

INDICE - MODULO 1 - CONSULENZA SOCIETARIA

- Lezione 5: Nuovo codice della crisi d'impresa – implicazioni economico-aziendali
- Lezione 5 bis: Nuovo codice della crisi d'impresa – la regolamentazione
- Lezione 10 – Tipi e modelli societari e attività economiche
- Lezione 10 bis: Invalidità delle deliberazioni assembleari e consiliari nelle società di capitali, impugnativa del bilancio
- Lezione 15: Disciplina delle SpA: costituzione e conferimenti
- Lezione 15 bis: Disciplina delle Srl: costituzione, scelte statutarie, finanziamento soci
- Lezione 20: Gli elementi fondamentali del contratto ed i suoi vizi: nullità e annullabilità
- Lezione 20 bis: D.lgs. 101/2018 (regolamento UE 2016/679): ruolo, obblighi e responsabilità per professionisti in materia di privacy
- Lezione 30: Operazioni sul capitale, emissione di azioni, cessioni di partecipazioni, copertura di perdite
- Lezione 30 bis: I contratti bancari: nullità e annullabilità
- Lezione 40: le tipologie contrattuali di lavoro subordinato in Italia: dal lavoro tipico al lavoro atipico; tempo determinato; somministrazione di lavoro

ARGOMENTI NON TRATTATI

- Modelli di governance nelle grandi imprese
- Modelli di governance nelle PMI
- Il modello organizzativo della 231 come esempio di assetto organizzativo
- Il collegio sindacale e gli indicatori di precrisi
- Il falso in bilancio dal punto di vista economico-aziendale
- Contratto di affitto, di leasing e lease back

LEZIONE 5 - NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA – IMPLICAZIONI ECONOMICO-AZIENDALI – 04.02.2023

D.lgs. 14/2019 – CCI: ha inizialmente introdotto il Codice della Crisi e dell'Insolvenza, poi sospeso a causa della pandemia e successivamente modificato in via sostanziale. In data 15 luglio 2022 è entrato in vigore il CCI con le modifiche introdotte dal D.lgs. 83/2022 in attuazione della Direttiva Insolvency.

Le nuove regole si basano sulla:

- Ridefinizione del concetto di “crisi” con l’abrogazione di tutto il sistema degli indici e degli indicatori che costituivano il presupposto per l’attivazione delle misure di allerta, anch’esse abrogate
- Puntualizzazione di alcuni profili sul tema degli assetti organizzativi che gli amministratori devono istituire per la rilevazione tempestiva della crisi, collegata al nuovo istituto della “composizione negoziata” della crisi.

Definizione di crisi

- **Precedente definizione:** lo stato di difficoltà economico finanziario/lo squilibrio economico finanziario che rende probabile l’insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate
 - a. Indici di crisi volti a misurare la sostenibilità dei debiti per un periodo di 6 mesi e le prospettive di continuità aziendale per l’esercizio in corso (se inferiore a 6 mesi) e per i successivi 6 mesi.
 - b. Critica: non veniva declinata la gravità della situazione, l’inadeguatezza dei flussi di cassa a far fronte regolarmente (cosa vuol dire?) alle obbligazioni contratte (quali obbligazioni?) e l’orizzonte temporale (perché solo 6 mesi?) È un orizzonte molto breve, la situazione è di pre-insolvenza e non sufficiente a far fronte alle azioni di risanamento).
- **Art. 2 CCI:** lo stato del debitore che rende probabile l’insolvenza e che si manifesta con l’inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi 12 mesi.

È stata resa più generica la situazione di crisi, con la caratteristica di rendere probabile l’insolvenza tramite la mancata generazione di flussi prospettici. È stato allineato l’orizzonte temporale con i principi contabili nazionali e internazionali che permettono di redigere un bilancio in continuità (e non in liquidazione).

Continuità aziendale (OIC 11, IAS 1, ISA 570): Capacità dell’azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo ad un periodo di almeno 12 mesi dalla data di riferimento del bilancio.

Differenza tra principi contabili e CCI:

- La continuità aziendale considera elementi quantitativi e qualitativi, quali quelli di natura gestionale (indicatori finanziari – es. CCN negativo, indicatori gestionali – es. dimissione dei membri del CdA, altri indicatori – capitale ridotto sotto i limiti legali)
- La definizione di crisi fa riferimento principalmente a dati di natura quantitativa

Composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa

Nel momento in cui si manifesta una situazione di crisi, l'imprenditore o l'impresa deve verificare se è possibile avviare processi volti al mantenimento/conservazione dell'impresa (e non alla sua liquidazione). La composizione negoziata è il principale strumento previsto dal Codice per la risoluzione della crisi.

Art. 12 CCI: L'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. La nomina avviene con le modalità previste dal Codice.

I dottori commercialisti sono tra le altre figure che possono iscriversi nelle camere di commercio per la gestione della composizione negoziata della crisi.

Le procedure possono essere avviate in una situazione di precrisi ("rendono probabile ...").

- **Probabilità di crisi** (precrisi): squilibrio economico-finanziario e patrimoniale non tale da determinare la mancata copertura dei flussi di cassa prospettici delle obbligazioni dei successivi 12 mesi
- **Crisi:** squilibrio economico-finanziario o patrimoniale che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi 12 mesi
- **Insolvenza** (non modificata dal CCI): stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Modalità di intervento

- **Pre-crisi:**
 - a. Istituti di natura privatistica: ripianificazione delle fonti di finanziamento, ridefinizione dell'azione industriale, riassetto della governance
 - b. Accesso alla composizione negoziata
- **Crisi:** strumenti per il superamento della crisi: composizione negoziata, piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, concordato preventivo

Dottrina economico-aziendalistica

- Momenti essenziali: declino (Incubazione; maturazione), crisi (gravi ripercussioni sui flussi finanziari e sulla fiducia; conseguenze sugli stakeholder)
- Manifestazioni: Squilibrio economico-finanziario/Decadenza (Perdite economiche di utile e valore) -> carenza di cassa, perdita di credito e fiducia, perdita rilevante o totale di valore, rischio sopravvivenza -> insolvenza -> dissesto.

Il codice della crisi distingue la situazione di crisi da quella di precrisi (o declino).

Gli "adeguati" assetti organizzativi, amministrativi e contabili

Il CCI ha completato l'art. 2086 CC.

Art. 2086 CC: "Gestione dell'impresa": l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori. L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, al dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della

perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

Il contenuto di questo obbligo si definisce attraverso il ricorso a clausole generali, "Dovere specifico a contenuto indeterminato o aperto" – Assonime (2019-2022)

È necessario determinare quando un aspetto organizzativo, amministrativo e contabile è adeguato, all'interno di una situazione contingente di una specifica impresa.

L'azienda è un sistema di forze economiche che agiscono in un dato ambiente per il raggiungimento di un determinato fine. L'economia aziendale ha ad oggetto l'amministrazione economica delle aziende:

- Organizzazione: sistema organizzativo
- Gestione: scelte gestionali
- Rilevazione: contabilità analitica, gestionale e finanziaria

Per assetto organizzativo, amministrativo e contabile deve intendersi il sistema di disposizioni, procedure e prassi operative idonee a garantire che la gestione dell'impresa si sviluppi, nel rispetto delle condizioni di equilibrio del sistema aziendale, in funzione del raggiungimento degli obiettivi definiti dai responsabili dell'attività di governance, in conformità a quanto previsto da leggi, regolamenti e disposizioni statutarie.

- **Assetto organizzativo:** attiene alle modalità di organizzazione del disegno imprenditoriale visto nel suo complesso ed include al suo interno:
 - a. La configurazione della corporate governance aziendale e quindi la definizione delle modalità di articolazione e funzionamento degli organi di amministrazione e di controllo
 - b. La configurazione delle variabili organizzative, intese come struttura organizzativa e sistemi operativi
- **Assetto amministrativo:** include le parti dei sistemi operativi che consentono di verificare le performance economico finanziarie dell'impresa. Può essere definito come il sistema di disposizioni, procedure e prassi operative adottate dall'impresa che consentono di verificare la sussistenza delle condizioni di equilibrio del sistema aziendale mediante il confronto sistematico fra gli obiettivi perseguiti e i risultati conseguiti (sistema di pianificazione e controllo, sistemi informativi aziendali)
- **Assetto contabile:** sistema di rilevazioni dei fatti aziendali finalizzato alla rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aziendale in coerenza con il framework normativo (tra cui i principi contabili) di riferimento.

Art. 3 CCI (comma 3): Informazioni minime che gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili devono produrre:

- rilevare squilibri di carattere economico-finanziario e patrimoniale
- verificare la sostenibilità dei debiti e la continuità aziendale (going concern) tramite i segnali di previsione legati ad una serie di inadempimenti (**Art. 3 CCI comma 4**):
 - a. debiti per retribuzioni scaduti (>30gg) e > ½ totale retribuzioni mensili
 - b. debiti verso fornitori (>90gg) > debiti non scaduti
 - c. esposizioni finanziarie scadute (>60gg) o con superamento dei limiti degli affidamenti (>60gg) se > 5% del totale delle esposizioni
 - d. esposizioni debitorie verso determinati istituti pubblici (es. Agenzia delle Entrate, ... - > comunicato via PEC dall'istituto)

- ricavare le informazioni per applicare la checklist – test pratico

Secondo la dottrina un'impresa è in equilibrio quando rispetta contemporaneamente una serie di condizioni:

- capacità di generare ricavi in grado di remunerare tutti i costi (equilibrio economico)
- capacità di generare e ottenere entrate monetarie per far fronte alle uscite monetarie a cui è tenuta (equilibrio monetario e finanziario)
- adeguatezza/coerenza tra investimenti e fonti di finanziamento, per natura, composizione e scadenza attesa (equilibrio patrimoniale)

Art. 13 CCI (comma 2): sulla piattaforma attivata presso la camera di commercio è disponibile:

- una lista di controllo particolareggiata (checklist per la redazione del piano), adeguata anche alle esigenze delle PMI, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento
- un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento
- un protocollo di conduzione della composizione negoziata

I piani di risanamento: check list e logiche di redazione

Test pratico (Debito/FCF): Il test è volto a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento. Utilizza il rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al servizio del debito.

Da un'indicazione in via preliminare sulle difficoltà che un imprenditore deve affrontare per attivare la composizione negoziata e perseguire il risanamento.

Si basa su aspettative di flussi di cassa generabili dall'impresa (dati di flusso a regime):

- andamento a breve - corrente, anche basati su dati storici
- derivate dall'esito delle iniziative industriali in corso di attuazione o che l'imprenditore intende adottare.

Debito: debito scaduto, debito riscadenzato o oggetto di moratorie, linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo, rate di mutui e finanziamenti in scadenza nei successivi 2 anni, investimenti relativi alle iniziative industriali che si intendono adottare, ammontare delle risorse ritraibili dalla dismissione di cespiti, nuovi conferimenti e finanziamenti, anche postergati, stima dell'eventuale margine operativo netto negativo nel primo anno, comprensivo dei componenti non ricorrenti.

FCF: stima del margine operativo lordo (EBITDA) prospettico normalizzato prima delle componenti non ricorrenti a regime, investimenti di mantenimento a regime, imposte sul reddito annue che dovranno essere assolte

Se l'impresa è prospetticamente in equilibrio economico e cioè presenta a decorrere almeno dal secondo anno flussi annui superiori a zero e destinati a replicarsi nel tempo, il grado di difficoltà del risanamento è determinato dal rapporto tra debito che deve essere ristrutturato e ammontare annuo dei flussi al servizio del debito. Il rapporto da un'indicazione sul:

- numero degli anni per estinguere la posizione debitoria
- volume delle esposizioni debitorie che necessitano di ristrutturazione
- entità degli eventuali stralci del debito o conversione in equity

Se l'indicatore è:

- ≤ 1 : difficoltà contenute
- >1 e ≤ 2 : l'andamento corrente dell'impresa può essere sufficiente ad individuare il percorso di risanamento
- >2 e ≤ 4 : il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esistenza delle iniziative industriali che si intendono adottare
- >4 e ≤ 6 : la presenza di un margine operativo lordo non è sufficiente a consentire il risanamento dell'impresa e può rendersi necessaria la cessione dell'azienda
- >6 : l'impresa si presenta in disequilibrio economico e a regime, si rendono necessarie iniziative in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa (es. interventi sui processi produttivi, modifiche del modello di business, cessioni o cessazione di rami, ...)

Se i flussi al servizio del debito generati dalla gestione sono sufficienti a consentire la sostenibilità, la formulazione delle proposte ai creditori può essere effettuata sulla sola base dell'andamento corrente e la redazione del piano d'impresa assume minore rilevanza

Nel caso in cui il risanamento dipenda dall'efficacia e dall'esistenza delle iniziative industriali assume maggiore rilevanza il piano d'impresa per il quale nella checklist sono state recepite le migliori pratiche di redazione dei piani, ferma la necessità che l'esperto nell'esaminare il piano tenga sempre conto di tutte le variabili che vi incidono.

Se la continuità aziendale può essere perseguita solo in via indiretta, occorre stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità del risanamento.

Requisiti per la redazione del piano:

- Requisiti minimi organizzativi
- Situazione patrimoniale aggiornata
- Individuazione della situazione in cui versa l'impresa e delle sue cause
- La strategia di intervento deve consentire di rimuovere le difficoltà in essere (deve essere quantitativa)
- Confronto del debito esistente con i flussi finanziari derivanti dalla gestione aziendale
- Nel caso di gruppo di imprese è necessario tenere conto delle reciproche interdipendenze tra le imprese

LEZIONE 5 BIS – NUOVO CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA – LA REGOLAMENTAZIONE – 04.02.2023

Evoluzione normativa

- Abrogazione della legge fallimentare del 42. Applicazione ai soli procedimenti pendenti.
- Abrogazione della legge sul sovraindebitamento.
- Il Codice della Crisi d’impresa regola pressoché tutti i casi di crisi e insolvenza con applicazione all’imprenditore commerciale, agricolo, piccola impresa, professionista e consumatore. Introduce anche nuove norme per le società e per i gruppi di impresa.

Composizione del CCI (391 articoli):

- 1 parte: dedicata al Codice della Crisi e dell’insolvenza
- 2 parte: modifiche al Codice Civile
- 3 parte: garanzie per gli acquirenti di immobili da costruire
- 4 parte: disposizioni transitorie e finali

Focus del CCI:

- recupero dell’attività di impresa con continuità del complesso aziendale dato che è inteso come produttore di ricchezza. In alternativa: espulsione *“della società che non funziona”* (cosa che già la legge fallimentare faceva).
- attività di anticipazione della crisi (prima la si individua, più facile è curarla).

Critiche:

- L’imprenditore deve percepire la presenza di una crisi. L’adeguatezza degli assetti organizzativi, contabili e amministrativi è obbligatoria ma spesso l’imprenditore, specialmente in PMI senza organo di controllo, manca di queste conoscenze – *“fatto culturale”* (l’imprenditore è *“lasciato a se stesso”*).
- La composizione negoziata imbriglia questa procedura e si applica indistintamente a tutti gli imprenditori.
- Forse troppe procedure.

Il codice affianca alla composizione negoziata tutti gli strumenti già previsti dalla previgente legge fallimentare (secondo pilastro): accordi di esecuzioni di piani di risanamento, convenzioni di moratoria, accordi di ristrutturazione dei debiti, concordato preventivo. Viene modificato parzialmente il contenuto e vengono aggiunti: il piano di ristrutturazione omologato, gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa ed agevolati (per favorire la continuità aziendale).

Gli strumenti per la liquidazione (*“fresh start”*) vogliono eliminare il disvalore del *“fallimento”* e aumentare l’efficienza delle procedure. Si parla dell’*“imprenditore onesto ma sfortunato”*. La crisi viene vista dal legislatore europeo come un plusvalore.

È previsto un procedimento unitario: sotto la previgente legge fallimentare ogni procedura era specifica, ora si vuole evitare ciò che accadeva in passato (sovrapposizione tra procedure) con privilegio delle procedure alternative alla liquidazione giudiziale (considerata come l’ultima spiaggia). Se contro un imprenditore viene presentata istanza di liquidazione giudiziale ma nell’immediato l’imprenditore propone una procedura di risoluzione della crisi alternativa, la procedura di liquidazione va in *“stand by”* fino a quando non viene esaurita la procedura alternativa.

Soggetti e doveri tra le parti

- Soggetti: professionista, consumatore, impresa commerciale, artigiana e agricola, impresa esercitata in forma collettiva, gruppi di impresa
- Esclusi: stato ed enti pubblici

Il sacrificio subito dai creditori è maggiore data la volontà di salvare la continuità aziendale. Non si fa più riferimento al *“miglior soddisfacimento dei creditori rispetto ad ogni alternativa perseguibile”* ma all’*“assenza di pregiudizio rispetto all’alternativa liquidatoria”*.

Dimensioni dell’impresa: sostanzialmente non cambia nulla, è confermato il parametro dell’impresa minore rispetto all’*“impresa non minore”*: quell’impresa che nei 3 esercizi precedenti (o nel periodo minore se costituita da meno di 3 esercizi):

- Attivo patrimoniale \leq 300k
- Ricavi \leq 200k (in qualunque modo essi risultano -> anche in nero)
- Debiti anche non scaduti \leq 500k

L’impresa minore può accedere al concordato minore (disciplinato nell’ambito delle procedure di composizione negoziata della crisi dal sovraindebitamento) e alla liquidazione controllata del sovra indebitato. Può accedere in ogni caso alla composizione negoziata della crisi e gli accordi in esecuzione del piano attestato di risanamento.

L’impresa non minore (che supera almeno uno dei 3 parametri in almeno 1 anno) può accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Concordato preventivo e il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione sono riservati all’impresa commerciale. A quest’ultima è riservata anche la liquidazione giudiziale.

Art. 4 CCI (comma 1): Nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l’accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza.

Oltre a questo dovere di ordine generale (buona fede e correttezza), gravano sull’imprenditore:

- Obbligo di informazione ai creditori sulla situazione generale dell’impresa: non si possono nascondere le informazioni (primo ostacolo di natura culturale)
 - o Le informazioni devono essere complete, veritiere, trasparenti
 - o Deve essere redatto e completato il bilancio
 - o Le informazioni devono essere appropriate rispetto alle trattative avviate (valutazione di carattere funzionale)
- Obbligo di tempestiva adozione di misure idonee a rilevare la crisi e assumere tempestive iniziative per il superamento. L’obbligo è già previsto dall’art. 2086 cc (assetto organizzativo amministrativo e contabili)
- Obbligo di gestione del patrimonio dell’impresa nell’interesse dei creditori durante i procedimenti previsti dal codice diversi dalla composizione negoziata
 - o Crisi conclamata: non nell’interesse dell’imprenditore
 - o In funzione della procedura: nel concordato preventivo, ad esempio, l’alea connessa al mancato successo della ristrutturazione, non si scontra con l’obbligo di soddisfacimento dei creditori rispetto all’alternativa liquidatoria
 - o Nella composizione negoziata *“senza pregiudicare gli interessi dei creditori”*, non si parla del *“prioritario interesse dei creditori”*: è una fase prodromica (precrisi)

Art. 120 bis CCI: disciplina unitaria per tutte le società (di capitali e persone): competenza esclusiva degli amministratori all'accesso ad uno degli strumenti previsti dal codice e alla determinazione del contenuto della proposta ai creditori e del relativo piano (l'obbligo di attivazione tempestiva grava sugli amministratori). Si toglie potere interdittivo ai soci: inderogabilità della competenza esclusiva, non è possibile derogare con previsione statutaria.

Dalla deliberazione di accesso allo strumento sino alla sua omologazione, è necessaria la giusta causa per la revoca degli amministratori. La revoca altrimenti è inefficace. La presentazione di una procedura di risoluzione della crisi non è giusta causa (se sussistono i requisiti). L'eventuale revoca è oggetto di intervento del tribunale, come per i sindaci.

Obbligo di informazione in capo agli amministratori nei confronti dei soci riguardo alle decisioni prese. Tra queste troviamo l'iscrizione del verbale di accesso alla procedura in registro imprese.

Comportamento a cui i creditori devono conformarsi

- Doveri di riservatezza e leale e tempestiva collaborazione: il giudice può tenere conto del "*no immotivato*" se la procedura termina con un "*nulla di fatto*" e il creditore accede alla liquidazione giudiziale.

Lavoratori: è previsto l'obbligo della consultazione sindacale che deve essere attivato dall'imprenditore (**art. 4 CCI, comma 3**). Sono previste ulteriori tutele che variano in base alla procedura (es. concordato in continuità: priorità nel soddisfacimento, tutela dei diritti pensionistici, limite della moratoria ai 6 mesi per i diritti dei lavoratori dipendenti assistiti da privilegio generale, autorizzazione dal tribunale al pagamento delle retribuzioni per i dipendenti per i quali è prevista la continuazione).

Ruolo dei soci (novità del CCI)

Secondo la previgente normativa, data la natura di creditori postergati, venivano nella pratica esclusi dal concorso nelle procedure per incapienza del patrimonio e non avevano diritto di voto sul piano. Oggi, per evitare che i soci si "*mettessero di traverso*":

- l'inizio di un percorso di risanamento è attribuito agli amministratori
- i soci sono collocati in una classe di creditori e possono ricevere una percentuale del valore derivante dalla continuità aziendale (regola della priorità relativa)
 - o il classamento dei soci è sempre previsto se la società fa ricorso al mercato del capitale di rischio, meramente facoltativo nel caso di società chiusa. All'interno di ciascuna classe il creditore ha diritto di voto in base alla quota di capitale posseduta anteriormente alla presentazione della domanda, indipendentemente dai diritti di voto riconosciuti in assemblea. La mancata espressione del voto (a differenza dei creditori) vale come silenzio assenso.
 - o In presenza di classi di creditori dissenzienti, l'omologazione del concordato potrà realizzarsi solo se è rispettata nei loro confronti la regola della priorità relativa: il trattamento proposto alle classi dissenzienti deve essere almeno favorevole alle classi del medesimo rango e almeno più favorevole rispetto a quelle di rango inferiore (**Art. 120 quater CCI**).

Il piano redatto dagli amministratori è di loro competenza esclusiva e può prevedere qualsiasi modificazione dello statuto (compresi aumenti di capitale o diminuzioni, anche con esclusione del diritto di opzione, fusioni, scissioni) se finalizzati a "*salvare l'impresa*".

Art. 120 quinquies CCI (comma 3): Le modificazioni della compagine sociale conseguenti all'esecuzione di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza non costituiscono causa di risoluzione o di modificazione di contratti stipulati dalla società. Sono inefficaci eventuali patti contrari.

I contratti per i quali la figura del socio è determinante (es. finanzia la tua società perché conosco te come socio) non possono essere modificati o fatti venire meno. Gli amministratori possono quindi spingersi all'estremo prevedendo una nuova compagine sociale con il mantenimento dei contratti ritenuti essenziali.

Gruppi di imprese

La vecchia legge fallimentare non li prevedeva. Quando si doveva fare un concordato preventivo di gruppo, era necessario farne *"tanti piccoli e coordinati"*. Il legislatore prende atto dell'esistenza del gruppo di società (concetto di direzione e coordinamento – **art. 2497 cc**) e del plusvalore da questo generato. Sono previste regole per fornire un coordinamento procedimentale.

Esdebitazione

Liberazione dei debiti residui in caso di liquidazione (**art. 278 e seguenti del CCI**)

È stato uno degli istituti maggiormente modificati dal CCI (vedi *"fresh start"*). L'esdebitazione è prevista indifferentemente per le persone fisiche e per le società (novità).

Art. 278 CCI (comma 1): L'esdebitazione consiste nella liberazione dai debiti e comporta l'inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata. Con l'esdebitazione vengono meno le cause di ineleggibilità e di decadenza collegate all'apertura della liquidazione giudiziale.

L'esdebitazione opera di diritto nei 3 anni o in un periodo inferiore se la procedura si chiude prima alle seguenti condizioni (**art. 280 CCI**):

- Comportamento virtuoso del debitore (non ha nascosto nulla, ha collaborato, è propositivo)
- Non condannato a sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta
- Non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti
- Non abbia ostacolato o rallentato lo svolgimento della procedura
- Non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni precedenti la scadenza del termine per l'esdebitazione
- Non abbia beneficiato dell'esdebitazione per due volte

Il consumatore incapiente è meritevole per una sola volta. Può essere completamente esdebitato senza dare nulla in cambio. Se nei 4 anni successivi però sopraggiungono utilità di una certa consistenza, è tenuto a corrispondere tali utilità ai debitori.

LEZIONE 10 BIS – INVALIDITA' DELLE DELIBERAZIONI ASSEMBLEARI E CONSILIARI NELLE SOCIETA' DI CAPITALI. IMPUGNATIVA DEL BILANCIO – 11.02.2023

Invalidità delle deliberazioni: non conformità alla legge (Codice civile) o allo statuto della società rispetto al procedimento di formazione o al suo contenuto.

Sulla base della tipologia di violazione, i soggetti legittimati a far valere l'invalidità sono differenti. La legge può considerare irrilevante l'invalidità della delibera (nessuna conseguenza riguardo la delibera e/o responsabilità del soggetto che ha deliberato).

Rispetto ad enti diversi dalla società, come la comunione, il condominio, il paradigma normativo è quello delle SpA: **art. 2377 cc** e successivi. **L'art. 2373 cc** nel disciplinare la fattispecie del conflitto di interesse del socio parla di un caso di invalidità: l'invalidità determina l'impugnabilità delle delibere invalide. La validità della delibera può essere portata all'attenzione del tribunale per ottenere un'eliminazione degli effetti che la delibera invalida potrebbe produrre. Una fattispecie di invalidità della delibera è quella di conflitto di interesse del socio.

Art. 2373 cc, primo comma: *la deliberazione [dell'assemblea] approvata con il voto determinante di coloro che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'art. 2377 cc qualora possa recarle danno.*

- **Prova di resistenza:** il voto del socio deve essere determinante (il voto del socio deve essere marginale per l'approvazione della delibera)
- **Interesse in conflitto:** il socio deve essere in conflitto di interessi
 - o la realizzazione di un interesse è incompatibile con la realizzazione/porta alla mancata realizzazione dell'altro
 - o l'interesse del socio in conflitto con l'interesse della società è personale o da realizzare per conto dei terzi
- **Danno potenziale:** la delibera deve essere idonea a recare un danno alla società (riduzione del patrimonio della società)

Art. 2373 cc, secondo comma: *gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità. I componenti del consiglio di gestione non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la nomina, la revoca o la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza.*

- **Divieto di voto:** il rischio che la delibera sia in conflitto è neutralizzato a monte. Non si va a verificare che il voto sia determinante o che ci sia un danno potenziale (evito che giudichi su sé stesso).

Che succede se la maggioranza abusa del proprio interesse per realizzare un interesse in conflitto con quello della società, ma non c'è danno al patrimonio? L'art. 2373 cc non può applicarsi (manca il danno), il comportamento abusivo però può essere sanzionato facendo ricorso al principio generale di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto sociale.

La delibera abusiva è quindi annullabile.

Es. deliberazione di un aumento di capitale sociale sapendo che il socio di minoranza non ha abbastanza capitale al fine di diluirlo. Non c'è danno al patrimonio della società, questo aumenta. Abuso del diritto, in contrasto con l'obbligo di comportarsi in buona fede. Questo può comportare l'annullamento della delibera abusiva.

Tipologie di invalidità delle delibere assembleari

Delibere nulle:

- Mancata convocazione dell'assemblea
- Mancanza del verbale
- Impossibilità o illiceità dell'oggetto

Delibere annullabili: il legislatore non esplicita le delibere annullabili, per esclusione sono tutte quelle delibere non in conformità alla legge non nulle.

Art. 2377, comma 5, cc: La deliberazione non può essere annullata:

- per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli **articoli 2368 e 2369**;
- per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta;
- per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, salvo che impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.

La norma elenca una serie di delibere non conformi alla legge o allo statuto che non sono annullabili. Questi casi non sono esempi di invalidità, sono casi di invalidità dove la delibera non è impugnabile (es. ho partecipato all'assemblea non essendo legittimato -> invalidità, ma la mia partecipazione non è determinante -> non impugnabilità).

Non sono casi di annullabilità. Il legislatore esemplifica dei casi di invalidità (contrarietà alla legge o allo statuto) dove la delibera "è salva" nel rispetto di certe condizioni. La categoria delle delibere annullabili non è chiusa. Ha come unica caratteristica comune la contrarietà alla legge e allo statuto.

Invalidità delle delibere assembleari - Annullabilità

Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità alla legge e dell'atto sostitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti. Se voglio eliminare questo effetto vincolante, devo invalidare la delibera tramite l'impugnazione.

Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impuginate:

- dai soci assenti, dissenzienti od astenuti (coloro che non hanno contribuito alla delibera);
- dagli amministratori;
- dal consiglio di sorveglianza (organo di controllo nel sistema dualistico) o dal collegio sindacale (organo di controllo del sistema tradizionale).

È possibile chiedere la sospensione degli effetti al giudice sino alla pronuncia definitiva dell'invalidità.

L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente:

- 1 per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio;
- 5 per cento nelle altre.

Lo statuto può ridurre o escludere questo requisito.

Se non posso procedere con l'impugnazione della delibera, posso ottenere il risarcimento del danno se l'assunzione di questa delibera ha comportato un danno al socio assente, dissenziente o astenuto.

La deliberazione non può essere annullata:

- Per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli **art. 2368 e 2369 cc** -> Perché devo coinvolgere un giudice quando ha votato qualcuno che non poteva votare e comunque la maggioranza è stata raggiunta?
- Per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta
- Per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, salvo che sia impedito l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione

L'impugnazione o la domanda di risarcimento del danno sono proposte nel termine di 90 giorni:

- dalla data della deliberazione o
- dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese se questa è soggetta ad iscrizione o
- dalla data del deposito presso l'ufficio del registro delle imprese se questa è soggetta a deposito.

L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

Si vuole vietare "*litigi, cause e ingolfamenti*" dei tribunali e nella gestione societaria.

L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto (prima della rilevazione del vizio). Restano salvi i diritti acquisiti dai terzi sulla base della deliberazione sostituita.

Invalidità delle delibere assembleari - Nullità

Accanto alle delibere annullabili (categoria residuale e aperta) la legge prevede tre fattispecie che determinano la nullità della delibera (categoria chiusa):

- mancata convocazione dell'assemblea;
- mancanza del verbale;
- impossibilità (es. approvazione di un bilancio del 2030 essendo nel 2023) o illiceità dell'oggetto della delibera (es. approvazione di un bilancio falso -> il contenuto è illecito essendo il bilancio falso).

Se l'assemblea è totalitaria non posso lamentarmi della mancata convocazione essendo presente, al massimo posso lamentarmi di non essere a conoscenza degli argomenti parte dell'ordine del giorno, quindi richiedere un rinvio dell'assemblea.

La deliberazione può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse (quindi anche un soggetto esterno alla società) entro 3 anni:

- dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o
- dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se la deliberazione non è soggetta né a iscrizione, né a deposito.

L'impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea.

L'invalidità della deliberazione per mancanza del verbale può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva. La deliberazione ha effetto dalla data in cui è stata presa, salvi i diritti dei terzi che in buona fede ignoravano la deliberazione.

Ci sono poi casi speciali di nullità con termini più breve o più lungo di quanto previsto dalla legge (3 anni):

- l'impugnativa per nullità dell'aumento di capitale, della riduzione del capitale ai sensi dell'**art. 2445 cc** o dell'emissione di obbligazioni non può essere proposta dopo che siano trascorsi 180 giorni (6 mesi) dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese, o nel caso di mancata convocazione, 90 giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la deliberazione è stata anche parzialmente eseguita -> si dà priorità all'effetto di stabilizzazione dal punto di vista organizzativo (es. diverso computo dei voti)
- Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'invalidità della deliberazione di aumento del capitale non può essere pronunciata dopo che a norma dell'**art. 2444 cc**, sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito. L'invalidità della deliberazione di riduzione del capitale ai sensi dell'**art. 2445 cc** o della deliberazione di emissione delle obbligazioni non può essere pronunciata dopo che la deliberazione sia stata anche parzialmente eseguita. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci e ai terzi.

Art. 2434-bis cc (impossibilità di impugnativa del bilancio precedente quando il bilancio successivo è stato approvato): *Le azioni previste dagli articoli 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo.*

La legittimazione ad impugnare la deliberazione di approvazione del bilancio su cui il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti ha emesso un giudizio privo di rilievi spetta a tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale.

Il bilancio dell'esercizio nel corso del quale viene dichiarata l'invalidità di cui al comma precedente tiene conto delle ragioni di questa.

Ogni bilancio è infatti collegato al precedente, posso impugnare il bilancio successivo facendo valere errori sulle poste del bilancio precedente, che hanno provocato errori nel bilancio successivo.

Invalidità delle delibere consiliari

Anche le delibere licenziate dall'organo di amministrazione che non sono in conformità con la legge o lo statuto possono essere impuginate. La legittimazione ad impugnare spetta solo al collegio sindacale (come organo) o agli amministratori assenti o dissenzienti nel termine di 90 giorni da quando la delibera è stata assunta con lo stesso procedimento di impugnazione applicabile per le delibere assembleari. Anche i soci possono impugnare le delibere consiliari ma solo quando queste siano lesive dei loro diritti.

Es. lo statuto della società prevede che il trasferimento delle partecipazioni è subordinato al gradimento del CdA rispetto al nuovo socio entrante solo quando questo non è residente in una data regione. Voglio trasferire ad un soggetto residente in questa regione. Illegittimamente il CdA mi nega il trasferimento con una delibera. Questa delibera è contraria allo statuto, il mio diritto è stato leso. Posso quindi impugnare la delibera.

Art. 2338 cc: *Per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione è necessaria la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti. Lo statuto può prevedere che la presenza alle riunioni del consiglio avvenga anche mediante mezzi di telecomunicazione.*

Le deliberazioni del consiglio di amministrazione sono prese a maggioranza assoluta dei presenti, salvo diversa disposizione dello statuto.

Il voto non può essere dato per rappresentanza.

Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data della deliberazione; si applica in quanto compatibile l'articolo 2378. Possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli articoli 2377 e 2378.

In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione delle deliberazioni.

LEZIONE 10 – TIPI E MODELLI SOCIETARI E ATTIVITA' ECONOMICHE – 11.02.2023

Definizioni

- Imprenditore: soggetto che svolge l'attività imprenditoriale e a cui fanno capo diritti e obblighi di natura patrimoniale (diritti di credito, responsabilità, ...)
- Impresa: attività economica svolta dall'imprenditore
- Azienda (**art. 2555 cc**): complesso di beni organizzato dall'imprenditore, strutturato funzionalmente per l'esercizio dell'impresa (apparato strumentale organizzato)
- Società: imprenditore collettivo (in contrapposizione all'imprenditore individuale, persona fisica). È il soggetto al quale sono imputabili gli effetti dello svolgimento dell'attività di impresa (sono imputabili diritti e obblighi).
- Ditta: il nome che l'impresa assume, che utilizza nel commercio
- Marchio: il nome che riconduce alcuni prodotti ad un imprenditore
- Insegna: il nome che identifica il locale commerciale

Individuare il soggetto è un'attività funzionale ad individuare il patrimonio responsabile di quell'operazione.

Perché una società?

- Per aumentare l'apporto di capitale (agevolare la raccolta di fonti di finanziamento): un insieme di soci possono mettere a disposizione un capitale maggiore rispetto al capitale del singolo
- Per limitare il rischio: se individuo un soggetto, individuo un patrimonio. Posso quindi separare il patrimonio della società dal patrimonio dell'imprenditore. Vado così a creare masse patrimoniali distinte in modo che ogni massa patrimoniale risponda "*della propria attività*".

Art. 2247 cc: *Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili.*

Nel tempo l'elemento della pluralità di soggetti, e quindi della moltiplicazione delle fonti di finanziamento, è diminuita in favore della limitazione del rischio. È quindi possibile ora creare società partecipate da un singolo socio (la società unipersonale non ha come primo scopo quello di accrescere le fonti di finanziamento). Tra il 2006 e il 2020, tutte le società di persone, ad eccezione delle società semplice, sono diminuite in favore delle società di capitali, in particolare quelle a responsabilità limitata.

Come scegliere?

Non esiste un ottimo a priori, ogni tipologia societaria presenta dei pro e dei contro.

È necessario valutare lo specifico progetto imprenditoriale e le esigenze dell'imprenditore o degli aderenti all'iniziativa economica (diverse valutazioni interdisciplinari).

La scelta non è sempre libera. Ci possono essere vincoli imposti dalla natura dell'attività (es. attività bancaria e assicurativa o impresa artigianale). Anche quando è libera, il nostro ordinamento offre all'operatore economico un elenco chiuso di alternative (**art. 2249 cc**):

- Impresa individuale
- Società di persone: società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice

- Società di capitali: società per azioni, società a responsabilità limitata, società in accomandita per azioni
- Società cooperative

Art. 2249 cc: *Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo.*

Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività diversa sono regolate dalle disposizioni sulla società semplice, a meno che i soci abbiano voluto costituire la società secondo uno degli altri tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo.

Sono salve le disposizioni riguardanti le società cooperative e quelle delle leggi speciali che per l'esercizio di particolari categorie di imprese prescrivono la costituzione della società secondo un determinato tipo.

Le società cooperative non hanno uno scopo lucrativo ma uno scopo mutualistico. Il vantaggio mutualistico può essere dato dalla concessione ai soci di condizioni più vantaggiose.

Le società sono tipiche, è presente un set finito di alternative. All'interno della casistica di società possiamo trovare diversi tipi di modelli (es. S.r.l. ordinaria vs S.r.l. semplificata).

Profili da esaminare

- Scopo da perseguire: lucrativo (società lucrativa) o mutualistico (cooperativa)
- Numero dei soggetti: uno o più di uno (società lucrativa), almeno 3/9 per società cooperative
- Natura dell'attività: commerciale, attività diversa, bancaria, ...
- Dimensioni dell'impresa: piccola-media impresa o grande
- Propensione al rischio degli aderenti: responsabilità personale
- Disponibilità di risorse da parte degli aderenti: capitale sociale minimo
- Personalizzazione delle partecipazioni e autonomia statutaria: quanto voglio che l'organizzazione interna della società sia fatta su misura? Quanto voglio che sia il legislatore a determinare il funzionamento della società?
- Finanziamento dell'attività di impresa: mezzi propri o di terzi
- Regime impositivo: diversa imposizione fiscale

Autonomia patrimoniale

La scelta è funzione della propensione al rischio.

Esistono società caratterizzate da:

- Autonomia patrimoniale perfetta: totale impermeabilità tra il patrimonio della società e quello dei soci
- Autonomia patrimoniale imperfetta: se il patrimonio della società non è sufficiente, i soci rispondono delle obbligazioni della società

Nelle società di persone l'autonomia patrimoniale è imperfetta (salvo alcune eccezioni per le società in accomandita semplice), nelle società di capitali l'autonomia patrimoniale è perfetta (salvo società in accomandita per azioni). I finanziatori possono chiedere delle garanzie personali ai soci in caso di capitale sociale contenuto.

Nella società in nome collettivo, la società risponde in primo luogo delle sue obbligazioni. Se il patrimonio di questa non fosse abbastanza capiente, i soci risponderebbero solidalmente (ogni socio può essere chiamato a pagare l'intero e deve rivalersi sugli altri soci) e illimitatamente (dell'intera

obbligazione). Questo principio nella società in nome collettivo è inderogabile e si applica alle società in accomandita semplice limitatamente ai soci accomandatari. La responsabilità patrimoniale dei soci accomandanti è limitata al conferimento effettuato.

La limitazione di responsabilità tipica delle società in accomandita semplice può essere applicata anche alle società semplici, con possibilità di deroga per i soci che non hanno agito in nome e per conto della società (soci non amministratori) alla responsabilità illimitata. Questo a patto che l'accordo che limita la responsabilità sia portato a conoscenza con mezzi idonee ai terzi.

Onerosità della scelta

Costi di accesso alla tipologia:

- Capitale sociale: è previsto un capitale sociale minimo?

Nelle società di persone non c'è un capitale minimo obbligatorio. Per le società per azioni è 50.000 euro, salvo limiti di capitale più alto per determinate attività (es. bancaria). Per le società a responsabilità limitata il capitale sociale minimo è pari a 10.000 euro, salvo che non si tratti di una S.r.l. semplificata dove il capitale iniziale può essere pari a 1 euro. Se la società è unipersonale di capitale, il socio deve versare l'intero capitale sociale sottoscritto. Nelle società pluripersonali i sono tenuti a versare solo il 25% del capitale sottoscritto.

- Formalità per la costituzione: è necessario l'atto pubblico?

Per le società di capitali è necessario l'atto pubblico, per le società di persone è sufficiente la scrittura privata autenticata per l'iscrizione in registro delle imprese.

- S.r.l. semplificate (**art. 2463-bis cc**): schema statutario standard e costi contenuti di costituzione. Possibilità di costituzione online (**Dir. UE 2019/1151**)

Costi di struttura:

- Organizzazione snella: assenza di particolari formalità da rispettare, flessibilità dei procedimenti decisionali
- Organizzazione complessa: pluralità di organi, procedimenti collegiali inderogabili

Una S.p.A. implica la nomina obbligatoria di un collegio sindacale e di un revisore legale. Con l'impresa individuale non ho costi di struttura. Più è complessa l'organizzazione più la struttura costa, d'altro canto, più proceduralizzata è l'organizzazione, più sicura è l'organizzazione.

Amministrazione della società e gestione dell'impresa

- Società semplici e Società in nome collettivo: ogni socio è amministratore (**Art. 2257 cc**) e quindi si assume la responsabilità della gestione.
- Società in accomandita semplice: l'amministrazione può essere conferita solo a soci accomandatari (**art. 2318, comma 2 cc**). Divieto di immistione per i soci accomandanti (**art. 2320**). Posso quindi decidere di escludere dei soci dalla amministrazione (non comportando quindi responsabilità per loro) avendo al contempo una struttura semplice
- Regimi: amministrazione disgiuntiva e congiuntiva (**art. 2257 e 2258 cc**).
- Società per azioni: struttura corporativa. Rigida ripartizione di competenze tra:
 - o organo assembleare (**art. 2363 e successivi cc**),
 - o organo amministrativo (**art. 2380-bis e successivi cc**)
 - o organo di controllo (**art. 2397 e successivi cc**).

Questi articoli fanno riferimento al sistema cosiddetto tradizionale

- Società a responsabilità limitata: possibilità di adottare sia “*modelli personalistici*” che “*modelli capitalistici*” (**art. 2475 cc**). Compartecipazione del socio alla gestione dell’impresa (vedi ad esempio il diritto di avocazione (**art. 2479, comma 1 cc**), diritto di controllo (**art. 2476, comma 2 cc**) gli eventuali diritti particolari attribuiti ai singoli soci (**art. 2468 cc**) e il regime di responsabilità (**art. 2476 comma 8**).

Con una S.r.l. intendo beneficiare della responsabilità limitata ma preferisco che i modelli organizzativi siano più semplificati con una struttura meno rigida. In una Srl posso attribuire diritti particolari ai singoli soci, non necessito di creare una separata categoria di azioni come invece nelle S.p.A. (che richiederebbe un’assemblea separata con un rappresentante di questi azionisti).

Autonomia statutaria (personalizzazione della partecipazione)

Nella SpA ho limiti esterni dati dalle norme di legge che non mi consentono di “*disegnare l’organizzazione interna a mio piacimento*” e “*superare certi limiti*”. Nella S.r.l. ho una grande autonomia statutaria e posso creare un’organizzazione più flessibile e adattabile alle esigenze del caso. Non essendo direzionato però rischio di più. Quando non funziona, ho maggiori problemi (problemi -> tribunale -> avvocato -> costi). Se ci sono più regole inderogabili, sono incanalato in processi regolati dalla legge, quindi con meno rischi di controversie.

Società a responsabilità limitata: rilevanza centrale del socio

- Grande autonomia statutaria
- Organizzazione societaria flessibile
- Diritti particolari del socio e categorie di quote

Società per azioni:

- Disciplina legale tendenzialmente inderogabile
- Categorie di azioni

Procedimenti decisionali: collegiali/referendari.

Circolazione delle partecipazioni

Devo inoltre decidere se le partecipazioni “*possono circolare*”. Voglio aprirmi a nuovi soci e al passaggio generazionale?

Nelle società di persone il regime legale prevede:

- Modifica dell’atto costitutivo all’unanimità (**art. 2252 cc**). La circolazione delle partecipazioni, costituendo modifica dell’atto costitutivo, richiede l’unanimità
- Morte del socio (trasferimento mortis causa): gli altri soci liquidano la quota agli eredi a meno che preferiscano sciogliere la società o continuarla con gli stessi eredi (**art. 2284 cc**)

Nelle società di capitali il regime legale prevede:

- Partecipazioni liberamente trasferibili: le azioni sono infatti destinate alla circolazione e liberamente trasferibili. Nelle S.p.A. posso limitare tramite un patto la circolazione delle azioni, ma questo patto può essere di durata massima di 5 anni. Nelle S.r.l. è possibile vietare la circolazione delle azioni.
- Regole particolari alle clausole limitative della circolazione: SpA (**art. 2355 e 2355-bis cc**), Srl (**art. 2469 cc**)

La cessione delle quote delle S.r.l. può essere effettuata, tra i vari intermediari, anche da un commercialista tramite la firma digitale (**art. 36, comma 1-bis D.lg. 112/2008**). Solo il notaio può trasferire le azioni di una S.p.A.

Finanziamento dell'impresa

Mezzi propri o mezzi di terzi? Non tutte le società possono ricorrere al mercato per finanziarsi: le S.p.A. possono emettere obbligazioni (titoli di massa), le Srl hanno limitata possibilità di accedere al finanziamento esterno (banche o intermediari finanziari – soggetti qualificati).

- Disciplina dei conferimenti: società di persone (**art. 2253 cc** e successivi), società di capitali, in particolare S.p.A. (**art. 2342 cc** e successivi)
- Ricorso al credito bancario
- Possibilità di ricorrere a obbligazioni (**art. 2410 cc** e successivi) e finanziamenti destinati per le S.p.A. (**art. 2447-decies cc**) e titoli di debito per le S.r.l. (**art. 2483 cc**)
- Possibilità di aprirsi al mercato anche per le S.r.l. PMI (**D.lg. 50/2017**): apertura della compagine sociale a soci finanziatori/investitori (vedi equity-crowdfunding)

Disciplina fiscale

Nelle società di persone vige il regime della trasparenza fiscale: gli utili prodotti dalla società sono attribuiti a ciascun socio in base alla partecipazione agli utili.

Nelle società di capitali si applica il regime IRES: determinazione del reddito d'impresa e tassazione IRES in capo alla società. Gli utili che vengono distribuiti sono tassati in capo ai soci al momento dell'effettiva percezione.

Si deve inoltre tenere conto della contabilità e degli adempimenti fiscali: nelle società di persone la contabilità è più semplificata e gli adempimenti fiscali più contenuti.

LEZIONE 15 – DISCIPLINA DELLE SPA: COSTITUZIONE E CONFERIMENTI – 18.02.2023

La società per azioni è regolata dagli **art. 2325 cc** e seguenti. È una società di capitale. Per le obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio. I soci non rispondono per i debiti sociali (**art. 2325 cc**).

Una società per azioni si costituisce:

- Mediante contratto: SpA con una pluralità di soci
- Mediante atto unilaterale: SpA a socio unico.

È necessario l'atto pubblico per entrambe le modalità di costituzione. Le differenze tra costituzione mediante contratto e atto unilaterale sono da attribuire a:

- Pubblicità: il terzo deve essere informato sin da subito che sta avendo a che fare con una SpA a socio unico. Questo deve essere menzionato sia negli atti che nel registro delle imprese
- Capitale sociale: l'intero capitale nelle SpA a socio unico deve essere versato immediatamente. Non è possibile procedere con il solo versamento del 25%, come per le SpA costituite mediante contratto

Società chiuse/società aperte/società quotate: non sono diversi tipi di SpA ma sottotipi di SpA. La normativa applicabile è sempre quella del codice civile, con alcune precisazioni:

- SpA chiusa: società per azioni tradizionale, con base azionaria normalmente abbastanza ristretta
- SpA aperta: società per azioni con una regolamentazione più stringente. Il legislatore aveva l'intento di creare una sottocategoria intermedia che potesse permettere di avviarsi alla quotazione. È scarsamente utilizzata.
- SpA quotata: in mercati regolamentati. Si applicano le norme di ordine generale previste dal codice civile e la normativa specifica prevista dal TUF

La SpA si costituisce per atto pubblico (atto del notaio -> il notaio garantisce la bontà dell'atto: rispondenza dell'atto a tutte le norme di legge) a pena di nullità. La costituzione con scrittura privata autenticata o scrittura semplice comporta la nullità nella costituzione.

Nella scrittura privata autenticata vi è solo l'autentica delle sottoscrizioni (possibile non solo dal notaio ma da qualsiasi pubblico ufficiale abilitato all'autentica delle firme, nel caso del notaio, il notaio svolge un controllo formale circa la non nullità dell'atto – il notaio non può sottoscrivere un atto nullo – e autentica le sottoscrizioni).

La denominazione sociale nelle società per azioni (nelle società di persone è definita ragione sociale) può essere composta in qualunque modo con l'inserimento nella denominazione "*società per azioni*" (o abbreviato SpA). Il capitale minimo deve corrispondere a Euro 50.000.

Art. 2328 cc (l'atto costitutivo): l'atto costitutivo, redatto per atto pubblico, deve contenere:

- **Identificazione:** *1) il cognome e il nome o la denominazione, la data e il luogo di nascita o lo Stato di costituzione, il domicilio o la sede, la cittadinanza dei soci e degli eventuali promotori, nonché il numero delle azioni assegnate a ciascuno di essi; 2) la denominazione [2414, n. 1] e il comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie; 3) l'attività che costituisce l'oggetto sociale [2361, 2369, 2414, n. 1, 2437, 2445, 2484, n. 2]; l'ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato;*
 - o Sede: specificato inizialmente come il comune in cui la società ha sede legale. Per sede legale si intende il luogo in cui opera il Consiglio di Amministrazione. È rilevante in

particolare per la materia concorsuale. Non ha a che vedere con la sede operativa. La via e il civico può essere specificata al registro imprese. La modifica della sede legale all'interno dello stesso comune non necessita di modifica dell'atto costitutivo.

- **Le azioni** (strumento finanziario – titolo di credito causale, la causa sottostante è il contratto di società che indica il capitale sociale sottoscritto): 5) *il numero e l'eventuale valore nominale delle azioni, le loro caratteristiche e le modalità di emissione e circolazione;* 6) *il valore attribuito ai crediti e beni conferiti in natura;* 7) *le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti;* 8) *i benefici eventualmente accordati ai promotori;*
 - Valore nominale: è possibile emettere azioni anche senza valore nominale
 - Conferimenti: in denaro e/o in beni in natura (es. crediti). A differenza delle Srl non sono ammessi rapporti di natura laburistica
 - Ripartizione degli utili: è possibile prevedere una diversa distribuzione degli utili che non deve necessariamente corrispondere alla porzione di capitale sociale sottoscritta
 - Benefici eventualmente accordati ai promotori: l'**art. 2340 cc** pone dei limiti ai promotori, indipendentemente dalla loro qualità di soci: possono avere loro attribuiti fino al 10% degli utili netti risultanti dal bilancio per un massimo di 5 anni e non possono stipulare a proprio vantaggio altro beneficio
- **Struttura di governo della società:** 9) *il sistema di amministrazione adottato, il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società;* 10) *il numero dei componenti il collegio sindacale;* 11) *la nomina dei primi amministratori e sindaci ovvero dei componenti del consiglio di sorveglianza e, quando previsto, del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti;*
 - Sistema di amministrazione: sistema tradizionale (CdA + assemblea + collegio sindacale), sistema dualistico o sistema monistico. Nel silenzio, si intende come sistema di amministrazione e controllo quello tradizionale
 - Il collegio sindacale nelle società chiuse è composto da 3 o 5 sindaci. È un sistema semi-rigido, a cui si aggiungono 2 sindaci supplementi. Nelle società quotate il numero di sindaci è rimesso alla discrezione dei soci fondatori (il numero di componenti del collegio sindacale varia in funzione della complessità).
- **Altro:** 12) *l'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società;* 13) *la durata della società ovvero, se la società è costituita a tempo indeterminato, il periodo di tempo, comunque non superiore ad un anno, decorso il quale il socio potrà recedere.*

La Spa è al contempo un contratto (di società) e un'organizzazione. Il contratto di società è quel contratto in virtù del quale due o più persone esercitano di comune accordo un'attività economica allo scopo di dividere gli utili. La SpA è un'organizzazione e necessita una regolamentazione interna disciplinata da norme imperative (non permettono una regolamentazione diversa rispetto a quella prevista dalla legge) a differenza della Srl e, a maggior ragione, delle società di persone.

Nelle SpA, in particolare nella sottocategoria delle quotate, si privilegia:

- La trasparenza della pubblicità
- La tutela delle minoranze

Condizioni per la costituzione

Art. 2329 cc: *Per procedere alla costituzione della società è necessario:*

- 1) *che sia sottoscritto per intero il capitale sociale;*
- 2) *che siano rispettate le previsioni degli articoli 2342 e 2343 e 2343 ter relative ai conferimenti;*

3) *che sussistano le autorizzazioni e le altre condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società, in relazione al suo particolare oggetto.*

Per capitale sottoscritto si intende la promessa al versamento: io socio fondatore prometto che doterò o farò dotare questa società per azioni per un capitale di X euro, in proporzione al capitale sociale sottoscritto. Questa promessa diviene vincolante alla redazione dell'atto costitutivo e dello statuto con l'atto notarile. Non è necessario procedere al versamento immediato, fatta eccezione per la SpA a socio unico.

Le previsioni degli articoli **2342, 2343 e 2343 ter cc** fanno riferimento alle previsioni circa i conferimenti in natura.

Se volessi esercitare una determinata attività regolamentata (es. attività bancaria o assicurativa), devo ottenere una preventiva autorizzazione concessa dall'autorità amministrativa (es. Banca d'Italia).

Deposito dell'atto costitutivo e pubblicità

Art. 2330 cc: *Il notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo deve depositarlo entro dieci giorni presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, allegando i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 2329.*

Se il notaio o gli amministratori non provvedono al deposito nel termine indicato nel comma precedente, ciascun socio può provvedervi a spese della società.

L'iscrizione della società nel registro delle imprese è richiesta contestualmente al deposito dell'atto costitutivo. L'ufficio del registro delle imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la società nel registro.

Se la società istituisce sedi secondarie, si applica l'articolo 2299.

Il notaio si occupa del deposito dell'atto costitutivo entro un termine di 10 giorni. Tra il deposito e l'iscrizione possono passare diversi giorni. Il conservatore del registro delle imprese deve effettuare solo un controllo formale, non effettua un controllo di legalità dato che questo è già stato fatto dal notaio. Dal deposito all'iscrizione gli amministratori non possono controllare nulla, non esistendo la pubblicità. All'iscrizione, la pubblicità è effettiva e la società acquisisce la personalità giuridica: nasce la società che così gode di autonomia patrimoniale perfetta. La SpA al momento della redazione dell'atto pubblico è una società costituenda, diviene società con l'acquisizione della personalità giuridica al momento dell'iscrizione.

Se non si provvede (inerzia di amministratori e notaio), ciascun socio ha l'onere di iscrivere la società.

Per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese (il nome della società è speso impropriamente non avendo ancora personalità giuridica), il soggetto che le ha compiute si assume la responsabilità e sottoscrive personalmente quelle obbligazioni (risponde solidalmente e illimitatamente verso i terzi). Già l'apertura del conto corrente per il versamento del capitale sociale iniziale è un atto fatto in nome e per conto della società.

Art. 2331 cc: *Con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica.*

Per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito. Sono altresì solidalmente e illimitatamente responsabili il socio unico fondatore e quelli tra i soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione.

Qualora successivamente all'iscrizione la società abbia approvato un'operazione prevista dal precedente comma, è responsabile anche la società ed essa è tenuta a rilevare coloro che hanno agito.

Le somme depositate a norma del secondo comma dell'articolo 2342 non possono essere consegnate agli amministratori se non provano l'avvenuta iscrizione della società nel registro. Se entro novanta giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo o dal rilascio delle autorizzazioni previste dal numero 3) dell'articolo 2329 l'iscrizione non ha avuto luogo, esse sono restituite ai sottoscrittori e l'atto costitutivo perde efficacia.

Prima dell'iscrizione nel registro è vietata l'emissione delle azioni ed esse, salvo l'offerta pubblica di sottoscrizione ai sensi dell'articolo 2333, non possono costituire oggetto di una offerta al pubblico di prodotti finanziari.

Ci sono due correnti di pensiero a livello giurisprudenziale circa la ratifica degli atti compiuti precedentemente all'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto costitutivo della società. Da un lato si pensa che gli amministratori non abbiano l'obbligo di ratifica di questi atti dato che questi possono ritenerli non funzionali alla società. Dall'altro si sostiene che, se questi atti sono atti prodromici e compiuti nell'interesse esclusivo della società, la società è obbligata a questa ratifica. Non c'è un principio consolidato, si parla di interpretazioni.

Il 25% o più depositato presso la banca è vincolato e non può essere smobilizzato se non si dimostra l'avvenuta iscrizione della società nel registro delle imprese. Se *"tutti hanno ripensato"* e l'atto non viene iscritto entro 90 giorni, le somme sono restituite ai sottoscrittori e l'atto costitutivo perde di efficacia. Non si tollera l'indecisione.

La nullità nella costituzione di una SpA

Se un contratto è nullo, si considera questo contratto come *"mai venuto ad esistenza"*. Le cause di nullità di una società per azioni (in deroga a quanto previsto nella disciplina generale dei contratti) sono limitate a situazioni del tutto residuali al fine di dare stabilità ai rapporti giuridici e al mercato. Questo perché la società ha già superato i controlli di legalità del notaio che ha redatto l'atto e il controllo formale del registro delle imprese.

La nullità non può essere pronunciata se si è posto rimedio, modificando/intervenendo/ratificando un contratto nullo. L'atto nullo rimane nullo sempre che qualcuno non vi ponga rimedio.

Art. 2332 cc: *Avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi:*

- 1) mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico;*
- 2) illiceità dell'oggetto sociale;*
- 3) mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale.*

La dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese.

I soci non sono liberati dall'obbligo di conferimento fino a quando non sono soddisfatti i creditori sociali.

La sentenza che dichiara la nullità nomina i liquidatori.

La nullità non può essere dichiarata quando la causa di essa è stata eliminata e di tale eliminazione è stata data pubblicità con iscrizione nel registro delle imprese.

Il dispositivo della sentenza che dichiara la nullità deve essere iscritto, a cura degli amministratori o dei liquidatori nominati ai sensi del quarto comma, nel registro delle imprese.

Dato che la società, nell'ipotesi di nullità, è stata iscritta nel registro delle imprese (con efficacia costitutiva), la pubblicità ha espletato i suoi effetti. I terzi non possono far valere la nullità della società al fine di rendere nulle le obbligazioni assunte dalla stessa. La dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia dopo l'iscrizione: gli atti sono pienamente efficaci. I soci non sono liberati dall'obbligo del conferimento sino al soddisfacimento dei creditori sociali. Se ho versato già il 25% devo quindi versare anche la parte restante per soddisfare i creditori, sino a concorrenza delle obbligazioni della società. Il residuo non deve essere necessariamente versato.

Modalità di costituzione della SpA

- Costituzione per pubblica sottoscrizione (poco utilizzata): ipotesi che il legislatore ha previsto immaginando una SpA che andava incontro al mercato non rivolgendosi solo al piccolo gruppo dei soci fondato. Si fa un programma cercando di ottenere delle adesioni.
- Costituzione simultanea

I conferimenti

Il capitale sociale è sottoscritto interamente, ma solo il 25% deve essere versato. I sottoscrittori arriveranno dal notaio con la contabile bancaria nel quale si evidenzia il versamento. Se non si provvede, il notaio non roga l'atto.

I conferimenti possono essere effettuati per denaro (se non disposto diversamente) o in natura. Il conferimento può avere anche ad oggetto il conferimento dell'uso per tempo determinato (es. concedo di utilizzare un immobile per x anni – applicazione le norme sulla locazione) o il conferimento pieno (trasferimento della proprietà). Il conferimento in natura deve essere fatto integralmente.

Art. 2342 cc: *Se nell'atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro.*

Alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato presso una banca almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare.

Per i conferimenti di beni in natura e di crediti si osservano le disposizioni degli articoli 2254 e 2255. Le azioni corrispondenti a tali conferimenti devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione.

Se viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati entro novanta giorni.

Non possono formare oggetto di conferimento le prestazioni di opera o di servizi.

Prestazioni di opera o di servizi non sono accettate a causa della incertezze relative alla loro valorizzazione (es. lavoro).

Conferimento di beni in natura

Quando un socio conferisce beni in natura o crediti (es. fabbricati, brevetti, marchi, ...), il valore del bene è determinato a seguito della nomina da parte del presidente del tribunale di un perito

indipendente che effettua una perizia di stima (effettività del capitale sociale: il valore del bene è almeno pari al capitale sociale che rappresenta, "*il valore del bene non è inferiore a X*").

È imposto l'obbligo, entro 180 giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese, agli amministratori, di verificare la congruità del valore periziato. Nell'ipotesi di uno scostamento negativo fino ad 1/5 (20%), non succede nulla. Altrimenti (scostamento negativo maggiore del 20%):

- è richiesto al socio conferente di versare il differenziale;
- il socio può impugnare il provvedimento e agire in giudizio;
- ottenere la restituzione del bene conferito (uno dei pochi scenari in cui è possibile riottenere il bene conferito), non la quota di liquidazione.

Art. 2343-ter: non è necessaria la perizia di cui sopra per il conferimento di beni in natura nel caso in cui questi siano già provvisti di una valutazione (es. titoli quotati, beni già valutati in bilancio al quale il revisore non ha opposto riserve, beni già oggetto di perizia).

LEZIONE 15 BIS – DISCIPLINA DELLE SRL: COSTITUZIONE, SCELTE STATUTARIE, FINANZIAMENTO SOCI – 18-02.2023

La Srl “*tradizionale*” è una società di capitali ed:

- è costituita tramite atto pubblico a pena di nullità;
- nasce con l’iscrizione nel registro delle imprese (come per le SpA) e dunque acquisisce autonomia patrimoniale perfetta e personalità giuridica.

la struttura normativa messa a disposizione dei soci, i quotisti, corrisponde metaforicamente ad un “*rotolo di tessuto*”. Ci sono poche norme imperative ed amplissima possibilità di costituire la società a propria immagine e somiglianza. Condivide molti aspetti con le società di persone (“*società a responsabilità limitata con natura personale*”). Nonostante questo, non è una società di persone: per le obbligazioni sociali risponde la sola società con il suo patrimonio.

Il capitale sociale è rappresentato da quote. Le quote sono dei beni immateriali. Hanno norme specifiche per il loro trasferimento. Le azioni sono dei titoli causali, circolano sottostando alla disciplina dei titoli di credito.

Elementi qualificanti

- Capitale sociale minimo di 10.000 euro, non rappresentabile da azioni
- Trasferibilità delle quote: a differenza delle azioni che sono liberamente trasferibili, i soci che lavorano nella società sono l’elemento centrale.

Le quote sono astrattamente liberamente trasferibili (anche mortis causa). Le quote non attribuiscono una responsabilità illimitata (a differenza delle società di persone). È possibile limitare la circolazione tramite l’atto costitutivo. A determinate condizioni è possibile prevedere il mero gradimento. Il legislatore pone un limite: se le clausole che pongono limiti al trasferimento delle quote sono così stringenti da non poter permettere più la vendita, è possibile esercitare il diritto di recesso. È una società di capitali, si agevola la circolazione di ricchezza.

- **Sottocategorie di Srl:** come per le SpA (chiuse, aperte o quotate), ci sono tre sottocategorie di Srl
 1. **Srl tradizionale:** capitale sociale di 10.000 euro da sottoscrivere, il 25% è da versare alla costituzione. Se unipersonale l’intero capitale sociale deve essere versato alla costituzione.
 2. **Srl a capitale ridotto:** capitale sociale tra 1 euro e 9.999 euro da versare in denaro (no conferimenti in natura) e per intero (no 25%) agli amministratori (no in banca). A riserva legale deve essere allocato il 20% (1/5) sino a quando il capitale sociale e la riserva legale non raggiungono gli Euro 10.000 euro. La riserva legale potrà essere utilizzata solo per imputazioni a capitale sino al raggiungimento dei 10.000 euro o a copertura di perdite.
 3. **Srl di natura semplificata:** negli atti e nella corrispondenza deve essere indicato che la società è semplificata. Il legislatore ha compresso massimamente i costi di costituzione prevedendo, inizialmente, la possibilità di costituire una Srl senza atto pubblico ma tramite la compilazione di un atto costitutivo predeterminato dal ministero dello sviluppo economico. Viene effettuata dagli amministratori un’auto-certificazione circa il rispetto di tutti i requisiti e un controllo di natura sia formale che sostanziale da parte del registro delle imprese. A seguito di impugnazioni del consiglio notarile (sentenza del consiglio di stato) è nuovamente richiesto l’atto

pubblico (seppur telematico), quindi l'intervento del notaio. È stata fatta una sanatoria per tutte le società iscritte senza atto pubblico.

Art. 2463 cc: *La società può essere costituita con contratto o con atto unilaterale.*

L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare:

- 1) *il cognome e il nome o la denominazione, la data e il luogo di nascita o lo Stato di costituzione, il domicilio o la sede, la cittadinanza di ciascun socio;*
- 2) *la denominazione, contenente l'indicazione di società a responsabilità limitata, e il comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie;*
- 3) *l'attività che costituisce l'oggetto sociale;*
- 4) *l'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro, sottoscritto e di quello versato;*
- 5) *i conferimenti di ciascun socio e il valore attribuito crediti e ai beni conferiti in natura;*
- 6) *la quota di partecipazione di ciascun socio;*
- 7) *le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione, la rappresentanza;*
- 8) *le persone cui è affidata l'amministrazione e l'eventuale soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti;*
- 9) *l'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società.*

Si applicano alla società a responsabilità limitata le disposizioni degli articoli 2329, 2330, 2331, 2332 e 2341.

L'ammontare del capitale può essere determinato in misura inferiore a euro diecimila, pari almeno a un euro. In tal caso i conferimenti devono farsi in denaro e devono essere versati per intero alle persone cui è affidata l'amministrazione.

La somma da dedurre dagli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato, per formare la riserva prevista dall'articolo 2430, deve essere almeno pari a un quinto degli stessi, fino a che la riserva non abbia raggiunto, unitamente al capitale, l'ammontare di diecimila euro. La riserva così formata può essere utilizzata solo per imputazione a capitale e per copertura di eventuali perdite. Essa deve essere reintegrata a norma del presente comma se viene diminuita per qualsiasi ragione.

- **Tipologie di capitale sociale:** il ragionamento del legislatore è stato quello di far in modo che la Srl venisse utilizzata come strumento per intraprendere nuove attività. Diversamente dalle SpA qualunque "cosa" (res: tutto ciò che può essere suscettibile di valutazione economica) può essere capitale sociale.

I conferimenti in natura devono essere accompagnati da una polizza bancaria che garantisca che quello che è stato valutato corrisponde al minimo del capitale sociale (es. prestazione lavorativa). Diversamente dalla SpA dove i conferimenti non sono garantiti da una polizza, è possibile conferire beni in natura tramite una perizia redatta da un soggetto iscritto all'albo dei revisori legali dei conti nominato dal socio conferente. Si applicano tutte le altre regole previste dalle SpA (es. valutazione degli amministratori del valore di stima - inferiore del 20%).

Se viene meno la pluralità dei soci, devono essere effettuati i conferimenti residui entro 90 giorni. La Srl diventa infatti unipersonale e necessita dell'intero conferimento del capitale sottoscritto.

Se il socio non esegue il conferimento, gli amministratori diffidano il socio moroso entro 30 giorni ad effettuare i conferimenti. Nelle SpA è prevista la pubblicazione della diffida nella gazzetta ufficiale. Gli amministratori, se il socio non adempie, possono vendere agli altri soci la quota. La vendita avviene a

“rischio e pericolo del socio”: l'amministratore tenta di vendere ma non è garantito che questo avvenga al di sopra del minimo del capitale sociale. Gli amministratori poi si possono rivolgere al mercato. Se non trovano nessuno, il socio moroso è escluso e il capitale viene proporzionalmente ridotto.

Il socio moroso non può partecipare alle decisioni sociali (regola generale).

Art. 2464 cc: *Il valore dei conferimenti non può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale.*

Possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica.

Se nell'atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro.

Alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato all'organo amministrativo nominato nell'atto costitutivo almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro e l'intero soprapprezzo, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare. I mezzi di pagamento sono indicati nell'atto. Il versamento può essere sostituito dalla stipula, per un importo almeno corrispondente, di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con le caratteristiche determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; in tal caso il socio può in ogni momento sostituire la polizza o la fideiussione con il versamento del corrispondente importo in danaro.

Per i conferimenti di beni in natura e di crediti si osservano le disposizioni degli articoli 2254 e 2255. Le quote corrispondenti a tali conferimenti devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione.

Il conferimento può anche avvenire mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con cui vengono garantiti, per l'intero valore ad essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio aventi per oggetto la prestazione d'opera o di servizi a favore della società. In tal caso, se l'atto costitutivo lo prevede, la polizza o la fideiussione possono essere sostituite dal socio con il versamento a titolo di cauzione del corrispondente importo in danaro presso la società.

Se viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati nei novanta giorni.

Trasferimento delle partecipazioni

La quota è un bene immateriale. Diversamente dall'azionista, che può essere titolare di un certo ammontare di azioni, il titolare di quote non può avere più quote. Se il titolare di una partecipazione in Srl acquista una quota da un altro socio, questo non diviene titolare di due quote. Aumenta la % della quota che lui detiene.

Per il trasferimento delle quote è necessario che l'atto abbia la forma della scrittura privata autenticata. Non è necessariamente richiesto l'atto di un notaio, è necessario un pubblico ufficiale. Il trasferimento è opponibile agli altri soci e alla società quando la scrittura privata è depositata nel registro delle imprese.

Art. 2470 cc: *Il trasferimento delle partecipazioni ha effetto di fronte alla società dal momento del deposito di cui al successivo comma.*

L'atto di trasferimento, con sottoscrizione autenticata, deve essere depositato entro trenta giorni, a cura del notaio autenticante, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale. In caso di trasferimento a causa di morte il deposito è effettuato a richiesta dell'erede o del legatario verso presentazione della documentazione richiesta per l'annotazione nel libro dei soci dei corrispondenti trasferimenti in materia di società per azioni.

Se la quota è alienata con successivi contratti a più persone, quella tra esse che per prima ha effettuato in buona fede l'iscrizione nel registro delle imprese è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore.

Quando l'intera partecipazione appartiene ad un solo socio o muta la persona dell'unico socio, gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese una dichiarazione contenente l'indicazione del cognome e nome o della denominazione, della data e del luogo di nascita o lo Stato di costituzione, del domicilio o della sede e cittadinanza dell'unico socio.

Quando si costituisce o ricostituisce la pluralità dei soci, gli amministratori ne devono depositare apposita dichiarazione per l'iscrizione nel registro delle imprese.

L'unico socio o colui che cessa di essere tale può provvedere alla pubblicità prevista nei commi precedenti.

Le dichiarazioni degli amministratori previste dai commi quarto e quinto devono essere depositate entro trenta giorni dall'avvenuta variazione della compagine sociale.

Nel caso in cui si trasferisce la quota a più cessionari, il soggetto che per primo in buona fede iscrive l'atto di compravendita della quota nel registro delle imprese è preferito agli altri. Non si segue l'ordine di acquisto, rileva il deposito per la trascrizione. È necessario quindi:

- essere arrivato per primo e trascrivere;
- essere in buona fede: elemento soggettivo, è presunta.

Il finanziamento e i titoli di debito

Nella Srl tradizionale, l'unico modo che la società ha per autofinanziarsi, senza chiedere finanziamenti ai soci o senza ricorrere al credito bancario, sono i titoli di debito. Sono stati regolati sulla falsariga delle obbligazioni delle SpA. Non sono obbligazioni dato che hanno una struttura completamente diversa.

I titoli di debito di Srl sono strumenti finanziari assimilabili alle obbligazioni ma a differenza delle obbligazioni di SpA non hanno un limite all'emissione.

Nelle SpA si possono emettere obbligazioni entro un certo limite, superabile nel rispetto di date condizioni. Nelle Srl non ci sono limiti perché la peculiarità dei titoli di debito è che possono essere sottoscritti solamente da investitori istituzionali sottoposti a vigilanza prudenziale (es. banche, SGR)

Questi soggetti professionisti necessitano di una minor protezione.

Se questi investitori istituzionali vogliono vendere i titoli sul mercato (quindi anche al piccolo risparmiatore), devono farsi garanti nel caso di default della società. Il vero interlocutore del piccolo risparmiatore resta l'istituto finanziario, non l'emittente del titolo di debito.

Il finanziamento dei soci

I soci, in alternativa al conferimento a titolo di capitale sociale, possono in via più snella procedere con un finanziamento alla società (contratto di mutuo con o senza interessi a termine). Il conferimento a titolo di capitale sociale sarà smobilizzabile solo con una riduzione del capitale sociale o tramite la liquidazione della società. Il finanziamento da parte dei soci solitamente presenta un termine.

Il problema si pone se *"le cose non sono così trasparenti e chiare"*. Nel caso in cui il finanziamento è concesso in un momento in cui sarebbe stato più opportuno aumentare il capitale sociale, il rimborso del finanziamento sarebbe postergato a quello degli altri creditori (vedi **art. 2467 cc** e **art. 164 CCII**).

Art. 2467 cc: *Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori.*

Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

Art. 164 CCII: 1. *Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o posteriormente, se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nei due anni anteriori.*

2. Sono privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore. Si applica l'articolo 2467, secondo comma, codice civile.

3. La disposizione di cui al comma 2 si applica anche al rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti.

Le Srl PMI

Alcuni benefici delle Startup innovative sono stati allargati a tutte le Srl di tipo “piccole-medie imprese” (oltre il 95% delle Srl italiane). La Direttiva 2003/161/CE qualifica come PMI una Srl con:

- < 250 dipendenti
- < 50 Milioni di fatturato o < 43 Milioni di attivo

Una Srl PMI che rientra in questi parametri può:

- Emettere categorie di quote, anche prive del diritto di voto, standardizzate e per investitori non intervenienti nella vita della società (per investitori non interessati alla governance ma al solo investimento)
- Offrire le partecipazioni al pubblico tramite portali (modifica al TUF) telematici dedicate alla compravendita - equity crowdfunding. È possibile usufruire di questi canali telematici con intermediari che possono intestarsi la quota tramite intestazione fiduciaria e provvedere al suo trasferimento (vedi **art. 100-ter TUF**).
- È possibile effettuare operazioni sulle proprie quote (in deroga all'**art. 2474 cc**) nel caso in cui queste operazioni siano compiute in attuazione di piani di incentivazione (es. una sorta di stock-option).

Art. 2474 cc: *In nessun caso la società può acquistare o accettare in garanzia partecipazioni proprie, ovvero accordare prestiti o fornire garanzia per il loro acquisto o la loro sottoscrizione.*

Art. 100-ter TUF: 1. *Le offerte al pubblico condotte attraverso uno o più portali per la raccolta di capitali possono avere ad oggetto soltanto la sottoscrizione di strumenti finanziari emessi dalle piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 61, comma 1, lettera h), dalle imprese sociali e dagli organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società di capitali che investono prevalentemente in piccole e medie imprese. Le offerte relative a strumenti finanziari emessi da piccole e medie imprese devono avere un corrispettivo totale inferiore a quello determinato dalla Consob ai sensi dell'articolo 100, comma 1, lettera c).*

1-bis. In deroga a quanto previsto dall'articolo 2468, primo comma, del codice civile, le quote di partecipazione in piccole e medie imprese costituite in forma di società a responsabilità limitata possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari, anche attraverso i portali per la raccolta di capitali, nei limiti previsti dal presente decreto.

1-ter. La sottoscrizione di obbligazioni o di titoli di debito è riservata, nei limiti stabiliti dal codice civile, agli investitori professionali e a particolari categorie di investitori eventualmente individuate dalla Consob ed è effettuata in una sezione del portale diversa da quella in cui si svolge la raccolta del capitale di rischio.

2. La Consob determina la disciplina applicabile alle offerte di cui al comma 1, al fine di assicurare la sottoscrizione da parte di investitori professionali o particolari categorie di investitori dalla stessa individuate di una quota degli strumenti finanziari offerti, quando l'offerta non sia riservata esclusivamente a clienti professionali, e di tutelare gli investitori diversi dai clienti professionali nel caso in cui i soci di controllo della piccola e media impresa o dell'impresa sociale cedano le proprie partecipazioni a terzi successivamente all'offerta.

2-bis. In alternativa a quanto stabilito dall'articolo 2470, secondo comma, del codice civile e dall'articolo 36, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, per la sottoscrizione e per la successiva alienazione di quote rappresentative del capitale di piccole e medie imprese e di imprese sociali costituite in forma di società a responsabilità limitata:

- a) la sottoscrizione può essere effettuata per il tramite di intermediari abilitati alla prestazione di uno o più dei servizi di investimento previsti dall'articolo 1, comma 5, lettere a), b), c), c-bis), ed e); gli intermediari abilitati effettuano la sottoscrizione delle quote in nome proprio e per conto dei sottoscrittori o degli acquirenti che abbiano aderito all'offerta tramite portale;*
- b) entro i trenta giorni successivi alla chiusura dell'offerta, gli intermediari abilitati depositano al registro delle imprese una certificazione attestante la loro titolarità di soci per conto di terzi, sopportandone il relativo costo; a tale fine, le condizioni di adesione pubblicate nel portale devono espressamente prevedere che l'adesione all'offerta, in caso di buon fine della stessa e qualora l'investitore decida di avvalersi del regime alternativo di cui al presente comma, comporta il contestuale e obbligatorio conferimento di mandato agli intermediari incaricati affinché i medesimi:
 - 1) effettuino l'intestazione delle quote in nome proprio e per conto dei sottoscrittori, tenendo adeguata evidenza dell'identità degli stessi e delle quote possedute;*
 - 2) rilascino, a richiesta del sottoscrittore o del successivo acquirente, una certificazione comprovante la titolarità delle quote; tale certificazione ha natura di puro titolo di legittimazione per l'esercizio dei diritti sociali, è nominativamente riferita al sottoscrittore, non è trasferibile, neppure in via temporanea né a qualsiasi titolo, a terzi e non costituisce valido strumento per il trasferimento della proprietà delle quote;*
 - 3) consentano ai sottoscrittori che ne facciano richiesta di alienare le quote secondo quanto previsto alla lettera c) del presente comma;*
 - 4) accordino ai sottoscrittori e ai successivi acquirenti la facoltà di richiedere, in ogni momento, l'intestazione diretta a se stessi delle quote di loro pertinenza;**
- c) l'alienazione delle quote da parte di un sottoscrittore o del successivo acquirente avviene mediante semplice annotazione del trasferimento nei registri tenuti dall'intermediario; la scritturazione e il trasferimento non comportano costi o oneri né per l'acquirente né per l'alienante; la successiva certificazione effettuata dall'intermediario, ai fini dell'esercizio dei*

diritti sociali, sostituisce ed esaurisce le formalità di cui all'articolo 2470, secondo comma, del codice civile.

2-ter. Il regime alternativo di trasferimento delle quote di cui al comma 2-bis deve essere chiaramente indicato nel portale, ove sono altresì predisposte apposite idonee modalità per consentire all'investitore di esercitare l'opzione ovvero indicare l'intenzione di applicare il regime ordinario di cui all'articolo 2470, secondo comma, del codice civile e all'articolo 36, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni.

2-quater. L'esecuzione di sottoscrizioni, acquisti e alienazioni di strumenti finanziari emessi da piccole e medie imprese e da imprese sociali ovvero di quote rappresentative del capitale delle medesime, effettuati secondo le modalità previste alle lettere b) e c) del comma 2-bis del presente articolo, non necessita della stipulazione di un contratto scritto. Ogni corrispettivo, spesa o onere gravante sul sottoscrittore, acquirente o alienante deve essere indicato nel portale dell'offerta, con separata e chiara evidenziazione delle condizioni praticate da ciascuno degli intermediari coinvolti, nonché in apposita sezione del sito internet di ciascun intermediario. In difetto, nulla è dovuto agli intermediari.

LEZIONE 20 – GLI ELEMENTI FONDAMENTALI DEL CONTRATTO ED I SUOI VIZI: NULLITA' E ANNULLABILITA' – 04.03.2023

Gli elementi essenziali del contratto

Art. 1325 cc: *“I requisiti del contratto sono:*

- 1) *l'accordo delle parti;*
- 2) *la causa;*
- 3) *l'oggetto;*
- 4) *la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.”*

Tutti questi elementi devono essere presenti in qualsiasi contratto, altrimenti il contratto è viziato e affetto da nullità. La nullità si può ricavare anche da altri elementi, oltre a quelli della mancanza dei requisiti essenziali. La disciplina civilistica e altre leggi speciali, per particolari tipologie di contratto, hanno introdotto altre fattispecie che determinano la sua nullità.

1. Accordo e causa (meritevole di tutela)

Definizione: nel nostro ordinamento giuridico vige il principio consensualistico: l'effetto traslativo lo si ha all'esito dell'espressione del consenso (accordo tra le parti – quando le parti esprimono la propria volontà).

Prelazione: possibilità concessa ad uno dei contraenti (prelazionario) di esercitare, tramite l'espressione della propria volontà, un diritto di preferenza. L'altra parte, definito oblato, dovrà semplicemente soggiacere al vincolo contrattuale.

Es: prelazione sull'immobile compravenduto o sulla quota di una Srl. Preferenza nella vendita al prelazionario rispetto a terzi.

Il vincolo contrattuale si ha nel momento in cui c'è espressione del consenso. Questi due momenti non sono coincidenti. Quando l'oblato decide di vendere la sua quota di Srl avrà manifestato la sua volontà. Solo in un momento successivo il prelazionario decide se esercitare o meno il diritto di prelazione. L'oblato comunicherà al prelazionario le condizioni di vendita (il prezzo e i modi di acquisto del bene).

Contratto di opzione: la vincolatività dell'espressione dell'accordo da parte del venditore è già ferma a differenza della prelazione. Il vincolo contrattuale si è già esaurito quando si dà l'opzione, non posso tirarmi indietro. I due momenti sono distinti sia sotto il punto di vista temporale che sotto il profilo della vincolatività giuridica.

La causa nei negozi tipici è prestabilita (es. compravendita: scambio del prezzo con bene; mandato: svolgimento di un'attività in nome e per conto del mandante; fornitura; appalto). La causa è indicata nel codice civile. Essendo già stabilita, nei contratti tipici la causa non può essere mai illecita.

La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Questo si può avere con contratti atipici, dove la causa non è prestabilita dalla legge.

Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione.

Il contratto è illecito quando le parti si sono impegnate a concludere un contratto esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe le parti. Si indagano infatti i motivi che hanno spinto le parti a contrattare. Se i motivi sono illeciti, anche un contratto tipico può essere viziato per nullità (contratto nullo per motivo illecito). I motivi rilevano anche per i contratti atipici nel caso di declaratoria di nullità.

2. Oggetto e forma del contratto

L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile.

“Aliud pro alio”: le parti hanno convenuto il trasferimento (sotto forma di proprietà, godimento, ...) di un bene, ma alla fine hanno trasferito un bene totalmente diverso. Es: viene trasferito un bene con funzionalità diverse da quelle pattuite dalle parti.

La funzionalità del bene rileva dato che è da ricollegare all'interesse contrattuali delle parti alla stipula del contratto. Es: ho interesse ad avere un terreno perché voglio costruirci un immobile per la mia attività alberghiera. Posso stipulare un contratto misto di compravendita (per l'acquisto del terreno), di appalto (con l'imprenditore edile) e di divisione (non destino l'intero immobile all'attività all'alberghiera. Se successivamente alla stipula del contratto verifico che il terreno non ha la licenza adeguata, non è soddisfatto il requisito della funzionalità (il bene non è funzionale al mio interesse), quindi siamo in presenza di un *“aliud pro alio”*. Il contratto non è validamente stipulato dato che il venditore sapeva che la funzionalità del bene era quella di avere un terreno edificabile, ma comunque ha venduto un terreno non edificabile. Il contratto potrà quindi essere dichiarato annullabile dalla parte acquirente.

La forma può essere richiesta:

- *“ad probationem”*: il contratto non è necessariamente svolto con una formalità precisa, la forma sarà richiesta solo quando le parti contestano la vincolatività dell'accordo.

Es: contratto di cessione di azienda (**art. 2555 cc** e seguenti), nel trasferimento dell'azienda non è prevista alcun tipo di formalità. Quando all'interno dell'azienda non sono presenti beni mobili registrati o beni immobili (beni per i quali è richiesta la forma scritta), la forma richiesta è quella dell'atto scritto (e per atto pubblico nel caso di immobili). Nel caso in cui l'azienda sia composta solo da beni mobili (non necessaria la forma scritta – trasferibile semplicemente con la consegna del bene), è comunque richiesta la forma scritta dato che l'azienda è soggetta a registrazione in registro imprese e agenzia delle entrate. Quindi pur non contenendo beni immobili o mobili registrati, questioni di iscrivibilità richiedono la forma scritta.

Es2: contratto di cessione di quote di Srl. Nonostante la Srl sia un bene mobile, essendo la Srl iscritta in registro delle imprese, è necessaria la forma scritta.

- *“ad substantiam”*: è richiesta una data forma pena la nullità del contratto (vizio del contratto per mancanza della forma richiesta).

Es: contratto di compravendita in cui sia il padre imprenditore che il figlio partecipano. L'imprenditore vuole comprare la casa al figlio e si presenta davanti al notaio con un assegno circolare per l'acquisto di un immobile. Si tratta di un *“contratto a favore del terzo”* che coinvolge lo stipulato (colui che vende), il promittente (il padre che paga con l'assegno circolare) e il beneficiario (figlio che riceve il denaro). Si tratta di una donazione nella sostanza, nonostante il fatto che il notaio stia redigendo un atto di compravendita. C'è un arricchimento da parte del figlio. Colui che vende il bene sicuramente non è il donante. Il rapporto di donazione nella sostanza lo si ha tra il padre e il figlio. Il contratto di compravendita così arricchito, necessità dei requisiti della donazione (presenza dei testimoni)? La forma deve seguire la sostanza dei contratti economici-patrimoniali (reale volontà delle parti) e non la denominazione del contratto. Essendo presente una liberalità, è necessario applicare la disciplina della donazione.

Cause di nullità del contratto

- Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative (qualsiasi principio inderogabile in qualsiasi fonte del diritto – codice civile, costituzione, regolamenti comunitari, ...), salvo che la legge disponga diversamente.

Es: Il contratto di costituzione di una Snc prevede che XXX, in virtù del suo nome, possa partecipare al contratto. Gli viene concessa la possibilità di non conferire nulla. Il contratto è nullo. Tra l'altro si realizzerebbe un effetto donativo. Il contratto di società impone il conferimento di qualcosa da parte di tutti i soggetti.

- Producono nullità del contratto:
 - o la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'**art. 1325 cc** (accordo tra le parti, causa, oggetto, forma se prescritta dalla legge a pena di nullità)
 - o l'illeceità della causa
 - o l'illeceità dei motivi (se comuni ad entrambi – **art. 1345 cc**)
 - o la mancanza nell'oggetto dei requisiti di cui all'**art. 1346 cc**: l'oggetto del contratto deve essere:
 - possibile
 - lecito
 - determinato o determinabile
- Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge

Nullità parziale e conversione

La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità.

Es: è stato previsto nell'atto costitutivo di una Spa una clausola di gradimento (es. gli amministratori devono ammettere l'entrata del nuovo socio). Se la previsione di queste clausole ha avuto un tale impatto nella volontà dei soci, la nullità di questa clausola potrebbe investire l'intero contratto.

Es: contratto di compravendita con condizione risolutiva. Il contratto ha efficacia immediata. A seguito della verifica della condizione risolutiva, l'efficacia del contratto viene meno. La giurisprudenza si è chiesta se la clausola fosse ritenuta invalidante per l'intero contratto nel caso in cui l'evento fosse stato ritenuto da entrambe le parti certo. Si deve indagare la volontà delle parti (aspetto soggettivo).

La nullità di singole clausole non importa la nullità dell'intero contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

Es: divieto di concorrenza per 30 anni. Non è possibile. Il divieto si applica per 5 anni.

Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità.

Annulabilità del contratto

La distinzione tra nullità del contratto e annullabilità del contratto sta principalmente:

- negli effetti: un contratto nullo non produce effetti *“ex-tunc”* (dal momento della stipula al verificarsi della nullità, tutti gli effetti prodotti sono caducati). Se un contratto è annullato, l’annullabilità retroagisce con effetto *“ex-nunc”*: dal momento in cui è richiesta l’invalidità da parte dell’interessato
- sotto il profilo processuale l’onere della prova è differente
- sotto il profilo prescrizione la nullità è imprescrittibile e può essere fatta valere da chiunque. Il mancato esercizio dell’impugnativa di annullabilità determina l’impossibilità di far valere l’annullabilità. Può essere fatta valere solo da chi ne ha interesse.

In ambito societario la nullità dell’atto costitutivo e delle delibere assembleari pretende l’interesse della parte che vuole fare valere la nullità. Nei casi di nullità *“meno grave”* (es. mancanza del verbale) non è imprescrittibile (termine di tre anni).

L’annullabilità può essere la conseguenza di:

- un vizio del consenso: l’accordo (altrimenti si ricadrebbe in nullità) c’è ma è viziato
- un errore: l’accordo c’è ma uno o entrambe le parti hanno deciso di contrarre a causa di un errore (essenziale per la vincolatività del contratto). L’errore deve essere riconoscibile nel caso in cui sia coinvolto anche un terzo
- una violenza o dolo: la violenza non determina difficoltà pratica. Il dolo pretende la dimostrazione di un agire intenzionale di uno dei contraenti ai danni dell’altro. È necessario dimostrare la malafede
- un conflitto di interesse (**art. 1394 e 1395 cc** – contratto con sé stesso)

Art. 1394 cc: *“Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d’interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.”*

Il conflitto tra i due soggetti deve essere di natura patrimoniale: deve esserci un danno patrimoniale del soggetto tutelato, in questo caso del rappresentato. Il conflitto può essere anche potenziale. Si cerca di tutelare la parte più debole, anche prima che il contratto sia concluso.

Il rappresentante agisce in nome e per conto del rappresentato verso un terzo. Nel bilanciamento degli interessi è necessario considerare gli interessi del rappresentato (al primo posto), del rappresentante (se ha agito in modo scorretto) e del terzo (che ha contratto con il rappresentante). Quando si riconosce nella posizione del terzo un errore di conoscibilità il contratto è annullabile. L’errore di conoscibilità lo si ha per esempio quando il contraente era nelle condizioni di potere conoscere che il rappresentante non era legittimato ad agire

Es: Limite ad agire in rappresentanza: limite alla contrattazione a non più di Euro 200'000.

Es: Iscrivo una snc in registro imprese. Si presuppone quindi la conoscenza da parte dei terzi dei poteri degli amministratori. Impongo un limite ad un amministratore nell’agire in rappresentanza della società. Se lui agisce, io società posso far annullare il contratto.

Art. 1395 cc: *“È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d’interessi. L’impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato.”*

Es: L’amministratore di una società compie un atto che riguarda il suo patrimonio acquisendo un bene della società. Questo atto è annullabile salvo che:

- ci sia autorizzazione dal rappresentato. Ad esempio i soci deliberano di procedere allo svolgimento del contratto;
- il contenuto del contratto esclude il conflitto di interesse. Ad esempio la contrattazione è avvenuta a condizioni di mercato, non producendo un danno patrimoniale alla società.

Può esistere il conflitto di interesse, ma deve verificarsi/essere verificabile il danno patrimoniali - **Art. 1394 cc.**

Caso 1 – Oggetto del contratto (aliud pro alio)

La società Alfa stipula con Tizio un preliminare di acquisto di un terreno attualmente non edificabile sotto la non espressa (in atto) indicazione che il terreno subirà un cambio nel piano regolatore, divenendo “edificabile”. All’atto del definitivo non è ancora avvenuto il suddetto cambio, la società Alfa rifiuta di addivenire alla stipula del definitivo e chiede il risarcimento dei danni.

Entrambe sanno che l’interesse è quello di avere un bene che sia edificabile. Il contratto preliminare ha effetti meramente obbligatori tra le parti. Gli effetti non sono reali: le parti si impegnano ad addivenire ad un futuro contratto con effetto traslativo. Per quanto nel preliminare non sia stata indicata la condizione di edificabilità del terreno; tuttavia, esisteva tanta messaggistica/altra prova testimoniale che manifestava l’interesse concreto/contrattuale a divenire proprietario del terreno soltanto all’esito del cambio di destinazione in edificabile. In aggiunta, per quanto il preliminare fosse stato trascritto (natura prenotativa), la parte (promittente acquirente) inadempiente può essere tutelata se dimostra davanti ad un giudice che tra preliminare e definitivo il suo interesse economico-patrimoniale-contrattuale era quello di entrare in possesso del terreno in funzione della sua edificabilità.

Può inoltre acconsentire al risarcimento del danno data la vendita di un bene in assenza del requisito di edificabilità per cui non poteva garantire tale caratteristica. La parte ha portato avanti una contrattazione che ha tolto tempo e chance. È necessario quantificare il danno.

Caso 2 – Forma e interesse

Caio vuole far acquistare al figlio l’appartamento in Milano attualmente di proprietà di Mevio. Non vuole procedere ad alcun previo atto formale di acquisto da parte sua e successiva donazione; decide quindi di versare sul conto corrente del figlio l’importo necessario affinché il figlio possa successivamente acquistare la piena proprietà del suddetto bene.

Non necessitiamo dell’intervento del notaio per le formalità donative in sede di stipula del contratto di compravendita. Il padre non va con il figlio al rogito notarile (contratto misto). Decide preventivamente di versare l’importo necessario per acquistare il bene. L’acquisto definitivo dell’immobile avverrà da parte del figlio. Ci sono due rapporti giuridici: donazione (effetto di liberalità tra Caio e il figlio) e compravendita (figlio e Mevio). Nel momento in cui Caio dovesse morire (fini successori), ci sarà una questione di tutela degli altri legittimari (il de cuius ha posto in essere un’attività di liberalità di notevole entità).

Caso 3 – Elementi essenziali

Tizio vuole acquistare un immobile in corso di costruzione dalla società Beta e stipula, quindi, un contratto preliminare in base alla disciplina del TAIC (tutela dell’acquirente per immobili da costruire).

Il bene non viene ad esistenza in quanto la società nel mentre è entrata in procedura concorsuale. Tizio verifica che nel preliminare di vendita non è stata rilasciata la necessaria polizza fideiussoria e chiede al proprio legale che tutele potrà esercitare.

La mancanza della polizza fideiussoria comporta la nullità dell'intero contratto di compravendita, non per mancanza di uno dei requisiti essenziali disciplinati dal codice civile (vedi **art. 1325 cc**) ma per la disciplina del TAIC. Potrà inoltre ottenere il risarcimento del danno ulteriormente a quanto pagato alla società costruttrice.

Caso 4 – società ed elementi essenziali

Tizio, Casio e Sempronio vogliono costituire la Alfa SpA. Vorrebbero prevedere che Caio non riceva mai alcun utile dalla società. Caio è disposto ad accettare l'inserimento di tale clausola in quanto ritiene di poter ricevere vantaggi indiretti economici dalla partecipazione alla società. I soci quindi si rivolgono al notaio per il rogito.

Chiaramente in violazione del cosiddetto "*patto leonino*": quel patto che prevede che un socio non partecipi né a utili né alle perdite. La volontà dei soci c'è ed è concorde. Caio accetta che la sua partecipazione non determinerà mai la percezione di utili. Per quanto l'accordo ci sia, si va contro ad una norma imperativa. Il divieto di patto leonino è una norma inderogabile ("*è nullo qualsiasi patto per cui ...*"). L'atto costitutivo non potrà essere rogato dal notaio e, se rogato, potrà essere affetto da nullità.

Caso 5 – società elementi essenziali

La società semplice di Sempronio è stata costituita con contratto scrittura privata non autenticata. Sono stati conferiti beni mobili, denaro e l'opera di alcuni soci. Nel corso dello svolgimento della propria attività d'impresa entra in società il socio Mevio che conferisce l'immobile in Milano di sua esclusiva proprietà. I soci si rivolgono ai propri consulenti per capire le modalità corrette per procedere.

L'atto successivo di Mevio, conferente di bene immobile, determina la necessità di procedere con un atto scritto, nella fattispecie si tratta di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata. È infatti necessario trascrivere l'atto costitutivo nelle conservatorie immobiliari. Di conseguenza l'atto costitutivo dovrà essere modificato nella sua forma.

LEZIONE 20 BIS – D.LGS. 101/2018 (REGOLAMENTO UE 2016/679): RUOLO, OBBLIGHI E RESPONSABILITA' PER PROFESSIONISTI IN MATERIA DI PRIVACY – 04.03.2023

Focus: Applicazione ad un professionista del regolamento europeo sul GDPR.

Terminologia e valenza giuridica: comunicazione vs diffusione

La privacy e gli obblighi relativi al consulente/professionista derivano da ciò che è l'informazione. Per informazione si intende il dato sensibile o meno con cui il professionista/persona giuridica viene a cognizione. Questi dati sono trattati.

Le informazioni sensibili riguardano i dati della persona fisica che non necessitano di alcun tipo di diffusione e di quelli della persona giuridica riguardanti i dati patrimoniali/bilancistici. Il regolamento non ci dà una definizione perentoria e vincolante (non ha natura prescrittiva): da un'elencazione di comportamenti da mantenere.

Per comunicazione si intende il *“dare conoscenza dei dati personali ad uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato”*.

La comunicazione richiede un rapporto esterno rispetto all'interessato: tra chi ha la disponibilità dei dati e il terzo. Questo rapporto è da rintracciare nel comportamento del professionista. I terzi non hanno un obbligo diretto nei confronti dell'interessato. Derivano la capacità di prendere visione dei dati personali solo in funzione della condotta del professionista. C'è un ulteriore rapporto tra il rappresentante (chi colleziona i dati e li utilizza) e il rappresentato (rapporto di mandato).

La diffusione richiede il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione.

Nella comunicazione invece il professionista intrattiene un rapporto determinato con il terzo. Il terzo viene infatti a conoscenza dei dati dell'interessato a seguito della comunicazione di questi dal professionista.

La diffusione è un rapporto unilaterale e può avvenire tramite mezzi digitali, a stampa, ... Questo a patto che i soggetti siano indeterminati: non siamo in presenza di un rapporto giuridico tra più soggetti (è unilaterale) ma di una mera condotta.

Sia la comunicazione che la diffusione possono essere oggetto di accertamento di responsabile a carico del professionista.

- Nel caso della comunicazione sia il terzo che l'interessato possono agire per l'accertamento della responsabilità.
- Nella diffusione solo l'interessato può agire per ottenere il risarcimento del danno.

Se l'interessato chiama in giudizio il terzo e il professionista che ha comunicato il dato, il terzo può far *“manleva”* comunicando che non era a conoscenza della disciplina a cui era assoggettato il professionista in merito alla comunicazione del dato.

Obblighi del professionista

- Valutazione preliminare della categoria dei dati trattati in seno all'organizzazione professionale

Es: Il professionista entra in possesso di dati per consigliare un eventuale passaggio generazionale. Si tratta dei dati personali del futuro de cuius, dei propri eredi (dati personali di soggetti non coinvolti nella consulenza). Il professionista dovrà categorizzare i dati secondo la seguente tassonomia:

1. dati riguardanti l'imprenditore e l'azienda;
2. dati di persone coinvolti da quella consulenza e non attribuibili all'imprenditore (es. eredi, amministratori non eredi, altri professionisti che lavorano nella società dell'imprenditore).

La valutazione preliminare relativa alla categorizzazione dei dati è un'attività fondamentale secondo il legislatore europeo.

- Trattamento dei dati sensibili

In larga parte riguardanti la sfera della dignità umana della persona (non tangibile da altri).

- Individuazione dei soggetti preposti al trattamento dei dati medesimi, del loro ruolo e della loro responsabilità
- Finalità per le quali i dati sono raccolti

Es: per lo svolgimento della propria consulenza, per prendere contatto con gli altri familiari al fine di determinare la modalità economica-giuridica per il completamento del passaggio generazionale (es. patto di famiglia). In questo caso è necessario che i dati sensibili degli altri familiari siano comunicati.

- Verifica che il trattamento si fondi sui principi di correttezza, trasparenza e liceità
- Individuazione degli ambiti di diffusione e comunicazione dei dati

È necessario esplicitare la terminologia utilizzata per la diffusione e la comunicazione.

Es: Per un avvocato che assiste un cliente in una causa saranno: il giudice, le cancellerie, un eventuale altro avvocato (quindi tutto il sistema giudiziale).

L'obiettivo è perimetrare la diffusione del dato sensibile nel rispetto della privacy. Più si diffonde il dato sensibile, più *"il professionista rischia"*.

Caratteri dei dati – trattamento

- Necessità rispetto alle attività svolta dal professionista

Es: se devo patrocinare in cassazione un cliente e il patrocinio necessita la comunicazione del dato fiscale. Io professionista sono tenuto a specificare il dato del patrocinato (deve esserci la necessità).

- Pertinenza alle attività

La comunicazione di un dato ad un terzo può essere fatta solo se la necessità è concreta.

Es: un giudizio di mobbing necessita di indicare i comportamenti (es. insulti di ordine religioso -> *"purtroppo devo dirlo"* dato che esiste il concetto di pertinenza). La pertinenza è tale da obbligare il professionista a comunicare il dato sensibile. Nulla esclude la possibilità di veto da parte del cliente.

- Adeguatezza alle finalità per le quali sono trattati.

L'adeguatezza è trattata in due norme nel Codice civile: **art. 2086 cc** (adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili) e **art. 2381 cc** (tra deleganti e delegati è necessario il rispetto del principio di adeguatezza – ci si rifà all'adeguatezza degli assetti). L'adeguatezza consiste nell'obbligo comportamentale del titolare del trattamento dei dati al mutamento delle proprie condotte (trattamento dei dati) all'esito del mutamento delle nuove esigenze della controparte.

Es: se viene revocato il mandato non posso più comunicare i dati, mi fermo nella mia attività.

- Conservazione solo per il tempo necessario al conseguimento delle finalità

È una previsione di adeguata protezione.

Es: chiuso il giudizio con soddisfacimento della parte interessata, non dovrà più conservare i dati (salvo altro interessamento del cliente)

Natura giuridica delle obbligazioni

Quale è l'obbligazione del professionista in termine di trattamento dei dati di privacy?

- **Obbligazioni di mezzo per la valutazione dei dati**
 - o Valutazione preliminare sulla categoria di dati trattati in senso all'organizzazione professionale. È un'attività di due diligence, preliminare alla condotta finale.
 - o Individuazione dei soggetti preposti al trattamento dei dati medesimi, del loro ruolo e della loro responsabilità
 - o Ricerca delle finalità per le quali i dati sono raccolti
 - o Verifica del rispetto dei principi di correttezza, trasparenza e liceità

Quando un soggetto è tenuto a fornire una determinata prestazione o è obbligato a tenere solo una certa condotta e non il raggiungimento di un dato risultato, siamo di fronte ad un'obbligazione di mezzi.

- **Obbligazione di risultato per il trattamento dei dati**
 - o Trattamento dei dati sensibili: il trattamento del dato personale è la condotta conclusiva all'esito delle valutazioni (verifiche preliminari) di cui sopra. È un'obbligazione di risultato: il professionista deve garantire che quei dati siano stati letti, consultati e visionati da soggetti individuati correttamente dal professionista
 - o Individuazione degli ambiti di diffusione e comunicazione dei dati

Il soggetto risponde dell'eventuale danno causato al cliente per il mancato raggiungimento del risultato.

Es: se io avvocato individuo il tribunale di Milano e l'avvocato della controparte come soggetti interessati, e poi comunico i dati a soggetti non interessati (es. tribunale di Pavia), sto tenendo un comportamento non corretto dato che il risultato è sbagliato. Non si tratta di un'obbligazione di mezzi ma di risultato.

La quantificazione del danno è molto più complessa della determinazione della responsabilità, in particolare con riferimento alla privacy. La disciplina comunitaria e il recepimento italiano non indicano un criterio quantificativo del danno. La quantificazione del danno è onere della parte interessata. Questa è quindi tenuta a dimostrare quali danni patrimoniali ha conseguito.

Funzione di adeguamento

L'adeguamento è condotto alla luce dei principi cardine del Regolamento:

- **Privacy by design:** privacy sartorialmente determinata sulla base del soggetto interessato

L'attività deve avere il fine di garantire la miglior tutela dei dati del soggetto interessato. Si valutano le categorie dei dati, si individuano i soggetti preposti, gli ambiti di diffusione e comunicazione, le finalità e si verifica che il trattamento si fondi sui principi di correttezza, trasparenza e liceità. Si assicura il corretto trattamento dei dati sensibili.

- **Privacy by default:** privacy determinata sulla base della condotta del titolare del trattamento

Procedimentalizzazione dell'attività del professionista: necessità e pertinenza rispetto alle attività, adeguatezza alle finalità per le quali i dati sono trattati, conservazione solo per il tempo necessario.

- **Accountability:** responsabilità nel trattamento dei dati

Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche ed organizzative adeguate a garantire ed essere in grado di dimostrare che il trattamento è effettuato in maniera conforme al GDPR.

Dopo aver attuato i tre principi, se tuttavia il giudice/un arbitro verifica che, nonostante ciò, non siano stati rispettati i principi della privacy (es. sufficiente correttezza, trasparenza, liceità), il giudice potrebbe ritenere responsabile civilmente e quindi patrimonialmente il professionista per i danni arrecati all'interessato.

La funzione di adeguamento riguarda l'accertamento di responsabilità, stante il previo rispetto delle obbligazioni di mezzo e di risultato di cui sopra (es. *"hanno fatto tutto il possibile ma il danno è stato provocato"*): la procedura non era totalmente esente da falle e il danno, comunque, si è verificato).

Obblighi e finalità del regolamento europeo

I dati necessari non possono essere conservati per un periodo di tempo superiore a quello necessario al perseguimento degli scopi per i quali essi sono stati raccolti e trattati.

Espletato l'incarico e terminato il connesso trattamento delle informazioni personali, l'ausiliario (aiutante del professionista) deve depositare non solo la propria relazione, ma anche la documentazione consegnatagli e quella acquisita. C'è un obbligo comportamentale a carico del professionista in ambito di privacy nel redigere una relazione con tutte le informazioni in cui è entrato in possesso, anche da fonti terze (utilizzo, comunicazione e diffusione dei dati personali) e di tutta la documentazione (sono due obbligazioni di risultato).

Non è possibile conservare in originale o in copia, in formato elettronico o su supporto cartaceo, informazioni personali acquisite nel corso dell'incarico concernenti i soggetti persone fisiche o giuridiche, nei cui confronti si sono svolti accertamenti. Eventuali informazioni devono quindi essere cancellate, oppure trasformate in forma anonima anche per finalità scientifiche o statistiche.

Il consulente o il perito possono compiere eventuali ulteriori attività, conseguenti a richieste di chiarimenti o di supplementi di indagine, acquisendole dal fascicolo processuale.

DPO: figura e funzione

DPO (Data Protection Officer): ha la funzione di affiancare il titolare, gli addetti e i responsabili del trattamento affinché conservino i dati e gestiscano i rischi seguendo i principi e le indicazioni del regolamento europeo (privacy nelle strutture societarie, non si tratta più di privacy del professionista).

È responsabile tanto quanto il titolare anche se è un soggetto diverso rispetto al titolare (può essere chiamato in co-responsabilità).

Il DPO è quindi un consulente tecnico e legale, con potere esecutivo. Infatti, il suo ruolo è doppio, perché non solo consiglia e sorveglia, ma funge anche da tramite fra l'organizzazione e l'autorità.

Natura giuridica dell'incarico: mandato sui generis. Non si sostanzia solo nel compimento di atti giuridici ma deve informare, sorvegliare e cooperare. Non è un mandatario tout-court. Il mandato si sostanzia nel compimento di atti giuridici: è un mandatario dato che svolge attività in nome e per conto.

È un consulente tecnico legale, nominato dalla società e all'interno di un'organizzazione (ne fa da portavoce).

Art. 1703 cc: *"Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra"*.

I compiti sono indicati in maniera puntuale nel GDPR, all'art. 39 e sono essenzialmente tre: informare, sorvegliare e cooperare (obblighi del mandatario). A questo si aggiunge l'obbligo di cooperazione tra l'organizzazione e l'autorità.

LEZIONE 30 – OPERAZIONI SUL CAPITALE, EMISSIONE DI AZIONI, CESSIONI DI PARTECIPAZIONI, COPERTURA DI PERDITE – 18.03.2023

Aumento di capitale a pagamento

L'aumento di capitale può essere scindibile o inscindibile, se non indicato nella lettera di convocazione questo si presume inscindibile.

Deve essere realizzato da un'assemblea straordinaria trattandosi di una modifica dell'atto costitutivo.

Un aumento di capitale non può essere eseguito se le azioni non sono state interamente liberate (versamento integrale dei conferimenti sottoscritti). Non si parla di deliberazione ma di sola esecuzione (sottoscrizione dei soci ed emissione delle azioni).

Art. 2438 cc: *“Un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate.*

In caso di violazione del precedente comma, gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni arrecati ai soci ed ai terzi. Restano in ogni caso salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni emesse in violazione del precedente comma.”

Il diritto di opzione

L'esercizio del diritto di opzione, la sua limitazione e/o esclusione sono regolati dall'**art. 2341 cc**:

L'opzione è un diritto fondamentale attribuito ai soci con la finalità di garantire a questi, dopo la decisione di aumentare il capitale, di mantenere inalterata la propria *“importanza”* nell'assemblea societaria. Il mancato esercizio del diritto di opzione comporta una diluizione della partecipazione del socio. È una facoltà attribuita ai soci, non un onere.

Il diritto di opzione nasce automaticamente a favore di tutti i soci (anche a favore di obbligazionisti convertibili in azioni nel caso in cui abbiano possibilità di convertire entro il termine di esercizio del diritto di opzione) in proporzione al numero delle azioni precedentemente possedute.

L'inoptato è la porzione di azioni non sottoscritta dai soci in prima battuta. Prima dell'offerta al mercato, i soci che hanno precedentemente optato hanno prelazione (*“di secondo grado”*) su queste azioni. Se un aumento di capitale è scindibile, a prescindere dal fatto che si sia raggiunta la cifra soglia definita, la delibera di aumento di capitale assume efficacia giuridica.

Si può prevedere una limitazione o un'esclusione del diritto di opzione:

- L'amministratore propone e i soci deliberano di limitare o escludere l'opzione in virtù del fatto che l'emissione delle nuove azioni dovrà essere integralmente liberata con un conferimento in natura allegando una relazione di stima giurata (nelle SpA il perito è nominato dal tribunale).
- Quando l'interesse sociale lo esige. Concretamente l'amministratore dovrà dimostrare e i soci verificare che l'aumento di capitale venga sottoscritto in presenza di un interesse sociale che lo esige (in linea di massima quando un terzo entra in società come nuovo socio per una sua determinata qualifica/qualità).
- Stock options: è possibile gratificare i lavoratori non più col solo bonus in denaro ma tramite l'attribuzione del diritto alla sottoscrivere di azioni (socio di capitali + posizione individuale di lavoratore, due rapporti separati).

Il principio di adeguatezza è il criterio valutativo dell'operazione di aumento di capitale sociale. L'adeguatezza deve essere declinata in ottica di "adeguato" rapporto tra capitale e totale attivo e non solo sotto il profilo degli adeguati assetti informativi, amministrativi e contabili. Non si possono avere capitali troppo bassi rispetto agli attivi (società sottocapitalizzate – vedi limiti Srl nel caso dei finanziamenti da soci).

Aumento gratuito

Art. 2442 cc: *"L'assemblea può aumentare il capitale, imputando a capitale le riserve e gli altri fondi iscritti in bilancio in quanto disponibili.*

In questo caso le azioni di nuova emissione devono avere le stesse caratteristiche di quelle in circolazione, e devono essere assegnate gratuitamente agli azionisti in proporzione di quelle da essi già possedute.

L'aumento di capitale può attuarsi anche mediante aumento del valore nominale delle azioni in circolazione."

Se esistono obbligazioni con diritto di conversione, e questi soggetti hanno "ancora il tempo" nelle more dell'aumento di capitale, questi si possono avvantaggiare dell'aumento di capitale

Sotto il profilo pratico si sostanzia in un passaggio contabile ("*imputazione a capitale di riserve*"). Soltanto le riserve disponibili sono imputabili a capitale sociale. Le riserve disponibili sono quelle che non "*hanno una targa specifica*", non sono state indicate dagli amministratori e quindi dai soci come riserve con una specifica destinazione (es. riserva legale -> cuscinetto del capitale sociale; riserva in conto futuro aumento di capitale -> destinata ad un aumento di capitale a pagamento). Questo si applica salvo il caso in cui non ci sia una previa modificazione della natura della riserva in sede assembleare.

Aumentando il capitale sociale diminuiscono le riserve. Il capitale sociale è una voce di patrimonio netto indisponibile e costituisce quella porzione volta alla tutela dei creditori sociali. Solo tramite l'assemblea straordinaria è possibile porre modifiche ad esso.

Riduzione volontaria

Art. 2445 cc: *"La riduzione del capitale sociale può aver luogo sia mediante la liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti, sia mediante rimborso del capitale ai soci, nei limiti ammessi dagli articoli 2327 e 2413.*

L'avviso di convocazione dell'assemblea deve indicare le ragioni e le modalità della riduzione. Nel caso di società cui si applichi l'articolo 2357, terzo comma, la riduzione deve comunque effettuarsi con modalità tali che le azioni proprie eventualmente possedute dopo la riduzione non eccedano la quinta parte del capitale sociale.

La deliberazione può essere eseguita soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.

Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione."

Nell'avviso di convocazione sarà indicato l'importo complessivo della riduzione (e quindi la cifra a cui arriverà il capitale ridotto), le ragioni e le modalità di riduzione. La riduzione del capitale sociale avviene con rimborso del capitale stesso (es. restituzione dei beni in natura) o liberazione

dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti (in quest'ultimo caso si realizza una compensazione tra socio e società).

La deliberazione può essere eseguita dopo 90 giorni dal giorno di iscrizione nel registro delle imprese, salvo che dei creditori abbiano esercitato il proprio diritto di opposizione. La riduzione del capitale sociale comporta infatti una *"riduzione delle garanzie a tutela dei creditori"*. Soltanto i creditori della società che siano anteriori al momento in cui è avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di riduzione del capitale possono opporsi. L'istanza è presentata dinanzi al tribunale competente che rende inefficace la deliberazione.

A seguito di ricezione di istanza di opposizione può:

- Accettare l'istanza di opposizione e rendere inefficace la deliberazione.

Spesso nella pratica il decreto si risolve in un accoglimento parziale. La società può continuare con la delibera che viene eseguita a fronte della prestazione di un'idonea garanzia per un importo pari a quello oggetto di opposizione dei creditori.

Es. prestazione di idoneo deposito cauzionale; fideiussione bancaria anche *"a prima richiesta"* – rivolgendosi direttamente alla banca; pegno o ipoteca, anche di *"primo grado"* e anche su bene di terzi come quelli del socio.

- Rifiutare l'istanza di opposizione

Se non c'è pregiudizio, il tribunale permette di procedere con la riduzione del capitale sociale.

Il principio di adeguatezza, anche in questo caso, è il criterio valutativo dell'operazione: le ragioni devono essere corrette. Deve esserci una ragione sotto i profili patrimoniale-economico-finanziario. Non ci deve essere un eccessivo squilibrio con gli impieghi della società.

Riduzione per perdite

Art. 2446 cc: *"Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti. All'assemblea deve essere sottoposta una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione. La relazione e le osservazioni devono restare depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, perché i soci possano prenderne visione. Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione.*

Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori.

Nel caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale, lo statuto, una sua modificazione ovvero una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono prevedere che la riduzione del capitale di cui al precedente comma sia deliberata dal consiglio di amministrazione. Si applica in tal caso l'articolo 2436."

Art. 2447 cc: *“Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società.”*

Scenari:

- Riduzione del capitale sociale per un importo inferiore al terzo;
- Riduzione del capitale sociale per un importo superiore al terzo ma che non comporta la riduzione al di sotto del minimo legale;
- Riduzione del capitale sociale che comporta la riduzione al di sotto del minimo legale.

La norma fa riferimento unicamente all'ipotesi in cui la perdita faccia ridurre il capitale sociale per un importo pari o superiore a 1/3.

Se la perdita è inferiore al terzo, la norma di legge non ci dà indicazioni. Si deve quindi ricavare che non ci sono obblighi specifici a carico degli amministratori o dei soci. Se la perdita ha eroso tutte le riserve ma è inferiore al terzo, c'è divieto di distribuire utili (nei futuri esercizi) ai soci sino a quando questa perdita non è ripianata.

Se vogliono decidere di distribuire gli utili devo ridurre il capitale sociale per l'importo della perdita (riduzione volontaria) o ripianare con utili di esercizi futuri.

Quando risulta che il capitale si è ridotto per oltre 1/3 per perdite, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti. Obbligo giuridico: immediata convocazione per la comunicazione del fatto e sottoposizione di una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale, depositata almeno 8 giorni prima dell'assemblea.

Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di 1/3, l'assemblea ordinaria che approva il bilancio deve ridurre il capitale in proporzione alle perdite accertate. Nell'esercizio in cui registro la perdita posso decidere di *“darmi un anno di grazia”* ritenendo che nell'esercizio successivo sarò in grado di produrre utili e ridurre la perdita a meno di 1/3. Altrimenti è necessario ridurre il capitale.

Se ciò non avviene gli amministratori e i sindaci devono chiedere la riduzione del capitale per perdite al tribunale (con decreto che dispone la riduzione).

Se la perdita riduce il capitale sociale al di sotto del limite minimo legale (50.000 per le SpA, 10.000 per le Srl ordinarie) gli amministratori o il collegio sindacale in caso di inerzia devono convocare l'assemblea per deliberare, senza l'anno di grazia, la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento del medesimo alla cifra minima. Alternativamente si deve deliberare la trasformazione della società (es. in Srl con 10.000 o società di persone) o la sua liquidazione.

Il meccanismo è cosiddetto dell'*“altalena”*: riduzione del capitale e contestuale aumento o più riduzioni del capitale e più aumenti (quest'ultima solitamente per ragioni fiscali).

L' aumento può avvenire con sovrapprezzo (in funzione dell'entità della perdita residua). L'aumento lo si avrà per un importo pari al capitale desiderato e sovrapprezzo per il residuo.

Si tutela il socio non *“capace patrimonialmente”* di conferire in aumento per la continuazione dell'attività sociale. Si azzerà il capitale e successivamente si delibera il suo aumento (vedi meccanismo dell'altalena). Il diritto di opzione a favore dei soci rimane ma è particolare: se non

esercitato determina la fuoriuscita del socio dalla società. L'opzione non garantisce la tutela del peso specifico del socio ma della sopravvivenza del socio all'interno dell'organizzazione. Per tutelarli è concesso loro un arco temporale per consentire il conferimento.

Cessione di partecipazioni

Clausole nella cessione di azioni di SpA:

- Prelazione: nella cessione sono preferiti i soci attuali a terzi
- Gradimento: i soci o gli amministratori hanno il diritto di esercitare il gradimento nel caso di cessione della partecipazione di un socio a terzi (è una condizione sospensiva nell'alienazione della partecipazione)
- Trascinamento (drag-along, tag-along): clausole inserite nell'atto costitutivo o in patti parasociali che prevedono una co-vendita o un co-acquisto da parte del socio di maggioranza o minoranza.

Se la prelazione e il godimento sono inserite nello statuto della società hanno efficacia reale (non vincolano solo i soci che hanno stipulato il patto ma hanno efficacia anche nei confronti dei terzi e della società).

I patti parasociali hanno efficacia meramente obbligatoria e non reale. Se si cede ad un soggetto non gradito ai soci, nulla si ha nei confronti della società. Il parasocio che ha venduto ad un terzo non gradito, sarà tenuto ad un obbligo di risarcimento nei confronti degli altri parasoci, in virtù del patto parasociale. È bene quindi inserire nei patti parasociali la clausola penale per quantificare più semplicemente il danno (preventiva determinazione e quantificazione del danno in maniera forfettaria – se non è eccessiva il giudice la applica).

Aspetti particolari nella cessione della quota di una Srl:

- Diritti particolari del socio: se il cedente ha qualche diritto particolare (**art. 2468 cc, comma 3**) unicamente a favore di quel socio, questo non si trasferisce al cessionario. Se il socio recede o cede la sua quota, i diritti particolari (sia amministrativi che patrimoniali) non sopravvivono alla sua uscita. Il socio cedente non può quindi patrimonializzare quel diritto.
- Clausole di limitazione: stesse di quanto indicato prima

Clausole nella cessione di quote di società di persone:

- Clausola di continuazione.

Clausola con la quale i soci decidono che nel caso in cui uno di questi muoia, gli eredi subentrano nel socio deceduto. Questa clausola è valida nell'ipotesi in cui non sia prevista un'automaticità (clausola di continuazione automatica).

Prevedere un effetto automatico nel subingresso degli eredi viola il divieto di patti successori. Gli eredi devono inoltre dare il proprio consenso (la responsabilità dei soci è illimitata), non consentendo alla responsabilità illimitata con la sola accettazione dell'eredità.

La clausola di continuazione deve quindi avere natura obbligatoria, con obbligo degli eredi di subentrare (clausola di continuazione obbligatoria). L'obbligo può essere inevaso con debito nei confronti della massa ereditaria (una sorta di penale).

Art. 458 cc: *“Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi”.*

- Clausola di consolidamento: di fronte alla morte/recesso/uscita del socio, la sua quota viene consolidata a favore degli altri. Limite: i soci che consolidano la propria quota devono pagare a favore del socio l'importo della quota oggetto di consolidamento.

LEZIONE 30 BIS – I CONTRATTI BANCARI: NULLITA' E ANNULLABILITA' – 18.03.2023

Conto corrente bancario

Contratto con quale le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto. Si rende possibile una liquidazione per differenza, attraverso una compensazione dei crediti contrapposti e la formazione di un saldo, esigibile alla scadenza stabilita (**art. 1823 cc, comma 2**).

La banca è il “*soggetto forte del rapporto*”. Le rimesse sono inesigibili e indisponibili sino alla chiusura del conto con differimento di crediti e debiti. Nel caso del conto corrente bancario, la disciplina prevede che il conto corrente debba consentire al correntista, salvo clausole aggiuntive, l'esigibilità di una parte o dell'intero ammontare su quel conto. È negata solo in particolari fattispecie es. il correntista ha un contratto a latere con la banca, come dei titoli che poggiano su quel conto corrente ma prevedono una certa indisponibilità temporale – la clausola di indisponibilità è quindi a vantaggio della banca.

Art. 1824 cc, comma 1: *“Sono esclusi dal conto corrente i crediti che non sono suscettibili di compensazione.”*

Art. 1825 cc: *“Sulle rimesse decorrono gli interessi nella misura stabilita dal contratto o dagli usi ovvero, in mancanza, in quella legale.”*

Art. 1826 cc: *“L'esistenza del conto corrente non esclude i diritti di commissione e il rimborso delle spese per le operazioni che danno luogo alle rimesse. Tali diritti sono inclusi nel conto, salvo convenzione contraria.”*

Art. 1830 cc: *“Se il creditore di un correntista ha sequestrato o pignorato l'eventuale saldo del conto spettante al suo debitore, l'altro correntista non può, con nuove rimesse, pregiudicare le ragioni del creditore. Non si considerano nuove rimesse quelle fatte in dipendenza di diritti sorti prima del sequestro o del pignoramento.”*

Il correntista presso cui è stato eseguito il sequestro o il pignoramento deve darne notizia all'altro. Ciascuno di essi può recedere dal contratto.”

Questa ipotesi di pignoramento fa riferimento alla fattispecie del “*pignoramento presso terzi*”. Il precetto conseguente all'ingiunzione di pagamento (decreto ingiuntivo) obbliga la banca tramite il pignoramento presso terzi a mantenere inalterato le rimesse verso il correntista non per la garanzia verso lo stesso ma per la tutela patrimoniale dei suoi creditori (creditori del correntista). Il pignoramento presso terzi (verso le banche) è il metodo tradizionale con cui agiscono i creditori di un correntista per tutelare la propria posizione patrimoniale.

Art. 1831 cc: *“La chiusura del conto con la liquidazione del saldo è fatta alle scadenze stabilite dal contratto o dagli usi e, in mancanza, al termine di ogni semestre, computabile dalla data del contratto.”*

Ne consegue quindi il prelevamento del saldo residuo sul conto corrente.

Art. 1832 cc: *“L'estratto conto trasmesso da un correntista all'altro s'intende approvato, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze.”*

L'approvazione del conto non preclude il diritto di impugnarlo per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o per duplicazioni. L'impugnazione deve essere proposta, sotto pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di ricezione dell'estratto conto relativo alla liquidazione di chiusura, che deve essere spedito per mezzo di raccomandata."

Nel caso di rapporto tra correntista e banca è gioco forza la mancata contestazione/invio via PEC o raccomandata dalla banca al cliente.

Art. 1833 cc: *"Se il contratto è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto a ogni chiusura del conto, dandone preavviso almeno dieci giorni prima."*

In caso d'interdizione, d'inabilitazione, d'insolvenza o di morte di una delle parti, ciascuna di queste o gli eredi hanno diritto di recedere dal contratto.

Lo scioglimento del contratto impedisce l'inclusione nel conto di nuove partite, ma il pagamento del saldo non può richiedersi che alla scadenza del periodo stabilito dall'articolo 1831."

Mutuo

Art. 1813 cc: *"Il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità."*

Il mutuo è un contratto che nasce tra privati, non è strettamente legato all'ambito bancario. Il capitale deve essere restituito oltre al pagamento di interessi se non previsto diversamente (**art. 1815 cc**).

Art. 1815 cc: *"Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'articolo 1284."*

Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi."

Lo scopo del contratto è quello di consentire la piena disponibilità di danaro e delle cose fungibili consegnate ed è per tale motivo che il dato della norma stabilisce che le cose date a mutuo passano in proprietà al mutuatario (**art. 1814 cc**). La ratio del mutuo risponde ad esigenze di carattere sociale e ad esigenze di carattere economico tanto da essere considerato il prototipo dei contratti di credito. Il mutuo è la classica ipotesi del prestito.

Art. 1822 cc: *"Chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie."*

Il mutuo non è sempre un contratto di natura reale (il mutuante dà denaro al mutuatario) ma può essere anche di carattere obbligatorio (non c'è immediata consegna del denaro).

Es. Mutuo di scopo: quel mutuo concesso dal mutuante a favore del mutuatario ad un fine specifico (rispetto di una destinazione/di uno scopo).

Nell'ipotesi di acquisto di un immobile spesso si ricade nel fenomeno di collegamento negoziale: da un lato abbiamo la compravendita vera e propria, dall'altra avviene un secondo negozio giuridico collegato al primo (un mutuo bancario ipotecario). È un mutuo di scopo (mutuo fondiario) dato che è finalizzato all'acquisto dell'immobile. Il denaro concesso dalla banca a favore dell'acquirente è garantito da ipoteca gravante sullo stesso immobile. Si ha garanzia ipotecaria con diritto di escussione nell'ipotesi in cui non venga restituita la quota capitale maggiorata degli interessi

maturati. È effettuata una richiesta al tribunale che procederà alla nomina di un professionista per la vendita “all’incanto” del bene. Il creditore si rifà sulla liquidazione del bene nei limiti dell’importo residuo. Non è possibile prevedere un patto commissorio: il bene si trasferisce in automatico nel caso di inadempimento al creditore.

In ottica bancaria il mutuo consiste quindi nella concessione di una somma di denaro a favore del cliente (anche in questo caso siamo in presenza di un’asimmetria contrattuale forte tra banca e cliente) per rendere disponibile quella somma di denaro a favore del mutuatario. In un mutuo non di scopo, il mutuatario è libero di utilizzare la provvista come vuole. Nella prassi bancaria solitamente si prevedono delle clausole di destinazione (es. mutuo di scopo per l’avvio di un’attività commerciale).

Anticipazione bancaria

L’anticipazione bancaria è un’operazione complessa, risultante dalla combinazione di due diversi negozi giuridici: uno di credito (che, nella pratica, può avere natura giuridica di mutuo o di apertura di credito) e l’altro di garanzia.

Il collegamento esistente tra negozio di credito e garanzia nell’anticipazione bancaria non si verifica sulla base di un rapporto di accessorietà, ma, al contrario, si attua sulla base di un rapporto di proporzionalità. Il credito che viene concesso dipende dal tipo della garanzia prestata.

Apertura di credito

Art. 1842 cc: *“L’apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell’altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato”.*

Art. 1843 cc: *“Se non è convenuto altrimenti, l’accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme d’uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità.”*

Salvo patto contrario, i prelevamenti ed i versamenti si eseguono presso la sede della banca dove è costituito il rapporto.”

Art. 1844 cc: *“Se per l’apertura di credito è data una garanzia reale o personale, questa non si estingue prima della fine del rapporto per il solo fatto che l’accreditato cessa di essere debitore della banca.”*

Se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante. Se l’accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia o recedere dal contratto.”

Art. 1845 cc: *“Salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa.”*

Il recesso sospende immediatamente l’utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori.

Se l’apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni.”

C’è un rapporto diretto tra messa a disposizione della somma e sua utilizzazione. Con l’apertura di credito non si creano quei vincoli di indisponibilità tipici dell’anticipazione bancaria e del mutuo bancario.

Perché vi sia un'apertura di credito in conto corrente (doppio contratto: apertura di credito e contratto di conto corrente), è sufficiente la pattuizione di un obbligo della banca di eseguire operazioni di credito bancario passive. La predeterminazione del limite massimo della somma accreditabile non costituisce elemento essenziale della clausola del contratto di apertura di credito in conto corrente. Tale pattuizione trova titolo nello stesso contratto di conto corrente liberamente sottoscritto dal cliente.

Se il contratto di conto corrente non prevede diversamente, non è posto limite alla somma accreditabile derivante dall'apertura di credito in conto corrente. È quindi possibile utilizzare l'apertura più volte.

Vizi dei contratti bancari – conto corrente bancario

- In presenza di una contestazione relativa ad un conto corrente, la prova in merito dell'esistenza della rimessa non può essere fornita tramite documentazione interna della banca.
- La documentazione contabile è una mera rappresentazione dei fatti: tra banca e correntista è sempre possibile dimostrare che i rapporti da cui deriva la rappresentazione contabile è nulla o annullabile.
- Le parti di ciascun cointestatario si presumono uguali: di fronte ad operazioni compiute in via disgiunta da uno dei cointestatari che superano la quota parte di spettanza del correntista, la banca si deve fermare (nulla invece per una quota inferiore alla quota parte). Questo limite vale sia nel caso in cui questo avvenga alla chiusura del conto ma anche durante lo svolgimento del rapporto.

Vizi dei contratti bancari – mutuo bancario

- È nullo per difetto di causa il contratto di mutuo destinato nel quale la causa non si è verificata (è nulla la causa, quindi il contratto)
- È escluso il diritto alla restituzione della somma sul presupposto che agli atti risultava solamente la dazione di una somma alla parte convenuta ma non un obbligo di restituzione in forza di un contratto di mutuo. Il contratto di mutuo è un contratto di finanziamento che pretende come causa la restituzione del capitale e il versamento degli interessi.
- La nullità del contratto di mutuo non comporta un effetto ex-tunc: è errato sostenere che il mutuatario non deve più nulla. Fino alla declaratoria di nullità del contratto gli interessi sono dovuti.

Vizi dei contratti bancari – anticipazione bancaria

- Il rapporto di proporzionalità che deve sussistere tra l'apertura di credito e la garanzia reale (ipoteca) deve essere valutato quando i due contratti si uniscono; quindi, quando il cliente richiede l'anticipazione bancaria. Se durante il corso del rapporto cambiano le condizioni, si potrà, anche tramite revocatoria, incidere sull'anticipazione data.

Vizi dei contratti bancari – apertura di credito in conto corrente

- L'apertura di credito in conto corrente è un negozio complesso (apertura di credito e contratto di conto corrente). La richiesta di sconto bancario/anticipazione bancaria può esistere ma deve essere prevista ed accettata dalle parti. Non si crea automaticamente.
- La differenza tra apertura di credito e mutuo riguarda la consegna vera e propria. Nell'apertura di credito questa non c'è. Si ha l'annotazione in conto corrente ma non la consegna. Queste rimangono nella disponibilità patrimoniale e giuridica del finanziatore.

- Se nel corso del rapporto bancario è stato applicato un determinato tasso di interesse e successivamente vi è un'applicazione concreta senza che vi sia una pattuizione di modifica scritta di un tasso inferiore (per un limitato periodo di tempo), l'evento in sé (comportamento tenuto dalla banca e del cliente) non determina una prova della volontà di rinegoziazione delle condizioni contrattuali originariamente pattuite.
- Il contratto bancario può diventare usurario nei casi in cui per rinegoziazione dei rapporti con la banca, il cliente accetti di versare tassi pari o superiori a quelli usurari. In questo caso il contratto è nullo.

LEZIONE 40 – LE TIPOLOGIE CONTRATTUALI DI LAVORO SUBORDINATO IN ITALIA: DAL LAVORO TIPOICO AL LAVORO ATIPICO; TEMPO DETERMINATO; SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO – 01.04.2023

Fonti normative

- Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato: **Art. 2094 cc** e successivi e leggi speciali
- Lavoro sportivo: L. 91/1981 oggi abrogata e sostituita dal **D.lgs. 36/2021**, pienamente in vigore dal 2023
- Lavoro a domicilio, **L. 877/1973**
 - a. Telelavoro **D.lgs. 80/2015** e accordo 2004
 - b. Lavoro agile **L. 81/2017, D.lg. 18/2020**
- Lavoro domestico, **art. 2240-2246 cc** e **L. 339/1968**
- Lavoro nautico, codice della navigazione

Lavori atipici o non standard - Contratto di lavoro subordinato a tempo determinato: dir 99/70/CE, D.lgs. 81/2015

Art. 1628 cc (v. 1865): *“Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa”.*

Il contratto di lavoro subordinato nasce a tempo determinato, a quel tempo un lavoro a tempo indeterminato sembrava infatti ricordare un lavoro di tipo servile.

Art. 1 Rdl 1825/1924: *“Il contratto d'impiego privato può anche essere fatto con prefissione di termine; tuttavia, saranno applicabili in tal caso le disposizioni del presente decreto che presuppongono il contratto a tempo indeterminato, quando l'aggiunzione del termine non risulti giustificata dalla specialità del rapporto ed apparisca invece fatta per eludere le disposizioni del decreto”.*

Passaggio poi a contratto a tempo indeterminato, il contratto a tempo determinato poteva essere applicato solo in determinate casistiche.

Art. 2097 cc (abrogato da L. 230/1962): *“Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto.*

In quest'ultimo caso l'apposizione del termine è priva di effetto, se è fatta per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato.

Se la prestazione di lavoro continua dopo la scadenza del termine e non risulta una contraria volontà delle parti, il contratto si considera a tempo indeterminato.

Salvo diversa disposizione delle norme corporative se il contratto di lavoro è stato stipulato per una durata superiore a cinque anni, o a dieci se si tratta di dirigenti, il prestatore di lavoro può recedere da esso trascorso il quinquennio o il decennio, osservata la disposizione dell'articolo 2118.”

L. 230/1962 (abrogata nel 2001). Il contratto a termine poteva essere stipulato solo per ragioni eccezionali e tassative (lavori stagionali, sostituzione di lavoratori con diritto alla conservazione del posto, esigenze straordinarie o occasionali per una specifica opera o temporanea necessità, lavoro nello spettacolo). Questa legge è stata modificata nel 1983 (picchi di produzione) e 1987 (contratti collettivi).

Direttiva 1999/70/CE: relativo all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP (confederazione dei sindacati a livello europeo) sul lavoro a tempo determinato. La Corte di Giustizia sostiene che: *“Considerando*

che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro ...”.

Il contratto a tempo determinato è quindi una sorta di eccezione.

Principi della direttiva:

- principio di non discriminazione: trattare allo stesso modo i lavoratori a tempo determinato con quelli a tempo indeterminato comparabili salvo ragioni oggettive;
- misure di prevenzione degli abusi: prevenzione di abusi legati all'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Le ragioni che giustificano il rinnovo dei suddetti contratti o rapporti, la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti devono essere obiettive.

D.lgs. 368/2001 (attuazione della direttiva, modifiche nel 2008, 2010, 2012, 2013, 2014): causale unica. Possibilità di stipulare un contratto a tempo determinato sulla base di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. Devono essere precisate nel contratto stesso. A fronte di una mancata specificazione il contratto era nullo e veniva trasformato in un rapporto a tempo indeterminato. Nel 2012 con la riforma Fornero si decise di prevedere un periodo iniziale dove non fosse necessario giustificare il motivo del contratto a tempo determinato. Nel 2014 si decise di cancellare la necessità di indicazione delle ragioni.

D.lgs. 81/2015 (modifiche nel 2018): il contratto a tempo indeterminato non è più causale (non è necessario indicare la causa). La modifica nel 2018 ha ripristinato quanto accadeva nel 2012: una prima fase (12 mesi) all'interno dei quali non è necessaria alcuna ragione causale, e un periodo successivo (fino a 24 mesi) nei quali è necessario prevedere le ragioni.

Art. 1 D.lgs. 81/2015: *“Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro.”*

Art. 19 D.lgs. 81/2015: *“1. Al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a dodici mesi. Il contratto può avere una durata superiore, ma comunque non eccedente i ventiquattro mesi, solo in presenza di almeno una delle seguenti condizioni:*

- a) nei casi previsti dai contratti collettivi di cui all'articolo 51;*
- b) in assenza delle previsioni di cui alla lettera a), nei contratti collettivi applicati in azienda, e comunque entro il 30 aprile 2024, per esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti;*
- b-bis) in sostituzione di altri lavoratori.*

1-bis. In caso di stipulazione di un contratto di durata superiore a dodici mesi in assenza delle condizioni di cui al comma 1, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di superamento del termine di dodici mesi.

2. Fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi, e con l'eccezione delle attività stagionali di cui all'articolo 21, comma 2, la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, per effetto di una successione di contratti, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale e indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e l'altro, non può superare i ventiquattro mesi. Ai fini del computo di tale periodo si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale, svolti tra i medesimi soggetti, nell'ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato. Qualora il limite dei ventiquattro mesi sia superato, per effetto di un unico contratto o

di una successione di contratti, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di tale superamento.

3. Fermo quanto disposto al comma 2, un ulteriore contratto a tempo determinato fra gli stessi soggetti, della durata massima di dodici mesi, può essere stipulato presso la direzione territoriale del lavoro competente per territorio. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, lo stesso si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data della stipulazione.

4. Con l'eccezione dei rapporti di lavoro di durata non superiore a dodici giorni, l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto se non risulta da atto scritto, una copia del quale deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione. L'atto scritto contiene, in caso di rinnovo, la specificazione delle esigenze di cui al comma 1 in base alle quali è stipulato; in caso di proroga ((e di rinnovo)) dello stesso rapporto tale indicazione è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi.

5. Il datore di lavoro informa i lavoratori a tempo determinato, nonché le rappresentanze sindacali aziendali ovvero la rappresentanza sindacale unitaria, circa i posti vacanti che si rendono disponibili nell'impresa, secondo le modalità definite dai contratti collettivi.

5-bis. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, nonché ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati dalle università private, incluse le filiazioni di università straniere, ((da istituti pubblici)) di ricerca, società pubbliche che promuovono la ricerca e l'innovazione ovvero enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere attività di insegnamento, di ricerca scientifica o tecnologica, di trasferimento di know-how, di supporto all'innovazione, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa, ai quali continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2018, n. 96.”

Esempio di esigenze per contratto a tempo determinato con durata superiore a 12 mesi: progettazione e commercializzazione di un nuovo prodotto, attività di ricerca, avvio di una nuova linea di prodotto, nuove attività di marketing, progettazione di nuove modalità di vendita, ...

Art. 20 D.lgs. 81/2015: *“1. L'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro subordinato non è ammessa:*

- a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;*
- b) presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi a norma degli articoli 4 e 24 della legge n. 223 del 1991, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti, per assumere lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi;*
- c) presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a tempo determinato;*
- d) da parte di datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.*

2. In caso di violazione dei divieti di cui al comma 1, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato.”

Art. 21 D.lgs. 81/2015: *“01. ((Il contratto può essere prorogato e rinnovato liberamente nei primi dodici mesi e, successivamente, solo in presenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1)). In caso di violazione di quanto disposto dal primo ((...)) periodo, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato. I contratti per attività stagionali, di cui al comma 2 del presente articolo, possono essere rinnovati o prorogati anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1. (10) (11) ((45))*

1. Il termine del contratto a tempo determinato può essere prorogato, con il consenso del lavoratore, solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a ventiquattro mesi, e, comunque, per un massimo di quattro volte nell'arco di ventiquattro mesi a prescindere dal numero dei contratti. Qualora il numero delle proroghe sia superiore, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della quinta proroga.

2. Qualora il lavoratore sia riassunto a tempo determinato entro dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore a sei mesi, il secondo contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato. Le disposizioni di cui al presente comma non trovano applicazione nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali individuate con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali nonché nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi. Fino all'adozione del decreto di cui al secondo periodo continuano a trovare applicazione le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525.

3. I limiti previsti dal presente articolo non si applicano alle imprese start-up innovative di cui di cui all'articolo 25, commi 2 e 3, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, per il periodo di quattro anni dalla costituzione della società, ovvero per il più limitato periodo previsto dal comma 3 del suddetto articolo 25 per le società già costituite.”

Art. 22 D.lgs. 81/2015: *“1. Fermi i limiti di durata massima di cui all'articolo 19, se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20 per cento fino al decimo giorno successivo e al 40 per cento per ciascun giorno ulteriore.*

2. Qualora il rapporto di lavoro continui oltre il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini.”

La sanzione iniziale è di una maggiorazione della retribuzione, che muta in una successiva trasformazione del contratto a tempo indeterminato.

Art. 23, comma 1 D.lgs. 81/2015: *“1. Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi non possono essere assunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione, con un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5. Nel caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno, il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento dell'assunzione. Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato.”*

Limite al 20% salvo esenzioni (es. attività in fase di start-up).

Art. 23, comma 4 D.lgs. 81/2015: *“4. In caso di violazione del limite percentuale di cui al comma 1, restando esclusa la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato, per ciascun lavoratore si applica una sanzione amministrativa di importo pari:*

a) al 20 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non è superiore a uno;

b) al 50 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale è superiore a uno.”

La sanzione è solo di carattere amministrativo, non c'è conversione a contratto a tempo indeterminato. Si dubita circa la legittimazione del lavoratore a tempo determinato di sollevare la questione per l'applicazione della sanzione.

Ci sono poi altre norme nel **D.lgs. 81/2015** quali il diritto di precedenza del lavoratore a tempo determinato su nuove posizioni a tempo indeterminato e il principio di non discriminazione (es. economico, anzianità di servizio, ...).

Nel nostro ordinamento le questioni di nullità non si prescrivono: per evitare impugnazioni per questioni molto indietro nel tempo/ricostituire il rapporto fin dall'inizio è stato introdotto l'art. 28 (già la cassazione aveva risolto con un'interpretazione di *“risoluzione per fatti concludenti”*).

Art. 28 D.lgs. 81/2015: *“1. L'impugnazione del contratto a tempo determinato deve avvenire, con le modalità previste dal primo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, entro centottanta giorni dalla cessazione del singolo contratto. Trova altresì applicazione il secondo comma del suddetto articolo 6. (10) ((11))*

2. Nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966. La predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.

3. In presenza di contratti collettivi che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 2 è ridotto alla metà.”

Ci sono casi di esenzione: es. contratti di lavoro a tempo determinato con dirigenti (fino a 5 anni).

Lavori atipici o non standard - Contratto di lavoro a tempo parziale: dir 97/81/CE, D.lgs. 81/2015

I vari contratti atipici (rispetto al contratto di lavoro indeterminato) sono confluiti nel **D.lgs. 81/2015**. Dall'art. 4 è dedicata l'attenzione alle regole sul part-time. La normativa italiana non prevede limiti di orari giornalieri ma settimanali. Il limite settimanale fissato in 40 ore (contratto cosiddetto *“a tempo pieno”*) si rimette alla contrattazione sindacale per orari inferiori.

Ogni contratto con un orario ridotto rispetto a quello *“a tempo pieno”* è quindi definito contratto di lavoro a tempo parziale.

La forma scritta è richiesta ai fini della dimostrazione di un rapporto di lavoro part-time. I contratti di lavoro sono infatti ispirati al principio della libertà della forma contrattuale ma ci sono specifiche eccezioni: il contratto a termine deve necessariamente essere scritto, il contratto part-time richiede la forma scritta solo ai fini della prova. Solo laddove dovesse sorgere un contenzioso circa la natura del contratto di lavoro, sarà necessario dare dimostrazione scritta/documentale del contratto di lavoro part-time (non è ammessa la prova testimoniale o per presunzione).

Il contratto part-time deve indicare la durata (dell'orario di lavoro, inferiore all'orario "a tempo pieno" es. < 40 ore) e la collocazione temporale. In caso di assenza della durata, il giudice convertirà a tempo pieno il contratto. Se la collocazione temporale è mancante, la conversione a full-time sarebbe troppo gravosa, quindi il giudice indica la collocazione temporale d'ufficio.

È possibile procedere con la modifica della collocazione temporale ma solo con il consenso del lavoratore.

Il datore di lavoro può richiedere un'estensione della durata (orario di lavoro supplementare), questa è regolata dal contratto collettivo. Si tratta di una forbice di tempo che vive tra il part-time e il full-time. L'orario di lavoro supplementare subisce maggiorazione (misura minima del 15%) e può nascere da una richiesta unilaterale del datore di lavoro ma in assenza di una specifica previsione contrattuale esige il consenso del lavoratore. Il rifiuto del lavoratore deve essere giustificato.

Può esserci applicazione di clausole "elastiche" determinate dal contratto collettivo applicabile, se non prevista dal CCNL può essere oggetto di certificazione (e quindi inserita nel contratto individuale). La clausola elastica consente al datore di lavoro di variare unilateralmente (senza il consenso del lavoratore) i due elementi che contraddistinguono il part-time: durata inferiore e collocazione temporale. Le limitazioni (a pena di nullità) delle clausole "elastiche" sono: preavviso minimo (di almeno 2 giorni), maggiorazioni e/o riposi compensativi, condizioni per l'opzione da parte del datore di lavoro. L'inserimento di clausole elastiche nel contratto non costituisce giusta causa di licenziamento.

Non esiste un obbligo di applicazione di un contratto collettivo. Il datore di lavoro potrebbe non essere iscritto ad alcuna associazione imprenditoriale; quindi, libero dall'applicazione di un dato CCNL oppure potrebbe decidere al di là dell'iscrizione, di applicare un CCNL. C'è la possibilità che un CCNL non preveda clausole elastiche. È quindi possibile presentare istanza per la certificazione della clausola elastica individuale quindi di accesso ad un procedimento amministrativo che valuta la volontà delle parti. Le commissioni di certificazione emetteranno un provvedimento che consentirà l'utilizzo di queste clausole elastiche (obiettivo: evitare che la pressione contrattuale del datore di lavoro limiti eccessivamente la libertà organizzativa del lavoratore).

Il rifiuto di trasformazione da full-time a part-time non costituisce motivo di licenziamento. La giurisprudenza però ha confermato come, in presenza di crisi aziendale, il datore di lavoro possa procedere a licenziamenti. La condotta del rifiuto non può essere sanzionata, ma possono esistere altre cause che portano al licenziamento.

Il diritto alla trasformazione da parte del lavoratore è di carattere eccezionale: ad esempio come alternativa al congedo parentale (6 mesi). Al termine del congedo parentale c'è una trasformazione in full-time.

Si applica la regola generale relativa al trattamento retributivo, dopo riproposizionamento sulla base dell'orario lavorativo.

Lavori atipici o non standard - Somministrazione di lavoro: dir 2008/104/CE, D.lgs. 81/2015

L. 196/1997: per il lavoro interinale si prevede eccezione al divieto di interposizione (**L. 1369/1960**). Dissociazione fra il soggetto che assume il lavoratore e quello che lo utilizza: Agenzia di lavoro, impresa utilizzatrice, lavoratore. 3 soggetti e 2 contratti (contratto di somministrazione, contratto di lavoro somministrato). Il rapporto tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore è un rapporto di mero fatto.

Nonostante il divieto di interposizione sia ormai abrogato, al di fuori della disciplina della somministrazione di lavoro, si applica il principio generale di conversione in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Direttiva 2008/104: la direttiva non impedisce che uno Stato non limiti il numero massimo di missioni successive per uno stesso lavoratore ma tuttavia impone che lo Stato debba adottare misure al fine di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale (CGUE 14.10.2020, C-681/18).

Art. 4, 5 D.lgs. 276/2003: l'agenzia per il lavoro per svolgere la propria attività deve essere iscritta in un apposito albo articolato in diverse sezioni. Il ministero del lavoro rilascia entro 60 giorni l'autorizzazione. Dopo 2 anni è possibile richiede un'autorizzazione a tempo indeterminato. Sono previsti requisiti giuridici e finanziari:

- a. La costituzione dell'agenzia nella forma di società di capitali, cooperativa o consorzio di cooperative, italiana o di altro stato membro dell'UE
- b. Sede legale o una sua dipendenza nel territorio dello Stato o di altro Stato membro dell'UE
- c. Disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali, dimostrabili per titoli o per specifiche esperienze nel settore delle risorse umane o nelle relazioni industriali
- d. Gli amministratori, i direttori generali e i dirigenti muniti di rappresentanza e i soci accomandatari non devono aver subito condanne penali per alcuni reati (es. contravvenzioni previste da leggi dirette alla prevenzione degli infortuni sul lavoro), anche non definitive.
- e. Nel caso di soggetti polifunzionali, non caratterizzati da un oggetto sociale esclusivo, presenza di distinte divisioni operative, gestite con strumenti di contabilità analitica, tali da consentire di conoscere tutti i dati economico-gestionali specifici
- f. L'interconnessione con i sistemi di collocamento nazionali
- g. Requisiti di carattere finanziario: es. capitale versato > 600.000 euro (è funzione del tipo di agenzia).

Art. 30 D.lgs. 81/2015: *"1. Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o piu' lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore."*

Art. 31 D.lgs. 81/2015: sono previsti limiti circa l'utilizzo di contratti di somministrazione (20% per contratti a tempo indeterminato rispetto agli assunti a tempo indeterminato e 30% per contratti a tempo determinato rispetto agli assunti a tempo determinato e somministrazione) salvo eccezioni.

Art. 33 comma 1 D.lgs. 81/2015: *"1. Il contratto di somministrazione di lavoro è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi:*

- a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;
- b) il numero dei lavoratori da somministrare;
- c) l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e le misure di prevenzione adottate;
- d) la data di inizio e la durata prevista della somministrazione di lavoro;
- e) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei medesimi;
- f) il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori."

Art. 34 D.lgs. 81/2015: L'agenzia del lavoro può assumere il lavoratore sia a tempo determinato che a tempo indeterminato e poi mandarlo in missione presso l'azienda somministratrice. Il contratto di somministrazione può essere a sua volta a tempo determinato o indeterminato. Al termine del contratto di somministrazione a tempo determinato, il lavoratore a tempo indeterminato riceverà un'indennità mensile di disponibilità (quando non lavora).

Art. 35 D.lgs. 81/2015: tutela del lavoratore, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà. Principio generale di parità: applicazione delle medesime condizioni economiche e lavorative rispetto ai dipendenti di pari livello dell'utilizzatore. Obblighi in solido con il somministratore per il pagamento delle retribuzioni (di norma paga l'agenzia del lavoro).

Altro: art. 36 (Diritti sindacali), Art. 37 (Norme previdenziali)

Art. 38 D.lgs. 81/2015 (Somministrazione irregolare): "1. In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione di lavoro è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.

2. Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.

3. Nelle ipotesi di cui al comma 2 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione.

4. La disposizione di cui al comma 2 non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni."

Art. 39 D.lgs. 81/2015 (Decadenze e tutele): sistema di doppia cadenza, da un lato omnicomprensiva per quello che riguarda il passato con risarcimento. Applicabile anche in ipotesi di somministrazione.

Lavori atipici o non standard - Lavoro intermittente: D.lgs. 81/2015

Il contratto di lavoro intermittente è regolato dagli art. 13 e seguenti. È nato come contratto "job-on-call" o "a chiamata". Permette al datore di lavoro di utilizzare la prestazione lavorativa quando necessario. L'obiettivo del legislatore è quello di rispondere alle esigenze di discontinuità ed estrema flessibilità del datore di lavoro (esigenza) ed uso contenuto del lavoro intermittente.

Art. 13 comma 1, D.lgs. 81/2015: "1. Il contratto di lavoro intermittente è il contratto, anche a tempo determinato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente secondo le esigenze

individuare dai contratti collettivi, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno. In mancanza di contratto collettivo, i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali."

In assenza di una disciplina contrattuale collettiva, il legislatore prevede che il contratto intermittente può essere utilizzato solo per una serie di attività contenute nel decreto ministeriale del 2004 (che rinvia ad un regio decreto RD 2657/1923).

Art. 13 comma 2 D.lgs. 81/2015: *"2. Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con meno di 24 anni di età, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con più di 55 anni."*

Finalità di avvicinamento e facilitazione dell'occupazione giovanile o di ricollocazione. È previsto comunque un massimo di 400 giornate lavorative in 3 anni, salvo eccezioni (turismo, pubblici esercizi e spettacolo).

Rapporti a contenuto formativo

- Contratto di formazione e lavoro (abrogato)
- Stage o tirocini (non sono rapporti di lavoro)
- **Contratto di apprendistato: D.lgs. 81/2015**

Normale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ma con una serie di peculiarità. Ha una causa mista: non si ha il solo scambio di una prestazione lavorativa verso una prestazione economica ma sul fronte datoriale oltre la prestazione economica si aggiunge l'adempimento di un obbligo di formazione per il datore di lavoro.

Questo comporta la possibilità di quantificare il salario dell'apprendista in una misura inferiore rispetto a quella del lavoratore *"già formato"* che svolge la stessa attività. Sono previste inoltre agevolazioni di carattere fiscale e contributivo per il datore di lavoro.

Il contenzioso sull'apprendistato riguarda principalmente l'accertamento della mancata formazione: se cade l'onere della formazione, cade anche la differenza retributiva.

I contratti di apprendistato sono normati da contratti collettivi, contratti interconfederali (tra federazioni di sindacati) e legge nazionale (vedi **D.lgs. 81/2015**).

Il contratto di apprendistato deve avere forma scritta solo in caso di eventuale contenzioso per la dimostrazione dell'esistenza del contratto (ai fini della prova). Può essere inserito una clausola di prova, questa clausola deve avere forma scritta ab substantiam.

Il contratto deve contenere il PFI (piano formativo individuale) sin dalla sua origine: rappresenta il parametro con il quale valuto la correttezza degli adempimenti del datore di lavoro.

Il contratto di apprendistato deve avere una durata minima di 6 mesi, salvo lo svolgimento di attività stagionali. Il recesso nella fase di formazione (previsto dal **D.lgs. 81/2015**) è previsto solo nelle casistiche applicabili (motivi disciplinari e motivi economici) ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Arrivati al termine del periodo di formazione il datore di lavoro potrà recedere solo applicando un preavviso, non è richiesto allegare motivazioni disciplinari ed economiche. Se nessuna di queste parti (datore e lavoratore) recederà al termine della formazione, il contratto di lavoro proseguirà come contratto di lavoro a tempo indeterminato (ci sarà progressione del trattamento economico).

I contratti di apprendistato hanno dei limiti. Nel caso di contratti di apprendistato che prevedono un percorso integrato scuola-lavoro il limite anagrafico è 15-25 anni. Non ci sono limitazioni riguardo ai settori di attività, è funzionale al raggiungimento di una qualifica, di un diploma professionale o l'acquisizione di un certificato di specializzazione tecnica superiore consentendo di conciliare la formazione in azienda con l'istruzione e la formazione scolastica. La durata dipende dalla qualifica/diploma da conseguire e non può superare i 3 o 4 anni (se richiesto dal diploma).

I contratti di apprendistato possono invece mirare al raggiungimento di una qualifica professionale, individuata quindi nel CCNL applicabile. È riservata ai soggetti tra 18 e 29 anni. C'è un'eccezione con finalità di ricollocazione per chi è beneficiario di indennità di mobilità, disoccupazione, ... È svincolata ad un ciclo scolastico: la formazione è sia interna all'azienda che esterna (questa è solitamente erogata dalla regione e da altri enti accreditati). Le ore di formazione interna sono regolati da accordi interconfederali o dal CCNL. La formazione pubblica extra-aziendale (es. salute e sicurezza) è definita dalle regioni nel rispetto delle linee guida adottate con decreto ministeriale.

Gli apprendistati di alta-formazione e ricerca sono riservati a giovani tra i 18 e i 29 anni già in possesso di un diploma di istruzione secondaria superiore con l'obiettivo di conseguire una laurea o un dottorato di ricerca. La formazione è erogata sulla base di convenzioni tra datori di lavoro e università. Il trattamento retributivo è in misura % e l'inserimento può essere fino a due livelli inferiori a quelli del lavoratore formato. Non è prevista una remunerazione per le ore di formazione svolte al di fuori dell'azienda, per quelle in azienda il trattamento retributivo è pari al 10%.