

## Newsletter settembre 2018

### SOMMARIO

#### SEZIONE LEGALE

##### Corporate, Finance e Capital market

1. Sulla natura delle erogazioni di somme di denaro effettuate dai soci in favore della società partecipata
2. Azione di responsabilità nei confronti dei sindaci: prescrizione, poteri e doveri

##### Diritto fallimentare

3. Domande di ammissione allo stato passivo: valutazione della causa del ritardo

##### Digital - ICT e Data Protection

4. Data Protection: le novità introdotte dal nuovo decreto legislativo delegato che adegua il Codice Privacy al GDPR

##### Diritto del lavoro

5. Illegittimo il licenziamento del dipendente che offende il datore in chat privata su Facebook

#### SEZIONE FISCALE

##### Imposte dirette

6. Super e iper-ammortamenti per i sistemi di movimentazione dei materiali

##### Imposte indirette

7. Confermato il diritto alla detrazione IVA del contribuente dichiarato "inattivo"
8. Servizio di ricerca in materia di investimenti: non sempre esente dall'IVA
9. Iscrizione al VIES: requisito sostanziale

##### Fiscalità internazionale

10. Conferimento d'azienda dalla stabile organizzazione: neutrale solo a determinate condizioni
11. Invalido l'accertamento in materia di prezzi di trasferimento che si basa su un metodo diverso da quello utilizzato nel processo verbale di constatazione

##### Accertamento e contenzioso

12. Il raddoppio dei termini di accertamento non si applica al *transfer pricing*

## SEZIONE LEGALE

### Corporate, Finance e Capital market

#### **1. Sulla natura delle erogazioni di somme di denaro effettuate dai soci in favore della società partecipata**

Con ordinanza n. 20978 del 23 agosto 2018 la Cassazione ha affrontato la questione della natura dell'erogazione di somme di denaro effettuata dai soci a favore della società partecipata. Queste possono avvenire alternativamente a titolo di mutuo, rappresentando quindi un finanziamento che deve essere restituito al socio, ovvero a titolo di versamento, confluendo in un'apposita riserva in conto capitale (o altre denominazioni simili) e potendo essere utilizzate da parte della società per ripianare le perdite o per la sottoscrizione di nuovo capitale e potendo essere restituite al socio soltanto qualora siano stati pagati tutti i debiti sociali. La qualificazione dell'erogazione dipende dall'esame della volontà negoziale, la quale deve trarsi dal modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto, dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che vi sono sottesi. Nel caso di specie la Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato da un socio di una società a responsabilità limitata che chiedeva la restituzione di quanto elargito – secondo il ricorrente a titolo di finanziamento – in virtù di una delibera assembleare con la quale veniva richiesto ai soci di effettuare un'erogazione in favore della società per ripianare i debiti di quest'ultima. La Suprema Corte, qualificando tale pagamento come versamento in conto capitale, ha negato il diritto alla restituzione. Ciò in quanto il versamento era stato sollecitato dall'organo amministrativo della società in considerazione della tensione finanziaria in essere e sarebbe stato quindi qualificabile come capitale di rischio. A nulla rileva il fatto che il socio che aveva effettuato l'erogazione avesse successivamente ceduto la propria quota di partecipazione al capitale sociale e che nell'atto di cessione fosse stata inserita una clausola che includeva la cessione di "ogni diritto, azione e ragione spettante al socio cedente nei confronti della società ceduta".

**Rif.** Cass. civile, sezione terza, ordinanza 23 agosto 2018 n. 20978

#### **2. Azione di responsabilità nei confronti dei sindaci: prescrizione, poteri e doveri**

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 21662 del 5 settembre 2018 ha affermato che in tema di azione di responsabilità promossa dai creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c., il *dies a quo* della prescrizione decorre dalla data di emersione della perdita nel bilancio, non essendo decisivo che i sindaci, nelle proprie relazioni ai bilanci precedenti quello manifestante la perdita, abbiano evidenziato lo squilibrio patrimoniale, la sottocapitalizzazione, l'indebitamento e l'inadeguatezza dei fondi di ammortamento. Ciò in ragione del fatto che il bilancio costituisce il documento informativo principale sulla situazione della società, nei riguardi dei soci, ma anche dei creditori e dei terzi, pertanto, se il bilancio risulta in pareggio o in attivo fornisce un'informazione rassicurante e affidabile sullo stato della società.

I giudici di legittimità si sono soffermati inoltre sul tema dei poteri di controllo e sulla responsabilità dei sindaci a fronte di iniziative *contra legem* degli amministratori. Nel caso di specie, in ragione della redazione di bilanci senza il rispetto dei principi contabili da parte degli amministratori, la Corte di Cassazione ha asserito che la responsabilità dei sindaci risiede nel fatto di non avere proficuamente reagito alle modalità individuate dall'organo gestorio al fine di procedere comunque alla distribuzione di utili inesistenti.

Sebbene i fatti oggetto del giudizio siano precedenti alla riforma del 2003 che ha indicato nell'art. 2403 c.c. la portata dei doveri dell'organo di controllo, essi già si estendevano all'attività sociale

nel suo complesso in funzione di garantire tutela sia ai soci sia ai creditori sociali e non erano limitati a poteri e doveri determinati *a priori* dalla legge.

Pertanto, i sindaci hanno l'obbligo di porre in essere con tempestività tutti gli atti necessari e di utilizzare ogni potere di sollecitazione e denuncia di fronte ad iniziative *contra legem* degli amministratori fino a pretendere da questi azioni correttive del proprio operato.

*Rif.* Corte di Cassazione, sezione prima, sentenza 5 settembre 2018, n. 21662

### Diritto fallimentare

#### **3. Domande di ammissione allo stato passivo: valutazione della causa del ritardo**

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 21661 del 5 settembre 2018 ha affermato che il termine finale per la presentazione delle domande tardive di ammissione al passivo stabilito dall'art. 101 LF è fissato a pena di decadenza e il suo decorso genera, in linea di principio, una presunzione di inammissibilità della domanda. È, dunque, onere del creditore superare tale presunzione, dimostrando che il ritardo sia dipeso da causa a lui non imputabile, il che implica una valutazione fattuale riservata al giudice di merito e che deve fondarsi su elementi oggettivi ed estranei al creditore e non sulla semplice assenza di colpa.

Tale apprezzamento di fatto è censurabile in sede di legittimità mediante lo strumento previsto dall'art. 360 n. 5 c.p.c.

*Rif.* Corte di Cassazione, sezione prima, sentenza 5 settembre 2018, n. 21661

### Digital - ICT e Data Protection

#### **4. Data Protection: le novità introdotte dal nuovo decreto legislativo delegato che adegua il Codice Privacy al GDPR**

Il 10 agosto 2018 il decreto legislativo italiano n. 101/2018 (il "**Decreto legislativo**") che adegua la precedente normativa sulla protezione dei dati personali in vigore al Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati ("**GDPR**") è stato finalmente approvato - dopo un lungo periodo di attesa - e entrerà in vigore il 19 settembre 2018. Il legislatore italiano ha deciso di prevedere l'abrogazione parziale e non totale del precedente Decreto Legislativo 196/2003, denominato "Codice Privacy", mantenendo le disposizioni del Codice Privacy già allineate al contenuto del GDPR. Di seguito, una sintesi delle principali disposizioni del Decreto Legislativo n. 101/2018:

- **Sanzioni amministrative (articolo 22, §13):** per i primi 8 mesi a partire dalla data di entrata in vigore del Decreto Legislativo, l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali adotterà un approccio graduale nell'applicazione delle sanzioni amministrative - nella misura in cui ciò sia compatibile con le disposizioni del GDPR - dato che questa sarà la prima fase di applicazione delle sanzioni;
- **Sanzioni penali (articoli 167 bis e 167 ter):** il Decreto Legislativo conferma l'importanza delle sanzioni penali previste dal Codice Privacy e introduce nuove fattispecie di reato (*g. comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala e acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala*). In particolare, mentre la comunicazione e diffusione illecita di dati personali trattati su larga scala consiste nella comunicazione o diffusione di un archivio automatizzato o di una sua parte sostanziale, contenente dati personali trattati su larga scala al fine di trarre profitto per sé o altri o al fine di arrecare danno a terzi, l'acquisizione fraudolenta di dati personali trattati su larga scala consiste nell'acquisizione con mezzi fraudolenti di un archivio automatizzato o

di una parte sostanziale di esso, contenente dati personali trattati su larga scala. Entrambi i reati sono puniti con la reclusione (per un periodo tra uno e sei anni nel caso di comunicazione e diffusione illecita di dati personali trattati su larga scala e tra un anno e quattro anni nel caso di acquisizione fraudolenta di dati personali trattati su larga scala);

- **Dati sanitari, biometrici e genetici (articolo 2 septies):** in continuità con la significativa prassi dell'Autorità Garante per la protezione dei dati (una delle più produttive in Europa), il trattamento di tali dati sarà effettuato in conformità alle misure di garanzia disposte dalla stessa Autorità con cadenza biennale. Questa disposizione è di fondamentale importanza per le società che trattano categorie particolari di dati facendo affidamento sulle precedenti autorizzazioni ai sensi del Codice Privacy. Queste società dovranno osservare le misure di sicurezza di cui sopra quando trattano categorie particolari di dati;
- **Consenso dei minori (articolo 2 quinquies):** il decreto abbassa a 14 anni l'età minima per esprimere un consenso lecito e libero in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori. I minori di età inferiore ai 14 anni hanno bisogno del consenso di chi esercita la responsabilità genitoriale;
- **Modalità semplificate di adempimento al GDPR (articolo 154 bis, §4):** L'Autorità Garante per la protezione dei dati personali promuoverà attraverso linee guida delle disposizioni semplificate per le PMI per conformarsi al GDPR;
- **Codici deontologici e autorizzazioni (Articoli 20 e 21):** le precedenti disposizioni dei codici deontologici continueranno a produrre effetti fino alla definizione della procedura di approvazione condotta dall'Autorità Garante, mentre in relazione alle autorizzazioni generali previste dal precedente Codice Privacy il Decreto legislativo opera una chiara distinzione. Le autorizzazioni generali su materie delegate dal GDPR agli Stati Membri riguardanti il trattamento dei dati necessario per adempiere ad un obbligo legale a cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare (specificamente ai sensi degli articoli 6.1 (c) ed (e) e 9.2 (b) e (4) nonché del Capitolo IX del GDPR) sono sottoposte ad una verifica di compatibilità con il GDPR e si applicheranno fino alla pubblicazione di un provvedimento da parte del Garante. Al contrario, le autorizzazioni generali diverse da quelle sopra indicate cesseranno di produrre effetti dalla data di entrata in vigore del Decreto Legislativo.

Cosa succede con i procedimenti pendenti dinanzi all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali alla data del 25 maggio 2018 (data di applicazione del GDPR)? Il Decreto Legislativo prevede una definizione agevolata, versando due quinti della sanzione prevista precedentemente dal Codice Privacy, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del Decreto Legislativo.

Alla luce di quanto sopra, suggeriamo alle società di tenere in seria considerazione le nuove disposizioni del suddetto Decreto Legislativo sulla protezione dei dati che integrano quelle previste dal GDPR. Infatti, non solo tali disposizioni sono obbligatorie, ma chiariscono e semplificano molti degli adempimenti introdotti dal GDPR. Pertanto, al fine di ottenere la piena conformità alla normativa applicabile sulla protezione dei dati applicabile, sarà necessario che il processo di adeguamento al GDPR già effettuato o intrapreso dalle aziende prima del 25 maggio 2018 tenga anche in debito conto le ulteriori disposizioni del Decreto Legislativo n.101/2018 nonché i chiarimenti, le linee guida e le misure che saranno prossimamente emanate dall'Autorità Garante per la protezione dei dati sulla base del Decreto Legislativo.

**Rif.** Decreto Legislativo 10 agosto 2018, n. 101 (in GU Serie Generale n. 205 del 4.09.2018)

## Diritto del lavoro

### **5. Illegittimo il licenziamento del dipendente che offende il datore in chat privata su Facebook**

La Corte di Cassazione ha stabilito l'illegittimità del licenziamento del dipendente che, all'interno di un gruppo su Facebook facente capo ad un sindacato, aveva rivolto frasi scurrili nei confronti dell'amministratore delegato dell'azienda.

Secondo i giudici di legittimità, infatti, i messaggi scambiati nelle chat di conversazione private o chiuse non possono integrare una condotta diffamatoria - che presuppone la destinazione delle comunicazioni alla divulgazione dell'ambiente sociale - in considerazione del fatto la comunicazione è avvenuta in un ambito privato e all'interno di una cerchia di persone determinate; ad avviso degli Ermellini, infatti, *"non solo vi è un interesse contrario alla divulgazione, anche colposa, dei fatti e delle notizie oggetto della comunicazione, ma si impone l'esigenza di tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni stesse"*.

In assenza dei requisiti propri della diffamazione, pertanto, il comportamento del lavoratore appare riconducibile alla libertà di comunicare riservatamente e, conseguentemente, il licenziamento deve considerarsi illegittimo.

Di qui la condanna del datore di lavoro alla reintegra del dipendente ed al pagamento in suo favore di dodici mensilità quale risarcimento del danno.

*Rif.* Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza 10 settembre 2018, n. 21965

## **SEZIONE FISCALE**

### Imposte dirette

#### **6. Super e iper-ammortamenti per i sistemi di movimentazione dei materiali**

Possono essere oggetto di super e iper-ammortamento soltanto le componenti impiantistiche dei magazzini autoportanti, vale a dire i sistemi di automazione della movimentazione dei materiali stoccati, mentre ne sono escluse le strutture costituenti le scaffalature. Lo chiarisce l'Agenzia delle entrate, nella risoluzione n. 62 del 9 agosto 2018, ribadendo il criterio di individuazione degli investimenti esclusi sulla base delle modalità di determinazione della rendita catastale.

*Rif.* Agenzia delle entrate, Risoluzione 9 agosto 2018, n. 62/E

### Imposte indirette

#### **7. Confermato il diritto alla detrazione IVA del contribuente dichiarato "inattivo"**

Con sentenza relativa alla causa n. C-69/17 (*Siemens Gamesa*) del 12 settembre la Corte di Giustizia UE ha dichiarato illegittima la normativa nazionale che preclude la detrazione dell'IVA relativa agli acquisti effettuati nel semestre in cui il numero di identificazione è stato cancellato d'ufficio per inattività, dovuta alla mancata presentazione delle dichiarazioni fiscali. La Corte UE, infatti, ha dichiarato che il principio fondamentale di neutralità dell'IVA esige che la detrazione a monte dell'imposta deve essere riconosciuta qualora i requisiti sostanziali siano soddisfatti, anche se taluni requisiti formali sono stati disattesi. In particolare, l'identificazione ai fini IVA (art. 214 Direttiva 2006/112), nonché l'obbligo per il soggetto passivo di dichiarare l'inizio, la variazione e la cessazione delle proprie attività (art. 213 Direttiva 2006/112) costituiscono soltanto requisiti

formali a fini di controllo, che non possono mettere in discussione il diritto alla detrazione dell'IVA, nei limiti in cui le condizioni sostanziali che fanno sorgere tale diritto siano soddisfatte.

*Rif.* Corte di Giustizia UE, sentenza relativa alla causa C-69/17 del 12 settembre 2018

#### **8. Servizio di ricerca in materia di investimenti: non sempre esente dall'IVA**

Il servizio di ricerca in materia di investimenti non è sempre esente dall'applicazione dell'IVA. Questo è quanto emerge dall'analisi della risoluzione n. 61/E dell'8 agosto 2018 dell'Agenzia delle Entrate. Nel caso in cui il servizio sia fornito dai negozianti ai soggetti intermediari che si occupano dello svolgimento del servizio di gestione individuale di portafogli, non è possibile beneficiare del regime di esenzione di cui all'art. 10 del decreto IVA, con conseguente applicazione dell'aliquota IVA ordinaria.

*Rif.* Agenzia delle entrate, Risoluzione 8 agosto 2018, n. 61/E

#### **9. Iscrizione al VIES: requisito sostanziale**

Con ordinanza n. 21102/2018 del 24 agosto la Corte di Cassazione ha ritenuto che, in caso di mancata iscrizione del cessionario comunitario al *Vat Information Exchange System* (VIES), il cedente nazionale non può dirsi aver assolto l'onere della prova circa la validità della cessione intracomunitaria, ai sensi dell'art. 41, legge n. 427/1993: in mancanza di iscrizione al VIES è irrilevante la prova dell'avvenuta consegna della merce, dell'effettiva esistenza e operatività delle imprese clienti dotate di partita Iva o dell'inclusione dell'operazione nei modelli Intrastat, laddove non sia dimostrato l'avvenuto pagamento del tributo da parte del cessionario. In tale fattispecie, a giudizio della Corte, pertanto, non sussistono nemmeno le condizioni per la disapplicazione delle sanzioni.

*Rif.* Corte di Cassazione, Ordinanza 24 agosto 2018, n. 21102

### **Fiscalità internazionale**

#### **10. Conferimento d'azienda dalla stabile organizzazione: neutrale solo a determinate condizioni**

È applicabile il regime di neutralità fiscale in relazione al conferimento di ramo d'azienda effettuato da una stabile organizzazione italiana (Alfa) di una società di diritto francese (Beta) a favore di una società fiscalmente residente in Italia (Gamma), controllata dalla società Beta, qualora la quota di partecipazione venga attribuita alla stabile organizzazione italiana (e non venga successivamente assegnata alla società di diritto francese), e il soggetto conferente (stabile organizzazione italiana Alfa) proceda con l'iscrizione in bilancio delle partecipazioni ricevute assumendo, quale valore riconosciuto fiscalmente, quello dell'azienda ovvero del ramo d'azienda oggetto dell'operazione di conferimento. Lo ha chiarito l'Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 63/E del 9 agosto 2018.

*Rif.* Agenzia delle entrate, Risoluzione 9 agosto 2018, n. 63/E

#### **11. Invalido l'accertamento in materia di prezzi di trasferimento che si basa su un metodo diverso da quello utilizzato nel processo verbale di constatazione**

Con sentenza n. 2629/24 del 13 giugno, la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia ha confermato una sentenza di primo grado che aveva annullato un avviso di accertamento in tema

di prezzi di trasferimento per aver l’Agenzia delle entrate utilizzato un indicatore di redditività diverso da quello applicato nel processo verbale di constatazione. In sede di accertamento, l’Agenzia delle entrate aveva riconosciuto la correttezza delle osservazioni di parte per cui l’indice utilizzato in verifica non poteva essere applicato uniformemente all’ammontare di tutti i ricavi poiché occorreva prendere in considerazione solo i ricavi derivanti da transazioni infragruppo. Nonostante ciò, l’Agenzia non invitava il contribuente a produrre la documentazione occorrente per isolare solamente i ricavi infragruppo, procedendo all’applicazione di un indice completamente diverso. A parere dei giudici ciò costituiva una violazione dell’obbligo di lealtà che vanifica completamente il senso del contraddittorio anticipato. Inoltre, i giudici di seconde cure hanno rilevato un’applicazione errata del metodo utilizzato poiché basato su un campione non rappresentativo dei beni commercializzati nonché su una estrapolazione di società ritenute comparabili con volumi di affari notevolmente inferiori alla società verificata. L’Agenzia non aveva inoltre considerato che negli anni precedenti alle contestazioni la società avesse costantemente conseguito una redditività superiore a quella dei soggetti comparabili e che la diminuzione dei prezzi per gli anni oggetto di verifica dipendesse dalla rinegoziazione degli accordi con un importante cliente terzo. La sentenza ribadisce quanto già affermato dalla medesima CTR con sentenza n. 3026/24 del 7 luglio 2017 relativamente ai medesimi fatti per un diverso periodo d’imposta.

**Rif.** Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, sentenza 13 giugno 2018, n. 2629/24

### Accertamento e contenzioso

#### **12. Il raddoppio dei termini di accertamento non si applica al *transfer pricing***

La Commissione tributaria regionale della Lombardia, con sentenza n. 3674/18/2018 del 4 settembre 2018, ha statuito che agli accertamenti di maggiori imponibili conseguenti a rettifiche di *transfer pricing* non si applica la normativa sul raddoppio dei termini di accertamento a seguito della denuncia del reato di dichiarazione infedele, in quanto si tratta di una fattispecie penalmente irrilevante, poiché è basata su metodi meramente valutativi, connotati pertanto da margini di discrezionalità.

**Rif.** Commissione tributaria regionale della Lombardia, sentenza 4 settembre 2018, n. 3674