

Newsletter giugno 2018

SEZIONE LEGALE

SOMMARIO

SEZIONE LEGALE

Corporate, Finance e Capital market

1. Responsabilità dell'Amministratore delegato di S.p.A. per violazione degli obblighi informativi in tema di interessi nelle operazioni societarie e onere della prova
2. Il punto di vista di Assonime sull'esternalizzazione della funzione di *internal audit*

Diritto della concorrenza – diritto industriale e della proprietà intellettuale

3. Il DLgs n. 63/2018 attuativo della direttiva (UE) 2016/943 sulla protezione del *know how* riservato e dei segreti commerciali

Crisi d'impresa

4. L'articolo 2476 c.c. è applicabile anche alle S.p.A.
5. Il credito dell'attestatore del piano concordatario si colloca in prededuzione in caso successivo fallimento

Diritto del lavoro

6. Malattia "a macchia di leopardo" del dipendente: il licenziamento è illegittimo se non è superato il periodo di comporto

SEZIONE FISCALE

Imposte dirette

7. Credito d'imposta per ricerca e sviluppo: non ammesso se gli investimenti mancano della novità
8. Stabile organizzazione: ammesso il riporto delle perdite
9. Inerenza: rileva la relazione tra la spesa e l'attività d'impresa

Imposte indirette

10. Importazione di beni: la comunicazione della partita IVA non è un requisito di natura sostanziale
11. La dichiarazione d'intento: non basta per effettuare acquisti non rilevanti ai fini IVA
12. È imponibile Iva il riacquisto di azioni «pagato» in immobili
13. Conferimento di beni in *trust* e imposta di registro
14. Detrazione IVA ammessa anche in caso di acconti su merci non consegnate

Accertamento e contenzioso

15. Non utilizzabili dalla difesa i documenti chiesti dalle Entrate e non prodotti

Corporate, Finance e Capital market

1. Responsabilità dell'Amministratore delegato di S.p.A. per violazione degli obblighi informativi in tema di interessi nelle operazioni societarie e onere della prova

La Corte di Cassazione, con l'Ordinanza n. 14072 del 1° giugno 2018, ha affermato che nel caso di violazione degli obblighi informativi in ordine all'interesse dell'Amministratore delegato di una società per azioni in una determinata operazione della società (ex articolo 2391, comma 1, c.c.), l'onere di provare la sussistenza del danno cagionato alla società e il nesso di causalità tra lo stesso e la condotta dell'amministratore spetta alla società che agisce nei suoi confronti (ex articolo 2391, comma 4, c.c.). Nel caso di specie, l'Ad aveva agito in conflitto di interessi, avendo omesso di riferire agli altri amministratori e al collegio sindacale il proprio rapporto di parentela con un membro dell'organo di consulenza al quale la società aveva conferito l'incarico di esprimere una valutazione sulla convenienza di un'operazione di finanziamento di società estere da parte della società. La Corte di Cassazione, ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'Ad, ha inquadrato tale condotta nella fattispecie di violazione degli obblighi di informazione ex articolo 2391, comma 4, c.c., sulla base del riferimento alla dannosità della scelta decisionale quale elemento essenziale della responsabilità. Ne consegue che incombe sulla società provare il danno presunto e il nesso causale, secondo gli ordinari criteri distributivi di cui all'articolo 2697 c.c., non essendo invece configurabile alcuna inversione dell'onere della prova.

Rif. Corte di Cassazione, Ordinanza del 1° giugno 2018, n. 14072

2. Il punto di vista di Assonime sull'esternalizzazione della funzione di *internal audit*

Assonime, in data 28 maggio 2018, ha pubblicato il Caso 7 del 2018 "*L'esternalizzazione della funzione di controllo interno in una società quotata non finanziaria*", dedicato alla possibilità di affidare ad un soggetto esterno alla società il compito di responsabile della funzione di controllo interno (c.d. *internal audit*), funzione che nel generale assetto del sistema dei controlli societari, ha assunto nel tempo un ruolo sempre più significativo. Secondo l'Associazione, le società quotate di natura non finanziaria possono attribuire il compito di responsabile della funzione di *internal audit* anche a un soggetto esterno non legato ad esse da un rapporto di lavoro subordinato. Tale soggetto esterno può essere anche una persona giuridica, essendosi il nostro ordinamento ormai aperto – così Assonime – alle persone giuridiche in campi che si consideravano tradizionalmente riservati alle persone fisiche. In tal caso la persona giuridica nominata responsabile deve designare la persona fisica che svolge la funzione di responsabile. A tali conclusioni Assonime è giunta sulla base della considerazione per cui posto che il sistema delle norme primarie per le società di diritto comune non regola espressamente il tema in esame, se non con limitate disposizioni, si può ritenere legittima l'attribuzione a un soggetto esterno alla società del ruolo di responsabile della funzione di *internal audit* solo se essa possa essere considerata una forma organizzativa "adeguata" per la società. In particolare, Assonime interpreta il criterio dell'adeguatezza alla luce delle indicazioni operative contenute nel Codice di autodisciplina delle società quotate, il quale prevede espressamente la possibilità di esternalizzazione della funzione di *internal audit* ad un soggetto dotato di adeguati requisiti di professionalità, indipendenza e organizzazione. Non è di ostacolo la previsione, contenuta sempre nel Codice di autodisciplina, secondo cui il responsabile della funzione di *internal audit* non è responsabile di alcuna area operativa e dipende gerarchicamente dal consiglio di amministrazione. Ciò in quanto l'indicazione di un rapporto gerarchico tra consiglio di amministrazione e responsabile della funzione di *internal audit* è diretta a riassumere la qualifica

giuridica di sintesi dei poteri del primo verso il secondo, spettando al consiglio di amministrazione il potere di nominare e revocare il responsabile della funzione di controllo interno, assicurargli le risorse e definirne la remunerazione, quale che sia la natura del rapporto tra società e responsabile della funzione di *internal audit*, il quale potrebbe essere un lavoratore subordinato della società, ma anche un soggetto legato ad essa da un rapporto giuridico di diversa natura.

Rif. *Assonime, Caso 7 del 2018 "L'esternalizzazione della funzione di controllo interno in una società quotata non finanziaria"*

Diritto della concorrenza – diritto industriale e della proprietà intellettuale

3. Il DLgs n. 63/2018 attuativo della direttiva (UE) 2016/943 sulla protezione del *know how* riservato e dei segreti commerciali

In attuazione della direttiva (UE) 2016/943 sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, è stato emanato il DLgs n. 63 del 11 maggio 2018, in vigore dal 22 giugno 2018. Il decreto legislativo, che rappresenta un'importante novità nella disciplina italiana del *know how* e dei *trade secrets*, modifica diverse norme del codice della proprietà industriale e del codice penale.

Il decreto legislativo sostituisce alla nozione di "informazioni aziendali riservate" quella di "segreti commerciali". Restano pertanto oggetto di tutela le informazioni che siano: (i) segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti e agli operatori del settore; (ii) dotate di valore economico in quanto segrete; (iii) sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete. Cambia, invece, l'estensione della nozione di "illecito utilizzo": il legislatore indica una serie di condotte che costituiscono illecito, quali l'acquisizione, l'utilizzazione o la rivelazione di segreti commerciali o ancora la produzione, l'offerta, la commercializzazione di merci costituenti violazioni ovvero l'importazione, l'esportazione o lo stoccaggio delle medesime merci, realizzate dal soggetto che era a conoscenza o avrebbe dovuto avere conoscenza che i segreti commerciali erano stati ottenuti o utilizzati in modo illecito. È così posto l'accento anche sulle condotte colpose non prese in considerazione in passato, al fine di ridurre il rischio di diffusione di pratiche illecite. I diritti e le azioni derivanti dalle suddette condotte illecite si prescrivono in 5 anni. Il provvedimento legislativo introduce una serie di misure sanzionatorie civili e penali maggiormente efficaci, proporzionate e dissuasive. In particolare: (i) il giudice, nel corso di procedimenti giudiziari relativi all'acquisizione, all'utilizzazione o alla rivelazione illecite dei segreti commerciali, può vietare, su istanza di parte, a determinati soggetti, coinvolti nel procedimento, l'utilizzo o la rivelazione dei segreti commerciali oggetto del giudizio dallo stesso ritenuti riservati (art. 121-*ter* c.p.i.); (ii) sono introdotte alcune indicazioni che il giudice deve tenere in considerazione per applicare le misure previste dagli artt. 124 (Misure correttive e sanzioni civili) e 126 (Pubblicazione della sentenza) c.p.i., in particolare, al fine di valutarne la proporzionalità; (iii) in alternativa alle misure cautelari, il giudice può, su istanza di parte, autorizzare la parte interessata a continuare a utilizzare i segreti commerciali prestando idonea cauzione per l'eventuale risarcimento dei danni subiti dal legittimo detentore (art. 132 c.p.i.); (iv) è prevista la pena della reclusione per chiunque, avendo acquisito - per ragioni del suo stato o ufficio o della sua professione o arte oppure in modo abusivo - segreti commerciali o notizie destinate a rimanere segrete relative a scoperte o invenzioni scientifiche, li riveli o li impieghi a

proprio o altrui profitto (art. 623 c.p.); (v) viene esplicitamente sanzionata l'elusione di un provvedimento del giudice che prescrive misure inibitorie o correttive a tutela di tutti i diritti di proprietà industriale, non solo dei segreti commerciali (art. 388 c.p.).

Rif. DLgs n. 63 del 11 maggio 2018, attuativo della direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016

Crisi d'impresa

4. L'articolo 2476 c.c. è applicabile anche alle S.p.A.

La recentissima sentenza della Corte di Cassazione del 20 giugno 2018 n. 16291 è degna di nota in quanto fornisce un punto fermo in tema di applicabilità anche alla S.p.A. dell'art. 2467 c.c. relativo alla disciplina applicabile ai finanziamenti effettuati dai soci di S.r.l.

Fino ad oggi la giurisprudenza ha oscillato tra tre differenti indirizzi, sostenendo di volta in volta:

- a. l'inapplicabilità della regola della postergazione sancita dall'art. 2467 c.c. alle S.p.A.;
- b. la portata di principio generale della norma in esame e come tale applicabile a ogni tipo di società di capitali;
- c. l'estensibilità della previsione ai soci delle società per azioni che, per entità o qualità partecipativa, siano nella sostanza assimilabili ai soci di S.r.l.

La Corte di Cassazione, con la sentenza indicata, ha avallato quest'ultimo orientamento in ragione della *ratio* dell'art. 2467 c.c. che mira al contrasto del fenomeno della sottocapitalizzazione nominale delle società a responsabilità limitata. Alla luce di ciò, i giudici di legittimità ritengono estensibile la norma alle S.p.A. "a valle di una valutazione in concreto", ossia laddove la compagine sociale risulti essere a ristretta base partecipativa e, principalmente, a base familiare. Tale situazione porta i soci ad effettuare prestiti o prestare fidejussioni in luogo di conferimenti idonei ad aumentare il capitale di rischio. A conferma di tale indirizzo, la Corte di Cassazione richiama altre norme che rinviando all'art. 2467 c.c. non fanno alcuna distinzione in base al tipo societario e, segnatamente si tratta:

- dell'art. 2497 *quinquies* c.c. rispetto ai rapporti di finanziamento infragruppo tra società controllanti e controllate che rinvia all'art. 2467 c.c.;
- dell'art. 182 *quater*, comma 3, LF che deroga all'art. 2467 c.c. quanto alla prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione.

Rif. Corte di Cassazione, sentenza del 20 giugno 2018, n. 16291

5. Il credito dell'attestatore del piano concordatario si colloca in prededuzione in caso successivo fallimento

La Corte di Cassazione, con la Ordinanza n. 12017 del 17 maggio 2018, ha riconosciuto la collocazione in prededuzione, ai sensi dell'art. 111, comma 2, L.F., in caso di successivo fallimento, del credito del professionista che ha predisposto l'attestazione ex art. 161, comma 3, L.F., comprovante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, necessaria per presentare la domanda di concordato preventivo.

I giudici di legittimità, infatti, hanno ritenuto tale credito ricompreso tra i crediti sorti in funzione della procedura e, rifacendosi alla giurisprudenza sul tema, hanno argomentato tale posizione sotto un duplice profilo. In primo luogo, hanno fatto richiamo alla *ratio* dell'art. 111, comma 2, LF, ravvisabile nella volontà del Legislatore di incentivare il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa introducendo un'eccezione al principio della *par condicio creditorum*. In secondo luogo, hanno ribadito che il requisito della funzionalità della prestazione

svolta dal professionista, richiesto dalla disposizione citata, deve essere verificato in relazione all'attività di risanamento secondo un giudizio *ex ante* e, in caso di successivo fallimento, nessuna verifica deve essere compiuta in ordine al conseguimento di un'utilità in concreto per la massa dei creditori, concetto che non può essere confuso con quello di funzionalità.

Rif. Corte di Cassazione, Ordinanza del 17 maggio 2018, n. 12017

Diritto del lavoro

6. Malattia "a macchia di leopardo" del dipendente: il licenziamento è illegittimo se non è superato il periodo di comportamento

Con la Sentenza n. 15523 del 13 giugno 2018, la Cassazione, confermando quanto stabilito dalla sentenza di appello, ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo irrogato a un dipendente per eccessiva morbilità, poiché le assenze non avevano superato il periodo di comportamento previsto dalla contrattazione collettiva. Secondo quanto stabilito dai giudici di legittimità, le numerose assenze del dipendente per malattia non possono costituire causa di licenziamento per scarso rendimento, caratterizzato da un inadempimento - pur se incolpevole- del lavoratore, essendo improntate alla tutela della salute, che, quale valore preminente, beneficia di una particolare tutela. La Corte di Cassazione, infatti, ha sottolineato che la non utilità della prestazione per il tempo della malattia è un evento previsto e disciplinato dal legislatore, per il quale le norme prevedono che la risoluzione del rapporto sia possibile come sua diretta conseguenza solo dopo il superamento del periodo di comportamento, disciplinato dall'art. 2110 del c.c. e dalla contrattazione collettiva. Ne consegue, quindi, che la regola dettata dall'art. 2110 c.c. per le ipotesi di assenze determinate anche da malattia del dipendente prevale, in quanto speciale, sulla disciplina dei licenziamenti individuali, con l'effetto che al datore sarà impedito di porre fine unilateralmente al rapporto sino al superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (comporto) predeterminato dalla legge.

Rif. Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza 13 giugno 2018, n. 15523

SEZIONE FISCALE

Imposte dirette

7. Credito d'imposta per ricerca e sviluppo: non ammesso se gli investimenti mancano della novità

L'Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione n. 46/E/2018, intervenendo in materia di credito d'imposta per attività di ricerca e sviluppo, ha precisato che gli investimenti che concernono lo sviluppo di tecnologie d'avanguardia che consistono in tecnologie già disponibili e diffuse nei settori economici non possono essere considerati come investimenti ammissibili al credito, in quanto non è soddisfatto il requisito della novità. La fattispecie esaminata riguardava una società attiva nella gestione di eventi fieristici e congressuali, che aveva effettuato investimenti per realizzare un progetto in relazione al quale aveva avviato un programma di riorganizzazione dei processi industriali in una logica di "smart factory", per l'integrazione della catena logistica di produzione della fiera tramite l'inclusione di tutti i processi relativi a visitatori, espositori e fornitori, in una prospettiva di incremento di efficacia ed efficienza.

Rif. Agenzia delle entrate, Risoluzione del 22 giugno 2018, n. 46/E

8. Stabile organizzazione: ammesso il riporto delle perdite

La Corte di Giustizia UE, con la sentenza relativa alla causa C-650/16, depositata il 12 giugno 2018, ha concluso che è contraria al principio comunitario della libertà di stabilimento la legislazione di uno Stato membro che esclude la possibilità, per una società UE, che non abbia optato per un regime di tassazione consolidata mondiale, di dedurre dal proprio imponibile le perdite subite da una propria stabile organizzazione situata in un altro Stato membro, se le stesse sono ormai divenute totalmente irrecuperabili in quello Stato.

Rif. Corte di Giustizia UE, sentenza 12 giugno 2018, relativa alla causa C-650/16

9. Inerenza: rileva la relazione tra la spesa e l'attività d'impresa

La Corte di Cassazione, con sentenza del 6 giugno 2018, n. 14759, ha confermato che il concetto di inerenza si concretizza nella relazione tra una spesa sostenuta e l'attività di impresa svolta. Pertanto, un costo è rilevante per la determinazione della base imponibile non tanto per la sua diretta connessione con una componente reddituale, ma per la sua riferibilità a un'attività d'impresa potenzialmente idonea a produrre utili.

Rif. Corte di Cassazione, sentenza 6 giugno 2018, n. 14759

Imposte indirette

10. Importazione di beni: la comunicazione della partita IVA non è un requisito di natura sostanziale

La Corte di Giustizia UE, con sentenza relativa alla causa C-108/17, depositata il 20 giugno 2018, ha concluso che le autorità competenti di uno Stato membro non possono rifiutare di concedere il regime di non imponibilità IVA all'importazione per il solo motivo che, a seguito di un mutamento di circostanze intervenuto successivamente all'importazione, i prodotti siano stati ceduti a un soggetto passivo diverso da quello il cui numero di identificazione IVA era stato indicato nella dichiarazione d'importazione, allorché l'importatore ha comunicato tutte le informazioni relative all'identità del nuovo acquirente alle autorità dello Stato UE di importazione. E ciò a condizione che le condizioni sostanziali per la non imponibilità IVA della successiva cessione intracomunitaria siano effettivamente soddisfatte.

Rif. Corte di Giustizia UE, sentenza 20 giugno 2018, relativa alla causa C-108/17

11. La dichiarazione d'intento: non basta per effettuare acquisti non rilevanti ai fini IVA

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 15 giugno 2018, n. 15835, ha concluso che la consegna da parte dell'esportatore abituale al suo fornitore della dichiarazione d'intenti non è di per sé sufficiente per poter effettuare acquisti senza l'applicazione dell'IVA, in assenza dello status di esportatore abituale. In tal caso, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, DLgs n. 471/97, dell'omesso pagamento dell'imposta dovuta risponde unicamente l'esportatore abituale, con applicazione di una sanzione amministrativa dal 100% al 200% dell'imposta.

Rif. Corte di Cassazione, sentenza 15 giugno 2018, n. 15835

12. È imponible Iva il riacquisto di azioni «pagato» in immobili

La Corte di Giustizia UE, con la sentenza del 13 giugno 2018, relativa alla causa C-421/17, ha concluso che il riacquisto delle azioni proprie detenute da un'altra società e la successiva cessione di beni immobili configurano un'unica operazione di cessione di beni a titolo oneroso soggetta ad IVA, in quanto operazione con scambio di reciproche prestazioni. Nello specifico, i giudici unionali hanno ritenuto determinante l'esistenza di un rapporto giuridico in base al quale le controparti hanno reciprocamente trasferito propri diritti di proprietà.

Rif. Corte di Giustizia UE, sentenza 13 giugno 2018, relativa alla causa C-421/17

13. Conferimento di beni in *trust* e imposta di registro

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 13 giugno 2018, n. 15469, ha statuito che il conferimento di beni in un *trust*, in assenza di una previsione di corrispettivo, non essendo qualificabile come atto a contenuto patrimoniale, è assoggettato ad imposta di registro in misura fissa.

Rif. Corte di Cassazione, sentenza 13 giugno 2018, n. 15469

14. Detrazione IVA ammessa anche in caso di acconti su merci non consegnate

La Corte di Giustizia UE, con la sentenza relativa alle cause C-660/16 e C-661/16, depositata il 31 maggio 2018, ha statuito che il diritto alla detrazione dell'IVA riguardante il versamento di un acconto deve essere concesso al potenziale acquirente anche se poi il bene non viene consegnato, se al momento in cui è avvenuto tale versamento, si poteva considerare che tutti gli elementi rilevanti della futura cessione erano noti a tale acquirente e la cessione di tali beni sembrava in quel momento certa.

La detrazione può tuttavia essere negata qualora si accerti, alla luce di elementi oggettivi, che, al momento del versamento dell'acconto, l'acquirente sapeva o non poteva ragionevolmente ignorare che la realizzazione di tale cessione fosse incerta. Sarebbe, infatti, manifestamente irragionevole imporre all'acquirente di rettificare tali detrazioni per poi proporre un'azione nei confronti delle autorità tributarie per ottenere il rimborso dell'IVA versata a titolo di acconto.

Rif. Corte di Giustizia UE, sentenza 31 maggio 2018, relativa alle cause C-660/16 e C-661/16

Accertamento e contenzioso

15. Non utilizzabili dalla difesa i documenti chiesti dalle Entrate e non prodotti

Con Ordinanza del 19 giugno 2018, n. 16106, la Corte di Cassazione ha confermato che la mancata risposta al questionario inviato dall'Amministrazione finanziaria pregiudica la difesa in contenzioso del contribuente. Lo stesso infatti non può più utilizzare i documenti richiesti e non prodotti tempestivamente. Tale inutilizzabilità può essere rilevata anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Rif. Corte di Cassazione, ordinanza 19 giugno 2018, n. 16106