

## ASPETTI FALLIMENTARI DEL FINANZIAMENTO SOCI

di Raffaele Marcello

La situazione finanziaria della società può complicarsi al punto da fallire. La dichiarazione di fallimento produce effetti anche in tema di finanziamenti dei soci.

L'art. 2467 c.c. prevede una postergazione in sede fallimentare il cui contenuto non si esaurisce in seno allo stesso disposto. La legge stabilisce difatti che il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, deve essere restituito.

Il D.L. n. 78/2010, convertito nella L. n. 122/2010, ha introdotto una novità nella normativa sul fallimento, derogando in parte alle disposizioni sulla postergazione dei finanziamenti.

Per gli aspetti societari del finanziamento soci si veda il Commento n. 247 dell'11 aprile 2011; per gli aspetti contabili e fiscali si veda la circolare monografica n. 1671 del 13 aprile 2011.

### Premessa

Il legislatore della riforma societaria ha voluto porre un freno rispetto ai possibili abusi da parte dei soci nel ricorso ai finanziamenti operati "...in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un **eccessivo squilibrio dell'indebitamento** rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento" (art. 2467, comma 2, c.c.). Ed è proprio in queste situazioni che si annidano infatti i maggiori rischi di **comportamenti opportunistici** da parte dei soci a danno dei creditori, posto che i soci "finanziatori" di una società in stato di difficoltà economica godono di **asimmetrie informative** e sono portatori di un interesse opposto rispetto a quello dei creditori.

Alla luce di queste condizioni si giustifica la diffusa ricostruzione della regola introdotta nell'art. 2467 c.c. al fine di rimediare alla "scorrettezza compiuta dai soci ai danni dei creditori sociali", rappresentata dall'aver "fornito nella forma di capitale di credito le risorse che avrebbero dovuto mettere a disposizione nella forma del capitale di rischio". E si spiega altresì l'opportuna delimitazione selettiva tanto della **postergazione del credito** quanto della **restituzione del rimborso** prefallimentare: infatti, è soltanto nelle ipotesi di finanziamenti concessi in **situazioni "anomale"** (o critiche) che l'art. 2467 c.c. enuncia la duplice regola della postergazione del credito al rimborso in capo al socio che ha finanziato e della restituzione del rimborso ricevuto nell'anno anteriore al fallimento.

### Il divieto di rimborso

Un problema senza dubbio da affrontare nell'interpretazione dell'art. 2467 c.c., che al comma 1 dispone che "*il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito*", è stabilire se la postergazione abbia effetto solo in fase di liquidazione o anche *durante societate*. Al riguardo si riscontrano diversi orientamenti.

Secondo alcuni, la postergazione **ha effetto durante il periodo di ordinario funzionamento della società**. Il finanziamento soci postergato non può mai essere rimborsato prima dei debiti nei confronti dei terzi. È possibile procedere al rimborso solo se nel corso della vita della società si verifica che i debiti verso terzi siano stati

completamente soddisfatti (o quanto meno sussistano sufficienti mezzi finanziari per soddisfarli) e che l'originario **squilibrio patrimoniale-finanziario** (che ha prodotto la postergazione) sia stato superato. Di tal ch  il divieto di rimborso contenuto nella disposizione di legge non   imperativo e gli amministratori possono procedere alla restituzione dei finanziamenti quando si realizzano le predette condizioni.

Avversano tale tesi, coloro che essendo di opposta opinione, ritengono che, **se la postergazione trovasse applicazione durante l'ordinaria attivit  della societ , si creerebbero non pochi problemi applicativi**. In tal caso, infatti, non sarebbe possibile per un creditore sociale invocare la postergazione del rimborso dei finanziamenti soci senza provocare la liquidazione - e persino il fallimento - della societ  e il conseguente concorso fra creditori. Per cui la postergazione non rappresenterebbe un divieto di rimborso dei prestiti durante la vita della societ , ma troverebbe applicazione esclusivamente quando esiste un concorso (in sede di procedura liquidatoria o in pendenza di un'esecuzione individuale), restando estranea alle normali vicende dell'impresa e alla liquidazione volontaria.

Sul punto   convinzione di chi scrive, che la tesi della validit  della **postergazione solo in presenza di concorso** sia da preferire, pur essendo la prima teoria pi  rispondente al dato letterale dell'art. 2467 c.c. che sembrerebbe escludere l'applicazione della postergazione durante il normale svolgimento della vita societaria, laddove il socio venga rimborsato del suo finanziamento se nel frattempo il credito   giunto a scadenza e pertanto   divenuto **esigibile**. Al riguardo   lo stesso comma 1, che prevedendo la restituzione del rimborso avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, presuppone la possibilit  di rimborsare durante la vita della societ  i prestiti dei soci alle originarie scadenze. Lo scopo sembra quello di tutelare i creditori futuri, i quali, essendo a conoscenza della postergazione, potranno contare su una vasta **garanzia patrimoniale**; in sede di eventuale concorso avranno, difatti, un patrimonio sociale pi  consistente.

### **La situazione di eccessivo squilibrio**

Volendo qui reintrodurre i contenuti del comma 2 dell'art. 2467 c.c. si osserva che la nozione di **eccessivit  dello squilibrio** non   definita dal legislatore, spetter  dunque alla giurisprudenza attribuirvi un significato. Nel frattempo per  una risposta ragionevolmente precisa pu  essere data utilizzando criteri contabili, dal momento che non   improbabile che i tribunali si orienteranno alle indicazioni provenienti da altre aree che non siano quelle del diritto.

Dalla lettura della norma sembrerebbe che il legislatore abbia voluto subordinare l'intervento dei soci, mediante finanziamento, ai soli casi in cui l'impresa versi in una condizione di squilibrio finanziario e patrimoniale e/o qualora *"sarebbe ragionevole un conferimento"*.

La situazione di "eccessivo squilibrio" fra indebitamento e patrimonio netto, che si verifica prima di un'eventuale dichiarazione di fallimento, non coincide con lo **stato d'insolvenza** della societ  che invece si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, che dimostrino che il debitore non   pi  in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 5, comma 2, legge fallimentare).

Tali criteri sono rilevanti nel momento in cui viene effettuato il finanziamento, nel senso che **esso nasce gi  postergato a nulla rilevando il successivo deteriorarsi delle condizioni della societ **. Ne consegue che un finanziamento, che origina come non postergato, lo diviene qualora, nel corso del tempo, vengano a peggiorarsi le condizioni della societ . Per cui al fine di individuare i criteri idonei a distinguere i finanziamenti postergati da quelli non postergati, l'estensore della disposizione legislativa   ricorso ad un approccio che punta ad accertare se la **"causa" del finanziamento** sia da rintracciarsi nel contratto sociale. Si profila, pertanto, una distinzione tra: finanziamenti effettuati in una **situazione "normale"** della gestione aziendale e finanziamenti effettuati in un **momento di crisi di liquidit ** tale da consigliare il ricorso a conferimenti da parte dei soci in luogo di un prestito, in modo da definire con assoluta certezza quali siano i finanziamenti esposti al rischio d'impresa e quali quelli invece liberamente rimborsabili. **L'onere di tale distinzione**   a carico dei soci che intendano difendersi da **azioni revocatorie** e che avranno la necessit  di dover provare che la scelta operata (finanziamento anzich  capitalizzazione) non   in contrasto con il normale comportamento ragionevolmente richiesto dalla situazione finanziaria della societ .

### **La disciplina speciale codicistica**

In assenza di una disposizione come l'art. 2467 c.c., con l'effettuazione di un finanziamento al posto di un conferimento il socio si garantirebbe la restituzione di una parte del proprio investimento mediante una mera qualificazione formale del rapporto ("finanziamento" invece che "capitale") a danno dei creditori sociali. Il vantaggio per lo stesso sarebbe eccessivo anche in considerazione della **superiorit  informativa di cui dispone**.

La *ratio legis*  , invece, quella di favorire il versamento di risorse finanziarie nel patrimonio della societ  anzich  tra i debiti; pertanto, laddove si renda necessario un rafforzamento patrimoniale piuttosto che un incremento delle passivit  societarie, i finanziamenti, effettuati in situazione di fabbisogno di fonti da parte della societ , sono esposti al rischio d'impresa.

A seguito dell'intervento del legislatore con la riforma societaria, i finanziamenti dei soci che nella **"forma"** rappresentano un debito per l'impresa, nella **"sostanza"** possono essere, perci , assimilati ai conferimenti in conto capitale proprio e/o in conto finanziamento a fondo perduto. **Le somme versate a fondo perduto** non comportano alcun obbligo di restituzione ai soci, se non al momento della liquidazione della societ , e la loro eventuale

restituzione avverrà in misura proporzionale al capitale sociale detenuto da ciascun socio e indipendentemente dall'ammontare dei contributi effettivamente erogati da ciascuno di essi.

È opportuno evidenziare che la **postergazione** (di fatto i finanziamenti di cui al comma 2 dell'art. 2467 c.c. sono pagati solo dopo aver soddisfatto tutti i creditori e quindi, in ordine cronologico, immediatamente prima della distribuzione delle riserve di capitale) **non genera** una riclassificazione dei finanziamenti suddetti tra le poste di patrimonio netto, né da un punto di vista civilistico, né fiscale. Essi non possono essere computati ad incremento del patrimonio netto ai fini della copertura delle perdite d'esercizio nell'ambito degli artt. 2446 e 2447 c.c. se non attraverso un **atto di rinuncia al finanziamento** da parte del socio e la conseguente imputazione in una posta di patrimonio netto della cifra oggetto di rinuncia. Detta manifestazione comporta, inevitabilmente in capo al socio, la perdita del diritto di restituzione del finanziamento, che potrà avvenire solo con le modalità previste per la distribuzione delle riserve patrimoniali. Ad ogni modo, si potrà comunque procedere al rimborso del socio, contravvenendo al principio della postergazione, qualora la società **dimostrò di avere una capienza contabile tale da riuscire a soddisfare innanzitutto gli altri creditori**. Se così non fosse, occorrerebbe attendere la liquidazione della società per indicare l'entità del rimborso dei finanziamenti dei soci. È, quest'ultima, una condizione di sfavore rispetto allo *status* di socio titolare di partecipazioni, che potrebbe richiedere e ottenere il rimborso della parte di capitale di propria competenza anche durante il funzionamento dell'impresa.

### ***Gli effetti fallimentari***

L'analisi propone un'altra evidente difficoltà ove, entro un anno dal giorno in cui il finanziamento sia rimborsato ai soci, la società rimborsante fallisca. In tal caso, la norma dispone che quel pagamento ricevuto dal socio a titolo di rimborso del suo finanziamento **dovrà essere restituito alla società**; infatti, così come, in quella situazione di insolvenza, non si farebbe certo luogo alla restituzione dei conferimenti ai soci, così anche nel caso in cui venga effettuato il rimborso ai soci del finanziamento, la sorte dello stesso non muta, poiché esso non andrebbe effettuato e, in caso contrario, oltre a generarsi un'inevitabile **responsabilità dell'amministratore** che lo legittimi con il suo comportamento, la società, tramite la curatela fallimentare, ha il diritto di ripetere quel rimborso e il prestito entra a far parte della massa fallimentare.

Gli amministratori che dispongono la restituzione di finanziamenti postergati, in violazione dell'art. 2467 c.c., oltre a restituire le somme al curatore fallimentare, possono essere chiamati a risponderne **civilmente** (artt. 2392 e ss. c.c.) e **penalmente** (artt. 216 e 223 legge fallimentare). Dubbi sono invece sorti sulla liceità del rimborso eseguito in presenza dei presupposti di postergazione, in data antecedente l'anno precedente la dichiarazione di fallimento. Tali rimborsi sembrerebbero essere esenti da **revocatoria** e immuni da conseguenze.

La responsabilità, il cui fondamento è il danno che viene cagionato, sussiste non solo nei confronti della società (art. 2476, comma 1, c.c.), ma anche nei confronti dei soci (art. 2476, comma 6, c.c.).

La legittimazione all'esercizio dell'azione in sede civile è **riservata al curatore del fallimento**.

L'organo amministrativo, invece, risponde in sede civile e penale anche dell'attendibilità delle scritture contabili e delle risultanze del bilancio, mentre sarà passibile di responsabilità penale per bancarotta documentale in ipotesi di fallimento della società.

Con la dichiarazione di fallimento il socio che vanta un credito da finanziamento nei confronti della società diventa uno dei tanti creditori di essa e, astrattamente, concorrerebbe con gli altri creditori sull'attivo. Il credito è, in definitiva, di natura sub-chirografaria in quanto è postergato rispetto ai crediti chirografari vantati da altri soggetti.

Il contenuto normativo di maggior rilevanza dell'art. 2467, comma 1, c.c. è però proprio la **postergazione in sede fallimentare** del soddisfacimento dei soci in riferimento ai prestiti da essi concessi in favore della società. Il meccanismo della postergazione evita che i soci concorrano paritariamente con gli altri creditori sociali sul patrimonio della società, scoraggiando altresì il fenomeno della sottocapitalizzazione societaria.

A tal riguardo occorre evidenziare che l'art. 2467 c.c. non fa menzione delle possibili **sanzioni applicabili**: esse vanno ricercate, pertanto, in altre disposizioni di legge.

A ben vedere si può affermare che le sanzioni applicabili nei casi ex art. 2467 c.c. possano essere individuate più opportunamente nell'art. 216, comma 3, legge fallimentare (c.d. "**bancarotta fraudolenta preferenziale**"). In sostanza, un amministratore che dovesse procedere ad una "incauta" restituzione dei finanziamenti erogati dai soci, senza preventivamente assicurare il soddisfacimento degli altri creditori, rischierebbe di essere perseguito per bancarotta fraudolenta preferenziale nell'eventualità in cui, entro un anno dalla data del rimborso, venisse dichiarato il fallimento della società stessa.

Pertanto, il rimborso anticipato a favore dei soci non rappresenta motivo di illecito, ove sussistano comunque disponibilità sufficienti a soddisfare i diritti dei restanti creditori e, quindi, ove non si riscontri un effettivo danno per i creditori.

Allo stesso modo deve ritenersi non sanzionabile penalmente il pagamento fatto dall'amministratore in presenza di un **provvedimento coattivo** fatto valere dal creditore, in quanto, in questo caso, verrebbe meno la volontà di danneggiare gli altri creditori.

Si ritiene opportuno, infine, accennare all'eventualità che il reato di cui all'art. 216, legge fallimentare venga esteso

anche al “**creditore-socio**” che abbia beneficiato di un rimborso preferenziale.

Il creditore deve ritenersi sostanzialmente **esente dal rischio** di concorso nel reato di bancarotta preferenziale, in quanto il divieto di pagamenti preferenziali, penalmente sanzionato, grava solo sul debitore.

Lo stesso creditore potrà esser perseguito penalmente solo nel caso in cui abbia “**forzato**”, eventualmente con l’uso della violenza o delle minacce, l’adempimento preferenziale della prestazione.

### Il rapporto con il patrimonio netto

Al fine di determinare l’eventuale capienza patrimoniale, che possa giustificare un rimborso soci, occorre che:

- il patrimonio netto contabile maggiorato dei finanziamenti non rimborsati **risulti superiore** all’esposizione debitoria verso gli altri creditori sociali;
- ovvero il residuale che scaturisce dalla differenza tra l’attivo rivalutato a valori correnti e i debiti da pagare, una volta che si proceda al rimborso dei soci, non sia **causa di insolvenza** della società nei confronti degli altri soggetti creditori.

Affiorano, così, temi di **natura aziendalistica**, che richiamando le tecniche di analisi di bilancio, potrebbero tradurre in indici il testo normativo.

Un indicatore particolarmente significativo di un possibile squilibrio finanziario (che andrà comunque approfondito e confortato da ulteriori elementi probatori) è il *leverage* (o rapporto di indebitamento o grado di indebitamento), pari al rapporto tra il totale delle fonti di finanziamento e i mezzi propri (patrimonio netto). Si riporta, di seguito, una tabella di sintesi che agevola l’interpretazione di questo indice.

### Valori limite del rapporto di indebitamento

Leverage	Analisi
1,0	Indipendenza da capitale di credito: caso limite dell’assenza di strutture finanziarie legate all’indebitamento
1,0 ÷ 1,5	Struttura finanziaria tendente a risultare più che soddisfacente, in quanto idonea a consentire l’espansione dell’impresa
1,5 ÷ 1,8	Area di equilibrio connessa con una struttura finanziaria ancora tendenzialmente soddisfacente sebbene già al limite
1,8 ÷ 3,0	Struttura finanziaria caratterizzata da uno stato non ancora patologico, peraltro indicativo di tendenze equilibratrici e quindi da tenere sotto assiduo e attento controllo
> 3,0	Segnalazione di "stati patologici" via via più gravosi, connessi con "aree" variamente estese di squilibrata struttura finanziaria

In tema di eccessivo indebitamento, può essere opportuno fare riferimento a un altro margine di bilancio eloquente. Si allude alla cosiddetta **posizione finanziaria netta** (o **indebitamento finanziario netto**) con la quale si misura l’eccedenza del fabbisogno finanziario rispetto all’ammontare dei mezzi propri, calcolando così, la differenza tra i debiti di natura finanziaria e le attività liquide. La posizione finanziaria netta esprime l’ammontare dei debiti finanziari al netto delle attività che potrebbero essere liquidate e utilizzate immediatamente per il rimborso e rappresenta una misura dell’ammontare di debito per il quale non esiste un’immediata copertura.

A questo punto è ragionevole sostenere che esiste un nesso causale normativo tra i meccanismi della leva finanziaria aziendale e il richiamato concetto di "ragionevolezza dei conferimenti" statuiti nell’art. 2467 c.c.. Ne consegue che nel momento in cui si intende rimborsare il prestito di un socio, occorrerà stabilire se, al momento del finanziamento, vi erano margini per sfruttare **la potenzialità della leva finanziaria**.

Un *test* in ordine alla perdurante solvibilità della società è poi imposto all’organo amministrativo dalla nuova disciplina del **divieto di assistenza finanziaria**, di cui all’art. 2358 c.c., che prevede la redazione di una “relazione” che illustri l’operazione sotto il profilo giuridico ed economico, descrivendone le ragioni e gli obiettivi imprenditoriali che la giustificano, lo specifico interesse che l’operazione presenta per la società e gli eventuali rischi che essa comporta “*per la liquidità*” e “*per la solvibilità della società*”.

### Procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa e finanziamento soci

La nuova legge fallimentare persegue l’obiettivo di favorire la tempestiva emersione delle situazioni di “crisi” dell’impresa e di garantirne per quanto possibile il **superamento** o per lo meno la **sistemazione** in modi più efficienti e più efficaci rispetto al passato. Tra gli strumenti individuati allo scopo si colloca l’“**esenzione**” dall’azione revocatoria fallimentare degli atti posti in essere in funzione o in esecuzione di una procedura giudicata dalla nuova

legge fallimentare atta a prevenire, superare o sistemare adeguatamente la situazione di “crisi”.

L'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallimentare nello specifico afferma che “... *Non sono soggetti all'azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria ...*”.

### **Piani di risanamento attestati**

Rispetto ai finanziamenti dei soci gli “incentivi” della “**prededuzione**” e della “**esenzione**” da revocatoria fanno emergere **profili evidentemente contraddittori**, dal momento che gli effetti della postergazione e dell'obbligo di restituzione del rimborso eventualmente conseguito dal socio vanno in senso contrario.

Relativamente al primo profilo non si pone per i crediti da “finanziamento soci” una esigenza di coordinamento tra disciplina speciale codicistica (“postergazione”) e disciplina fallimentare: per gli atti posti in essere in esecuzione di un “**Piano**” ex art. 67, comma 3, lett. d), legge fallimentare, non è configurabile alcuna ipotesi di “prededuzione”, e conseguentemente non è prospettabile alcun ostacolo alla “regolare” produzione dell'effetto della postergazione in pregiudizio del finanziamento erogato dal socio *pur* in esecuzione del “Piano” attestato, essendo indubbia la condizione di “crisi (almeno) finanziaria” dell'impresa che accede a tale istituto.

Relativamente al secondo profilo, il coordinamento tra le disposizioni codicistiche (obbligo di restituzione del rimborso del finanziamento) e quelle fallimentari (“esenzione” da revocatoria per gli atti di esecuzione del “Piano”, ivi compresi i pagamenti che lo stesso avesse contemplato) è meno agevole.

Giurisprudenza maggioritaria ritiene che tali pagamenti pur “esentati” da revocatoria ex art. 67, comma 3, lett. d), legge fallimentare rimarrebbero comunque **ripetibili** in presenza delle condizioni delineate dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.

I crediti dei soci finanziatori, quindi, non sarebbero assistiti dalla prededuzione, e, se pagati, obbligherebbero il socio a restituire quanto ricevuto in caso di dichiarazione di fallimento entro un anno.

### **Ulteriori novità in ambito fallimentare**

Il tema dei finanziamenti effettuati dai soci è stato innovato dall'ultima manovra correttiva (D.L. n. 31 maggio 2010, n. 78) che, nel ristretto ambito della legge fallimentare, è stata finalizzata a fornire nuove risorse alle imprese in stato di crisi nei casi di ricorso al **concordato preventivo** e alle altre **soluzioni concordatarie** previste dalla normativa vigente.

Il decreto richiamato, infatti, ha aggiunto al testo della legge fallimentare l'art. 182-*quater*, titolato “Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti”, qualificando come **prededucibili** (con possibilità dunque di essere soddisfatti con preferenza rispetto agli altri) i crediti:

- derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari, sia in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, sia nella fase di presentazione della domanda di ammissione alle richiamate procedure;
- derivanti da finanziamenti effettuati dai soci, in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, fino a concorrenza dell'80% del loro ammontare.

La ragione ispiratrice della disposizione si ricollega all'esigenza - particolarmente avvertita nella presente delicatissima congiuntura economica - di **incentivare interventi di sostegno finanziario** a società in crisi, che risultino comunque trasparenti e condivisi in quanto contemplati all'interno di un concordato o di un accordo omologato.

È verosimile, quindi, che il legislatore ha voluto tenere conto **dell'interesse del socio-finanziatore al salvataggio della società** anche nella sua posizione di socio-investitore con capitale di rischio, dal momento che la prededucibilità e, di conseguenza, la previsione di deroga alla postergazione, è stata inserita per le sole erogazioni effettuate in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione.

### **Accordi di ristrutturazione**

L'attuale formulazione dell'art. 182-*bis*, legge fallimentare, attribuisce al debitore, in stato di crisi, il diritto di richiedere al tribunale l'**omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti**, stipulato d'intesa con i creditori rappresentanti almeno il **60% delle passività** e che prevede sia la modifica dell'entità dei debiti sia le loro scadenze.

Alla luce di quanto previsto dal comma 1 della nuova norma anche i crediti derivanti da finanziamenti dei soci sono collocabili in prededuzione (**limitatamente all'80%**), in **deroga** alle disposizioni di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., che ne disporrebbero, al contrario, la postergazione.

Per la **quota residua del 20%** dei finanziamenti dei soci, non si produce alcuna deroga, e tale porzione di crediti è **collocata con postergazione agli altri creditori** (chirografari).

In ogni caso l'equiparazione dei finanziamenti dei soci (nel limite dell'80%) ai finanziamenti bancari è limitata a quelli concessi per l'“esecuzione” dell'Accordo di Ristrutturazione, e non è estesa ai finanziamenti concessi in

funzione “*della presentazione della domanda... di omologazione*”.

Ciò tuttavia non implica la necessità che il finanziamento soci sia **successivo** all’Accordo di Ristrutturazione (né, quindi, tanto meno successivo all’omologazione, che è peraltro necessaria perché la prededuzione si produca). La norma, infatti, precisa che i crediti per finanziamenti soci **non possono essere computati** nella percentuale del 60% delle passività rilevanti ai fini della conclusione di un “Accordo di Ristrutturazione” propriamente detto, ciò postulando evidentemente che tali crediti siano (o possano essere) anteriori all’Accordo, e che abbiano (o potrebbero avere) attitudine ad influenzare il raggiungimento delle percentuali rilevanti per attribuirgli gli effetti previsti dall’art. 182-bis legge fallimentare.

Quanto affermato rappresenta la dimostrazione che possono essere qualificati finanziamenti effettuati “in esecuzione” di un Accordo (o di un Concordato Preventivo) anche operazioni produttive di **crediti sorti anteriormente all’Accordo** (o alla domanda di Concordato), se è vero che la legge ritiene di dovere disporre in materia di esclusione degli stessi dal computo delle maggioranze rilevanti per la configurazione di un “Accordo di Ristrutturazione” propriamente detto.

Nulla dice la nuova disciplina dei finanziamenti soci negli Accordi di Ristrutturazione circa l’applicabilità o meno degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. ai rimborsi di finanziamenti soci, pur erogati nelle condizioni previste dal comma 1 dell’art. 182-*quater* legge fallimentare. La “*deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies*” c.c. vale infatti a rendere applicabili ai finanziamenti soci le “*disposizioni in tema di prededucibilità*” dettate per i finanziamenti “bancari” *non rimborsati*.

Ferma restando la necessaria sottrazione all’azione revocatoria, in conseguenza della “esenzione” prevista dall’art. 67, comma 3, lett. e), legge fallimentare, rimane da stabilire se nel fallimento intervenuto entro il periodo annuale dell’effettuato pagamento possa essere promossa la **domanda restitutoria** prevista dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.

Al riguardo si riproduce, almeno in parte, il dilemma già affrontato a proposito della sorte del rimborso dei finanziamenti soci erogati in esecuzione di un “Piano di Risanamento attestato”, sottratti all’azione revocatoria (*ex* art. 67, comma 3, lett. d), legge fallimentare), ma non **necessariamente esentati** dall’obbligo restitutorio di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.

### **Concordato preventivo**

Il concordato preventivo, nella nuova versione prevista dalla legge di riforma del diritto fallimentare, consente all’imprenditore meritevole in stato di insolvenza, di evitare il fallimento, mediante un piano che in deroga alla *par condicio creditorum*, suddividendo i **creditori in classi** a cui spetti un trattamento differenziato, può prevedere sia la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma, sia la ristrutturazione dei debiti.

Prima di tale innovazione si discuteva se per i finanziamenti soci, funzionali all’accesso al concordato preventivo, e per quelli erogati per l’esecuzione dello stesso dovesse **farsi applicazione della disciplina codicistica** (che ne dispone la postergazione) oppure **della disciplina fallimentare** (che ne dispone la *prededuzione*: art. 111, comma 2, legge fallimentare).

L’intervento dell’art. 182-*quater*, comma 3, legge fallimentare induce a ritenere che il legislatore abbia postulato la **prevalenza** della disciplina codicistica, e abbia inteso consentire la prevalenza della disciplina fallimentare nei termini (finanziamenti effettuati “*in esecuzione*” del Concordato), e nei limiti (percentuale dell’80%) per i quali ha previsto la “*deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile*” introdotta dal richiamato D.L. n. 78/2010.

Se ne deve pertanto ricavare che:

- i finanziamenti erogati per favorire la presentazione della domanda di concordato sono integralmente postergati;
- i finanziamenti soci erogati per dare “*esecuzione*” alla proposta di concordato (pur se non necessariamente successivi all’omologazione del Concordato stesso) sono postergati solo nella misura del 20%, ed “*antergati*”, invece (cioè collocati in prededuzione), nella misura dell’80%.

### **Riferimenti normativi**

Codice civile, artt. 2467, 2497-*quinquies*;  
D.L. 31 maggio 2010, n. 78, art. 48;  
Legge fallimentare, artt. 182-bis, 182-*quater*.