir 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole e comparativa, ha svolto una fondamentale distinzione tra registrazione di un nome di dominio ed uso effettivo dello stesso.

Secondo la Corte, la mera registrazione di un nome di dominio non costituisce di per sé uno strumento pubblicitario: questo perché, stando alla Corte, non è detto che il nome di dominio così creato venga poi effettivamente utilizzato per promuovere la fornitura di beni/ servizi in concorrenza.

In sintesi, pertanto, se ci si ferma alla mera creazione di un nome di dominio, senza poi utilizzarlo concretamente, tutto bene: non si tratta, cioè, di un caso di pubblicità comparativa ingannevole. Tale condotta, producendo l'effetto di privare i concorrenti della possibilità di registrare ed utilizzare detto dominio per i propri siti, potrà, cioè, essere eventualmente inibita, ma non sotto la qualificazione giuridica di pubblicità comparativa ingannevole.

Altra cosa è invece l'utilizzo concreto di un nome di dominio: quando cioè, si utilizza un sito per la promozione di beni/servizi, ecco che il corrispondente nome di dominio può costituire una forma di messaggio, statuisce la Corte.

Più precisamente, un nome di dominio, quando facente riferimento a prodotti/servizi o anche al nome commerciale di una società, è in grado di suggerire ai consumatori potenziali

che, eseguendo una ricerca sotto quella denominazione, sarà possibile approdare ad un sito internet in rapporto con quei prodotti/servizi e/o in riferito a quella società. In tal caso, stabilisce la Corte, un nome di dominio va considerato alla stregua di un messaggio pubblicitario.

Stessa cosa per quanto attiene all'uso dei famigerati "metatags": quando, cioè, tale forma di tag, relativa a nomi di prodotti/servizi di una azienda diversa da quella che li ha creati, è in grado di creare un collegamento confusorio tra le due società, trattasi di un messaggio pubblicitario indiretto, volto ad indirizzare la potenziale clientela verso una società che in realtà, con quei prodotti/servizi, non c'entra affatto.

avv. Valeria Fabbri

SICUREZZA SUL LAVORO

LA NORMATIVA IN MATERIA DI SICUREZZA SUL LAVORO TRA COSTI ED INVESTIMENTI

Come noto il D.Lgs.n. 81/2008 - in attuazione dell'art. 1 Legge 3/8/2007, n. 123 - ha riformato, riunito ed armonizzato (abrogandole) le disposizioni dettate da numerose precedenti normative in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro.

Tale normativa, rispetto alla nota "626", estende indubbiamente la protezione a tutti i lavoratori, passando altresì per una semplificazione degli adempimenti (in particolare per le PMI), sino ad una riformulazione e razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio, con conseguente promozione della cultura della prevenzione attraverso progetti formativi e di finanziamenti delle piccole e medie imprese che investono in salute e sicurezza.

Il costo sociale ed economico degli infortuni sul lavoro può infatti assumere - anche per le singole aziende - connotati elevati e ciò è tanto più vero se si considera come (in linea

generale e semplificata) ciascuna società, e con essa il proprio Legale Rappresentante nonché, a "cascata", tutti i soggetti dotati di particolari funzioni e poteri, possa rischiare d'incorrere in responsabilità relativamente all'accadimento di infortuni all'interno della azienda.

Occorre preliminarmente distinguere tra la responsabilità di tipo penale - che concerne sempre comportamenti dolosi o colposi (sia commissivi che omissivi) - da quella di tipo civile, che invece comporta il (mero) diritto del danneggiato ad essere risarcito economicamente del danno (eventualmente anche fisico) subito.

Il risarcimento può essere riconosciuto sia a favore di soggetti legati all'imprenditore da un rapporto di natura contrattuale (clienti, dipendenti etc), che a favore di soggetti estranei ad un rapporto contrattuale (ad es. semplici passanti).

A seguito dunque di un sinistro - magari legato a problematiche od omissioni in materia di sicurezza sul lavoro - le conseguenze economiche potrebbero essere rilevanti se considerate, appunto, le innumerevoli voci di danno "in gioco" (danno emergente e lucro cessante, danno morale, biologico etc.) oltre alle sanzioni economiche comminabili.

La "miglior arma" per contrastare le possibili (enormi) responsabilità derivanti dalla normativa di settore è certamente quella di procedere ad un attento esame del proprio assetto organizzativo, con particolare cura della normativa esistente (ovviamente affidandosi a professionisti competenti in materia) e, secondariamente, stipulare eventualmente appositi contratti assicurativi (corrispondendo onerosi premi annuali) ma, in tale caso, occorre attentamente valutare le clausole contrattuali assicurative in quanto, sempre più spesso, il pagamento dei risarcimenti risulta subordinato proprio all'esatto assolvimento di tutte le prescrizioni indicate negli articoli del Testo Unico in

materia di sicurezza (D.Lgs 81/2008), con ciò quindi derivando – in difetto - il serio rischio di vedersi dalla Compagnia assicurativa il rimborso al risarcimento richiesto proprio i ragione anche di una sola omissione.

A ciò si aggiunga poi come la normativa in materia di sicurezza ingeneri spesso problemi interpretativi che la compagnia assicuratrice potrebbe “cavalcare” al fine di sospendere il risarcimento, ove non si rinvenisse la certezza degli adempimenti in capo all'assicurato.

Per questi motivi gli oneri della sicurezza, spesso considerati dalle aziende solo ed esclusivamente dei “costi”, potrebbero al contrario rivelarsi un vero e proprio investimento se visti nell'ottica di un risparmio in termini di responsabilità e danni potenziali risarcibili ed, eventualmente uniti ad una buona polizza assicurativa, potrebbe conseguentemente consentire al datore di lavoro di poter “dormire sonni tranquilli”.

avv. Adriano Colombari

DIRITTO DEL LAVORO

ATTENZIONE A SOTTOSCRIVERE CONTRATTI A TERMINE CON CAUSALE GENERICA, IN QUANTO LA PENALE È LA TRASFORMAZIONE DEL RAPPORTO A TEMPO PIENO E INDETERMINATO

CASS.CIV. SEZ. LAV. 3/6/2013 N. 13992

“Ci risiamo con i problemi sulla contrattazione a termine”, potremmo sostenere senza timore di smentita.

Vero è infatti che una recente pronuncia la Cassazione ha di nuovo inserito paletti stringenti ai contratti di lavoro che prevedono termini di durata.

Principio cardine dell'ordinamento infatti, sostengono i giudici di legittimità, è il “contratto di lavoro tipico” e, cioè, quello subordinato a tempo pieno ed indeterminato cosicché, per poter derogare alla disciplina legale (e far fronte in tal modo ad esigenze di mercato più flessibili) il D.Lgs n.368/2001 ha

previsto che il ricorso alla contrattazione a termine non possa avvenire solo in ipotesi di attività straordinaria dell'azienda, ma anche nelle ipotesi di attività ordinaria della stessa.

Ciò, ovviamente, nel rispetto delle esigenze tecniche, produttive e organizzative dell'impresa, che sono rimaste a baluardo del tipo contrattuale, messe lì ad evidenziare le differenze con il contratto a tempo pieno ed indeterminato, che invece non richiede nessun tipo di presupposto per il suo utilizzo.

Ed è proprio su questo punto che si concentra la pronuncia in commento, laddove i Magistrati evidenziano che detti presupposti debbono sussistere non in astratto, ma in concreto.

L'apposizione del termine è quindi concessa solo laddove si provi – con onere a carico del datore di lavoro – che le esigenze tecniche, produttive e organizzative, pur in presenza di un'attività ordinaria dell'azienda, cionondimeno siano verificabili in concreto nel rapporto di lavoro sottoposto al vaglio giudiziale, tenuto conto dell'attività oggetto del contratto e, più in generale, di quella svolta dall'azienda.

Le stesse esigenze poi devono esistere per tutta la durata del contratto e devono, da ultimo, essere caratterizzate da una stretta connessione proprio con la temporaneità del rapporto lavorativo.

Non dunque un'indagine di poco conto ma, al contrario, un'espressa esigenza di enunciare - nei contratti sottoscritti con i lavoratori - le ragioni in grado di giustificare il ricorso al lavoro a termine e, perché le causali scritte poi reggano, è necessario che le suddette ragioni possano essere riscontrate anche in concreto (cioè durante il rapporto lavorativo).

Pena la conversione del rapporto originariamente previsto “a termine” in quello “a tempo pieno ed indeterminato” e, ciò, fino dalla sua costituzione.

avv. Andrea Marinelli

CONCORRENZA

LIMITAZIONI TARIFFARIE AI NOTAI? PER L'ANTITRUST È INTESA RESTRITTIVA DELLA CONCORRENZA SANZIONABILE

PROVVEDIMENTO AGCM N.24377 DEL 30/5/2013

PROVVEDIMENTO AGCM N.24378 DEL 30/5/2013

E' sanzionabile per intesa restrittiva della concorrenza il Collegio notarile che, con una propria delibera, limiti l'indipendenza nella determinazione dei compensi garantita a tutti i professionisti (compresi i notai) dalle leggi di liberalizzazione degli ordinamenti professionali, imponendo surrettiziamente le abrogate tariffe e disponendo l'utilizzo del procedimento disciplinare nei confronti dei professionisti che non adeguino la propria offerta economica ai riferimenti tariffari.

Con i provvedimenti in esame l'Authority per la Concorrenza torna ad occuparsi della corretta applicazione della normativa sulle liberalizzazioni nel campo delle professioni intellettuali.

IL FATTO

Il Consiglio notarile di Milano e quello di Bari adottavano delibere simili in cui si sollecitava sostanzialmente l'attenzione dei professionisti ad attenersi, nella determinazione dei propri compensi, a criteri *"non discrezionali e nella sostanza equivalenti a quelli che avevano determinato i previgenti tariffari"*. Dovendo dunque i compensi essere *"adeguati"* all'importanza dell'opera prestata dal professionista, il Consiglio notarile richiamava per di più l'attenzione degli iscritti sui controlli che il Consiglio stesso avrebbe effettuato al fine di rilevare *"dati attinenti la quantità di lavoro svolto ed i relativi ricavi, per individuare criteri comportamentali medi e scostamenti macroscopici, nei confronti dei quali potrà essere attivato il potere dovere di vigilanza (e del connesso potere disciplinare ndr)"*.

LA DECISIONE

Di diverso avviso l'Authority, la quale innanzitutto ha chiarito ancora una volta che, ai fini della normativa antitrust, le professioni intellettuali sono da considerarsi a tutti gli effetti attività economiche esercitate in condizioni di concorrenza, ragione per cui possono essere definite a tutti gli effetti delle "imprese".

Gli ordini professionali rappresentano pertanto "associazioni d'imprese", a cui si applica quindi, sulla base della giurisprudenza (pacifica) di rango comunitario e nazionale, la normativa volta alla tutela della concorrenza (con le relative sanzioni per i comportamenti scorretti).

Ciò detto, l'Authority ha ribadito come a seguito degli interventi di liberalizzazione (DL 223/2006, DL 138/2011 e, da ultimo, DL 1/2012) le tariffe minime sono state abrogate e pertanto i professionisti - notai inclusi - possono determinare la misura del proprio compenso in maniera indipendente.

In tal senso è da ritenersi scorretto il comportamento del Consiglio dell'Ordine, che mediante una ricostruzione errata della normativa vigente ed, in particolare, attraverso lo strumento disciplinare, cerchi di orientare e limitare il comportamento economico dei professionisti nel mercato di competenza. Pertanto i Consigli degli Ordini vanno applicate sanzioni amministrative da quantificarsi, ai sensi dell'art. 15 L.n. 287/1990, in proporzione al fatturato e, dunque, rispettivamente € 99.403 per il Consiglio Notarile milanese ed € 10.227 per quello barese.

Così facendo l'Antitrust ricorda ancora una volta ai Consigli notarili come la stessa Cassazione abbia ritenuto che *"la tariffa non è di per sé garanzia della qualità della prestazione, così la deroga alla tariffa con la pattuizione di un compenso più basso rispetto alla stessa non equivale in alcun modo a prestazione scadente"* (Cass. Civ. sent. 14/2/2013 n. 3717- vedi Newsletter

Febbraio/2013). Sempre citando la stessa Cassazione l'Authority rammenta inoltre come le liberalizzazioni (portate già del DL Bersani e dei successivi interventi normativi citati) abbiano *“una valenza di sistema e di riforma economico-sociale, con l'esplicito obiettivo di assoggettare tutte le professioni ai principi di tutela della concorrenza”*.

Ci si chiede quindi quanto possa sposarsi con una tale, ormai consolidata, prospettiva di liberalizzazione l'attuazione, parcellizzata ed a dir poco minimale, che dei principi pro concorrenziali hanno dato molti Ordini professionali nonostante l'attività di repressione dei comportamenti scorretti portata avanti dall'Authority per la concorrenza.

avv. Edoardo Di Gioia

DURC

IL RILASCIO DEL DURC IN CASO DI CREDITI CERTI, LIQUIDI ED ESIGIBILI VANTATI NEI CONFRONTI DELLE PP.AA.

DECRETO MIN.ECON.FIN. 13/3/2013, (PUBBLICATO G.U. 16/7/2013 N. 165)

E' stato pubblicato sulla G.U. del 16/7 u.s. il Decreto che disciplina le modalità di rilascio e d'utilizzazione del DURC in presenza di una certificazione che attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti di PP.AA. d'importo almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati.

L'art. 2 del suddetto Decreto prevede che gli enti tenuti al rilascio del DURC, su richiesta del soggetto titolare di crediti certificati che non abbia provveduto al versamento dei contributi previdenziali, assistenziali ed assicurativi nei termini di legge, emettono il DURC con l'indicazione che l'emissione è avvenuta ai sensi della L.n. 94 del 6/7/2012 e precisando l'importo del credito contributivo nonché gli

estremi della certificazione esibita per la richiesta di rilascio.

Il DURC così ottenuto può essere utilizzato per tutte le finalità previste dalla legge.

In caso di utilizzo del DURC per ottenere il pagamento di Stati di Avanzamento Lavori (S.A.L.) o di prestazioni relative a servizi e forniture è previsto l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di di inadempienza contributiva del soggetto esecutore.

avv. Eleonora Lenzi

LA “CRISI DI IMPRESA”

LE MODIFICHE AL CONCORDATO PREVENTIVO

CD. “IN BIANCO”

D.L. N. 69/2013 (C.D. DECRETO FARE)

CONV. LEGGE 9/8/2013, N. 98

Come è noto dall'autunno 2012 è stata introdotta la possibilità, per l'impresa in crisi, di presentare domanda di concordato preventivo “in bianco”, ovvero il debitore può avviare la procedura di concordato senza depositare contemporaneamente il Piano di pagamento dei creditori (com'era in precedenza), modalità questa che è stata tuttavia di recente molto criticata sia da parte dell'ABI che di Confindustria, che ne hanno lamentato l'abusosostituto.

Nella realtà il vantaggio per il debitore di aprire una procedura di concordato in tempi brevissimi (e senza presentare un piano) è controbilanciata dalla vigilanza che il Tribunale competente dovrebbe attuare nella predisposizione del Piano stesso, dai tempi strettissimi previsti per la conclusione delle operazioni e dal fatto che i creditori possono, in qualsiasi momento, spingere l'impresa in crisi verso il fallimento, qualora ritengano di non accettare il piano.

Con il decreto 69/2013 il governo ha ritenuto di dover introdurre delle modifiche al concordato “in bianco”, disponendo l'obbligo

per il debitore di presentare - unitamente alla domanda iniziale - anche l'Elenco dei creditori (e, di conseguenza, dei debiti), in tal modo consentendo al Tribunale, che dovrà nominare un Commissario giudiziale con il compito di controllare che il debitore si stia compiutamente attivando per redigere una proposta di pagamento dei creditori, di poter accertare se eventualmente il debitore concordatario ha posto in essere comportamenti in frode dei creditori e, nel quel caso, di dichiarare immediatamente improcedibile la domanda, oltre che su richiesta del Pubblico Ministero o di un creditore (che intenda richiedere la declaratoria di fallimento del debitore).

avv. Eleonora Lenzi

RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DELLE IMPRESE

SANZIONI 231: ANCHE LE VIOLAZIONI DELLA PRIVACY SANZIONANO LE IMPRESE

DL 14 AGOSTO 2013 N. 93

Nel decreto legge di Ferragosto si è scelto di dare una stretta sui reati informatici; entrano infatti ufficialmente a far parte del catalogo dei reati che comportano la responsabilità delle società a norma del D.lgs. 231/2001

- i delitti privacy (trattamento illecito dei dati personali - art. 167 del DLgs. 196/2003), falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante - art. 168 del DLgs. 196/2003 e inosservanza dei provvedimenti del Garante - art. 170 del DLgs. 196/2003);
- la frode informatica con sostituzione dell'identità digitale (art. 640-ter, comma 3 c.p.);
- l'indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito (art. 55, comma 9 del DLgs. 231/2007).

Sono queste le principali novità per le imprese collocate nel DL 14 agosto 2013 n. 93 (recante

disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 16 agosto 2013 n. 191 ed in vigore dal 17 agosto 2013 (ex art. 13 del DL 93/2013).

Come sottolineato dalla Corte di Cassazione (relazione III/01/2013 del 22/8/2013, che ha fornito una prima interpretazione sulle novità apportate dal citato DL 93/2013), mentre l'introduzione dei reati di frode informatica e di contraffazione di carte di credito non comporta per le aziende importanti conseguenze sotto il profilo operativo, i delitti in materia di privacy risultano di grande impatto.

A parere di chi scrive, vista la tipologia di reato introdotto, è possibile affermare che le aziende potenzialmente a rischio reato possono essere tutte le imprese indipendentemente dal settore di attività (da valutare poi il diverso livello di rischio a secondo dei sistemi di gestione del dato adottate).

Le conseguenze pratiche sono che le aziende che già hanno adottato un modello organizzativo dovranno estenderlo anche alle aree a rischio di commissione dei delitti privacy, mentre le aziende che non hanno adottato un modello organizzativo dovranno adottarlo in toto, includendovi questi reati.

Quali rischi i caso di commissione di delitti privacy?

Se le imprese a rischio non adotteranno un modello organizzativo adeguato a provenire i reati di utilizzo improprio delle informazioni, rischiano sanzioni da 25.800 a 774.500 euro e possono addirittura arrivare al commissariamento.

avv. Alessandra Delli Ponti

DIRITTO DELLA SANITÀ

MASSOFISIOTERAPISTI E FISIOTERAPISTI, ULTIMO ATTO: INTERVIENE IL CONSIGLIO DI STATO E DICHIARA I PRIMI OPERATORI DI INTERESSE SANITARIO

Cons.St. III° 17/7/2013 n. 3325

E' del 17 giugno scorso la sentenza del Consiglio di Stato tanto attesa da esperti e operatori del settore; che sembra non lasciare spazio ad alcuna doglianza o incertezza circa l'annosa querelle tra massofisioterapisti e fisioterapisti.

Più esattamente la sentenza dichiara che il massofisioterapista non è un professionista sanitario.

Altrettanto definitiva - ma soprattutto memorabile quanto a tempestività - è la risposta del Ministero Salute che al dominio <http://www.salute.gov.it/professioniSanitarie/paginaInterna.jsp?id=91&menu=strumentieservizi>, nella sezione del sito istituzionale appositamente dedicata alle "professioni sanitarie", non perdendo tempo nel conformarsi alla sentenza, ha relegato il profilo del massofisioterapista tra gli operatori di interesse sanitario.

Ricapitoliamo brevemente, attraverso il caso di specie, questa complicata vicenda fatta d'infiniti contenziosi amministrativi e giudiziari, ma anche di un certo peso economico-sociale per le migliaia di lavoratori che, ad oggi, svolgono una professione che non rientra più nel novero di quelle sanitarie in senso stretto.

IL FATTO

Il sindacato dei massofisioterapisti (SIMMAS), assieme ad uno dei più noti istituti per la formazione regionale dei massofisioterapisti, impugnavano una delibera della Regione Campania che escludeva tale figura professionale dal novero di quelle richieste ai presidi di assistenza specialistica ambulatoriale ai fini dell'accreditamento.

Il Commissario ad acta, infatti, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica sanitaria e di risanamento del SSR campano, aveva introdotto un nuovo sistema di remunerazione per "pacchetti prestazionali" includendo, tra il personale delle strutture di riabilitazione, le uniche professioni sanitarie del comparto riabilitazione riconosciute dalla normativa statale, ovvero fisioterapisti e logopedisti.

Avverso tale decreto commissariale veniva proposto ricorso avanti al TAR Campania, che tuttavia rigettava l'istanza.

Nel successivo grado il Consiglio di Stato, a seguito di una lunga disamina giuridico-giurisprudenziale, concludeva che *"la figura del massofisioterapista, il quale abbia conseguito un titolo di formazione regionale, ben può rientrare nel novero degli operatori di interesse sanitario, con funzioni ausiliarie, ma non può in alcun modo essere ricompreso nell'ambito delle professioni sanitarie"* e, di conseguenza, che *"l'unica professione sanitaria legittimata a fornire, nella loro completezza e con la dovuta formazione universitaria, tali prestazioni riabilitative è quella del fisioterapista"*

La rideterminazione dell'accreditamento della Regione Campania è stato dunque il pretesto ufficiale del Collegio per "sviscerare", una volta per tutte, il complesso ed eterogeneo quadro normativo che aveva condotto gli appellanti a qualificare il massofisioterapista come una professione sanitaria riconosciuta, ma non riordinata.

Onore ai vinti, dunque, che non intenderanno certo arrendersi ad una decisione in larga parte attesa ma che, di certo, non vieta loro di esercitare attività libero professionali o di svolgere, tanto per il pubblico quanto per il privato, *"tutte le terapie di massaggio e di fisioterapia in ausilio all'opera dei medici"*,

come da mansionario. Non c'è dubbio però, come riportato dalla pagine web dell'enciclopedia online Wikipedia circa la definizione di massofisioterapista, questa voce sull'argomento lavoro è da aiutare (!). In tutti i sensi.

Dott. Federico Breschi

NO AL CARATTERE "ASSORBENTE" DELLA LAUREA IN BIOLOGIA RISPETTO A QUELLA DI TECNICO SANITARIO DI LABORATORIO BIOMEDICO

Cons.St., III°, n. 3330/2013

Così ha deciso la III Sezione del Consiglio di Stato, annullando la sentenza del TAR Sardegna che aveva ritenuto l'idoneità della laurea in biologia quale titolo per l'ammissione ad un concorso per tecnico sanitario di laboratorio biomedico indetto da una Azienda Ospedaliera sarda.

Il Giudice di primo grado aveva infatti erroneamente ritenuto che "(...) *la laurea in scienze biologiche è titolo idoneo a consentire la partecipazione al concorso pubblico a posti di <<collaboratore professionale-tecnico sanitario di laboratorio biomedico – cat. D>>, sulla base della giurisprudenza che ha valutato la laurea in scienze biologiche, rispetto al titolo specificamente previsto per l'ammissione al concorso di cui è causa (diploma universitario di tecnico sanitario di laboratorio biomedico), non equipollente, ma assorbente. La laurea in scienze biologiche (...) costituisce un titolo di studio superiore nello stesso campo ed è assorbente nel senso che le materie dell'uno ricomprendano le materie dell'altro, con un maggior livello di approfondimento (...)*".

Il Consiglio di Stato, investito del gravame – pur ritenendo di dover annullare la sentenza di primo grado per ragioni meramente procedurali – ha tuttavia sancito alcuni importanti principi in materia, richiamandosi a quanto espresso dal Ministero dell'Istruzione, interrogato sul punto.

Al riguardo si osserva che "(...) *l'equipollenza o l'equiparazione ha sempre riguardato titoli universitari dello stesso livello; si è sempre esclusa, pertanto, l'interpretazione in base alla quale un titolo di livello superiore possa essere ritenuto assorbente rispetto ad altro titolo di livello inferiore. Si conclude nel senso che non può sostituirsi una laurea di biologia né di primo né di secondo livello al titolo specifico ai fini dell'esercizio della professione di tecnico di laboratorio biomedico (...)*".

"Ad ognuno il suo" sembra aver voluto dire il giudice amministrativo, con la precisazione, doverosa, che, se di equipollenza si vuole parlare, questa non potrà certo essere ricercata fra titoli di diverso livello, bensì dovrà esserlo fra titoli appartenenti al medesimo livello, a nulla valendo la (asserita) maggiore completezza dell'un titolo rispetto all'altro.

Dott.ssa Silvia Pari

TORNA LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA PER LE RICHIESTE DI RISARCIMENTO DANNO DA RESPONSABILITÀ MEDICA

Legge 98/2013, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 20 agosto 2013 - Suppl 63

Dopo qualche tribolazione e rilevanti modifiche, torna la mediazione obbligatoria per i risarcimenti da responsabilità medica.

Venuta meno con la sentenza Corte Costituzionale 272/2013 l'obbligatorietà della mediazione, l'istituto era, in generale, collassato (si veda articolo su questo sito 17 giugno 2013).

Reintrodotta tramite il DL 69/2013 (Decreto Fare), diventa oggi legge a tutti gli effetti attraverso la conversione nella legge 98/2013, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 20 agosto 2013 - Suppl 63.

Tenuto fermo l'impianto generale della legge 28/2010 vediamo in sintesi le principali novità che interessano le mediazioni in materia di

responsabilità medica, le quali - per lo più - cercano di dare una risposta alle numerose critiche sollevate nei confronti del nuovo istituto

• **Primo incontro**

Cambia radicalmente la funzione del primo incontro tra le parti, che potremmo definire a questo punto *"incontro preliminare ante-mediazione"*

La nuova legge prevede infatti che in questa sede infatti il mediatore, dopo aver esposto alle parti le finalità e le regole del procedimento di mediazione, invita le parti stesse ad esprimersi sulla possibilità di andare avanti e (quindi) di "iniziare" la procedura di mediazione: solo in presenza di riscontro positivo si prosegue con la mediazione vera e propria.

Se poi in questo incontro le parti dichiarano di non voler proseguire il procedimento, nessun compenso sarà dovuto all'Organismo di mediazione.

In linea di principio chi scrive ritiene che tale nuova procedura sia, complessivamente, positiva.

Trovare un accordo richiede tempo ed energia per tutti: per il mediatore e per le parti; se chi si siede al tavolo della mediazione non ha alcuna intenzione di lavorare per trovare un accordo, meglio evitare inutili perdite di tempo.

Senza dubbio però la previsione di nessun compenso rappresenterà un problema economico per gli Organismi.

• **Competenza territoriale**

Diversamente da prima, oggi la domanda di mediazione dovrà seguire le regole della competenza processuale: vale a dire che la richiesta dovrà essere presentata presso un Organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia.

Se (senza dubbio) tale limitazione evita mediazioni incardinate in località scelte in via strumentale (di cui peraltro chi scrive pur

occupandosi di mediazioni non ha mai avuto notizia), dall'altra parte, però, creerà problemi a quegli Organismi che avevano fatto scelte di specializzazione circa le materie di competenza, e che non possono avere estensione su tutto il territorio nazionale. Vedremo come la disciplina verrà applicata

• **mediazione delegata**

il giudice può oggi decidere di mandare le parti in mediazione, anche senza il loro consenso, mentre prima occorreva che le parti fossero d'accordo.

La modifica lascia un po' perplessi: che mediazione potranno raggiungere soggetti che non manifestano neanche una disponibilità di massima ad andare in mediazione?

• **Casi di non applicazione**

Non si applica la mediazione nei casi di cui all'art. 696 bis c.p.c.. Tale profilo peraltro era già stato stabilito dalla giurisprudenza.

• **Durata**

La durata del procedimento si riduce da 4 a 3 mesi salvo diversa volontà delle parti in vista di un possibile accordo. Il termine non è soggetto alla sospensione feriale.

• **Assistenza**

La legge prevede l'obbligo della parte di farsi assistere da un avvocato durante il procedimento.

Questa è senza dubbio la novità più rilevante, che cambia la prospettiva anche per i molti avvocati che hanno osteggiato la mediazione.

In materia di responsabilità medica cambia poco in quanto solitamente le parti vengono accompagnate da un avvocato

Da ultimo.

Per valutare l'efficacia o meno dell'istituto l'obbligatorietà avrà vigore solo per 4 anni: poi si deciderà. La nuova disciplina entra in vigore il 20 settembre.

Avv. Silvia Stefanelli