



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea in Consulente del Lavoro

**LA POSTERGAZIONE DEI FINANZIAMENTI DEI SOCI EX ART. 2467 C.C. E LA
SUA APPLICAZIONE ALLE S.P.A.**

Relatrice: Prof.ssa Giulia Ballerini

Laureanda: Ilaria Pigazzi

Matricola: 2011716

Anno Accademico 2022/2023

INDICE

Introduzione	7
Capitolo I:	
<i>I finanziamenti dei soci nella s.r.l.</i>	
1.1 I conferimenti e il capitale sociale nella s.r.l.	12
1.1.1. Conferimenti, prestiti e versamenti dei soci.....	18
1.1.2. La sottocapitalizzazione delle s.r.l.	22
1.3 Profilo soggettivo dell'art.2467 c.c. : "il socio finanziatore"	25
1.2 Profilo oggettivo dell'art. 2467 c.c. : "i finanziamenti in qualsiasi forma effettuati".....	27
Capitolo II:	
<i>La postergazione</i>	
2.1 I presupposti e l'ambito applicativo della postergazione.....	32
2.2 La posizione della giurisprudenza sui presupposti.....	36
2.3 Tesi processualistica e sostanzialistica della postergazione.....	37
2.4. Novità introdotte dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.....	40
2.5 Profili processuali: Inefficacia dei rimborsi dei finanziamenti eseguiti dai soci e la loro restituzione.....	43
2.5.1. La cessione del credito avente ad oggetto il rimborso del finanziamento.....	45
2.5.2 Il socio garante.....	46
2.6 Deroga alla disciplina ex art. 2467 c.c.: la prededuzione e la postergazione al tempo del Covid -19.....	47
Capitolo III:	
Applicazione analogica della postergazione ad altre forme societarie	
3.1 Il problema dell'applicazione analogica della postergazione alle s.p.a. nella disciplina dei gruppi.....	50
3.2 L'ambito di applicazione.....	53
3.3. I finanziamenti anomali e le garanzie prestate dalla capogruppo.....	55
3.4 Problema dell'applicabilità della postergazione ai finanziamenti anomali delle s.p.a. non soggette a direzione e coordinamento nella giurisprudenza di legittimità e di merito..	56
Conclusione	62

Bibliografia	64
Giurisprudenza	66
Ringraziamenti	68

*Alla mia famiglia, vicina e lontana.
A chi non c'è più, ma mi guarda da lassù.*

INTRODUZIONE

Sia che si tratti di società di persone che di società di capitali, i soci sono tenuti ad effettuare i conferimenti pattuiti nel contratto di società, il cui valore indica complessivamente il capitale sociale. Quando durante la vita della società il fabbisogno finanziario aumenta, normalmente sono i soci che fanno fronte a questa esigenza o incrementando il capitale sociale o finanziando la società tramite erogazioni di credito in favore di essa. Erogazioni che possono consistere sia in versamenti di somme di denaro che in pagamenti di debiti sociali. Perciò, di fronte ad un maggior fabbisogno finanziario generalmente sono i soci che prendono la decisione di agire nell'uno o nell'altro modo: il finanziamento fa nascere in capo al socio un credito che ha per oggetto il rimborso dell'importo.¹

In questo modo il socio ha il diritto di far valere la garanzia patrimoniale della società al pari di tutti gli altri creditori sociali partendo, però, da una situazione privilegiata: ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c., *“anche i soci non esercitanti poteri di amministrazione hanno il diritto di ricevere dagli amministratori notizie circa lo svolgimento degli affari sociali e di poter consultare, anche avvalendosi di professionisti, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione”*; da ciò sembra potersi desumere che i soci possono valutare il “credit score”² dell'azienda basandosi su elementi che al resto dei finanziatori sono sconosciuti.³

Per il socio di società di capitali è più conveniente scegliere il finanziamento rispetto alla ricapitalizzazione, perché: è più veloce, informale e meno costoso rispetto all'aumento del capitale sociale, ma anche perché il rischio d'impresa viene, seppur

¹ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, 2020, pag. 5.

² FRATINI M., in *Il testo unico della finanza*, 2012, si può affermare che il credit score è il punteggio di affidabilità creditizia, adottato dalle banche e dagli intermediari finanziari per valutare le richieste di finanziamento. Il punteggio numerico del credit score è un modo per misurare la probabilità che un debitore oneri i suoi obblighi di pagamento. Viene calcolato utilizzando algoritmi e modelli statistici che vanno ad analizzare diversi fattori, tipo la storia del pagamento dei debiti, il livello di indebitamento, le richieste di nuovi prestiti e altre informazioni che attengono all'affidabilità creditizia.

³ AMATO A., *Le S.r.l.*, CEDAM, 2011, pag. 325.

parzialmente, riversato sugli altri creditori con i quali il socio concorre nell'esercizio del diritto di credito.⁴

Con l'art. 2467 c.c.⁵, la riforma del diritto societario del 2003⁶ si era preoccupata di intervenire in questo quadro introducendo un meccanismo con lo scopo di incoraggiare il finanziamento dell'impresa da un lato, e dall'altro, scongiurare le operazioni di ricapitalizzazione societaria che provocano un'alterazione del principio della "par condicio creditorum".⁷

La norma per fare ciò ha previsto due misure: l'originario comma 1 art. 2467 c.c. sanciva la postergazione dei crediti dei finanziamenti dei soci in favore della società (disposizione rimasta invariata oggi) e l'obbligo di restituzione dei rimborsi in favore della massa nel caso in cui il rimborso fosse avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento. Questa seconda previsione è stata abrogata dal d.lgs. n. 14/2019⁸ (Codice della Crisi di Impresa e dell'insolvenza entrato in vigore il 15 luglio 2022), sostituendola con la norma all'art. 164, comma 2, CCII. Il comma 2 art. 2467 c.c. stabiliva e tutt'oggi continua a stabilire che queste misure colpiscono solo ed esclusivamente i finanziamenti eseguiti dai soci in una condizione di eccessivo

⁴ PANDOLFINI V., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *Diritto Societario*, 2022.

⁵ L'attuale versione è intitolata "*finanziamento dei soci*" ed è in vigore dal 01/09/2021 in quanto modificato dal d.lgs. n. 14 del 12/01/2019.

⁶ Il d.lgs. 17/01/2003 n.6, ha innovato la disciplina del diritto societario. La legge delega n. 366/2001 portava come obiettivo principale l'armonizzazione del nostro ordinamento in materia societaria con la normativa comunitaria, con lo scopo di agevolare la nascita, crescita e competitività delle imprese. Altri obiettivi furono la definizione chiara e precisa dei compiti degli organi societari, la semplificazione della disciplina delle società prendendo coscienza anche delle esigenze delle imprese e del mercato concorrenziale ed infine creando nuovi strumenti finanziari a disposizione delle imprese.

⁷ Principio accolto all'art. 2741 c.c. e letteralmente significa parità di trattamento dei creditori. Esprime un principio giuridico secondo il quale i creditori hanno uguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore salve le cause legittime di prelazione, ossia i privilegi, il pegno e l'ipoteca.

⁸ Il 15 luglio 2022 è entrato in vigore il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, approvato con il D.lgs. 14/2019. Fra le novità più importanti introdotte, bisogna rendere noto l'obbligo per tutte le imprese, indipendentemente dalla dimensione e tipologia, di ricorrere a misure idonee e ad un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile con lo scopo di rilevare tempestivamente l'eventuale stato di crisi ed adottare immediatamente adeguate iniziative.

squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto, o, in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole attendersi un conferimento.⁹

L'obiettivo della norma è, quindi, disciplinare il fenomeno della "sottocapitalizzazione nominale", ossia la prassi, diffusa tra i soci di società di capitali, principalmente in quelle società a compagine sociale ristretta, di finanziare l'impresa apportando capitale senza imputarlo formalmente al capitale sociale, o perfino avvalendosi dello schema negoziale del capitale di credito; in questo modo il socio finanziatore ha la possibilità di reclamare la restituzione prima dello scioglimento della società. Invero, la situazione di sottocapitalizzazione nominale è pericolosa per i creditori sociali in quanto i soci, attraverso i prestiti della società sottocapitalizzata, predispongono un titolo in sede fallimentare per proteggere i loro crediti e porli sullo stesso piano di quelli degli altri creditori sociali, rovesciando il principio secondo cui nelle società il rischio del socio è postergato a quello dei creditori sociali. Suddetta situazione può accadere sia in fase di start up nel caso in cui la società fosse sottocapitalizzata e quindi esiste il pericolo che il rischio d'impresa venga trasferito sui terzi creditori, sia in un secondo momento, quando, a fronte di perdite, i soci, anziché conferire capitale ragionevolmente, effettuano finanziamenti, andando ad aumentare l'indebitamento e concorrendo, quindi, con i creditori terzi e allo stesso tempo portando avanti l'attività sociale in danno di questi ultimi, che, probabilmente in una simile situazione non sarebbero disposti ad erogare finanziamenti.¹⁰

A tutela dei creditori sociali la norma punisce il comportamento del socio che, conoscendo o potendo conoscere lo stato di crisi della società, l'ha sostenuta tramite mezzi non adeguati e non ragionevoli, cioè non con attribuzioni incrementative del patrimonio, ma indebitando ulteriormente la società appesantendone lo squilibrio patrimoniale, stabilendo appunto che il rimborso dei finanziamenti dei soci in favore della società è "*postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori terzi*". È questo l'argomento di cui discuteremo in questo elaborato.

⁹ PANDOLFINI V., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *Diritto Societario*, 2022.

¹⁰ *Ibidem*.

Capitolo I : I finanziamenti dei soci nella s.r.l.

SOMMARIO: 1.1. il capitale sociale e i conferimenti nella s.r.l. – 1.1.1. conferimenti, prestiti e versamenti dei soci – 1.1.2. la sottocapitalizzazione delle s.r.l. – 1.2. profilo soggettivo dell'art. 2467 c.c. : il socio finanziatore – 1.3. profilo oggettivo dell'art. 2467 c.c. : “i finanziamenti in qualsiasi forma effettuati”.

1.1 Il capitale sociale e i conferimenti nella s.r.l.

La Riforma del diritto societario del 2003 ha modificato la disciplina delle società a responsabilità limitata; lo scopo fondamentale era quello di predisporre per questa tipologia di società una sua disciplina propria, evitando rinvii alle norme in materia di s.p.a. Si era partiti dal presupposto che bisognava dare più importanza ai soci di s.r.l., attribuendo loro ampi poteri gestori in quanto, il numero dei soci interessati allo svolgimento della vita societaria e agli aspetti che riguardano la gestione della società, sono in numero ristretto. Ed è proprio per questo motivo che i soci di s.r.l. possono essere definiti come “soci imprenditori”¹¹; differenza rispetto alla s.p.a. in cui la compagine societaria può essere molto più estesa e in cui la gestione della società spetta esclusivamente agli amministratori¹².

Successivamente alla riforma del 2003, il legislatore ha voluto nuovamente intervenire in materia introducendo diverse possibilità di costituzione della s.r.l., oltre a quella ordinaria, ossia la s.r.l. semplificata e la start up innovativa. Queste tipologie si differenziano su alcuni aspetti, tra cui quello della costituzione del capitale sociale e alla tipologia dei conferimenti; obiettivo del legislatore era, infatti, introdurre una specifica disciplina per fare in modo che la s.r.l. operi sempre in equilibrio economico – finanziario. In base alla scelta effettuata dai soci in merito all'esecuzione e alla

¹¹ Si veda in merito Cfr. ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, vol. 1, in *Il Codice Civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2010, in cui sostiene che con la locuzione “socio imprenditore” si fa riferimento ad un socio che ad ogni modo è coinvolto nella gestione, tanto attraverso la sua personale partecipazione alla vita societaria, che mediante l'influenza che esercita sui soci. In questo caso perciò si vuole dare un significato strettamente descrittivo a questo termine.

¹² Si veda in merito l'art. 2380 bis c.c. dove stabilisce anche che “l'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci” e che “quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione”.

tipologia di conferimenti si costituirà poi o una s.r.l. semplificata se il capitale sociale è compreso tra 1 e 9.999 euro, o s.r.l. ordinaria se il capitale sociale è superiore a 10.000 euro. Se i soci abbiano preferito la costituzione di una s.r.l. ordinaria e abbiano anche stabilito l'ammontare del capitale sociale, devono sottoscrivere l'intero capitale impegnandosi a conferire il valore in denaro o in natura, in modo tale da poter diventare soci e titolari di una quota di partecipazione. Le norme attuali prevedono che vi sia un legame tra capitale sociale e la totalità dei conferimenti, in modo che i creditori siano favoriti dall'entità del capitale sociale, indipendentemente dalla distribuzione delle quote tra i soci, che può avvenire anche in maniera non proporzionale. Nel caso in cui viene costituita una s.r.l. con capitale compreso tra 1 e 9.999 euro, (s.r.l. semplificata) allora i soci devono necessariamente conferire solo denaro, che dovrà essere versato totalmente ai soggetti che formano l'organo amministrativo, ai sensi dell'art. 2463-bis, comma 2 c.c., e dovrà essere utilizzato uno specifico mezzo di pagamento che deve essere indicato nell'atto costitutivo, come per la S.r.l. ordinaria, come stabilito dall'art. 2464, comma 4 c.c. in questo determinato caso possiamo affermare che l'ammontare del capitale sociale sottoscritto coincide con quello versato dai soci.¹³

In via preliminare, occorre ricordare che il socio può effettuare il versamento dei conferimenti in denaro o contestualmente o precedentemente alla sottoscrizione dell'atto costitutivo e può utilizzare diversi metodi di pagamento: denaro circolare, solo ed esclusivamente per importi inferiori al limite previsto dalla legge; l'assegno circolare; il bonifico bancario a favore di uno o più amministratori. Questo perché non può effettuarsi a favore della costituenda società in quanto questa formalmente non esiste; effettuando sennò un versamento in banca con costituzione di un deposito vincolato a favore della società, destinato ad essere utilizzato da coloro che saranno poi gli amministratori di questa una volta che sarà iscritta nel Registro delle Imprese e, per finire, tramite un assegno bancario¹⁴.

¹³ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, 2020, pag. 564-565.

¹⁴ Riguardo a questa modalità di pagamento la massima milanese n. 148/2016, la ammette ad una condizione: ossia purché si tratti di un assegno regolarmente emesso. Sempre secondo questa massima, la consegna del denaro o dell'assegno deve avvenire *“a favore di uno degli amministratori nominati dall'atto costitutivo o anche a favore di persona a ciò delegata da uno di essi, compreso il notaio rogante”* (se il versamento avviene in occasione dell'atto costitutivo); al contrario, secondo l'orientamento notarile del Consiglio Nazionale del

Se, al contrario, la s.r.l. viene dotata di un capitale sociale pari o superiore a 10.000 euro, i soci, attenendosi a quanto disposto dall'art. 2464, comma 2, c.c. possono conferire *“tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica”*.¹⁵ E cioè: denaro, beni in natura o crediti, prestazioni d'opera e di servizi effettuate a favore della società. I soci possono decidere di conferire anche qualsiasi elemento che può essere utile allo svolgimento dell'attività sociale, come il know-how ossia un bene immateriale. In merito la Corte di Cassazione, nell'affermare che si tratta di un'entità suscettibile di valutazione economica, sostiene che sia *“un bene economico che assume rilievo come autonomo elemento patrimoniale”* e che *“i diritti di know how acquistati a titolo oneroso vanno iscritti nel bilancio in un' apposita voce e valutati secondo il criterio previsto all'art. 2425 c.c.”*¹⁶.

Il conferimento residuo può comunque essere richiesto dagli amministratori durante la vita societaria e i soci sono tenuti a versarlo, ad esempio in una possibile fase di gestione della liquidazione quando i fondi disponibili risultano insufficienti per pagare i debiti sociali. Nell'atto costitutivo potrebbero anche esserci dei termini entro i quali i soci sono tenuti ad effettuare il versamento della parte rimanente. Il 25% del conferimento e l'intero eventuale sovrapprezzo possono essere sostituiti da garanzie sostitutive¹⁷: polizza assicurativa o fideiussione bancaria. In questi casi, i soci devono dare prova al notaio che redige l'atto costitutivo, dell'avvenuto versamento in banco o il deposito della garanzia sostitutiva. Alla polizza o alla fideiussione possono essere posti dei termini per l'adempimento, e in ogni momento il socio ha la facoltà di mutare le garanzie prestate versando il corrispondente importo.

Notariato del 4 settembre 2013, l'utilizzo dell'assegno bancario non è ammissibile in quanto non può dare certezza sulla copertura delle somme dovute.

¹⁵ Si consideri in dottrina MIOLA M., secondo il quale, l'idoneità del conferimento ad essere parte dell'attivo di bilancio non significa che l'iscrizione nel bilancio di un specifica entità sia necessariamente il presupposto necessario e sufficiente di conferibilità, tant'è vero che possono esserci delle spese iscrivibili nel bilancio ma che non possono essere conferite, come ad esempio le spese di avviamento o le spese di impianto. Cosa necessaria è che il conferimento vada ad incrementare, anche in termini economici, l'attivo della società.

¹⁶ Si veda a riguardo Cfr. Cass., 27 febbraio 1985, n. 1699, in *Il Foro Italiano*.

¹⁷ CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, 2020, pag. 565. In riferimento si veda anche Cass., 5-6-2015 n. 11664 in cui è stato condannato un notaio per aver ammesso forme di garanzia alternative, nel caso di specie prestate da società finanziaria.

Inoltre, nell'atto costitutivo si può convenire il conferimento di beni in natura o crediti. Con riguardo ai beni in natura, i soci possono conferire qualsiasi entità che sia "suscettibile di valutazione economica"¹⁸ a condizione che sia utile per lo svolgimento dell'attività sociale e che il socio abbia la possibilità di trasferire alla società (beni immobili, immateriali, mobili, mobili registrati).¹⁹

Il conferimento può essere concesso a titolo di proprietà o a titolo di godimento.

È importante precisare che una volta effettuato il conferimento il socio non può pretendere di utilizzare individualmente i beni, ma rispettando le regole stabilite dalla società.²⁰

Il socio, se vuole, ha l'opportunità di conferire nella società, oltre ai beni, anche crediti sia in denaro che in natura, incluse le garanzie personali, reali e privilegi.

Il conferimento dei crediti incontra un limite: è vietato il conferimento di crediti a carattere strettamente personale²¹ (ossia quei crediti che, per la loro natura stessa, non possono essere trasferiti in quanto riguardano prestazioni che attengono alla persona del creditore) e dei crediti non esigibili (i crediti inesigibili sono quei crediti che con alte probabilità il creditore non riuscirà a riscuotere).

Secondo la disposizione dell'art. 2464, comma 5 c.c. "*le quote corrispondenti di tali conferimenti devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione*". In altre parole significa che in caso di conferimenti di beni in natura o di crediti, questi devono essere eseguiti per l'intero prima della stipula dell'atto costitutivo.²²

Ai sensi dell'art. 2465 c.c. il socio è onerato dal presentare una relazione di stima del bene in natura o del credito. La norma non richiede che l'esperto ad effettuare la valutazione sia designato dal tribunale, ma richiede solo che questa relazione sia redatta da un revisore legale o da una società di revisori iscritti nell'apposito registro e nominati dal socio stesso; la relazione deve essere allegata all'atto costitutivo ed ha

¹⁸ Si veda in merito l'art. 2464, comma 2, c.c. dove afferma che "possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica" e il comma 3, in cui precisa che "se nell'atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in denaro".

¹⁹ CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, 2020, pag. 566.

²⁰ CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, 2020, pag. 566.

²¹ A riguardo si veda l'art. 1260 comma 1, c.c.

²² CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, 2020, pag. 566.

contenuto specifico.²³ Con riguardo a ciò ci fu un orientamento notarile che dispose che: *“la relazione di stima ex art. 2456 c.c. deve necessariamente contenere l’attestazione che il valore dei beni o dei crediti conferiti sia almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell’eventuale sovrapprezzo, mentre non deve obbligatoriamente attestare il valore effettivo di quanto conferito”*²⁴.

Anche per quanto riguarda la validità della relazione di stima dobbiamo riferirci a due orientamenti notarili, in quanto la legge non specifica nulla a riguardo.

Secondo un primo orientamento la data della relazione deve essere la più aggiornata possibile ed in qualsiasi caso deve avere una data non anteriore a 4 mesi rispetto la costituzione della società²⁵. Un altro orientamento, invece, sostiene che la relazione deve avere una data non anteriore rispetto all’esecuzione del conferimento²⁶.

Una volta che la relazione è stata redatta, non è previsto nessun tipo di controllo e non è neppure prevista, nel caso presenti un difetto, una revisione da parte degli amministratori.²⁷

Però, ai sensi dell’art. 2343 c.c. nel caso in cui dovessero esserci dei difetti nella stima, *“il revisore legale o la società di revisione sono responsabili per i danni causati alla società, ai soci ed ai terzi”*.

²³ CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, 2020, pag. 566, dove specifica anche che non è espressamente prevista nessuna revisione della stima, ma che deve essere ritenuta doverosa per gli amministratori anche se non vi è concordia di opinioni sui rimedi che possono essere applicati nel caso in cui emergessero minusvalenze dei conferimenti.

²⁴ Comitato Notarile del Triveneto, con la Massima I. A. 1, del 2004, Attestazione di valore necessaria nella relazione di stima ex art. 2465 c.c.

²⁵ Comitato Notarile del Triveneto, con la Massima I.A, 2 del 2004, Validità temporale della relazione di stima di conferimento.

²⁶ Consiglio Notarile di Milano, con la Massima n. 148 del 2011, Data di riferimento della perizia di stima nei conferimenti in natura secondo il regime ordinario nella s.p.a. e nella s.r.l.

²⁷ CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, 2020, pag. 567, dove afferma anche che questa semplificazione della stima è prevista anche per gli acquisti pericolosi della società nei confronti dei soci, amministratori e fondatori.

La dottrina prevalente²⁸ ritiene irragionevole e lesivo del principio di uguaglianza il fatto che manchi il controllo da parte degli amministratori con riguardo alle valutazioni contenute nella relazione. La dottrina ha affermato ciò partendo dal presupposto che questo meccanismo crea una differenziazione che si traduce in disparità di trattamento tra i soci di s.p.a. (in cui il controllo è previsto ai sensi dell'art. 2343 c.c.) e quelli di s.r.l. Ai sensi dell'art. 2434, comma 3, c.c. “ *gli amministratori devono, nel termine di centottanta giorni dall'iscrizione della società, controllare le valutazioni contenute nella relazione indicata nel primo comma e, se sussistono fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima*”. Perciò, in via interpretativa, la dottrina propone l'applicazione analogica della disciplina delle s.p.a. alle s.r.l. , ritenendo che il controllo da parte degli amministratori sia necessario.

Qualora i soci desiderassero, hanno la possibilità di conferire anche prestazioni d'opera o di servizi, assumendo la qualifica di soci d'opera.

L'art. 2464 c.c., comma 6 afferma che: “ *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 denaro presso la società*”. Questo sta a significare che è ammesso al socio conferire prestazioni d'opera o di servizi, però, a patto che l'attività lavorativa del socio d'opera sia assicurata, per l'intero valore, mediante una garanzia obbligatoria che può essere una polizza assicurativa o una fideiussione bancaria.²⁹

La garanzia deve essere necessariamente soggetta a termine di scadenza che deve coincidere al termine di scadenza della polizza o fideiussione. Anche in questo caso il socio può decidere, in qualsiasi momento, di versare l'importo in denaro alla società a titolo di cauzione, sostituendo la garanzia, purché l'atto costitutivo lo preveda.³⁰

Per questa tipologia di conferimenti la legge non chiede espressamente una relazione di stima, però secondo un consolidato orientamento pacifico, l'espressione all'art. 2465

²⁸ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, documento n. 33 “*i conferimenti nella nuova società a responsabilità limitata*”.

²⁹ MARTINI A. F., *Conferimenti di prestazione d'opera e di servizi*, in *I conferimenti in natura nelle S.r.l.* , 2021.

³⁰ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, UTET, 2020, pag. 566.

c.c., comma 1, deve essere intesa in senso ampio e cioè bisogna ritenere necessaria la relazione giurata anche per i “*conferimenti di beni in natura o crediti*”.

Il Consiglio Notarile³¹ ha ritenuto opportuno agire in questo modo perché, anche con riferimento a questi conferimenti, sussiste l'esigenza di assicurare la copertura del capitale sociale.

A conclusione, sempre lo stesso Consiglio Notarile milanese, ha dato per certo che l'obiettivo di prevedere una garanzia obbligatoria³², tanto che si tratti di fideiussione o di polizza assicurativa, è quello di impedire alla società il rischio che la prestazione non venga resa in tutto o venga resa parzialmente. Ecco allora la necessità di prevedere la “*facoltà di escussione*”³³ della società in caso di inadempimento per causa non imputabile a questa.

1.1.1. Conferimenti, prestiti e versamenti dei soci

I soci possono effettuare a favore della società anche: dei finanziamenti, dei prestiti o dei versamenti. In primo luogo è importante sottolineare che questi a differenza dei conferimenti di cui si è già parlato, non incrementano il capitale sociale. Guardando alla distinzione tra conferimento (detto anche apporto di capitale) e prestito (detto anche finanziamento), una prima differenza fondamentale riguarda la causa giuridica alla base del trasferimento. Il conferimento si caratterizza per il fatto che la società, in relazione a questo, non si prende in carico nessun obbligo di restituzione immediato; questo potrà eventualmente venire in rilievo nel caso in cui si volesse procedere con una riduzione reale del capitale, in caso di liquidazione della società o di esclusione o recesso del socio. Al contrario, i versamenti o prestiti si distinguono dai conferimenti

³¹ Secondo il Consiglio Notarile di Milano, con la massima n.9 del 2004 “*in caso di conferimento d'opera nella s.r.l., così come per ogni altro conferimento diverso dal denaro, è necessaria la relazione giurata di stima ai sensi dell'art. 2465*”.

³² Secondo un'opinione del Comitato Notarile del Triveneto, Massima I.A. 6, “*una volta adempiuta esattamente l'obbligazione cessa la validità delle garanzie che l'assistono, anche nel caso che l'opera compiuta il servizio prestato abbiano avuto un valore inferiore rispetto a quello di conferimento. In quest'ultimo caso dovranno essere effettuati gli opportuni interventi sul bilancio ed eventualmente sul capitale sociale*”.

³³ Espressione che deriva dal codice civile; è il beneficio in capo ad alcune categorie di debitori, che non sono unici obbligati ad eseguire una determinata prestazione, di pretendere che il creditore, prima di agire esecutivamente nei suoi confronti, rivolga la propria pretesa verso un altro debitore.

per il fatto che, la società, si addossa l'obbligo di rimborso, anche degli eventuali interessi, entro una determinata scadenza.³⁴

Esaminata questa differenza da cui scaturisce che i conferimenti costituiscono capitale di rischio per la società, ed i finanzianti costituiscono invece capitale di credito, occorre soffermarsi sulle due forme di finanziamento dei soci: prestiti e versamenti.

La Cassazione, con la sentenza n. 27087 del 19 dicembre 2014³⁵, ha affermato che chi effettua un prestito a favore della società ha il diritto di esigere la restituzione della somma di denaro e la società è obbligata ad adempiere; invece, chi effettua un versamento non ha diritto di chiedere la restituzione delle somme che ha versato alla società, ma una volta verificato lo scioglimento della società, può prendere parte alla liquidazione del patrimonio.

Il socio ha l'onere di dimostrare che il versamento che ha effettuato vanta di una pretesa di restituzione. Nel momento in cui i soci finanziano la società a titolo di prestito con obbligo di restituzione della somma, questo tipo di versamento prende la struttura negoziale del contratto di mutuo e quindi può pretendere una remunerazione sotto forma di interessi. Infatti, ai sensi dell'art. 1813 comma 1, c.c.³⁶. *“il mutuo è oneroso, salvo patto contrario delle parti”* ; ciononostante il mutuo tra socio e società può essere anche a titolo gratuito (senza interessi)³⁷.

³⁴ Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, *“I finanziamenti dei soci. Aspetti economici e giuridici”*, 2018, pag. 2.

³⁵ Si veda la sentenza della Corte di Cassazione n. 27087 del 19 dicembre 2014 in cui sancisce che, la differenza tra le due fattispecie concerne il fatto che nel versamento il socio trasferendo la somma alla società, l'ha vincolata al perseguimento dell'oggetto sociale e perciò *“non ha titolo a richiedere la restituzione della somma versata, potendo soltanto partecipare, dopo lo scioglimento, alla liquidazione del patrimonio societario”*; invece, nel caso di prestito il socio ha preferito dar luogo con la società ad un rapporto di finanziamento, come avrebbe avuto potuto fare qualsiasi altro soggetto estraneo alla compagine sociale, *“perciò vanta un diritto soggettivo di credito alla restituzione della somma nei confronti della società, obbligata ad adempiere, indipendentemente dalle circostanze del rapporto sociale e dallo scioglimento”*.

³⁶ Art. 1813, comma 1 c.c. *“Il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o di cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità”*.

³⁷ Si veda in merito Cass., 19 dicembre 2014 n. 27087.

I finanziamenti che la società riceve dai soci a titolo di prestito, devono essere iscritti tra le passività.³⁸ Perciò la società è obbligata a restituire il prestito entro un termine prestabilito che deve essere “*stipulato a favore di entrambe le parti e, se il mutuo è a titolo gratuito, a favore del mutuatario*”, così come disposto dall’art. 1816 c.c. A tale fine è essenziale che le caratteristiche del prestito, il piano di rimborso, l’impegno espresso alla restituzione e se si tratta di prestito oneroso o meno, siano documentate in un apposito documento, che potrebbe essere ad esempio un verbale di assemblea.

Il socio, qualora volesse, potrebbe rinunciare alla pretesa restitutoria; in tal caso la società può passare queste somme a patrimonio netto andando a costituire la riserva di capitale utilizzata per coprire eventuali perdite o per dare vita a futuri aumenti di capitale. Per questo passaggio, da debito a capitale di rischio, è necessaria una delibera assembleare in cui ciascun socio finanziatore espressamente dichiara la volontà di volere modificare la qualificazione del versamento.³⁹

Seconda forma di finanziamento sono i versamenti, effettuati dai soci con lo scopo di aumentare il saldo del patrimonio netto della società, senza dar luogo ad un apporto di capitale.⁴⁰ In base alla loro finalità distinguiamo: versamenti in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale, versamenti copertura delle perdite e versamenti in conto aumento di capitale.

Nel bilancio vengono riportati nella voce “altre riserve” perché, nello stato patrimoniale, non è prevista una voce ad hoc. Alla base dei versamenti c’è l’idea secondo cui questi siano acquisiti dal patrimonio sociale, diventando dei mezzi propri della società e a

³⁸ Si veda in merito il principio contabile n. 19 O.I.C. „Debiti verso soci per finanziamenti, approvato il 22 dicembre 2016 in cui afferma che “*la voce D3 contiene l’importo di tutti i finanziamenti concessi dai soci alla società sotto qualsiasi forma, per i quali la società ha un obbligo di restituzione. Non è rilevante la natura fruttifera o meno di tali debiti, né l’eventualità che i versamenti vengano effettuati da tutti i soci in misura proporzionale alle quote di partecipazione. L’elemento discriminante va individuato esclusivamente nel diritto dei soci alla restituzione delle somme versate. Per questa tipologia di versamenti il loro eventuale passaggio a capitale necessita della preventiva rinuncia dei soci al diritto alla restituzione, trasformando così il finanziamento in apporto*”.

³⁹ PENTA A., *Il problema della sottocapitalizzazione nelle s.r.l.*, Sezione II, in *Dottrina, opinioni e interventi*, 1 Aprile 2010, pag. 6.

⁴⁰ PENTA A., *Il problema della sottocapitalizzazione nelle s.r.l.*, Sezione II, in *Dottrina, opinioni e interventi*, 1 Aprile 2010, pag. 7.

favore della collettività di soci. I versamenti si presentano come delle vere e proprie riserve di capitale e vanno riportati, come detto prima, nella voce “altre riserve”, all’interno della sottocategoria “versamenti in conto capitale”; se però la somma è stata versata con lo scopo di copertura delle perdite, allora la sottovoce da utilizzare è “versamenti a copertura perdite”⁴¹.

Con i versamenti in conto futuro aumento capitale, i soci anticipano una futura delibera di aumento del capitale.⁴²

I versamenti in conto aumento di capitale sono quelle erogazioni eseguite contestualmente alla delibera assembleare straordinaria di aumento di capitale sociale, per aumentare a pagamento il capitale, la cui delibera però non è stata ancora iscritta nel Registro delle Imprese, ma solamente approvata. Finché gli amministratori non iscriveranno l’avvenuto aumento di capitale nel Registro delle Imprese, questo non può comparire tra gli atti della società. In mancanza della procedura di aumento, dovranno essere restituiti ai soci. I soci con queste tipologie di versamento mirano a dotare la società di risorse immediatamente utilizzabili per l’attività d’impresa, sempre nella prospettiva di un aumento di capitale che dovrà essere deliberato⁴³. La differenza basilare tra versamenti in conto capitale e versamenti in conto futuro aumento di capitale è che, questi ultimi, fino a che non viene posto in essere l’aumento di capitale sono per la società una parte di capitale provvisorio⁴⁴. Ponendo l’attenzione al termine entro il quale la delibera di aumento del capitale deve essere adottata, può essere

⁴¹ In merito si veda il principio contabile n. 28 O.I.C del “*Patrimonio netto*” secondo cui nello stato patrimoniale tra la voce AVI “*Altre riserve*” possono essere indicate le seguenti riserve: “*Versamenti in conto aumento di capitale*”; “*Versamenti in conto futuro aumento di capitale*”; “*Versamenti in conto capitale*”; “*Versamenti a copertura perdite*”.

⁴² A riguardo ci sono state due recenti ordinanze della Corte di Cassazione: la n. 24093/2023 e la n. 34503/2021. Secondo la Corte di Cassazione “*una funzione oggettiva di credito è da escludere dinanzi a versamenti in conto futuro aumento di capitale, visto che essi, ove l’aumento intervenga, vanno a confluire automaticamente in esse, mentre, ove l’aumento non intervenga, vanno restituiti perché la fattispecie programmata, ossia l’aumento di capitale, non si perfeziona*”

⁴³ A riguardo la sentenza della Cassazione del 14 aprile 2006, n. 8876, in *Il Foro Italiano*.

⁴⁴ Secondo il Comitato Notarile del Triveneto, Massima H.I. 2, 2007 i versamenti dei soci in conto futuri aumenti di capitale sono anche denominati nella prassi “*targati*”.

fissato dall'assemblea stessa o, in mancanza, l'opinione prevalente⁴⁵, attenendosi all'art. 1183, comma 1, c.c., afferma che ciascun socio ha il diritto di chiedere che sia il giudice a fissare il termine. Nel caso in cui il capitale non venisse deliberato entro il termine stabilito, i versamenti devono essere restituiti a che li ha eseguiti.

1.1.2 La sottocapitalizzazione delle s.r.l.

Per il diritto societario, rappresenta un principio generale quello per cui i soci non sono obbligati ad effettuare conferimenti ulteriori rispetto a quelli iniziali. L'ordinamento giuridico, infatti, è generalmente indifferenza circa le scelte di finanziamento, prescrivendo solamente l'esistenza di un capitale sociale minimo al momento della costituzione della società e durante la sua vita. Nel nostro ordinamento non vige nessuna disposizione che obbliga le società ad avere un capitale sociale adeguato, e cioè proporzionato al raggiungimento dell'oggetto sociale intrapreso. L'assenza di una disciplina a riguardo, non esclude la possibilità per i soci di effettuare di loro spontanea volontà dei versamenti ulteriori (prestiti o apporti). Di conseguenza è prassi diffusa, in particolar modo nelle società a ristretta compagine sociale, l'apporto da parte dei soci di mezzi finanziari, al di fuori del procedimento formale di aumento del capitale sociale, con l'obiettivo di incentivare il perseguimento dell'oggetto sociale e, consentendo, ad una società sottocapitalizzata di continuare l'attività.⁴⁶ Questo perché la condizione che non in tutti gli ordinamenti le società con limitazione della responsabilità siano sottoposte all'obbligo di formazione e mantenimento di un capitale minimo di garanzia facilita a comprendere come lo stesso non sia elemento imprescindibile per operare e per ottenere finanziamenti. Anzi, proprio nei paesi in cui la finanza è in maggior misura evoluta, come ad esempio gli Stati Uniti d'America, le società con a responsabilità limitata possono anche non essere dotate di capitale nominale.⁴⁷

⁴⁵ Massima H.I.2 del Comitato Notarile del Triveneto secondo cui *“non sono definitivamente acquisiti a patrimonio sociale fin al momento della loro esecuzione, in quanto la società ha l'obbligo di restituirli nel caso in cui l'aumento di capitale cui sono subordinati non sia deliberato entro il termine convenuto (o stabilito dal giudice ex art. 1331, comma 2, c.c.)*

⁴⁶ PENTA A., Il problema della sottocapitalizzazione nelle s.r.l., Sezione II, in *Dottrina, opinioni e interventi*, 1 aprile 2010, pag. 1.

⁴⁷ TALICE P., *Le nuove s.r.l. Aspetti sistematici e soluzioni operative*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2014.

In altre parole ciò significa che spesso, le società ricorrono ad operazioni anomale sottoforma di versamenti realizzati con lo scopo di coprire le perdite, presenti o future, o in conto aumento capitale, e ai finanziamenti dei soci; operazioni associate alla frequente sottocapitalizzazione nominale delle società, in particolar modo di quelle medio- piccole.⁴⁸

È opportuno rilevare come prima della riforma del 2003, gli articoli 2412 e 2445 c.c. stabilivano un legame diretto tra il capitale sociale e il finanziamento delle società. L'art. 2412 consentiva alle società di ottenere prestiti obbligazionari solo fino a un importo pari al capitale versato e registrato nell'ultimo bilancio approvato. Questa disposizione rifletteva un principio di equilibrio tra il prestito obbligazionario e il capitale sociale, che secondo parte della dottrina rappresentava una protezione importante per i creditori, poiché un equilibrio finanziario solido dell'azienda costituiva la migliore garanzia di capacità di pagamento dell'azienda stessa.⁴⁹

Prima della riforma del 2003, la maggioranza degli esperti riteneva che l'art. 2412 c.c., nella sua vecchia formulazione, non fosse significativo per stabilire il principio di congruità del capitale sociale rispetto all'oggetto sociale, poiché limitava solo uno dei possibili modi di finanziamento esterno. Maggior rilevanza aveva l'art. 2496 c.c., sempre nella sua versione precedente, che richiamava l'art. 2445 e disciplinava la riduzione del capitale sociale per eccesso. Questo articolo stabiliva che il capitale poteva essere ridotto solo se risultava chiaramente eccessivo rispetto alle reali esigenze produttive della società.⁵⁰

Il D.lgs. 6/2003 ha apportato importanti modifiche al diritto societario ed ha eliminato il richiamo al concetto di "esuberanza" dall'art. 2445 c.c. come elemento per giustificare la riduzione del capitale sociale attraverso il rimborso ai soci o la liberazione dagli obblighi di versamento ancora dovuti. Ciò nonostante, la norma poteva ancora delineare il principio di corretto finanziamento e porre un limite agli investimenti dei soci.⁵¹

Tuttavia, ancor prima dell'introduzione dei codici moderni, la dottrina aveva già discusso l'esistenza di un principio di congruità e adeguatezza del capitale sociale

⁴⁸ PENTA A., *Il problema della sottocapitalizzazione nelle s.r.l.*, Sezione II, in *Dottrina, opinioni e interventi*, 1 Aprile 2010, pagg. 2-3.

⁴⁹ Cfr. PORTALE G.B., 2004, pagg. 64.

⁵⁰ Cfr. PORTALE G.B., 2004, pag. 65.

⁵¹ Cfr. ZANARONE G., 2003, pag. 85.

rispetto all'oggetto sociale. Ad esempio, il codice del commercio del 1882 prevedeva la completa sottoscrizione del capitale sociale al momento della costituzione della società, sottolineando l'importanza di garantire gli interessi coinvolti nelle società e impedire comportamenti imprudenti o dannosi nell'ambito societario.

Ritornando al fenomeno della sottocapitalizzazione, oggi la si può definire come la presenza di società che nascono ed operano con un capitale sociale, molto spesso, non adeguato e sproporzionato in relazione all'attività economica stabilita come oggetto sociale e all'attività che viene effettivamente svolta.

Problematica che da sempre riguarda il nostro paese e che incoraggia questo sistema, è che nella nostra economia, il meccanismo dei finanziamenti delle imprese, ha agevolato il ricorso ai mezzi di terzi, specialmente al credito bancario, piuttosto che ricorrere al capitale di rischio. Con riguardo a questo fenomeno è opportuno distinguere due specie di sottocapitalizzazione societaria: la prima viene definita come "sottocapitalizzazione nominale" ed è caratterizzata per il fatto che la società è provvista di mezzi propri per il suo normale esercizio, ma questi risultano totalmente insufficienti. Di conseguenza la società deve essere tenuta in vita con il capitale di credito, ricorrendo cioè alla concessione di prestiti da parte dei soci. In questo modo i finanziamenti dei soci vanno a compensare l'inadeguatezza del capitale e l'insufficienza di conferimenti; ecco allora che questi finanziamenti potrebbero essere definiti come "sostitutivi di capitale".⁵²

Seconda tipologia è la sottocapitalizzazione chiamata "materiale": in questa circostanza la società è dotata di un capitale completamente sproporzionato considerando l'oggetto sociale, e il fabbisogno finanziario non viene garantito nemmeno con i finanziamenti effettuati dai soci o da terzi.⁵³

Analizzando queste due categorie si può capire che con i prestiti erogati dai soci, la società può migliorare la situazione di sottocapitalizzazione nominale, imbattendosi però nella sottocapitalizzazione materiale. In seguito alla riforma del diritto societario, il legislatore ha deciso di intervenire portando a rinnovamento l'art. 2467 c.c. L'obiettivo di tale intervento fu introdurre, all'interno del nostro ordinamento, una disposizione ad hoc per i finanziamenti dei soci nella s.r.l., che avesse il fine di contrastare questo fenomeno della sottocapitalizzazione nominale. Secondariamente, sempre tramite la

⁵² PORTALE G.B., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, pag. 666.

⁵³ TORTORELLI L., *"Finanziamenti dei soci e tutela del terzo creditore"*, 29 Aprile 2019.

stessa disposizione, ha voluto limitare gli abusi dei soci nel momento in cui essi effettuano dei finanziamenti in particolari momenti critici della società, e cioè, come disposto dall'art. 2467 c.c. “ *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 finanziamento*”. Il disposto normativo prende in considerazione queste circostanze in quanto è in questi momenti che si possono verificare con maggior frequenza condotte comode dei soci, a svantaggio dei creditori, visto che i soci hanno il diritto di ricevere determinate informazioni circa lo stato di crisi⁵⁴. Infatti, essi potrebbero servirsi della propria posizione per conoscere anticipatamente lo stato di crisi e di insolvenza della società. Ciò provoca un rischio ai terzi creditori nel caso di esito negativo dell'impresa in quanto vedranno ridotto il patrimonio sociale su cui soddisfare i loro crediti.⁵⁵

Il legislatore, nel fare ciò, ha dovuto prestare attenzione ad un duplice aspetto: se da un lato si voleva evitare la creazione di questo fenomeno negativo, dall'altro ha dovuto impegnarsi nel contrastare la creazione di un ulteriore elemento ostile, individuato nell'impedire ai soci di sostenere finanziariamente la propria società in caso di regolare e legittimo bisogno.⁵⁶ Ecco che, considerando anche questa necessità, l'art. 2467 c.c. dispone la regola della “*postergazione del rimborso del finanziamento dei soci*” e il precetto della “*restituzione del rimborso ricevuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento*”.

1.2 Profilo soggettivo dell'art 2467 c.c. : il socio finanziatore

Con riferimento all'art. 2467 c.c. si possono distinguere due differenti ambiti di applicazione: l'ambito soggettivo, riguardante la figura del “socio finanziatore”, e l'ambito oggettivo attinente ai “finanziamenti in qualsiasi forma effettuati”. Importante

⁵⁴ PANDOLFINI V. “*I diritti di controllo del socio di S.r.l.*” riferendosi all'art. 2476 comma 2, c.c. in cui stabilisce che i soci di una S.r.l., anche non partecipanti all'amministrazione della società, hanno il diritto all'informazione che consente loro di poter ottenere informazioni sull'andamento della gestione della società ed il diritto di consultazione, che permette loro di ottenere la consultazione di documenti relativi alla società.

⁵⁵ ABRIANI N., *Finanziamenti “anomali” dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, 2011, pagg. 5-7.

⁵⁶ SALAFIA V., *I problemi interpretativi*, in *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, capitolo I, pag. 47, Torino, 2003.

è specificare che il disposto dell'art. 2467 c.c. si applica solo quando il finanziamento proviene da un soggetto avente la qualifica di socio nel momento in cui il finanziamento viene erogato; in particolare riguarda tutti i soci, compresi quelli non amministratori o titolari di ridotte quote di capitale sociale.⁵⁷

Questo perché l'art. 2467 c.c. non attua nessuna differenziazione in ragione della quota posseduta o in base al ruolo che il socio ricopre all'interno della società, sia esso più o meno importante. Conseguentemente perciò sono ricompresi i finanziamenti provenienti da soci di minoranza o da coloro che non sono interessati a condurre la società.⁵⁸

Si è arrivati alla decisione di considerare tutti i soci come soggetti assoggettati all'applicazione della norma, prendendo in considerazione in primis la struttura della s.r.l., in cui tutti i soci sono considerati imprenditori e provvisti di ampi poteri di controllo ed informazione. Da ciò deriva, quindi, che ogni socio deve ritenersi soggetto attivo della disciplina della postergazione, dal momento che ogni soci ha il diritto di avere notizie circa la situazione patrimoniale della società al momento in cui decide di erogare il finanziamento.⁵⁹

Oltre a quanto affermato qui sopra, nel caso in cui il socio, conoscendo lo stato critico in cui si trova la società, decide ugualmente di erogare il finanziamento, aggravando lo stato già precario della società, potrebbe essere considerato responsabile di aver violato il principio di giusto finanziamento della società. Questo non significa che i soci finanziatori, in quanto tali, debbano sopportare un rischio più ragguardevole rispetto a quello sopportato dai creditori terzi, però è giusto tenere a mente che i soci, in relazione a quanto affermato in precedenza, hanno a propria disposizione tutti i documenti e strumenti utili per venire a conoscere o conoscere la situazione finanziaria della società; ed è in considerazione di ciò che la postergazione ha l'obiettivo di sanzionare quei soci che anche se posti in questa posizione favorevole, hanno lo stesso voluto erogare verso la società mezzi irragionevoli o non adeguati, aggravando lo squilibrio patrimoniale. Eppure parte della dottrina⁶⁰ tende ad affermare che se il socio riesce a dimostrare che la situazione di crisi della società non poteva essere identificata al momento in cui egli ha effettuato il finanziamento, neppure tramite i suoi poteri di

⁵⁷ SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Le società*, 2005, pag. 1080.

⁵⁸ CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, 2005, pag. 244.

⁵⁹ CAMPOBASSO M., in *Finanziamento del socio*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag. 407.

⁶⁰ CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, 2003, pag. 244.

informazione e controllo, la postergazione non opera. Tale deroga è consentita perché nel caso in cui lo stato di crisi della società sia non riconoscibile o occulto, il socio non può essere accusato di violazione del principio di corretto finanziamento dell'impresa. Secondo alcuni la disciplina dell'art. 2467 comma 1, c.c. non sarebbe applicabile verso chi, nel momento in cui ha effettuato il finanziamento alla società, poteva qualificarsi come creditore terzo e solo in seguito a questo avvenimento era divenuto socio della stessa. Circa i finanziamenti in forma indiretta, più precisamente a quelli effettuati dai soggetti che hanno un certo legame con un socio (coniuge, parenti, amministratori...), la giurisprudenza⁶¹ si è espressa in merito ritenendo opportuno applicare la regola della postergazione. Al contrario, una parte della dottrina sostiene l'impossibilità di estendere la norma dell'art. 2467 c.c. ai prestiti effettuati da soggetti correlati al socio, in quanto ritiene che essi non possano avere, e non hanno, gli stessi poteri di informazione e di controllo rispetto ai soci di s.r.l.⁶²

Il concetto di "parti correlate" lo ritroviamo all'art. 2427, comma 22 bis, c.c. e all'art. 98 t.u.i.r. in cui si dispone che "*si considerano parti correlate al socio qualificato le società da questi controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c.*"⁶³.

Nell'art. 2467 c.c. sembra mancare un cenno circa l'atto compiuto tramite una società fiduciaria o per interposta persona. Il fatto che manchi un tale riferimento non permetterebbe di far rientrare tra i finanziamenti quelli effettuati da una società fiduciaria. Questa assenza potrebbe derivare dalla volontà del legislatore di non voler tipizzare le ipotesi di superamento dell'identità formale socio – finanziatore, in modo tale da escludere situazioni di frode ed evitare di rendere troppo rigida la disciplina.

1.3 Profilo oggettivo dell'art. 2467 c.c. : "i finanziamenti in qualsiasi forma effettuati"

La definizione proposta al comma secondo dell'art. 2467 c.c. è molto ampia e onnicomprensiva per il semplice motivo che l'intento del legislatore era quello di perseguire una finalità antielusiva. In aggiunta la norma stabilisce anche che: "*i finanziamenti in qualsiasi forma effettuati devono essere concessi in un momento in*

⁶¹ Tribunale di Padova, 16 Maggio 2011, in *Il Caso*.

⁶² CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, 2003, pag. 245.

⁶³ Art. 2359 comma 1, c.c. "sono considerate controllate le società: le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa"

*cui, anche con riferimento all'attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*⁶⁴.

La norma, quindi, stabilisce i criteri per identificare i finanziamenti: l'eccessivo squilibrio tra i debiti e il patrimonio netto della società; l'idea in cui le condizioni finanziarie della società avrebbero richiesto un conferimento.

In entrambe in casi la società ha insufficienti mezzi propri rispetto alla quantità necessaria per conseguire gli obiettivi sociali in modo ottimale.⁶⁵

Il primo criterio annuncia un deficit finanziario tale da pilotare la società allo stato di crisi; il secondo fissa la circostanza in cui la società avrebbe dovuto capitalizzarsi anziché ricorrere al credito. Soffermandoci su "in qualsiasi forma effettuati", comprendiamo la volontà del legislatore di inglobare nella definizione di finanziamento ai sensi di questo articolo ogni operazione volta a trasferire alla società una somma di denaro con obbligo di restituzione. Di conseguenza, rientrano in questa definizione, oltre ai contratti tipicamente creditizi (anticipazione bancaria, mutuo, sconto etc.) anche tutte le operazioni che hanno una funzione di finanziamento, come il leasing finanziario⁶⁶, la vendita con patto di retrocessione a termine, il lease back⁶⁷ anche se effettuati con simulazione, ricorso ad un fiduciario o interposta persona.⁶⁸

Rimane dibattuta la questione circa l'operatività della postergazione in caso di mancata riscossione di un credito liquido, certo ed esigibile tramite inerzia del socio o dilazione di pagamento. La parte prevalente della giurisprudenza⁶⁹ sembra più propensa a ritenere che i crediti derivanti da precedenti rapporti commerciali, o quelli dovuti a titolo di compenso per prestazioni d'opera o di servizi, o anche i dividendi, una volta deliberata la distribuzione, seppur non imputabili alla categoria dei "finanziamenti", potrebbero essere intesi come tali non solo quando, una volta divenuti esigibili, il socio

⁶⁴ ZANARONE G., *Delle società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, pag. 46., 2010.

⁶⁵ CAMBOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, 2003, pag. 244.

⁶⁶ Contratto che permette ad una società finanziaria, detta concedente, di acquistare da terzi fornitori beni mobili per poi concederli in uso ad un soggetto, chiamato utilizzatore, per un periodo di tempo prefissato. L'utilizzatore durante questo periodo paga un canone periodico di leasing per usufruire del bene.

⁶⁷ Forma particolare di leasing che consiste nella cessione di un bene e nel mantenimento contemporaneo del possesso del bene ceduto per mezzo di un'operazione di locazione.

⁶⁸ ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 153.

⁶⁹ ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 153.

pattuisce una dilazione, ma anche quando ometta di riscuoterli per un periodo di tempo notevole. Ciò si giustifica nel fatto che il socio quando pattuisce una dilazione, rinunciando ad esigere immediatamente il credito, sta concedendo un finanziamento, anche se non scaturente da un prestito, ma incluso in un contratto di scambio. In questa situazione si potrebbe contestare al socio il fatto che abbia lasciato la somma a disposizione della società come finanziamento, in un momento di crisi tale per cui nessun terzo avrebbe concesso una dilazione di pagamento. Anche il pagamento, da parte del socio, dei debiti sociali rappresenta concessione di finanziamento rilevante ai fini dell'art. 2467 c.c. , solo quando il socio non esercita la rivalsa immediatamente o volontariamente decide di non esercitarla per un certo periodo di tempo, o nel caso in cui il socio acquista il credito.⁷⁰

Stesso discorso vale per il socio diviene finanziatore a seguito di acquisto a titolo oneroso di un credito della società nei confronti di terzi, in quanto seppur la società sia destinataria della somma versata, in capo a questa può nascere un obbligo di restituzione nel caso in cui il terzo debitore risulti insolvente, sempre entro i limiti posti dall'art. 1267 c.c.⁷¹

Dubbiosa è l'applicazione della postergazione a quelle forme di finanziamento indirette; ad esempio, il dubbio riguarda se la stipulazione di un contratto di locazione finanziaria da parte del socio locatore, possa far nascere un finanziamento qualificabile come rilevante ai fini della disciplina ex art. 2467 c.c.

La sua applicazione potrebbe essere esclusa per due motivi: la prima ragione è lessicale in quanto il termine rimborso si riferisce non alla restituzione di cose fungibili o immobili oggetto del contratto di leasing finanziario, ma alla restituzione di denaro. La seconda ragione è sostanziale riferibile al fatto che la postergazione ex art. 2467 c.c. ha senso solo se inserita all'interno di una procedura concorsuale tra creditori non riferendosi, invece, al locatore visto che quest'ultimo ha la possibilità di ottenere la restituzione del bene oggetto della locazione in sede fallimentare senza problemi. La dottrina prevalente ha preferito interpretare estensivamente la disposizione e perciò di ricomprendere qualsiasi trasferimento in denaro.⁷²

⁷⁰ In dottrina CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, 2003, pag. 245. E ai sensi dell'art. 1180 c.c.

⁷¹ ZANARONE G., *Dalla società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 455.

⁷² Decreto 17 febbraio 2009, n. 29 "attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma" ci sono anche quelle concesse "con operazioni di locazione finanziaria".

Importante è specificare che vige il principio secondo cui i presupposti oggettivi della postergazione devono essere presi in considerazione ed analizzati nel momento in cui il socio diventa creditore della società, concede la dilazione di pagamento, la cessione del credito o la proroga del termine. Non è rilevante perciò quando sorge il rapporto obbligatorio oggetto di proroga, cessione o estinzione visto che l'esistenza dei presupposti della postergazione vanno verificati nel momento in cui vengono violati i principi di buon finanziamento dell'impresa da parte del socio.⁷³

Non rientrano nel campo di operatività dell'art. 2467 c.c. quei versamenti dei soci con natura di conferimenti di patrimonio, perché, in questo specifico caso non si verifica una lesione della posizione degli altri creditori sociali, non venendo violato il principio della *par condicio creditorum*. Questo perché il versamento è acquisito al patrimonio della società come mezzo proprio e, ciò fa sì che la situazione di eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto non sia aggravata ma, al contrario, alleggerita (il patrimonio netto viene aumentato).⁷⁴

⁷³ CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, pag. 245-246.

⁷⁴ FICO D., *Finanziamento dei soci e sottocapitalizzazione della società*, pag. 1375.

Capitolo II: La postergazione

SOMMARIO: 2.1 ambito applicativo e presupposti della postergazione – 2.2 la posizione della giurisprudenza sui presupposti 2.3 la tesi “processualistica” e la tesi “sostanzialistica” della postergazione – 2.4 novità introdotte dal Codice della Crisi d’Impresa e dell’insolvenza - 2.5 profili processuali: inefficacia dei rimborsi dei finanziamenti eseguiti dai soci e la loro restituzione - 2.5.1. la cessione del credito avente ad oggetto il rimborso del finanziamento del socio - 2.5.2 il socio garante – 2.6 deroga alla disciplina ex art. 2467 c.c.: la prededuzione e la postergazione al tempo del covid – 19

2.1 Ambito applicativo e presupposti della postergazione

Introducendo l’istituto della postergazione, ex art. 2467 c.c., il legislatore si è posto come fine il contrasto del fenomeno della sottocapitalizzazione nominale. È proprio con questo istituto, dedicato alle s.r.l., che il legislatore ha voluto regolare il finanziamento dei soci. Non c’è una definizione giuridica dell’ istituto della postergazione, introdotto a seguito della riforma del diritto societario, ma guardando all’aspetto lessicale di questo termine, possiamo affermare che con postergazione si intende il “posporre una cosa ad un’altra”. In questo specifico caso riguarda i crediti dei soci per i finanziamenti in favore della società, effettuati in determinate situazioni.⁷⁵ L’istituto è nato quindi per scoraggiare i soci a concedere dei finanziamenti con l’intento di porre rimedio alla situazione di sottocapitalizzazione nominale in cui si trova la società, ma che in realtà non consistono in apporti di capitale volti ad incrementare il capitale della società, ma si configurano come capitale di credito. La conseguenza di ciò è che i soci assumo il ruolo di ordinari creditori della società, finanziandola, senza però esporre il proprio patrimonio con il fine di eludere il rischio del conferimento a capitale. È proprio questa situazione che il legislatore vuole contrastare.⁷⁶

Secondo questo enunciato il socio finanziatore non può ricevere il rimborso di quanto ha versato a titolo di finanziamento, fino a che non saranno stati soddisfatti totalmente tutti gli altri creditori della società. Questo affinché la società possa utilizzare le risorse rimanenti per pagare i debiti contratti con terzi estranei alla società, privilegiandoli nella

⁷⁵ SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, 2005, pag. 1079.

⁷⁶ SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, 2005, pag. 1080.

soddisfazione rispetto ai soci finanziatori. Ed è proprio questo il punto cruciale di questo istituto.⁷⁷

Diversi orientamenti⁷⁸ hanno tentato di risolvere la problematica in merito al significato all'espressione "altri creditori". Ovvero la problematica circa chi, ai fini del disposto normativo, ha diritto ad essere soddisfatto in modo prioritario. Sotto questo punto di vista dobbiamo comprendere che la problematica trova fondamento nel fatto che ci sono creditori che sono già tali nel momento in cui la società assume il debito nei confronti dei propri soci, altri che assumono la qualifica di creditori nel momento in cui il debito contratto dalla società con il socio diventa esigibile in seguito a scadenza; altri che sono creditori in entrambe le situazioni, e per finire ci sono quei creditori estranei alla compagine sociale, ma che diventano creditori della società per svariate ragioni e nel corso della sua vita, fino alla liquidazione della stessa. In base a quanto detto, un certo orientamento⁷⁹ ritiene perciò applicabile la postergazione anche a vantaggio di coloro che assumono la qualifica di creditori della società nel corso di vita della stessa e fino alla sua liquidazione. Allo stesso tempo questo orientamento dottrinale ritiene necessario trovare un bilanciamento all'applicazione di questo istituto, ossia ritiene necessario indentificare i terzi creditori con diritto di beneficiare della postergazione, in quelli che hanno la qualifica di creditori nel momento in cui il credito dei soci finanziatori deve essere pagato, cioè nel momento in cui diventa esigibile, indipendentemente dalla data in cui quest'ultimi hanno assunto il rapporto obbligatorio con la società. Tutto ciò si traduce in uno svantaggio in termini d'attesa per i soci finanziatori che dovranno aspettare l'integrale soddisfazione dei creditori concorrenti, però, allo stesso tempo possono stare certi che a quei creditori concorrenti non se ne aggiungeranno altri, grazie al fatto che la postergazione non sarà applicata nei confronti dei creditori che diventino tali dopo che il credito dei soci finanziatori diventi esigibile. La postergazione fin qui definita non si applica ai finanziamenti dei soci effettuati nei confronti della società sempre ed in ogni caso⁸⁰, ma solo con riguardo ai prestiti definiti "sostitutivi del capitale sociale", perciò solo ai finanziamenti effettuati in presenza di un eccessivo squilibrio dell'indebitamento e patrimonio o in una situazione

⁷⁷ SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, 2005, pag. 1081.

⁷⁸ SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, 2005, pagg. 1081-1082.

⁷⁹ SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, 2005, pag. 1082.

⁸⁰ A riguardo si veda Trib. Di Catania, I presupposti della postergazione ex. Art. 2467 c.c., in *Giurisprudenza delle imprese*, 2020.

di squilibrio finanziario che possibilmente avrebbe richiesto un conferimento da parte dei soci, anziché un prestito. Queste sono le due condizioni nonché presupposti, al ricorrere delle quali opera la regola della postergazione. In assenza di queste condizioni il disposto dell'art. 2467 c.c. deve ritenersi inapplicabile.⁸¹

Uno dei due presupposti della postergazione, ai fini dell'art. 2467 c.c., è la situazione di sproporzione tra indebitamento della società e patrimonio netto, esistente nel momento cui il socio effettua il finanziamento in favore della società.

Il legislatore volutamente ha utilizzato espressioni molto ampie e generiche; questo fa sì che l'indagine circa la sussistenza dei presupposti di applicazione della norma in relazione alle circostanze sia rimessa all'interprete. In svariate occasioni dottrina e giurisprudenza hanno cercato di individuare i modi con cui le genericità codicistiche possono essere declinate, affermando ad esempio che la postergazione ricorre quando, in merito all'attività effettivamente esercitata, sono stati concessi dei finanziamenti dai soci che la società non sarebbe stata in grado di rimborsare⁸²; in altri casi si è fatto riferimento all'indice di liquidità, ossia confrontando la situazione di liquidità a breve della società con l'ammontare delle passività correnti, stabilendo che l'eccessiva sproporzione tra indebitamento e patrimonio netto non sussiste quando esso è di poco inferiore, uguale o superiore a uno.⁸³ Elemento significativo ai fini della valutazione dell'eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto, è il leverage, ossia il rapporto tra il totale delle fonti di finanziamento e i mezzi propri; occorre fare una specificazione in merito: esso deve essere confrontato e valutato insieme ad altri elementi, tra cui la struttura del debito, in quanto se è vero che una componente di debito a medio lungo termine ha un'incidenza sullo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto che è in misura inferiore rispetto ad una componente di debito di breve termine, è altresì vero che l'esigenza di utilizzare i finanziamenti erogati dai terzi per far fronte ai debiti imminente scadenza costituisce un indice di "undercapitalization"⁸⁴ della società.

Proseguendo, alcuni hanno osservato che ai fini dell'applicazione della norma ex art. 2467 c.c. possono essere utilizzati come elementi di prova i rating stabiliti al debitore

⁸¹ GIUDICE D'ALONZO R., *I presupposti della postergazione*, in *Diritto della crisi*, 6 aprile 2021.

⁸² Cass., n. 16393, 24 luglio 2007.

⁸³ A. MILANO, in *Il caso*, 2014.

⁸⁴ Tribunale di Venezia, 14 Aprile 2011, in *Società*.

da banche, formulati su idonee informazioni e secondo principi generalmente accettati.⁸⁵

Da queste considerazioni si comprende come il filo conduttore che accomuna i finanziamenti anomali sia rinvenibile in una situazione di crisi⁸⁶. Secondo la dottrina⁸⁷ ciò trovava conferma nell'art. 182 quarter L. Fall., e trova oggi conformità nell'art. 10 CCII, il quale consente la parziale prededucibilità dei crediti da finanziamento concessi dai soci in funzione del concordato. Inoltre, questa impostazione trova un elemento comune nel codice della crisi d'impresa, posto che l'art. 2, comma 1 lettera a), accenna una definizione della crisi come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si concretizza come l'inadeguatezza dei flussi di cassa per far fronte alle obbligazioni pecuniarie. I vari indici, ad oggi, permettono di superare l'interrogativo di dottrina e giurisprudenza relativo al se, il requisito della ragionevolezza del conferimento in luogo del finanziamento, possa essere autonoma causa di postergazione, indipendentemente dalla situazione di squilibrio. Sembra essere accolta l'opinione secondo cui, nonostante la formulazione della norma, per logicità il presupposto della postergazione non possa essere che unico, ed individuando nella nozione di crisi, in quanto tutti i criteri con cui si è cercato di riempire il concetto di ragionevolezza del conferimento rimandano alla nozione di essa.⁸⁸

L'altra circostanza sancita dall'art. 2467 c.c. che rende anomalo il finanziamento del socio, si riferisce al concetto di ragionevolezza. Non potendo il legislatore affidarsi ad un parametro quantitativo sufficientemente preciso, ha ritenuto opportuno, al fine di stabilire quali siano i criteri idonei a distinguere i finanziamenti da considerarsi postergati da quelli non, affidarsi ad un approccio tipologico che consentirebbe di ricercare se la causa del finanziamento deve essere identificata nel rapporto sociale, o in un generico rapporto di credito.⁸⁹ E' per questo motivo che il disposto ex art. 2467

⁸⁵ CAMPOBASSO M. *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, 2003, pag. 239.

⁸⁶ Tribunale di Milano, 10 gennaio 2011, in *Società*.

⁸⁷ DE RITIS M. R., in *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi tra postergazione e prededuzione del credito*, Milano, 2014, in *Giustizia civile*.

⁸⁸ Tribunale di Milano, 10 gennaio 2011, per il quale la condizione di inesigibilità del credito del socio finanziatore, e quindi la sua postergazione, si verifica laddove il finanziamento sia stato disposto e il rimborso richiesto proprio in presenza di una situazione di specifica crisi della società.

⁸⁹ CAMBOPASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, 2003, pag. 208.

c.c. prescrive l'adozione del criterio di ragionevolezza come un criterio con il quale si tenga conto della situazione della società e la si metta a confronto con i comportamenti che nel mercato sarebbe ragionevole aspettarsi.⁹⁰ Concretamente vuol dire paragonare il comportamento del socio finanziatore al comportamento che sarebbe stato ragionevole attendersi dal mercato in una specifica situazione finanziaria della società. Il prestito può essere definito non ragionevole quando il finanziatore terzo, non legato alla società o ad un socio, non l'avrebbe effettuato. Anche la giurisprudenza di merito ha affrontato il concetto di ragionevolezza affermando che il disposto dell'art. 2467 c.c. si riferisce alla ragionevolezza del comportamento del terzo finanziatore, il quale conoscendo lo stato di crisi dell'impresa, non sarebbe generalmente disposto a finanziarlo.⁹¹

2.2 La posizione della giurisprudenza sui presupposti

Perciò, come visto, in presenza di espressioni generiche e in mancanza di parametri certi e fissi, è compito della giurisprudenza valutare caso per caso e attribuire un significato al termine "eccessivo". Quest'ultima si è espressa riguardo l'esistenza o meno dei presupposti di cui all'art. 2467 c.c. con diverse sentenze di merito.⁹²

Con un primo orientamento giurisprudenziale⁹³, per individuare l'eccessiva sproporzione tra patrimonio netto e indebitamento, si è riferita ad alcune norme contenute nel c.c., ma non dettate dal legislatore specificatamente per la s.r.l., come ad esempio l'art. 2545 quinquies c.c. "diritto agli utili e alle riserve dei soci cooperatori", e l'art. 2412 c.c. "limiti all'emissione". Però, in realtà, siccome strutturalmente le società di capitali sono diverse dalle cooperative, il riferimento all'art. 2545 quinquies non può ritenersi opportuno. Anche il riferimento all'art. 2412 c.c. non sembra essere poi così opportuno in quando non considera correttamente la posizione dei terzi creditori già tali al momento dell'erogazione del prestito, gravano sugli obbligazionisti questo rischio e giustificando ciò in relazione al fatto che questi ultimi ne siano a conoscenza o possano venirne a conoscenza. Secondo questo orientamento il

⁹⁰ Il criterio di ragionevolezza è stato così definito dalla Relazione accompagnatoria del decreto delegato n. 6 del 2003.

⁹¹ Questa decisione è conforme a quella della giurisprudenza di legittimità; Cass., n. 16393, 24 luglio 2007, in *Il Foro Italiano*.

⁹² CAMBOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, 2003, pag. 240.

⁹³ Tribunale di Milano, n. 7805 del 4 giugno 2013.

disposto ex art. 2467 c.c. fa chiaro riferimento all'indice di bilancio, detto leverage o rapporto di indebitamento.

Concretamente significa prende in considerazione i dati del bilancio più vicino al momento in cui è avvenuto il prestito del socio, indipendentemente dalla sua approvazione in quanto i soci hanno diritto, in qualsiasi momento, a ricevere informazioni circa la situazione economico-finanziaria della società. Emerge uno squilibrio eccessivo quando l'indebitamento sorpassa la soglia di oltre due volte il patrimonio netto. Questo però non deve essere l'unico elemento considerato, in quanto è opportuno valutare anche la mancanza di liquidità necessaria per far fronte ai debiti di breve periodo.

Un diverso orientamento giurisprudenziale⁹⁴ ha, invece, stabilito che al fine di valutare il rapporto di indebitamento per l'applicazione della regola dell'art. 2467 c.c. si debba verificare la situazione debitoria della società e lo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto. Ciò significa che se a causa dei versamenti dei soci si forma un notevole squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto, e la situazione debitoria della società è pari al doppio o al quadruplo del valore del patrimonio netto, questo squilibrio può qualificarsi come "eccessivo". Come possiamo notare questo orientamento non ritiene necessario nessun riferimento al leverage.

2.3 Tesi "processualistica" e tesi "sostanzialistica" della postergazione

La norma dell'articolo 2467 è soggetta a diverse interpretazioni e dispute dottrinali, infatti la dottrina si è divisa tra chi sostiene la tesi processualistica e chi, al contrario, sostiene la tesi sostanzialistica. La tesi "processualistica"⁹⁵ sembra basarsi su due considerazioni principali sostenute dalla dottrina: il primo aspetto riguarda il disposto normativo contenuto nel primo comma dell'art. 2467 c.c. Questo articolo stabilisce che la somma rimborsata ad un socio deve essere restituita se il rimborso è avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società. Ciò significa che se il rimborso è avvenuto entro un anno dalla dichiarazione di fallimento, il socio deve restituire la somma. Tuttavia, l'interpretazione opposta di questa disposizione sostiene che il socio finanziatore non è obbligato a restituire le somme se il rimborso è avvenuto oltre un anno prima della dichiarazione di fallimento. In altre parole, se la dichiarazione

⁹⁴ Tribunale di Bologna, 30 gennaio 2017, in *Giurisprudenza delle imprese*.

⁹⁵ ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 461.

di fallimento viene pronunciata più di un anno dopo il rimborso, il credito del socio è considerato perfettamente esigibile alla scadenza stabilita nel contratto di finanziamento. Questo significa che, nonostante la persistenza di uno stato di anomalia finanziaria nella società (ad esempio, un eccessivo squilibrio tra il debito e il patrimonio netto) e la necessità di una valutazione sulla ragionevolezza di preferire un conferimento di risorse rispetto a un finanziamento, il socio non è tenuto a restituire le somme. In sostanza, la tesi "processualistica"⁹⁶ sembra sottolineare che il socio finanziatore può mantenere le somme ricevute come prestito se la dichiarazione di fallimento è stata emessa oltre un anno dopo il rimborso, in quanto il credito è considerato esigibile in base ai termini del contratto di finanziamento, nonostante la situazione finanziaria della società. Tuttavia, questa interpretazione può variare in base all'interpretazione giuridica specifica e alle normative vigenti nel contesto giuridico in cui si applica.

La seconda considerazione sulla tesi "processualistica" riguarda il fatto che alcuni⁹⁷ sostengono che la postergazione sia applicabile solo in contesti concorsuali, cioè quando la società è coinvolta in una procedura di liquidazione giudiziale o in un'azione di esecuzione individuale. In queste circostanze, i soci finanziatori possono richiedere la restituzione delle somme solo dopo che sono stati soddisfatti i creditori concorrenti. Molte però sono le critiche rivolte all'interpretazione "processualistica". Ad esempio, si osserva⁹⁸ che la previsione della restituzione del rimborso non è strettamente necessaria per garantire che i finanziamenti siano restituiti durante la vita della società, ma serve piuttosto a rendere revocabili i finanziamenti concessi in modo dannoso. Inoltre, si fa notare che la distinzione tra società "in bonis" (cioè in una situazione finanziaria regolare) e società coinvolte in una procedura concorsuale potrebbe non essere giustificata, poiché la postergazione dovrebbe applicarsi solo in situazioni di squilibrio finanziario evidente.

Malgrado le considerazioni fatte per la tesi processualistica possono essere superate, una parte della dottrina⁹⁹ rimane estremamente convinta che l'art. 2467 c.c. abbia un rilievo esclusivamente concorsuale e perciò il principio di postergazione sarebbe applicabile solo quando c'è un concorso tra creditori. Secondo questo punto di vista,

⁹⁶ ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 1079.

⁹⁷ Si veda in merito CALDERAZZI R., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, 2012, pag. 201.

⁹⁸ *Ibidem*, 203.

⁹⁹ CALDERAZZI R., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, 2012, pag. 202.

infatti, il principio di postergazione entrerebbe in gioco solo quando la società è coinvolta in una procedura concorsuale o in una procedura di esecuzione individuale. Durante queste fasi, il principio di postergazione impedirebbe che i soci finanziatori vengano rimborsati in modo preferenziale rispetto agli altri creditori. Questo perché si presume che, in situazioni come queste, il liquidatore o l'esecutore disponga delle risorse sufficienti per soddisfare integralmente tutti i creditori, inclusi quelli postergati. Al contrario, coloro che sostengono la tesi sostanzialistica¹⁰⁰, ritengono che la postergazione dovrebbe essere applicata in qualsiasi situazione in cui vi sia uno squilibrio finanziario nella società. Secondo questa visione, se i finanziamenti sono stati concessi in violazione del principio di postergazione, le somme dovrebbero essere restituite, anche prima di qualsiasi procedura concorsuale.

Questa disposizione legale è cruciale per la tutela del patrimonio delle società e dei creditori, ma le diverse interpretazioni e dispute sul suo ambito di applicazione sollevano importanti questioni interpretative che richiedono un'attenta analisi e una riflessione da parte della dottrina legale e degli operatori del settore¹⁰¹.

La giurisprudenza predominante¹⁰² ritiene che la postergazione possa essere richiesta anche durante la vita della società. Tuttavia, un elemento cruciale è che l'esigibilità dei finanziamenti deve essere consentita solo quando la situazione di crisi finanziaria è superata al punto da permettere, almeno in modo teorico, di soddisfare i creditori esterni. Questo significa che il credito diventa temporaneamente inesigibile, indipendentemente dalla data di scadenza prevista dal contratto di finanziamento.

Il giudice è chiamato a valutare se siano presenti i requisiti stabiliti dall'articolo 2467 c.c., sia al momento dell'assegnazione del finanziamento che al momento in cui viene richiesto il rimborso e viene emessa la sentenza.

Tuttavia, questa interpretazione è stata criticata. Alcuni ritengono che se il legislatore avesse voluto condizionare l'esigibilità del credito all'astratta possibilità di soddisfare i creditori esterni, avrebbe dovuto esprimerlo esplicitamente nell'articolo 2467 c.c. Inoltre, l'idea di estendere la postergazione a tutti i creditori esterni presenti e futuri potrebbe creare problemi pratici poiché la situazione finanziaria dell'impresa è in continua evoluzione. Di conseguenza, si ritiene che l'unico modo per avere una

¹⁰⁰ ROMANO GUIDO, *La natura sostanziale del regime della postergazione del finanziamento dei soci*, in *Il Societario*, 2019. Si veda anche DALDERAZZI R., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, 2012, pag. 204.

¹⁰¹ CAMPOBASSO M., *Finanziamento del socio*, 2007, pag. 441.

¹⁰² Tribunale di Roma, 2017, in *Il Caso*.

certezza assoluta sia associare la postergazione a una procedura di liquidazione volontaria o concorsuale.

Sempre secondo la teoria sostanzialistica", il rimborso potrebbe essere richiesto anche se le condizioni negative di crisi aziendale sono transitoriamente migliorate.

In questa prospettiva, gli amministratori dovrebbero rifiutarsi di restituire il finanziamento fintanto che la condizione di crisi non sia completamente superata. Se non agissero in questo modo e restituissero il finanziamento, potrebbero essere ritenuti personalmente responsabili nei confronti della società e dei creditori sociali.¹⁰³

Inoltre, questa teoria suggerisce l'estensione della responsabilità anche ai soci che beneficiano del finanziamento, poiché violano un dovere contrattuale e organizzativo, compiendo azioni dannose per la società stessa.¹⁰⁴

2.4 Novità introdotte dal Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza

Con il D. Lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, il legislatore ha introdotto il "Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza" entrato in vigore in tutte le sue parti il 15 luglio 2022, con la pubblicazione del D.lgs. 83/2022. Il Codice è stato pensato e progettato per sostituire la Legge fallimentare e le altre disposizioni correlate. L'obiettivo principale del nuovo codice è creare un unico insieme di norme volte a prevenire situazioni di crisi aziendale attraverso l'implementazione di un sistema di monitoraggio e, in caso di necessità, l'offerta di rimedi per mitigare gli impatti potenzialmente traumatici del fallimento. Tuttavia, la disciplina del finanziamento dei soci a favore di una società sottocapitalizzata non trova più la sua norma cardine nell'art. 2467 c.c.¹⁰⁵

In particolare, è opportuno rilevare come l'art. 383 del Codice della crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, ha disposto la soppressione dell'espressione "e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito" contenuta al comma 2 dell'art. 2467 c.c., in quanto è stata sostituita dall'art. 164, comma 2, ccii.¹⁰⁶

¹⁰³ Tribunale di Bari, 2018, in *Il Caso*.

¹⁰⁴ Tribunale di Roma, 2016, in *Il Caso*.

¹⁰⁵ PALMIERI M., *I finanziamenti dei soci alla luce del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, 2020, pag. 1.

¹⁰⁶ In merito si veda CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata, in Trattato di diritto commerciale*, CEDAM, 2007, pag. 98, secondo cui il comma primo racchiude una norma di natura sostanziale e una di natura fallimentare, ed è su quest'ultima che la riforma incide.

Il riformatore ha scelto di rendere inefficaci i rimborsi dei finanziamenti dei soci ai creditori anziché richiederne la restituzione, con l'obiettivo di allargare l'applicazione dell'inefficacia relativa ai crediti non ancora scaduti, inclusi i finanziamenti dei soci a società sottocapitalizzate.¹⁰⁷

Però, l'art. 164 del CCII non disciplina la postergazione di questi crediti, ma solo l'inefficacia relativa dei rimborsi dei finanziamenti effettuati nello stesso lasso temporale dalla società assoggetta alla liquidazione giudiziale a favore di chi esercita un'attività di direzione e coordinamento nei confronti della stessa (finanziamenti infragruppo o discendenti) o da soggetti diversi sottoposti allo stesso potere di indirizzo (finanziamenti infragruppo orizzontali), facendo riferimento al disposto dell'art. 2497 quinquies c.c. L'art. 2467, comma 1, c.c. stabilisce che il rimborso dei finanziamenti da parte dei soci può avvenire solo ed esclusivamente dopo la soddisfazione degli altri creditori sociali, con riferimento ai finanziamenti infragruppo. In altre parole, questo articolo impone che i crediti vantati dalla società o dalle persone fisiche con poteri di direzione e coordinamento siano pagati solo dopo il soddisfacimento degli altri creditori, in base ai rapporti di finanziamento contratti dopo il deposito della domanda di liquidazione giudiziale o nell'anno precedente. La stessa previsione si applica ai crediti delle eterodirette nei confronti del soggetto vertice del gruppo basati su rapporti di finanziamento contratti nello stesso periodo.¹⁰⁸

Il comma 1 dell'art. 292 del CCII dispone che i crediti infragruppo saranno considerati nell'ambito dell'inefficacia relativa, se rimborsati nell'anno precedente alla richiesta di liquidazione giudiziale. Questo è dovuto al riferimento all'articolo 164 dello stesso codice, che estende l'ambito applicativo dei commi 2 e 3, includendo i finanziamenti dati dalle società esterne al vertice nel concetto di inefficacia relativa, se effettuati nell'anno precedente alla richiesta di liquidazione giudiziale. Tuttavia, il comma 2 dell'art. 292 esclude l'obbligo di postergazione per i finanziamenti dei soci prededucibili di cui all'art. 102 del CCII.¹⁰⁹

¹⁰⁷ La nuova disciplina dispone che siano 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. LAMANNA F., *Il nuovo Codice della crisi e d'impresa e dell'insolvenza*, 2019, pag. 87.

¹⁰⁸ LAMANNA F., *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2019, pag. 30.

¹⁰⁹ BENEDETTI., *I finanziamenti dei soci infragruppo alla società in crisi*, Milano, Giuffrè, 2017, pag. 7.

Sembra però mancare una chiara giustificazione creditori sociali nella delega concessa al Riformatore per la “divisione” tra la postergazione del credito e l'inefficacia relativa del rimborso a favore dei creditori sociali. La legge del 19 ottobre 2017, n. 155, che modifica il c.c., non indica alcuna intenzione di cambiare l'articolo 2467 c.c. Tuttavia, c'è un accenno all'art. 2467 c.c. nella legge-delega, ma si tratta principalmente della postergazione dei crediti in determinate circostanze. Non sembra esserci una base solida neanche nella relazione accompagnatoria del decreto delegato per introdurre l'articolo 164, comma 2, CCII e le modifiche all'articolo 2467, comma 1, c.c. Una possibile spiegazione a queste modifiche potrebbe derivare dalla volontà di superare contrasti interpretativi e garantire parità di trattamento tra creditori attraverso la riformulazione delle disposizioni concorsuali. Questo potrebbe implicare che l'obbligo di restituzione/inefficacia relativa dei finanziamenti dei soci sia considerato una norma concorsuale e, quindi, soggetta ai principi generali della delega. In tal caso, gli articoli 164, comma 2, e 383, CCII potrebbero estendere l'applicazione dell'articolo 2467, comma 1, c.c. a diverse forme societarie oltre alle s.r.l., superando così le limitazioni precedentemente imposte dalla Cassazione.¹¹⁰

Con riguardo ai presupposti della postergazione, il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza non ha modificato la definizione di società sottocapitalizzata fornita dall'art. 2467, comma 2, c.c., ma ha rafforzato il riferimento a questa definizione tramite l'articolo 164, comma 2. Tuttavia, il CCII sembra influenzare notevolmente l'interpretazione di questa norma.¹¹¹

I finanziamenti dei soci che devono essere considerati importanti ai fini della disciplina sono quelli concessi in situazioni di squilibrio finanziario o crisi aziendale. La norma fa riferimento all'art. 2, comma 1, del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza e ai suoi indicatori, definendo lo stato di crisi come una difficoltà finanziaria che potrebbe portare alla insolvenza e che si manifesta attraverso flussi di cassa insufficienti per coprire gli obblighi previsti.¹¹²

Per quanto attiene il presupposto oggettivo, questo resta riferito ai “finanziamenti dei soci a favore della società”. Perciò, gli elementi che determinano l'applicabilità dell'articolo 2467 c.c., noti per la loro flessibilità, possono ora essere reinterpretati alla

¹¹⁰ Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 12994.

¹¹¹ ABRIANI N., *Finanziamenti anomali dei soci e regole di corretto funzionamento nella società a responsabilità limitata*, 2011, pag. 337.

¹¹² BASTIA P., *Crisi, insolvenza e indicatori nelle società e nei gruppi aziendali*, dicembre 2019, pag. 2.

luce del concetto di "crisi" definito dall'articolo 2, comma 1, del CCII. In questa prospettiva, un finanziamento da parte dei soci alla società dovrebbe mirare a migliorare la sua situazione finanziaria per evitare il rischio di insolvenza. Gli indicatori di crisi specificati nell'art. 13 del CCII possono essere utilizzati per valutare preventivamente se il finanziamento dei soci potrebbe comportare un "eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto" o una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole effettuare un contributo, come indicato nell'art. 2467, comma 1, c.c. L'art. 13 del CCII fornisce ulteriori dettagli sugli indicatori di crisi, che possono essere misurati in termini di squilibri reddituali, patrimoniali o finanziari in relazione alle specifiche caratteristiche dell'impresa e alle sue prospettive finanziarie. Questi indicatori includono la sostenibilità dei debiti nei successivi sei mesi e la continuità aziendale. Inoltre, l'articolo 24 del CCII viene richiamato per i casi in cui ci siano ritardi nei pagamenti significativi verso i dipendenti e i fornitori. Questa interpretazione può essere utile per i soci che desiderano sostenere finanziariamente la società in momenti di incertezza economica, evitando il rischio che i loro diritti di credito vengano postergati o trasformati in conferimenti qualora la società diventi insolvente.¹¹³

2.5. Profili processuali: inefficacia dei rimborsi dei finanziamenti eseguiti dai soci e la sua restituzione

In armonia con quanto detto fin qui in materia di postergazione e sebbene l'art. 2467, comma 1, c.c., faccia unicamente riferimento al "rimborso del finanziamento", si deve ritenere che l'obbligo di restituzione a carico del socio finanziatore abbia ad oggetto non solo le somme che il medesimo ha percepito dalla società a titolo di rimborso, ma anche le somme riconosciutegli a titolo di interessi. Tali somme, perciò se sono state incassate nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, devono essere restituite. Il dibattito in dottrina riguarda l'origine dell'obbligo del socio finanziatore di restituire le somme ricevute a titolo di rimborso in caso di insolvenza della società. In merito ci sono due principali linee di pensiero. La prima suggerisce che questo obbligo sia basato sull'indebitamento oggettivo, come definito nell'art. 2033 c.c. Secondo questa interpretazione, il rimborso non è dovuto finché la società non soddisfa tutti i suoi

¹¹³LAMANNA F., *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *La Repubblica*, 2019.

creditori, perciò il credito del socio è sospeso fino a quel momento. Tuttavia, questa interpretazione non sembra adeguata con il testo delle legge, che limita l'obbligo di restituzione ai rimborsi ricevuti nell'anno precedente al fallimento.¹¹⁴

Il secondo e maggioritario orientamento¹¹⁵, invece, sostiene che l'obbligo di rimborso sia una forma di revocatoria fallimentare prevista dalla legge. In questo caso l'art. 2467 comma 1, c.c. stabilisce l'inefficacia automatica del rimborso effettuato nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società. Questa interpretazione rappresenta un'eccezione alla legge fallimentare, che consente la revocatoria dei pagamenti effettuati entro sei mesi dalla dichiarazione di fallimento solo se il curatore dimostra che il creditore aveva conoscenza dello stato di insolvenza.¹¹⁶

In sintesi, il dibattito verte sulla natura giuridica dell'obbligo di rimborso del socio finanziatore in caso di fallimento della società, con alcune posizioni che sostengono l'origine nell'indebitamento oggettivo e altre che lo considerano una forma di revocatoria fallimentare speciale.¹¹⁷

Inoltre, in passato il dibattito si è esteso anche al rapporto tra l'art. 2467 c.c. e l'art. 67 L. fall., in particolare per quanto riguarda l'applicazione di queste disposizioni durante l'esistenza della società.¹¹⁸

In questo contesto, è intervenuto il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza con una modifica che sembra principalmente di natura organizzativa ma che richiede un'analisi affinché si possano capire le sue implicazioni, sia in termini di natura (sostanziale o procedurale) dell'inefficacia dei rimborsi, sia per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle norme ex art. 2467 c.c., ora suddivise tra Codice Civile e Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza. Le due principali modifiche apportate dalla riforma sono: in primo luogo, la regola che prevede l'inefficacia dei rimborsi dei finanziamenti dei soci è stata spostata all'interno dell'art. 164 ccii. Questa regola stabilisce che sono privi di effetto e cioè inefficaci quei rimborsi dei finanziamenti dei

¹¹⁴ DONATIVI V., *Diritto Societario. Società*, 2019, pag. 1107.

¹¹⁵ ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, 2010, pag. 471

¹¹⁶ DONATIVI V., *Diritto Societario. Società*, 2019, pag. 1108.

¹¹⁷ *Ibidem*. Per revocatoria fallimentare s'intendono i casi in cui gli atti compiuti dal fallito prima della dichiarazione di fallimento possono essere revocati dal curatore o essere ex lege inefficaci nei confronti dei creditori. L'effetto di ciò è l'inopponibilità degli atti compiuti dal debitore (nel caso in esame, la società) ai creditori del fallimento; in altre parole gli atti compiuti dal debitore in stato d'insolvenza sono inefficaci verso i creditori, ma validi.

¹¹⁸ Cass., 15 maggio 2019, n. 12994 e più recentemente Cass., 20 agosto 2020, n. 17421.

soci effettuati dopo il deposito della domanda di apertura della procedura concorsuale o nell'anno precedente, ponendo attenzione al fatto che oggi il nuovo Codice utilizza come momento della presentazione della domanda anziché la dichiarazione di fallimento, nel caso di finanziamenti concessi alle condizioni previste ex art. 2467, comma 2, c.c. in secondo luogo, la regola dell'inefficacia dei rimborsi è stata rimossa dall'art. 2467 c.c. attraverso l'art. 383 ccii. In tema di inefficacia di rimborsi, si può perciò dire che con l'avvento del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza, questa regola si è trasferita all'interno di questo Codice principalmente per motivi di coerenza sistematica, secondo quanto indicato nella relazione ministeriale.¹¹⁹

2.5.1. La cessione del credito avente ad oggetto il rimborso del finanziamento del socio

Alcune problematiche possono sorgere circa le vicende circolatorie del credito per cessione dello stesso. In merito dobbiamo distinguere due ipotesi: una prima ipotesi è quella che riguarda la cessione del credito da finanziamento erogato dal socio, mentre la seconda attiene alla cessione al socio del credito erogato alla società da un soggetto estraneo alla stessa. Nel primo caso è importante operare un'ulteriore differenziazione, ossia distinguere le normali cessioni di crediti conformi all'art.1260 c.c. dalla circolazione cartolare del credito. Per le cessioni ordinarie, si ritiene che il credito resti postergato¹²⁰ (e, come visto in precedenza, se rimborsato entro l'anno, il curatore può richiederne la restituzione), anche se alcuni ritengono che questa soluzione potrebbe essere ingiustamente dannosa per un acquirente in buona fede. Invece, nel caso in cui il diritto al rimborso sia incorporato in un titolo di credito, si ritiene che la disciplina dell'art. 2467 c.c. non sia applicabile, poiché rappresenta un'eccezione personale al socio e non può essere opposta all'acquirente del titolo di credito, se non avvalendosi dell' "exceptio doli".¹²¹

Nel secondo scenario, ossia quando avviene la cessione del credito da finanziamento erogato da un soggetto esterno alla società, la dottrina è generalmente unanime nel

¹¹⁹ Si veda in merito la legge 8 marzo 2019, n.20, recante "Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza".

¹²⁰ Cfr. MESSORE A., *Finanziamenti postergati dei soci di s.r.l.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018, pag.569.

¹²¹ Cfr. CAMPOBASSO M., *La postergazione*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2018, pag. 727.

ritenere che il credito non diventi postergabile. Ciò vuol dire che il credito non viene influenzato e sottoposto alla postergazione, in quanto, come si è già visto, requisito essenziale ed elemento deciso ai fini della postergazione è che il credito provenga dal soggetto che formalmente riveste la posizione di socio, ad eccezione del caso del socio garante.¹²²

2.5.2. Il socio garante

Ulteriore questione riguarda la rilevanza delle operazioni in cui un socio anziché concedere il finanziamento agisce come garante dello stesso per la società. È importante sottolineare che la ratio legis permette di ignorare l'identità formale tra socio e il finanziatore. Questo è essenziale per evitare operazioni fraudolente in cui il finanziamento è formalmente erogato da un terzo, ma in realtà è il socio stesso a finanziare la società. In questi casi, se il socio garante viene chiamato ad adempiere dal finanziatore della società, maturerebbe, verso questa, un credito da regresso, non postergabile e non influenzabile da una possibile liquidazione giudiziale. Questo avviene in base all'art. 1949 c.c. ma anche a causa della sostanziale differenza tra un credito da finanziamento e un credito da regresso.¹²³ In sostanza la normativa considera la sostanza dell'operazione e non solo la sua forma in modo tale da evitare frodi alla legge in cui un terzo eroga il finanziamento solo formalmente.

È opportuno considerare che la necessità di prescindere dall'identità formale tra il socio e il finanziatore si accentua ulteriormente quando vi è un'evidente interposizione fittizia, specialmente se l'operazione coinvolge una società sottocapitalizzata. In tali circostanze, l'interposizione fittizia può essere considerata un tentativo di eludere l'applicazione della norma ex art. 2467 c.c., poiché cerca di nascondere la vera natura dell'operazione. La stessa logica si applica anche alle situazioni in cui il socio concede una garanzia reale per ottenere un finanziamento per la società da parte di un istituto di credito. Anche in questo caso, nonostante non ci sia una movimentazione materiale di denaro tra le disponibilità del socio e quelle della società al momento della garanzia, il fatto che il socio garante debba effettuare un pagamento diretto all'istituto di credito quando la società non è in grado di onorare il debito costituisce l'esecuzione materiale

¹²² Cfr. MESSORE A., *Finanziamenti postergati dei soci di s.r.l.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018, pag.569. in giurisprudenza Trib. Messina, 4 marzo 2009.

¹²³ Trib. Milano Sez. VIII, giugno 2014.

della promessa di finanziamento alla società. Questo consente al socio di rivendicare un credito nei confronti della società per le somme pagate in suo nome.

In sintesi, quando vi è un'interposizione fittizia o quando si utilizza una garanzia reale per ottenere un finanziamento per la società, la necessità di considerare la sostanza dell'operazione e non solo la forma diventa ancora più evidente, al fine di prevenire l'elusione delle regole sulla postergazione dei crediti soci.¹²⁴

2.6. Deroga alla disciplina ex art. 2467 c.c.: la prededuzione e la postergazione al tempo del Covid-19

In deroga al principio civilistico dell'art. 2467 c.c., l'art. 182 quarter, comma 3 della L. fall., introduceva, appunto, una deroga all'art. 2467 c.c. e all'art. 2497 quinquies c.c. Questo articolo stabilisce che i finanziamenti effettuati dai soci in relazione alla presentazione di una domanda di ammissione nella procedura di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato sono prededucibili, in caso di successivo fallimento, ma solamente fino all'80% del loro ammontare.

In sostanza, questa norma si pone come obiettivo il sostentamento dei tentativi di salvataggio delle società in crisi attraverso accordi concordati con i creditori. Essa, cioè, cambia lo status del creditore del socio postergato a prededucibile, ma solo per l'80% dell'importo. Di conseguenza, gli effetti previsti all'art. 2467 c.c., e all'art. 164 ccii, si applicano solamente al rimanente 20% dell'importo del credito.¹²⁵

Una seconda deroga a carattere temporaneo è avvenuta con l'art. 8 del d.l. 8 Aprile 2020¹²⁶, n. 23, convertito dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, che ha introdotto una modifica transitoria all'art. 2467 c.c. in risposta all'emergenza sanitaria causata dalla pandemia di COVID-19. Questa modifica stabilisce che i finanziamenti dei soci concessi alle società dal 9 aprile 2020 fino al 31 dicembre 2020 non sono soggetti alle disposizioni degli art. 2467 c.c., recante la regola della postergazione e 2497 quinquies c.c., in cui si afferma che ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica la regola della postergazione. L'obiettivo di questa norma era incentivare l'apporto di liquidità alle imprese durante un periodo di crisi economica causato dalla

¹²⁴ BURIGO F., *Postergazione del credito del socio garante*, in *Società*, 2014, pag. 292.

¹²⁵ DONATIVI V., *I finanziamenti anomali dei soci*, in *Società*, 2019, pag. 1032.

¹²⁶ In merito si veda Decreto – legge del 08/04/2020 n. 23, in *Gazzetta Ufficiale*.

pandemia. In pratica, i finanziamenti erogati durante questo periodo non subiscono la postergazione dei rimborsi e i rimborsi effettuati ai soci entro l'anno precedente alla dichiarazione di fallimento non sono inefficaci. Questa modifica alla legge sembra mirare ad incoraggiare le imprese ad ottenere finanziamenti dai loro soci durante un periodo di crisi economica, in modo che possano affrontare le difficoltà finanziarie senza subire le conseguenze della postergazione previste dalla legge. Tuttavia, rimane la sfida di evitare un uso opportunistico di questa disposizione da parte delle imprese che potrebbero trarne vantaggio senza effettivamente necessitarne. Solo con il tempo si dirà se questa modifica avrà successo nel suo intento o se potrebbero emergere abusi.¹²⁷

¹²⁷ D'ALONZO R. *La postergazione del rimborso dei finanziamenti dei soci nel CCII*, in *Diritto della crisi*, 2021.

Capitolo III: applicazione analogica della postergazione ad altre forme societarie

SOMMARIO: 3.1. il problema dell'applicazione analogica dell' art. 2467 c.c. alle s.p.a. – 3.2. la postergazione nei gruppi di società – 3.3. finanziamenti anomali e garanzie della capogruppo – 3.4. Problema dell'applicabilità della postergazione ai finanziamenti anomali alle s.p.a. non soggette a direzione e coordinamento nella giurisprudenza della Suprema Corte e secondo alcuni decreti dei Tribunali.

3.1. Il problema dell'applicazione analogica dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a.

Grazie anche al contributo di alcuni provvedimenti emessi dal Tribunale di Padova, Venezia e Udine, sembra consolidarsi l'indirizzo interpretativo favorevole all'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2467 c.c. fuori dai confini tipologici della s.r.l., ed in particolare, ai finanziamenti degli azionisti c.d. "imprenditori".¹²⁸

Nell'ambito della disciplina dei gruppi la regola della postergazione dei finanziamenti forniti dalla società madre sembra essere universalmente applicabile alla sue controllate, indipendentemente dalla loro struttura giuridica. Questa regola è sancita dall'art. 2497 quinquies c.c. A causa della vasta portata di questa norma, c'è stata una discussione nella dottrina su se essa rappresenti un principio generale di diritto d'impresa e quindi debba essere applicata anche alle società per azioni, oppure se debba essere interpretata in modo restrittivo, applicandolo solo nei casi espressamente previsti dalla legge per le s.r.l.¹²⁹ In favore di questa interpretazione restrittiva, si è evidenziato che solo nella s.r.l. i soci hanno un coinvolgimento più diretto e un maggiore interesse nell'attività aziendale rispetto alle s.p.a., dove la gestione è più separata dai detentori delle azioni. Pertanto, l'applicazione della regola di postergazione dei finanziamenti dovrebbe essere limitata alle s.r.l. in cui tale coinvolgimento imprenditoriale è più evidente, mentre non dovrebbe essere estesa alle s.p.a. e ad altri tipi di società dove questa dinamica è meno rilevante.¹³⁰

¹²⁸ BALP G., *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497 quinquies c.c.*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2012, pag. 246.

¹²⁹ PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, in *Fa*, 2009, pag. 801.

¹³⁰ MAUGERI M., *Finanziamento dei soci*, 2005, pag. 424.

In considerazione di queste argomentazioni, si sostiene che la regola di postergazione dei finanziamenti, specialmente alla luce delle modifiche apportate dalla riforma del diritto societario che ha sottolineato la netta differenza tra le s.r.l. e le s.p.a., non dovrebbe essere applicata per analogia alle s.p.a. Questo perché gli azionisti nelle s.p.a. generalmente non godono degli stessi poteri di informazione e controllo che hanno i soci nella s.r.l. In altre parole, nelle s.p.a., la gestione aziendale è più distante dagli azionisti, e quindi applicare la regola di postergazione in modo indiscriminato alle s.p.a. non sarebbe adeguato dato la diversa struttura e dinamica di questa società rispetto alle s.r.l. La tesi è ulteriormente rafforzata osservando che le s.r.l. sono spesso caratterizzate da una sottocapitalizzazione fisiologica. Questa sottocapitalizzazione non è solo dovuta alla pratica diffusa dei soci di finanziare la società sotto forma di capitale di debito, ma anche alla possibilità concessa dalla legge di avere capitale sociale rappresentato da beni in natura o prestazioni d'opera invece di denaro contante. Da ciò deriva che il legislatore ha previsto un meccanismo di tutela autonomo dei creditori sociali solo nel caso delle s.r.l. Questo meccanismo si attiva ogni volta che un socio, in presenza di una delle situazioni elencate nell'art. 2467 c.c., decide di finanziare la società sotto forma di debito anziché contribuire con capitale a rischio. In altre parole, questa regola è stata introdotta per affrontare specialmente la sottocapitalizzazione e le situazioni in cui i creditori sociali potrebbero essere messi a rischio nelle s.r.l., ma non è stata estesa in modo analogo alle s.p.a. in cui le dinamiche sono diverse.¹³¹

Un'interpretazione più ampia dell'art. 2467 c.c. proviene da alcune pronunce di merito che si pongono nel solco dell'opinione favorevole all'applicazione analogica dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a., in quanto, nelle controversie oggetto di decisione, è riconosciuta, in capo all'azionista finanziatore, un' analogia con la posizione soggettiva del socio di s.r.l. tale da legittimarne l'assoggettamento al trattamento giuridico.¹³²

Questa ampia interpretazione dell'art. 2467 c.c. è stata, anche, oggetto di critiche da parte di alcuni studiosi, che sostengono che l'istituto della postergazione dovrebbe essere applicato anche alle s.p.a. Questa posizione si basa non solo sull'argomento sistematico dell'art. 2497 quinquies c.c., ma anche sulla convinzione che le norme

¹³¹ ABRIANI N., *Codice delle società*, 2016, pag. 1160.

¹³² È questa l'interpretazione maggioritaria anche in dottrina; si veda in merito GALP G., *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497 quinquies c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2012, pag. 247.

contenute nell'art. 2467 c.c. esprimano principi generali di diritto d'impresa, e quindi dovrebbero essere applicabili a tutte le società di capitali. Secondo questa prospettiva, si ritiene che non sia limitato solo alle s.r.l., ma che anche nella s.p.a. potrebbe verificarsi una situazione di sottocapitalizzazione che potrebbe mettere a rischio i creditori. Pertanto, non ci sarebbero motivi validi per una disciplina differenziata tra le due tipologie di società. In altre parole, questa interpretazione sostiene che le norme che riguardano la postergazione dovrebbero essere applicate uniformemente a tutte le società di capitali, indipendentemente dalla loro forma giuridica, poiché i principi generali di tutela dei creditori dovrebbero essere considerati in tutto il contesto aziendale.¹³³

Anche un decreto del Tribunale di Padova, attribuendo all'art. 2467 c.c. il carattere di norma di tutela dei creditori non soci, espressiva di un principio di "corretto finanziamento" dell'impresa che si trova in una situazione di crisi incipiente, afferma la valenza transtipica (da non intendersi in senso assoluto), sicché la collocazione del regime dei finanziamenti dei soci nell'alveo della disciplina della s.r.l. non appare circostanza tale da impedirne l'applicazione nei casi in cui la concorrenza dei soci con gli altri creditori sul patrimonio del comune debitore sia frutto di un abuso della posizione partecipativa del socio e del connesso potere di controllo e influenza sulla gestione. Perciò, la postergazione intensa così, risponderebbe ad un principio di adeguatezza nella ripartizione del rischio d'impresa tra soci e creditori, tutelando questi ultimi, in quanto privi di poteri di influenza e controllo sulla gestione della società.¹³⁴

La tesi che sostiene un'applicazione analogica dell'istituto della postergazione deve essere ulteriormente specificata. Non sembra che l'articolo 2467 del codice civile sia applicabile indiscriminatamente a tutte le società per azioni, ma piuttosto alle s.p.a. in cui il prestito anomalo è effettuato da un socio definito "imprenditore", ovvero un socio che non agisce semplicemente come un investitore passivo, ma che ha il potere di influenzare le decisioni di finanziamento dell'azienda.¹³⁵

Introducendo questo requisito soggettivo, si può concludere che la regola stabilita dall'articolo 2467 c.c. può essere applicata alle s.p.a. chiuse in cui la struttura delle

¹³³ PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, in Fa, 2009, pag. 802.

¹³⁴ GALP G., *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497 quinquies c.c.*, in Banca, Borsa e titoli di credito, 2012, pag. 248.

¹³⁵ Trib. Pistoia, 21 dicembre 2008.

relazioni tra i soci è simile a quella delle s.r.l. In questi casi, l'applicazione analogica dell'art. 2467 c.c. sarebbe giustificata. Tuttavia, per le s.p.a. aperte o che ricorrono al mercato del capitale di rischio, l'applicazione analogica della legge potrebbe essere limitata all'azionista di controllo, poiché è l'unico con il potere di influenzare significativamente le decisioni finanziarie dell'azienda. In altre parole, in queste società, la postergazione potrebbe applicarsi solo quando un azionista di controllo, che agisce come imprenditore, concede finanziamenti in modo anomalo. L'argomento a favore dell'applicazione analogica della postergazione anche all'azionista di minoranza è che quest'ultimo, in effetti, non ha necessariamente maggiori poteri di informazione e controllo rispetto al creditore sociale. Di conseguenza, non ci sarebbe una giustificazione sistematica per trattare in modo diverso i finanziamenti concessi dall'azionista di minoranza rispetto a quelli concessi da altri creditori sociali. In altre parole, se l'obiettivo principale della postergazione è proteggere i creditori sociali da finanziamenti anomali che potrebbero mettere a rischio i loro interessi, allora non dovrebbe esserci una distinzione basata sul tipo di creditore. Sia l'azionista di minoranza che altri creditori sociali dovrebbero essere ugualmente protetti da questa regola, poiché entrambi potrebbero subire danni se i finanziamenti sono concessi in modo irragionevole o lesivo per l'azienda.¹³⁶

Tuttavia, la questione dell'applicazione dell'istituto della postergazione all'azionista di minoranza potrebbe variare in base alla legislazione specifica e alle decisioni giudiziarie nelle giurisdizioni pertinenti, e potrebbe essere oggetto di dibattito e interpretazione giuridica.¹³⁷

3.2. La postergazione nei gruppi di società

Giunti a questo punto della trattazione, può essere utile esaminare un'altra disposizione rilevante in punto di postergazione dei finanziamenti dei soci, ossia l'art. 2497 c.c. Questa norma richiama l'articolo 2467 del codice civile, che stabilisce che per i finanziamenti dati dai soci alle società a responsabilità limitata in situazioni di eccessivo squilibrio tra il debito e il patrimonio netto o quando un conferimento sarebbe stato ragionevole, si applica la regola della postergazione nel rimborso di questi finanziamenti, e talvolta si richiede la restituzione dei finanziamenti ottenuti se il

¹³⁶ MAUGERI M., *Finanziamento dei soci*, 2005, pag. 424.

¹³⁷ ABRIANI N., *Codice delle società*, 2006, pag. 1162.

rimborso è avvenuto nell'anno precedente al fallimento della società. Questo richiamo alla disciplina dei finanziamenti soci è giustificato principalmente in due modi. In primo luogo, nelle organizzazioni di gruppo, la società madre ha un controllo significativo sulle società controllate, creando una situazione simile a quella dei soci nelle s.r.l.¹³⁸

In secondo luogo, questa disposizione si inserisce nella questione più ampia dei "finanziamenti infragruppo", fornendo ulteriori protezioni ai creditori delle società controllate. Nelle organizzazioni di gruppo, è necessario trovare un equilibrio tra la flessibilità desiderata dalla società madre per allocare risorse finanziarie tra le società del gruppo e la protezione dei creditori sociali, che non devono essere penalizzati rispetto ai "soci-finanziatori". Il legislatore ha quindi richiamato l'articolo 2467 del codice civile anche per i finanziamenti infragruppo, stabilendo una condizione sospensiva per il credito della società madre quando si verificano le situazioni descritte nell'articolo 2467. Questo implica che il credito della società madre non può essere richiesto immediatamente in tali circostanze. Senza entrare nei dettagli dei finanziamenti soci, è importante riflettere su questa disposizione specifica.¹³⁹

In primo luogo, è necessario delineare il campo di applicazione della norma in discussione. L'articolo 2497 quinquies del codice civile italiano si applica non solo alle società controllanti (holding) ma anche a chiunque eserciti attività di direzione e coordinamento. Questo significa che le limitazioni previste dall'articolo 2467 c.c. non riguardano solo i finanziamenti forniti da persone giuridiche ma anche quelli concessi da persone fisiche, amministratori, titolari di strumenti finanziari, accordi sindacali e altri soggetti, anche se non sono soci, il cui potere di direzione e coordinamento derivi da un contratto.¹⁴⁰ Inoltre, il legislatore ha chiarito che questa disposizione si applica anche ai finanziamenti concessi da una società "sorella" a un'altra all'interno dell'organizzazione di gruppo. Questo riconosce che all'interno del gruppo alcune società possono agire come una sorta di "tesoreria" fornendo finanziamenti e prestiti in linea con la politica finanziaria stabilita dalla società madre. Di conseguenza, la subordinazione del credito rappresenta un contrappeso adeguato che il legislatore ha introdotto per affrontare un potenziale abuso del potere di direzione e coordinamento all'interno del gruppo.¹⁴¹

¹³⁸ MAUGERI M., *Finanziamento dei soci*, in *Diritto enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, 2007.

¹³⁹ ABRIANI N., *Finanziamenti anomali infragruppo e successiva rinegoziazione*, 2009, pag. 1661.

¹⁴⁰ MAUGERI M., *Finanziamento dei soci*, 2005, pag. 439.

¹⁴¹ MAUGERI M., *Finanziamento dei soci*, 2005, pag. 440.

L'articolo 2497 quinquies del codice civile sembra escludere l'applicazione ai finanziamenti erogati da una società controllata alla società controllante. La dottrina generalmente concorda su questo punto, affermando che il regime di postergazione dei finanziamenti non si applica in una logica "bottom-up". In altre parole, sembra che questa norma non copra i cosiddetti "upstream financing", dove una società controllata fornisce finanziamenti alla società controllante. Questa interpretazione è basata sull'assenza degli elementi che giustificano la disciplina della postergazione, come l'asimmetria tra opportunità di profitto e rischio di impresa per la società sottoposta a direzione e coordinamento, e la mancanza di una posizione di privilegio in termini informativi e di influenza sulla gestione. Tuttavia, questa interpretazione è stata oggetto di critiche, poiché non sembra tenere adeguatamente conto delle ragioni dei soci di minoranza e dei creditori della società capogruppo. In altre parole, alcuni sostengono che la norma dovrebbe essere più inclusiva e considerare anche i finanziamenti dalle società sottoposte a direzione e coordinamento alle società che esercitano tale attività.¹⁴²

3.3 Finanziamenti anomali e garanzie della capogruppo

In questa sede appare opportuno riflettere sulle possibili problematiche relative alle garanzie e ai finanziamenti indiretti erogati dalla società esercitante attività di direzione e coordinamento nei confronti della società controllata. Innanzitutto, è necessario chiedersi se nell'ambito del gruppo sia opportuno ricomprendere anche i prestiti indiretti, quale gli atti di godimento di beni, marchi, brevetti o contratti di leasing. Facendo riferimento al dato comparativo, l'interpretazione dovrebbe essere intesa in senso ampio, visto che anche la disciplina tedesca, alla quale il nostro legislatore si è ispirato per modellare la disciplina del finanziamento dei soci, ricomprende anche i prestiti sostitutivi del capitale. Parte della dottrina italiana ha sottolineato che la ratio della postergazione è quella di sanzionare lo spostamento del rischio imprenditoriale sui creditori sociali. Ciò potrebbe portare all'applicazione dell'art. 2467 c.c. anche ai finanziamenti indiretti.¹⁴³ Tuttavia, a causa della mancanza di norme specifiche e della complessità nell'inquadramento giuridico, in alcuni casi sembra preferibile ritenere che

¹⁴² PORTALE G.B., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, 2003, pag. 665.

¹⁴³ PORTALE G. B., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, 2003, pag. 680.

l'ampia espressione finanziamenti in qualsiasi forma effettuati non includa le operazioni prive di causa creditizia.¹⁴⁴

Per quanto riguarda le garanzie fornite dalla capogruppo alle società controllate, la dottrina sembra essere concorde nell'includerle nella regola della postergazione.¹⁴⁵

Nel contesto dei gruppi di società, le garanzie offerte dalla holding, sia sotto forma di mandato di credito o fideiussione, sono pratiche comuni, e l'esclusione di tali garanzie dalla norma dell'art. 2467 c.c. sembrerebbe mettere a rischio l'efficacia stessa della regola.¹⁴⁶

3.4. Problema dell'applicabilità della postergazione ai finanziamenti anomali alle s.p.a. non soggette a direzione e coordinamento nella giurisprudenza di legittimità e di merito

In questa sede va subito avvertito che la Suprema Corte è di recente tornata ad accogliere l'orientamento che applica alla s.p.a. non eterodiretta il regime di postergazione dei finanziamenti anomali previsto dall'ordinamento delle s.r.l. e nei gruppi di società.¹⁴⁷

In un arresto giuridico precedente, i giudici di legittimità hanno proposto "un livello intermedio di interpretazione" con il fine di estendere il regime legale della postergazione dei finanziamenti anomali dei soci, "eventualmente in chiave analogica", anche ai soci di s.p.a. non soggette a direzione e coordinamento.¹⁴⁸

Al centro di tutto ciò, ancora una volta, c'è la ratio della postergazione che viene individuata nella repressione delle condotte di sottocapitalizzazione nominale poste in essere attraverso la concessione di finanziamenti sostitutivi del capitale proprio. Ecco che in questa prospettiva la ratio della postergazione è ritenuta giuridicamente compatibile con forme societarie diverse dalla s.r.l. in virtù, anche, dell'irrelevanza del tipo che emerge dall'art. 2497 quinquies c.c. Sono perciò ricompresi del regime della postergazione legale anche i finanziamenti anomali concessi "dai soci di società per azioni che, per entità o qualità partecipativa, sono nella sostanza assimilabili ai soci di

¹⁴⁴ CAMPOBASSO M., ABRIANI N., in *Codice delle società*, 2006, pag. 1163.

¹⁴⁵ MAUGERI M., *Finanziamento dei soci*, 2005, pag. 425.

¹⁴⁶ CAMPOBASSO M., ABRIANI N., in *Codice delle società*, 2006, pag. 1163.

¹⁴⁷ Cass., 20 giugno 2018, n. 16291.

¹⁴⁸ Cass, 7 luglio 2015, n. 14056.

s.r.l.". Per accertare l'esistenza di tale somiglianza è richiesta una valutazione in concreto al fine di verificare se la "società, per modeste dimensioni o per assetto dei rapporti sociali sia idonea di volta in volta a giustificare l'applicazione della postergazione".¹⁴⁹

Nel 2015, la Cassazione si è limitata ad affermare l'applicabilità della postergazione alle s.p.a. non eterodirette in presenza di "imprese di modeste dimensioni" con compagini sociali ristrette. In questa occasione non sono stati specificati i presupposti che esprimono la ragione sufficiente della postergazione nei casi regolati e che, perciò, consentirebbero di applicare la stessa regola, in via estensiva o analogica, anche nel caso non regolato di s.p.a. non eterodiretta.¹⁵⁰

In questa occasione è stato evitato ogni approfondimento stabilendo al riguardo attraverso una soluzione che ha onerato il socio finanziatore alla dimostrazione del modo con cui il modello di s.p.a. concretamente adottato dai soci presenti caratteristiche ostative all'applicazione del regime di postergazione previsto nei gruppi e nelle s.r.l. Questo indirizzo però si è rilevato insoddisfacente. Ecco che allora nel 2016, grazie all'ultima pronuncia della Cassazione, si sono compiuti passi in avanti. Ora il rapporto di somiglianza che va a giustificare l'analogia è riconosciuto e fondato, dalla Cassazione, sull'informazione societaria. Ciò significa che, l'identità di posizioni è riconosciuta ogni qual volta l'organizzazione della società finanziata consenta al socio di ottenere informazioni che possono essere paragonate a quelle di cui potrebbe disporre il socio di una s.r.l. ai sensi dell'art. 2467 c.c., dovendo accertare se il socio finanziatore sia posto nella condizione di valutare lo squilibrio patrimoniale o finanziario della società a cui l'ordinamento collega la postergazione del suo credito anomalo.¹⁵¹ Dunque, l'accesso del socio finanziatore all'informazione che gli consenta di venire a conoscenza e valutare lo stato di equilibrio rilevante ai fini dell'art. 2467 c.c., sebbene non sia tra i presupposti espressi della postergazione, viene lo stesso in rilievo per l'applicazione del regime della postergazione.¹⁵²

Questo meccanismo spiega il perché l'ordinamento della s.p.a. non eterodiretta ha escluso la regolamentazione espressa della postergazione indipendentemente dalla valutazione del potere di influenza sulla gestione. Questa discontinuità può essere

¹⁴⁹ Cass, 20 giugno 2018, n. 16291.

¹⁵⁰ BACETTI N., *Informazione e postergazione tra s.p.a. e nuove s.r.l. che esercitano piccole e medie imprese*, pag. 695.

¹⁵¹ Cass., 20 giugno 2018, n. 16291.

¹⁵² BACETTI N., *Informazione e postergazione tra s.p.a. e nuove s.r.l. che esercitano piccole e medie imprese*, pag. 698.

identificata nel diverso regime di informazione societaria: nelle s.p.a. manca un diritto di informazione dell'azionista in quanto tale, ossia al di fuori del procedimento assembleare e in altri casi previsti dalla legge.

In questa ottica, perciò, la Suprema Corte, afferma che la regola della postergazione può integrare la disciplina del tipo azionario non eterodiretto, quando, indipendentemente dall'indagine circa la titolarità in capo al socio di poteri di influenza imprenditoriale rilevanti, colui che agisce in postergazione dimostri in concreto che, nel momento del finanziamento, l'azionista finanziatore, pur non avendo un diritto individuale di informazione, era messo in circostanze tali da potergli permettere la conoscenza o conoscibilità dello squilibrio rilevante della società finanziata, che il regime di informazione della s.r.l. permette di presumere in via generale in capo a ogni socio in quanto tale.¹⁵³

Con riguardo a questo tema è interessante far riferimento anche ad un decreto emesso dal Tribunale di Pistoia nel contesto di una procedura di fallimento di una società per azioni. In questa occasione il Tribunale di Pistoia ha respinto una proposta di concordato preventivo e ha dichiarato fallita la società, che era già in liquidazione. In seguito, i curatori hanno ammesso dei crediti postergati legati a finanziamenti forniti da due azionisti. La controversia principale riguardava l'applicabilità dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a., nonostante la legge sembri limitarne l'uso alle s.r.l. Il Tribunale di Pistoia ha sostenuto che l'art. 2467 c.c. possa essere applicato alle s.p.a., contrariamente alla sua limitazione apparente ex lege, seguendo un'interpretazione che sembra essere supportata dalla maggior parte della dottrina.¹⁵⁴

Arrivati perciò a questo punto è immediato affermare che esigenze di tutela dei creditori del tutto analoghe, le quali richiedono l'applicazione del regime previsto da tale norma, possano in linea di principio verificarsi anche con riferimento ad erogazioni eseguite da soci di società azionarie estranee a strutture di gruppo. Bisogna ravvisare che la tesi per la quale l'art. 2467 c.c. possa essere applicato anche al di fuori del tipo della società a responsabilità limitata (e dei gruppi) non è del resto nuova sul piano del diritto comparato. Emblematica in questo senso appare la disciplina tedesca dei prestiti dei soci. L'ordinamento tedesco, però, non è l'unico a prevedere un'applicazione

¹⁵³ *Ibidem*, 699.

¹⁵⁴ GALP G., *Dall'applicazione dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, pag. 192.

tipologicamente neutrale delle norme che disciplinano questa materia, come dimostrano le legislazioni austriaca, spagnola e polacca.¹⁵⁵

Appare inoltre significativo segnalare che le norme sopra richiamate prevedono altresì la disapplicazione del regime in questione a favore dei soci ininfluenti rispetto alla gestione, identificandoli in base ad una soglia convenzionale di partecipazione al capitale sociale, nonché alla loro non appartenenza all'organo amministrativo. A tutti i soci, compresi gli azionisti, non amministratori, possessori di una quota non superiore al dieci per cento del capitale, è riconosciuto dunque il c.d. "privilegio della piccola partecipazione" (Kleinbeteiligungsprivileg), ipotizzando che, in caso di partecipazione ininfluente, il socio agisca a tutti gli effetti secondo la prospettiva di un qualunque terzo finanziatore, non essendo in condizione di realizzare dalla partecipazione apprezzabili benefici in termini di sottrazione dal rischio di impresa, e mancando dunque il presupposto per l'applicazione della disciplina della postergazione. Analogo beneficio è previsto anche nella legge austriaca. quanto alla nostra disciplina, riconosciuto che il fenomeno della sottocapitalizzazione ben possa riguardare anche le società azionarie, e che l'autonomia privata nella scelta della forma dell'erogazione (una volta soddisfatto il vincolo del capitale minimo) non sia sottoposta a limitazioni espresse nemmeno nel tipo azionario, l'orientamento del legislatore all'atto della formulazione degli artt. 2467 e 2497- quinquies c.c. appare sorretto da un criterio in base al quale il rischio di condotte opportunistiche di finanziamento s'intende tipico. Ora, chi ritiene che, in capo ai soci destinatari della postergazione, l'art. 2467 c.c. rappresenti un contrappeso al beneficio della limitazione del rischio imprenditoriale al patrimonio sociale (in aggiunta alle regole sulla formazione e conservazione di esso patrimonio), non vede in linea di principio come non applicare tale norma in ogni situazione in cui al descritto pericolo siano esposti i creditori per effetto di una condotta dei soci di fatto abusiva della personalità giuridica: e così in caso di finanziamenti dei soci alla società per azioni. Non può tuttavia trascurarsi che l'assenza di qualunque norma sui finanziamenti degli azionisti appaia non già casuale, né frutto di una mancanza di coordinamento, ma espressiva piuttosto di un consapevole orientamento del legislatore. Tale osservazione suggerisce che nel tipo azionario, cui corrisponde, secondo un criterio di tipicità sociale, la figura dell'azionista "investitore", l'applicazione dell'art. 2467 c.c. possa giustificarsi là dove si riscontrino, nella fattispecie concreta, elementi di analogia della posizione dell'azionista con quella "imprenditoriale" che, per

¹⁵⁵ GALP G., *Dall'applicazione dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, pag. 193.

diritto, distingue la partecipazione in società a responsabilità limitata, tali da motivarne un'assimilazione sul piano sostanziale: quando, più verosimilmente, la struttura corrisponde a quella di una società "chiusa".

Nel nostro ordinamento, se possono esprimersi dubbi circa la possibilità di operare siffatta distinzione allo scopo di pervenire, analogamente a quanto positivamente previsto negli ordinamenti tedesco, austriaco e spagnolo, alla disapplicazione dell'art. 2467 c.c. a favore del socio finanziatore in influenza di società a responsabilità limitata, appare invece legittimo compiere tale discriminazione dove, in via di interpretazione analogica, s'intenda applicare l'art. 2467 c.c. all'azionista finanziatore. Sembra muovere proprio nella direzione di non consentire un indifferenziato ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 2467 c.c. la circostanza che tale norma colpisca tutti i soci finanziatori, indipendentemente dal peso individuale all'interno della società: circostanza che può anche apparire razionale nella società a responsabilità limitata, considerata la posizione centrale del socio nell'organizzazione collettiva, ma non nella società per azioni, in relazione alla quale, come appunto avvenuto in Germania ed Austria, in giurisprudenza prima ed ora per legge, andrebbero individuati criteri discretivi della posizione individuale, tali da far ritenere realistica, per il potere d'influenza sulla gestione, la realizzazione dello schema che è posto alla base della postergazione dei finanziamenti dei soci.¹⁵⁶

¹⁵⁶ GALP G., *Dall'applicazione dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, pag. 203.

CONCLUSIONI

In questo elaborato si è visto come il finanziamento dei soci, disciplinato dall'art. 2467 c.c., è stato introdotto dalla riforma del diritto societario per prevenire comportamenti opportunistici da parte dei soci riguardo ai prestiti concessi alla società. Questa riforma ha anche attribuito ampi poteri di controllo ai soci nelle società a responsabilità limitata, considerandoli "soci imprenditori".¹⁵⁷

L'art. 2467 c.c. è formulato in modo generico sia con riguardo ai soggetti coinvolti che all'oggetto dei finanziamenti. Questo istituto si applica a tutti i soci indipendentemente dalla loro quota di capitale e copre una vasta gamma di contratti finalizzati a mettere a disposizione della società una somma di denaro con obbligo di restituzione.

Un importante aspetto introdotto da questa norma è la "postergazione" dei finanziamenti dei soci rispetto ai creditori della società. Tuttavia, esiste un dibattito su quando questa postergazione debba essere applicata: se solo in situazioni di liquidazione o insolvenza o anche durante la vita normale della società. Ma, nonostante le varie considerazioni mosse, la dottrina tende a sostenere che questa regola si applica solo in situazioni concorsuali, in quanto in caso di situazione finanziaria stabile, la società dovrebbe essere in grado di pagare i debiti regolarmente alla scadenza.¹⁵⁸

Dopo aver riflettuto su vari aspetti riguardanti la postergazione, nell'elaborato si è esaminata l'applicazione della regola della postergazione anche ad altre forme societarie, diverse quindi dalla s.r.l., in particolare con riferimento alle s.p.a.

Quello che è chiaro è che questa regola oggi si applica sia alle s.p.a. soggette a direzione e coordinamento sia alle s.p.a. non eterodirette. Nelle prima abbiamo osservato come la dottrina si è divisa tra sostenitori dell'applicazione restrittiva della regola della postergazione, partendo dal presupposto che i soci di s.p.a. non hanno un coinvolgimento e interesse diretto nell'attività aziendale come i soci di s.r.l.; e sostenitori dell'applicazione in maniera ampia che considera il principio di postergazione come un principio di economia generale e perciò applicabile uniformemente a tutte le società di capitali, a tutela dei creditori terzi. Nel secondo caso, ossia nell'ipotesi di s.p.a. non eterodirette, la Corte Suprema di recente è

¹⁵⁷ Si veda pag. 10 di questo elaborato.

¹⁵⁸ Ibidem, 28.

ritornata ad accogliere l'orientamento secondo cui la postergazione si deve applicare anche a questa tipologia societaria. Questo orientamento trova il suo fondamento sul principio dell'informazione societaria: ciò sta ad indicare che c'è identità di posizioni quando la struttura dell'organizzazione della società finanziata consente al socio di avere informazioni che possono essere paragonate a quelle ottenibili dal socio di un s.r.l. ex art. 2467 c.c. Perciò, la Corte Suprema dichiara applicabile la postergazione alla s.p.a. non eterodiretta quando colui che agisce in postergazione dimostra che nel momento del finanziamento, l'azionista che ha finanziato, era stato messo nelle condizioni di avere informazioni rilevanti circa lo squilibrio della società finanziata e perciò, di aver avuto la possibilità di valutare lo stato di squilibrio economico patrimoniale.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Si veda pag. 49 di questo elaborato.

BIBLIOGRAFIA

CAMPOBASSO G.F. *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, 2020, Utet. 10° edizione.

AMATO G., *Le s.r.l.*, CEDAM, 2011.

ZANARONE G., *Dalla società a responsabilità limitata*, vol. 1, Milano Giuffrè, 2010.

MARTINI A., *Conferimenti di prestazione d'opera e di servizi*, 2021.

PENTA A., *Il problema della sottocapitalizzazione nelle s.r.l.*, sez. II, in *Dottrina, opinioni e interventi*, doc. n. 195/2010.

PORTALE G., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003.

ABRIANI N., *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, 2011.

SALAFIA V., *I problemi interpretativi*, 2003.

SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, 2005.

CAMPOBASSO M., *Finanziamento del socio*, 2007.

CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, 2003.

FICO D., *Finanziamento dei soci e sottocapitalizzazione della società*,

DONATIVI F., *Diritto societario*. Società, 2019.

MESSORE A., *Finanziamenti postergati dei soci di s.r.l.* in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2018.

BURIGO F., *Postergazione del credito del socio garante*, 2014.

PANZANI., *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, 2009.

MAUGERI M., *Finanziamento dei soci*, 2005.

ABRIANI N., *Codice delle società*, 2016.

- MAUGERI M., *Finanziamento dei soci*, 2005.
- ABRIANI N., *Finanziamenti anomali infragruppo e successiva rinegoziazione*, 2009.
- BACETTI N., *Informazione e postergazione tra s.p.a. e nuove s.r.l. che esercitano piccole e medie imprese*.
- BASTIA P., *Crisi, insolvenza e indicatori nelle società e nei gruppi aziendali*, dicembre 2019.
- CALDERAZZI R., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, 2012.
- GALP G., *Questioni in tema di postergazione ex. art. 2467 e 2497 quinquies c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2012.
- GALP G., *Dall'applicazione dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a.*, in *Banza borsa e titoli di credito*, 2009.

GIURISPRUDENZA

Di legittimità:

Cass. 27 febbraio, 1985, n. 1699, in Il foro italiano.

Cass. 19 dicembre 2014, n. 27087.

Cass. n. 24093/2023.

Cass. n. 34503/2021.

Cass. 14 aprile 2006, n. 8876, in Il foro italiano.

Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, in Il foro italiano.

Cass. 15 maggio 2019, n. 12994.

Cass. 20 agosto 2020, n. 17421.

Cass. 20 giugno 2018, n. 16291.

Cass. 7 luglio 2015, n. 14056.

Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 12994.

Di merito:

Trib. Di Catania, i presupposti della postergazione ex art. 2467 c.c., in Giurisprudenza delle imprese, 2020.

Trib. Di Milano, 10 gennaio 2011, in Società.

Trib. Di Milano, 4 giugno 2013, n. 7805.

Trib. di Bologna, 30 gennaio 2017, in Giurisprudenza delle imprese.

Trib. di Roma, 2017, in Il Caso.

Trib. di Bari, 2018, in Il Caso.

Trib. di Roma, 2016, in Il Caso.

Trib. di Messina, 4 marzo 2009.

Trib di Milano, sez. VIII, giugno 2014.

Trib. di Pistoia, 21 dicembre 2008, in Banca borsa e titoli di credito.

Trib. di Padova, 16 maggio 2011, in Banca borsa e titoli di credito.

Trib. di Udine, 3 marzo 2009, in Banca borsa e titoli di credito.

Trib. di Venezia, 8 marzo, 2011, in Banca borsa e titoli di credito.

RINGRAZIAMENTI

In primis ci tengo a ringraziare la Professoressa Ballerini per il suo prezioso aiuto e supporto per la redazione di questo elaborato.

Poi, vorrei ringraziare tutte le persone che hanno fatto parte di questo percorso e che, in realtà, sono al mio fianco da molto prima. Un grazie in particolare va a Michelle, Giulia e Aurora che sono state delle compagne di università eccezionali.

Un grazie enorme va ai miei genitori che mi hanno permesso di studiare sostenendomi in ogni momento e che, mi sono sempre stati affianco, sorridendo e piangendo con me. Grazie, soprattutto, per esserci stati quando pensavo di non farcela, per le vostre parole di conforto e per avermi sempre fatta sentire avvolta d'amore, nonostante le difficili situazioni che si sono presentate durante questo percorso. Vi sono grata per tutto quello che avete fatto e che continuate a fare per me!

Grazie anche ai miei parenti che hanno sempre fatto il tifo per me ed insieme a me hanno condiviso tutti i miei traguardi più belli.

Un grazie speciale va a mia sorella Arianna, sempre pronta ad incoraggiarmi; ti voglio bene!

Voglio ringraziare anche Nicolò, grazie per avermi supportata e sopportata in questi tre anni. Grazie per avermi dato la forza nei momenti più difficili e per aver creduto in me sin dal primo momento di questo percorso.

Infine, ringrazio me stessa per la tenacia! Tutto ciò è frutto di un duro e costante lavoro, reso possibile grazie all'aiuto e all'affetto di tutti voi.

Voglio augurarmi che questo traguardo sia un trampolino di lancio per il mio futuro.

Vi voglio bene.