



Corporate and M&A

Newsletter

Deloitte Legal | Marzo 2022



Indice

1. Novità legislative

- 1.1 Obbligazioni verdi “NextGenerationEU” 3
- 1.2 L’uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario 3

2. Giurisprudenza

- 2.1 La Corte di Cassazione sull’equiparazione tra la cessione di quota e la cessione d’azienda.... 3
- 2.2 Sull’opponibilità dei debiti relativi all’azienda ceduta in capo all’acquirente: una nuova pronuncia della Corte di Cassazione 3
- 2.3 La società occulta ancora al vaglio della Suprema Corte 4
- 2.4 La Corte di Cassazione sugli elementi costitutivi della delibera ex art. 2393 c.c 4
- 2.5 Sull’esercizio del diritto di recesso del socio 4
- 2.6 Sul discrimen tra indicizzazione del leasing e contratto derivato 5
- 2.7 La Corte di Cassazione sugli effetti della fusione 5

3. Prassi

- 3.1 ASSONIME illustra il regolamento tassonomia 6
- 3.2 Avviata la consultazione sul c.d. Listing Act dalla Commissione Europea 6

4. Dottrina

- 4.1 L’aumento gratuito del capitale non proporzionale e non omogeneo 6
- 4.2 L’impresa socialmente irresponsabile 7
- 4.3 Sulla natura dei rapporti finanziari tra soci e società 7
- 4.4 Il sindaco del giudice penale sulle scelte gestorie 7

1. **Novità legislative**

1.1 **Obbligazioni verdi “NextGenerationEU”**

Il 7 settembre scorso la Commissione Europea ha adottato un quadro per le **obbligazioni verdi**, sottoposto a valutazione indipendente, finalizzato a raccogliere investimenti da destinare a “progetti verdi”. I fondi, per un valore fino a 250 miliardi di euro, pari al 30% dell’emissione totale di *NextGenerationEU*, saranno strutturati in modo da garantire che le risorse mobilitate siano destinate a “progetti verdi” e che la Commissione riferisca in merito al loro impatto ambientale. Sullo sfondo si staglia, altresì, l’intento della Commissione Europea di riesaminare il proprio piano per il finanziamento della ripresa economica, al fine di emettere obbligazioni a lungo termine per un totale di circa 80 miliardi di euro, da integrare con alcune decine di migliaia di euro di buoni dell’UE a breve termine.

1.2 **L’uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario**

Con il D.Lgs. n. 183/2021, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 284 del 29 novembre 2021, è stata recepita la direttiva (UE) 2019/1151 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa **all’uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario**. In particolare, è stata introdotta la possibilità di **costituire società a responsabilità limitata e società a responsabilità limitata semplificata** con sede in Italia e mediante conferimenti in denaro attraverso l’uso di una piattaforma gestita dal Consiglio Nazionale del Notariato che permetterà l’incorporazione **“a distanza”**. Sono state, inoltre, introdotte delle procedure online di registrazione di atti, tra cui anche quella di registrazione e soppressione di sedi secondarie.

2. **Giurisprudenza**

2.1. **La Corte di Cassazione sull’equiparazione tra la cessione di quota e la cessione d’azienda**

Dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 19238 del 7 luglio 2021 emergono nuove considerazioni in ordine all’esistenza, nell’ambito di un’operazione di cessione di quote sociali di una S.r.l., di una responsabilità solidale tra cessionario e cedente per i debiti tributari, così come previsto dal legislatore in caso di cessione d’azienda. Nello specifico, la Suprema Corte ha statuito **che la cessione di una quota pari al 100% del capitale sociale di una società a responsabilità limitata a socio unico è equiparabile ad una cessione d’azienda** proprio in ragione del fatto che la quota è interamente detenuta dal socio unico della società che, pertanto, comporterebbe una sostanziale indistinzione tra imprenditore e impresa gestita in forma societaria. Alla luce di tale presunzione, nel caso oggetto della sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha ritenuto applicabile la normativa speciale tributaria e, nello specifico, l’art. 14 del D.Lgs. n. 472/1997 che prevede la responsabilità solidale tra cedente e cessionario per il pagamento delle imposte relative all’anno in cui è stata effettuata la cessione e per i due anni precedenti.

2.2 **Sull’opponibilità dei debiti relativi all’azienda ceduta in capo all’acquirente: una nuova pronuncia della Corte di Cassazione**

Nel contesto delle **operazioni di cessione di un’azienda commerciale**, la normativa vigente e, nello specifico, l’art. 2560 del Codice Civile, prevede l’opponibilità, nei confronti dell’acquirente dell’azienda ceduta, dei debiti relativi all’azienda purché gli stessi risultino dalle scritture contabili obbligatorie. Su tale ambito si è espressa di recente la Cassazione Civile – con ordinanza n. 23881 del 3 settembre 2021

– al fine di chiarire la portata applicativa di tale norma nel particolare caso di mancata sottoscrizione delle scritture contabili obbligatorie da parte dell'organo amministrativo. Più nello specifico, la Suprema Corte ha evidenziato che **la mancata sottoscrizione dei libri contabili obbligatori da parte del cedente dell'azienda non è impeditiva del riconoscimento del debito afferente all'azienda ceduta** che, pertanto, si trasmette al cessionario acquirente di quest'ultima. È, infatti, solamente l'iscrizione nei libri contabili obbligatori dell'azienda l'elemento costitutivo essenziale della responsabilità dell'acquirente dell'azienda per i debiti ad essa inerenti (e non anche la sottoscrizione degli stessi), non essendo la regolarità della tenuta delle scritture contabili elemento di per sé sufficiente ad escludere l'opponibilità del credito all'acquirente.

2.3 La società occulta ancora al vaglio della Suprema Corte

Con l'ordinanza n. 14365 del 25 maggio 2021, la Corte di Cassazione è tornata a definire il perimetro di identificazione della **società occulta** (che è tale quando due o più persone non rivelano, nei rapporti con i terzi, la sussistenza di un'iniziativa economica comune, compiendo pertanto le operazioni in nome proprio e non già in nome della compagine sociale). In particolare, la Suprema Corte, nel ribadire che presupposto indispensabile perché si possa accertare l'esistenza di tale *species* è rappresentato dalla mancata esternalizzazione del rapporto societario, ha tuttavia precisato ulteriori caratteristiche "ontologiche" della società occulta. Queste, più nel dettaglio, sono connesse alla necessità che vi sia *"la partecipazione di tutti i soci all'esercizio dell'attività societaria in vista di un risultato unitario, secondo le regole dell'ordinamento interno"* e che i conferimenti siano funzionali alla **costituzione di un patrimonio comune**, sottratto dalla sfera individuale (di disponibilità) dei singoli partecipi e, naturalmente, alle azioni esecutive dei loro creditori personali.

2.4 La Corte di Cassazione sugli elementi costitutivi della delibera ex art. 2393 c.c.

Con l'ordinanza n. 21245 del 23 luglio 2021, la Corte di Cassazione ha svolto alcune considerazioni sui requisiti di validità della delibera con cui l'assemblea autorizza, ai sensi dell'art. 2393, c. 1, c.c., **l'esercizio dell'azione di responsabilità avverso gli amministratori**. Il tema posto all'attenzione della Corte ha in particolare riguardato come gli elementi costitutivi dell'azione di responsabilità sociale debbano essere declinati all'interno della delibera con cui l'assemblea autorizzi l'esercizio di tale azione, con specifico riferimento all'ipotesi in cui i soci si limitino a conferire al legale della società il mandato a esplorare la sussistenza o meno degli estremi per promuovere l'azione in parola attribuendogli, all'esito, l'ulteriore facoltà di esercitare *«tutte le azioni del caso»*. Una delibera siffatta, secondo la S.C., è **«generica»**, giacché **non sufficientemente espressiva della volontà dei soci** *«di adire l'autorità giudiziaria per promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci»* e priva degli elementi (oggettivo e soggettivo) in presenza dei quali la si sarebbe potuta considerare una efficace delibera autorizzativa. Tale delibera, infatti, non ha indicato né gli addebiti mossi nei confronti degli ex-amministratori né i soggetti nei confronti dei quali si sarebbe dovuta eventualmente esercitare l'azione di responsabilità. Solo questi due elementi che, secondo la Corte, *«non ammettono equipollenti»*, avrebbero *«consacrato in modo formale e inderogabile»* la volontà dei soci di agire nei confronti di determinati amministratori e sulla base di determinati addebiti.

2.5 Sull'esercizio del diritto di recesso del socio

Con la sentenza n. 360 del 26 febbraio 2021, il **Tribunale di Venezia** ha affrontato, da una prospettiva peculiare, il delicato tema del diritto di recesso scaturente dall'assunzione di delibere modificative

dello statuto sociale, con riferimento alle modalità di esercizio del diritto di voto o di partecipazione dei soci. Nel caso di specie, oggetto del contendere era il richiesto accertamento, da parte del socio istante, del proprio diritto ad esercitare lo ***ius poenitendi a seguito di modifiche statutarie incidenti sulla facoltà di delega per la partecipazione e le votazioni in assemblea***: questione a propria volta riconducibile alla interpretazione dell'articolo 2437, lett. g), c.c., il quale ammette il diritto di recesso del socio nel caso di delibere che abbiano modificato i diritti di voto o di partecipazione nel caso in cui questi non vi abbia concorso. Il Tribunale di Venezia, nell'arresto in commento, aderisce ad un'interpretazione restrittiva della disposizione in esame, sulla scorta del seguente itinerario argomentativo. Da un lato si è affermato (richiamando Cass. 13875/2017, ma sul punto si registrano opinioni dottrinali contrastanti) che i diritti partecipativi a cui la norma fa riferimento possano essere solo quelli di contenuto e natura patrimoniale. Se, infatti, all'interno di essi fossero ricompresi anche diritti di natura amministrativa, allora verrebbe meno il senso della disgiunzione presente nel dettato legislativo ("diritti di voto o di partecipazione"). Dall'altro lato, eventuali modifiche alla facoltà di delega non possono nemmeno essere idonee ad incidere sui diritti di voto: anche questa nozione, dunque, deve essere intesa in senso restrittivo, onde evitare la proliferazione di un numero indeterminato di possibili casi in cui si potrebbe verificare il diritto di recesso, situazione evidentemente pregiudizievole dell'esigenza di certezza funzionale al buon andamento della società, fatta salva ovviamente la previsione statutaria di ipotesi di recesso specifiche ed ulteriori rispetto a quelle positivamente disciplinate dalla legge.

2.6 Sul *discrimen* tra indicizzazione del *leasing* e contratto derivato

Con la pronuncia del 22 febbraio 2021 n. 4659, la Corte di Cassazione ha svolto alcune considerazioni sulle negoziazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati. In particolare, la Corte, con la pronuncia *de qua*, ha esaminato la fattispecie in cui due società stipulano un contratto di locazione finanziaria di un immobile in costruzione, contratto nel quale le parti inseriscono una clausola d'indicizzazione prevedendo che l'importo dei canoni da pagare di volta in volta fosse parametrato alla fluttuazione del cambio. Nell'alveo di tale vicenda, il Supremo Consesso ha statuito che **la clausola di indicizzazione al cambio di valuta straniera**, inserita in un contratto di leasing "in costruendo", **non integra uno strumento finanziario derivato**, essendo assimilabile solo finanziariamente, ma non pure giuridicamente, al "*domestic currency swap*" costituendo solo un meccanismo di adeguamento della prestazione pecuniaria privo di autonomia causale rispetto al negozio cui accede e non idoneo a circolare liberamente sul mercato.

2.7 La Corte di Cassazione sugli effetti della fusione

Con sentenza n. 21970 del 30 luglio 2021, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione si sono nuovamente espresse sulla natura e gli effetti giuridici della **fusione per incorporazione** e, in particolare, sugli effetti processuali della stessa. Al riguardo, si precisa che, mentre con ordinanza n. 2637 dell'8 febbraio 2006, la Corte aderiva alla teoria evolutivo-modificativa della società risultante dalla fusione – ovvero dell'identico soggetto giuridico – che, in virtù dell'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, manterrebbe la medesima identità, seppur in un nuovo assetto organizzativo; con il recente intervento, la Suprema Corte ha invece ribaltato il precedente orientamento, avallando la tesi dell'estinzione con effetti devolutivi-successori della fusione, per la quale la società incorporante estingue la società incorporanda. A livello giudiziale, ne consegue che: (i) **la società incorporata**, ormai cancellata dal Registro delle Imprese e priva di un'autonoma legittimazione processuale, **non potrà iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore**; al contrario, (ii) **l'incorporante**, quale effettiva titolare dei diritti originariamente facenti capo alla

incorporata ed erede della relativa legittimazione attiva e passiva, **potrà sia agire o proseguire un giudizio già in corso che subire le pretese altrui.**

3. Prassi

3.1 ASSONIME illustra il regolamento tassonomia

Con **Circolare n. 1/2022**, ASSONIME illustra il contenuto generale del c.d. **Regolamento Tassonomia** (Regolamento (UE) 2020/8525) sulle attività ecosostenibili ed analizza gli obiettivi informativi che gravano sulle imprese non finanziarie tenute a rendere la dichiarazione non finanziaria (DNF). In particolare, il Regolamento Tassonomia definisce i criteri per determinare se un'attività è ecosostenibile, individua gli obblighi in capo ai partecipanti ai mercati finanziari o gli emittenti in relazione ai prodotti finanziari o obbligazioni societarie resi disponibili come ecosostenibili e stabilisce le regole di trasparenza e di informativa applicabili a tali soggetti. Infine, ASSONIME si sofferma sull'analisi delle informazioni che le imprese soggette all'obbligo di pubblicare la DNF devono includere in tale documento, ossia su come e in che misura le attività dell'impresa sono associate ad attività economiche ecosostenibili.

3.2 Avviata la consultazione sul c.d. Listing Act dalla Commissione Europea

È stata avviata la **consultazione** da parte della Commissione Europea in relazione ad un documento di proposta di semplificazioni per **agevolare l'accesso al mercato dei capitali a favore delle PMI**. In particolare, tale consultazione interviene nell'ambito delle iniziative adottate per la creazione dell'unione dei mercati dei capitali e si pone l'obiettivo di garantire un rapido accesso al mercato. Al fine di raggiungere tale scopo, la Commissione Europea per semplificare l'accesso al mercato ha proposto uno snellimento a favore delle PMI delle procedure e degli adempimenti previsti dal Regolamento Prospetto, dalla MAR e dalla MiFid II. È fissata, salvo proroghe, all'**11 febbraio 2022** la scadenza per l'invio dei contributi.

4. Dottrina

4.1 L'aumento gratuito del capitale non proporzionale e non omogeneo

G. Genchi¹ indaga sulla configurabilità di **deroghe ai principi di proporzionalità e omogeneità** di cui agli artt. 2442, c. 2 e 2481-ter, c. 2 c.c. **nell'ipotesi di aumento gratuito del capitale sociale**. Tale operazione, la quale consiste nell'incremento nominale del capitale sociale attuato mediante imputazione a capitale di riserve e fondi disponibili, non comporta – di regola – alcun mutamento nella posizione giuridica dei soci. Ciononostante, l'autore prospetta **la derogabilità al principio di proporzionalità**, essendo questo funzionale alla tutela dell'interesse dei soci e non di interessi generali. Ne deriva che la società potrebbe deliberare una distribuzione non proporzionale, purché tale decisione sia assunta all'unanimità – come sostenuto anche dall'orientamento del Comitato Triveneto dei Notai – ovvero, qualora adottata dalla maggioranza della compagine sociale, purché vengano posti dei presidi a tutela dei soci minoritari. In particolare, si potrebbe porre un diritto di veto all'adozione della delibera in capo ai soci pregiudicati dall'assegnazione non proporzionale o, in alternativa,

¹ G. GENCHI, *L'aumento gratuito del capitale sociale non proporzionale e non omogeneo*, in *Notariato*, 2021, 4, 387.

garantire ai soci non consenzienti il diritto di recesso. Allo stesso modo, **l'autore ritiene derogabile il principio di omogeneità**, il quale presuppone il diritto in capo ad ogni socio di ottenere azioni della medesima specie di quelle di cui è titolare, purché la relativa delibera sia adottata all'unanimità, ovvero sia garantito il diritto di recesso ai non consenzienti. In ogni caso, secondo l'autore, non desta perplessità la delibera – assunta a maggioranza – avente ad oggetto un aumento gratuito non omogeneo qualora sia rispettato **il principio di parità di trattamento dei soci**.

4.2 L'impresa socialmente irresponsabile

L'articolo in commento² propone una rassegna di alcune pronunce, della giurisprudenza sia nazionale sia internazionale, in tema di **responsabilità sociale dell'impresa**. In particolare, nell'alveo della non agevole operazione ermeneutica volta a conciliare l'etica e il diritto, e così la responsabilità etico-sociale con quella più squisitamente giuridica, l'Autrice studia la casistica della *corporate social responsibility* nell'attuale quadro interpretativo. Vengono analizzate le **questioni di giurisdizione**, relative alla tutela degli interessi socialmente rilevanti, tra principio del c.d. *forum non conveniens* e ragioni di opportunità, e il frequente ricorso, nell'alveo delle questioni interpretative sopra indicate, al principio del *duty of care* (anche come limite alle modalità di esercizio dei poteri di direzione e controllo all'interno dei gruppi di società). Si passano, altresì, in rassegna i più recenti sviluppi della c.d. *Enterprise Liability Theory*, quale strumento di individuazione di **tecniche di responsabilizzazione dell'impresa**, proponendo anche precedenti giurisprudenziali che adoperano i "Codici Etici" delle imprese quale ulteriore canone di valutazione della responsabilità (e, correlativamente, irresponsabilità) sociale delle stesse.

4.3 Sulla natura dei rapporti finanziari tra soci e società

In un recente scritto, l'autore³ si sofferma sulla disciplina prevista, ai sensi dell'art. 2467 c.c. in materia di **finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata**, approfondendo la tematica relativa al loro rimborso. Il sopracitato art. 2467 c.c. garantisce alla società finanziata – in presenza di un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento – il potere di **postergare la scadenza dei finanziamenti** concessi dai soci, nel caso in cui il loro rimborso abbia scadenza antecedente rispetto a quella riferita a versamenti di terzi. L'Autore, in particolare, si inserisce nel dibattito relativo all'interpretazione estensiva dell'art. 2467 c.c., sostenendo la tesi già affermata da un recente orientamento giurisprudenziale (Cass. Civ. 20 giugno 2018, n.16291; Cass. Civ. 31 gennaio 2019, n.3017), che ammette l'applicazione analogica del succitato articolo anche per le società per azioni.

4.4 Il sindacato del giudice penale sulle scelte gestorie

In un recente contributo, R. Lugli⁴ sottopone ad analisi il delicato tema della **sindacabilità delle scelte gestorie** da parte del Giudice penale, partendo dal caso concreto del giudizio penale (per presunta bancarotta) cui sono stati tratti gli ex amministratori delegati del gruppo Alitalia. Prendendo le mosse dai criteri che conformano il ragionamento dell'interprete in materia di *business judgment rule*, in rapporto al dovere degli amministratori di società di capitali di "agire in modo informato", l'Autrice prende in esame la possibilità che di tali principi possa farsi applicazione anche nel caso in cui le scelte

² M. V. ZAMMITTI, *L'impresa socialmente irresponsabile: un primo itinerario di giurisprudenza, anche in prospettiva comparata*, in *Le Società*, 2021, 1018 ss.

³ V. SALAFIA, "Natura giuridica dei rapporti finanziari fra società di capitali e soci", in *Società*, 2021, 921 ss.

⁴ R. LUGLI, *Il sindacato del giudice penale sul merito delle scelte gestorie*, in *giurisprudenzapenale.it*.

imprenditoriali siano sottoposte alla valutazione del Giudice penale. Il contributo riporta, sia pure con qualche riflessione critica, la tesi al fine proposta dalla Cassazione, secondo cui la risposta al quesito suddetto debba essere negativa – consentendo, cioè, al Giudice penale anche il sindacato sulle scelte gestorie, tenuto conto della natura di reato di pericolo della bancarotta, sia pure entro il perimetro della “ponderata prospettazione”, da parte di chi ha realizzato l’atto o posto in essere la condotta dissipativa, delle possibili conseguenze e ricadute sul patrimonio della società, nella sua funzione di garanzia. Qualche critica, come detto, è espressa al riguardo dall’estensore del contributo in commento, tenuto conto delle oggettive difficoltà di applicare siffatti principi all’impresa in crisi e di determinare una certa aporia tra i canoni civilistici e quelli penalistici di valutazione della condotta dell’amministratore di società di capitali.

Contact Team

Giorgio Mariani

Head of Corporate and M&A Deloitte Legal

giomariani@deloitte.it

Prof. Michele Castellano

Senior Of Counsel Deloitte Legal

micastellano@deloitte.it

Gloria Visaggio

Senior Associate Deloitte Legal

gvisaggio@deloitte.it

Letizia Ummarino

Senior Associate Deloitte Legal

lummarino@deloitte.it

Deloitte. Legal

Deloitte refers to one or more of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee (“DTTL”), its network of member firms, and their related entities. DTTL and each of its member firms are legally separate and independent entities. DTTL (also referred to as “Deloitte Global”) does not provide services to clients. Please see www.deloitte.com/about for a more detailed description of DTTL and its member firms.

Deloitte Legal jeans the Legal pratiche of Deloitte Touche Tohmatsu Limited member firms or their affiliates that provide legal services. For legal and regulatory reasons, not all member firms provide legal services. In Italy the legal practice is named Deloitte Legal – Società tra Avvocati a Responsabilità Limitata.

This document contains general information only, which may not necessarily be comprehensive, true, accurate or up-to-date. The content of this document must not be regarded to as complete and by no means is it aimed at rendering any legal or professional advice or service. In this respect, we invite you to contact us for further enquiries before adopting any decision or action capable of affecting the finances or the business of any entity. Under no circumstance shall Deloitte Touche Tohmatsu Limited, its member firms or their related entities be held as liable for the damages suffered by third parties due to actions taken or omitted on the basis of this document, or due to inappropriate reliance however placed on it.