



I prestiti dei soci Rischi di postergazione e revocatoria

di Raffaele Marcello^(*)

L'art. 2467 del codice civile assoggetta a vincolo di postergazione i finanziamenti dei soci, per così dire, anomali o sospetti, ossia quelli che formalmente si presentano come capitale di credito, ma che, nella sostanza economica, costituiscono parte del capitale di rischio, ovvero vengono concessi in un momento in cui risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento in rapporto al patrimonio netto o una situazione finanziaria della società in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento.

Il presente intervento si propone lo scopo di analizzare la disciplina dei finanziamenti erogati dai soci, evidenziando gli aspetti più controversi concernenti la concreta applicazione dell'art. 2467 del codice civile anche a seguito delle recenti novità introdotte dalla legislazione d'urgenza della scorsa estate (D.L. n. 78/2010).

1. Premessa

Tra le forme di finanziamento previste per le società, vi è quello effettuato da parte dei soci, innovato significativamente dalla riforma del diritto societario del 2003 con l'introduzione di un'apposita disposizione qual è l'art. 2467 del codice civile¹.

^(*) Docente di Economia dei Gruppi e delle Concentrazioni Aziendali nell'Università G. d'Annunzio, Chieti - Pescara. Componente del direttivo dell'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

¹ Si tratta di una disciplina simile, ma non identica, a quella prevista nell'ordinamento tedesco ai paragrafi 32a e 32b GmbHG (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit be-*

Il diritto dei soci alla restituzione è elemento discriminante per procedere ad una prima distinzione degli apporti a titolo di finanziamento dai conferimenti imputati a patrimonio.

Nel caso di conferimento la società non assume un immediato obbligo di restituzione, i cui presupposti si verificano solo in ipotesi di riduzione del capitale, liquidazione della società o recesso di un socio.

Nel caso di prestito la società assume invece un obbligo di rimborso del capitale ed, eventualmente, anche di eventuali interessi.

Accanto a tali tipologie si inseriscono una serie di strumenti ibridi, c.d. di "quasi-capitale"², a metà tra il conferimento e il prestito: versamenti a fondo perduto³, in conto capitale o a copertura perdite, prestiti postergati ed irredimibili.

Nella pratica, però, si riscontrano non di rado situazioni in cui i soci effettuano versamenti in favore della società, senza esplicitarne la causa sottostante o che non derivano da un apposito atto. Al riguardo la giurisprudenza ha mostrato due orientamenti.

schränkter Haftung, legge sulle società a responsabilità limitata). Cfr. V. Sangiovanni, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in "Giurisprudenza di merito" n. 8/2008, pag. 422.

² Neologismo di derivazione tedesca che indica i prestiti del socio o del terzo sottoposti alla condizione della subordinazione o della postergazione agli altri creditori sociali chirografari, ovvero della irredimibilità.

³ La Corte d'Appello di Roma con la sentenza del 17 agosto 2005 si è occupata di versamenti a fondo perduto stabilendo che, mentre le operazioni a fondo perduto, hanno come scopo ed effetto quello di incrementare patrimonialmente la società, i finanziamenti sono diretti a consentire il superamento di fasi di illiquidità finanziaria e, quindi, generando un debito di restituzione, non arrecano alcun beneficio all'equilibrio patrimoniale della società.

In un primo tempo la Corte Suprema si era pronunciata stabilendo che in mancanza di una chiara manifestazione di volontà i versamenti dei soci dovessero essere classificati fra i conferimenti “atipici” di capitale di rischio⁴.

Il secondo orientamento sostiene che spetta all'interprete tener conto, caso per caso, sia delle circostanze in cui sono stati effettuati i versamenti, sia dell'eventuale fine (non dichiarato) perseguito attraverso l'operazione oggetto del contenzioso⁵.

Con successive pronunce la Cassazione ha ulteriormente chiarito che, in alcuni casi, la manifestazione di volontà delle parti – soci finanziatori e società – possa essere legittimamente desunta dal **bilancio approvato dall'assemblea** (ordinaria)⁶.

Al di là delle possibili configurazioni, si è in presenza di un'operazione di “finanziamento dei soci”⁷ quando:

- a) i soci che effettuano il finanziamento siano iscritti nel libro dei soci (o risultino tali presso il registro delle imprese) da almeno tre mesi;
- b) i medesimi soci siano detentori di una quota del capitale almeno pari al 2%, così come risulta dall'ultimo bilancio approvato⁸;

⁴ Cass., n. 6315 del 3 dicembre 1980.

⁵ Cass., n. 9314 del 19 marzo 1996.

⁶ Cass., n. 12539 del 14 dicembre 1998 e Cass., n. 9202 del 6 luglio 2001.

⁷ Specificamente sul tema consulta Assonime, *Il finanziamento della società a responsabilità limitata*, circ. n. 40 del 17 luglio 2007. Per un approfondimento del trattamento ad esso riservato, anche alla luce della riforma del diritto societario, si veda, con particolare riguardo alla bibliografia ivi citata, V. Salafia, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in “Le Società”, 2005, pag. 1077 e seguenti; C. Favino, *La nuova disciplina dei finanziamenti erogati dai soci. Considerazioni economico-aziendali*, in “Quaderni Monografici Rirea” n. 33/2005; R. Rizzi, *Finanziamenti dei soci: tutte le novità*, in “Amministrazione & Finanza” n. 4/2003, pag. 21; R. Camodeca, *Finanziamenti dei soci*, in “Contabilità Finanza e Controllo” n. 3/2003, pag. 283; D. Cavaliere, *Finanziamenti e versamenti dei soci a favore delle società di capitali*, in “Diritto e Pratica delle Società” n. 1/2003, pag. 38; A. Busani, *Il finanziamento dei soci conquista un posto nel “nuovo” Codice civile*, in “Diritto e Pratica delle Società” n. 8/2003, pag. 32; L. Schiona, *La riforma detta nuove regole per il finanziamento delle imprese*, in “Diritto e Pratica delle Società” n. 11/2003, pag. 24; G. Ripa, *Nuova linfa finanziaria alle srl*, in “Il Nuovo Diritto delle Società” n. 3/2003, pag. 35.

⁸ A ben vedere però il legislatore italiano non opera distinzioni in relazione alla percentuale di capitale detenuta: l'art. 2467 del codice civile si applica a tutti i soci, qualunque sia la percentuale di partecipazione al capitale.

c) la possibilità di reperire fondi dai soci sotto forma di finanziamento risulti dallo statuto.

Inoltre, così come sottolineato dal Cicc (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio) con la deliberazione del 19 luglio 2005⁹, il reperimento di risorse finanziarie effettuato nei confronti dei soci alle condizioni suesposte **non costituisce un'operazione di raccolta di risparmio tra il pubblico**¹⁰.

Tutte le operazioni di finanziamento soci che si pongono al di fuori delle suddette previsioni normative sono sanzionate a norma dell'art. 130 del Tub¹¹ con l'arresto da uno a tre anni e con l'ammenda da euro 12.911 a euro 51.645.

Per quanto riguarda le società facenti parte di uno stesso “gruppo”¹², la richiamata deliberazione al comma 1 dell'art. 8 stabilisce che **la raccolta effettuata è libera**.

I presupposti e le condizioni di legittimità esaminati vanno attentamente verificati nelle ipotesi in cui la società beneficiaria del finanziamento soci sia neocostituita oppure nel caso in cui si assista ad un trasferimento di partecipazioni sociali ove il nuovo socio finanziatore non abbia il requisito dei tre mesi di possesso.

Un problema senza dubbio da affrontare nell'interpretazione dell'art. 2467 del codice civile, 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 es-

⁹ Che ha sostituito la precedente delibera del 3 marzo 1994 del medesimo Comitato. In argomento cfr. A. Corsini, *I finanziamenti e i versamenti dei soci*, Euroconference, Verona, 2006, pag. 23.

¹⁰ Ai sensi del comma 2 dell'art. 2 di cui alla suindicata deliberazione Cicc, non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico quella effettuata in connessione all'emissione di moneta elettronica; presso soci, dipendenti o società del gruppo; sulla base di trattative personalizzate con singoli soggetti, mediante contratti dai quali risulti la natura del finanziamento.

¹¹ Rubricato “Abusiva attività di raccolta del risparmio”.

¹² Si definisce “gruppo” un insieme di imprese giuridicamente distinte sottoposte al controllo o all'influenza determinante della medesima persona giuridica o fisica per effetto, almeno in parte, del possesso di quote di capitale di rischio e può essere inteso: in senso stretto, come un aggregato di aziende distinte giuridicamente, sottoposte all'influenza potenziale di una società capogruppo tramite il possesso di partecipazioni di controllo; in senso lato, come un aggregato di aziende giuridicamente distinte sottoposte alla direzione economica del medesimo soggetto economico. Cfr. R. Marcello-M. Ivone-A.M. Loia, *I gruppi e il consolidamento dei bilanci*, Esselibri, Napoli, 2007, pag. 44.

sere restituito”, è stabilire se la postergazione abbia effetto solo in fase di liquidazione o anche *durante societate*. Al riguardo diversi sono gli orientamenti in dottrina.

Secondo alcuni, la postergazione **ha effetto durante il periodo di ordinario funzionamento della società**¹³. 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 talché il divieto di rimborso contenuto nella disposizione di legge non è 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 attività della società**, si creerebbero **non pochi problemi applicativi**¹⁴. 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 società e il conseguente concorso fra creditori. Per cui la postergazione non rappresenterebbe un divieto di rimborso dei prestiti durante la vita della società, 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, è convinzione di chi scrive che la tesi

¹³ Tra gli autori che condividono tale tesi anche se attraverso percorsi interpretativi non pienamente coincidenti, si cita F. Vassalli, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, in “Rivista di diritto dell'impresa”, 2004, fascicolo 2, pag. 269 e seguente; M. Maugeri, *Finanziamenti “anomali” dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005, pagg. 48 e seguenti; L. Panzani, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, in “Fallimento”, 2006, pag. 685.

¹⁴ Cfr. G.B. Portale, *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2003, pag. 681; A. Zoppini, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella responsabilità limitata e i prestiti provenienti da “terzi” (con particolare riguardo alle società fiduciarie)*, in “Rivista di diritto privato”, 2004, pag. 419; M. Irrera, *Commento all'art. 2467*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, Zanichelli, Bologna, 2004, pag. 1794.

della validità della postergazione solo in presenza di concorso sia da preferire, pur essendo la prima teoria più rispondente al dato letterale dell'art. 2467 del codice civile, 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 è giunto a scadenza e pertanto è divenuto esigibile¹⁵.

Un'ulteriore questione interpretativa concerne, invece, l'ambito di applicazione della disposizione che, a prima vista, **sembrerebbe limitato alle sole società a responsabilità limitata**.

A ben vedere, parte della dottrina che si è occupata della questione, invocando l'emersione a livello normativo di un principio già esistente, propende per l'estensione analogica dell'art. 2467 del codice civile alle società per azioni¹⁶.

L'art. 2497-*quinquies* del codice civile, infatti, contempla la postergazione del credito del socio nel caso di finanziamenti effettuati a favore della società – anche per azioni – da quanti esercitano su di essa attività di direzione e coordinamento anche indirettamente (c.d. finanziamenti infra-gruppo). Considerando che non vi è alcun richiamo alla forma societaria assunta dalla società finanziata, è da ritenere che in tali circostanze la disciplina contenuta nell'art. 2467 del codice civile **possa riguardare anche le altre tipologie societarie diverse dalla società a responsabilità limitata**¹⁷.

¹⁵ Al riguardo, è lo stesso comma 1 che, prevedendo la restituzione del rimborso avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, presuppone la possibilità di rimborsare durante la vita della società 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 più consistente.

¹⁶ Cfr. C. Santoriello, *Restituzione di somme versate dai soci a titolo di finanziamento: profili penali*, in Edispensa dell'11 marzo 2004 su *Le novità fiscali e societarie del bilancio 2003*; M. Rescigno, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. Benazzo-S. Patriarca-G. Presti, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 54. *Contra* D. Scano, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 cod. civ.*, consultabile sul sito Internet www.dircomm.it.

¹⁷ Dello stesso avviso è il Tribunale di Udine sent. 21 febbraio 2009. In senso contrario all'applicazione analogica della subordinazione legale ai finanziamenti dell'azionista parrebbe tuttavia orientata una precedente decisione di legittimità (Cass., n. 16393 del 24 luglio 2007).

2. L'ambito oggettivo di applicazione della regola della postergazione

Proseguendo nell'esame puntuale dell'art. 2467 del codice civile si osserva che il comma 2 stabilisce che "... s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento"¹⁸.

Dalla lettura della norma sembrerebbe che il legislatore abbia voluto subordinare l'intervento dei soci, mediante finanziamento¹⁹, ai soli casi in cui l'impresa versi in una condizione di squilibrio finanziario e patrimoniale²⁰ e/o qualora "sarebbe ragionevole un conferimento"²¹.

Tali criteri sono rilevanti nel momento in cui viene effettuato il finanziamento, nel senso che **esso nasce già postergato a nulla rilevando il successivo deteriorarsi delle condizioni della società**. Ne consegue che un finanzia-

mento che origina come non postergato lo diviene qualora, nel corso del tempo, vengano a deteriorarsi le condizioni della società²². Per cui al fine di individuare i criteri idonei a distinguere i finanziamenti postergati da quelli non postergati, l'estensore della disposizione legislativa è 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 liquidità** 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'impresa²³ e quali quelli invece liberamente rimborsabili. L'onere di tale distinzione è a carico dei soci che intendano difendersi da azioni revocatorie e che avranno la necessità di dover provare che la scelta operata (finanziamento anziché capitalizzazione) non è in contrasto con il normale comportamento ragionevolmente richiesto dalla situazione finanziaria della società.

In assenza di una disposizione come l'art. 2467 del codice civile, 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 **superiorità informativa di cui dispone**.

La *ratio legis* è, invece, quella di favorire il versamento di risorse finanziarie nel patrimonio della società anziché tra i debiti²⁴; pertanto, lad-

¹⁸ La nozione di eccessività dello squilibrio non è definita dal legislatore, spetterà dunque alla giurisprudenza attribuirvi un significato. Nel frattempo però una risposta ragionevolmente precisa può essere data utilizzando criteri contabili, dal momento che non è improbabile che i tribunali si orienteranno sulla base delle indicazioni provenienti da altre aree che non siano quelle del diritto.

¹⁹ Con la richiamata espressione, adottata dal legislatore della riforma, la norma pare riferirsi non solo ai finanziamenti in denaro, ma anche ai finanziamenti in natura o realizzati mediante la non riscossione di crediti scaduti. Cfr. R. Marcello-G. D'Agostino, *Il "Restyling" del patrimonio netto*, in "Corriere Tributario" n. 2/2004, pag. 114.

²⁰ Al riguardo va ribadito che 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 società che invece si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, che dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 5, comma 2, legge fallimentare).

²¹ Secondo una tesi non molto convincente le due nozioni ("eccessivo squilibrio" e "conferimento irragionevole") sarebbero coincidenti. In realtà i due criteri vengono indicati come alternativi attraverso l'uso della parola "oppure". Potrebbero verificarsi infatti situazioni in cui, pur non essendoci tecnicamente un eccessivo squilibrio fra indebitamento e patrimonio netto, sarebbe ragionevole un conferimento. Una di queste condizioni si ha quando sarebbe lo stesso finanziamento dei soci a determinare un eccessivo squilibrio. Cfr. M. Moramarco, *La postergazione del finanziamento dei soci nella società a responsabilità limitata ed il concordato preventivo*, in "Diritto fallimentare", 2007, II, pag. 85.

²² Contrariamente viene affermato che ragioni di certezza del diritto imporrebbero di non dare rilievo a un successivo peggioramento della situazione della società. Cfr. M. Moramarco, *La postergazione del finanziamento dei soci nella società a responsabilità limitata ed il concordato preventivo*, *op. cit.*, pag. 88.

²³ Secondo la Corte Suprema (sent. n. 16393 del 24 luglio 2007), l'art. 2467 del codice civile è applicabile non a ogni forma di finanziamento da parte dei soci, ma, esclusivamente, alla figura dei cosiddetti prestiti "anomali" o "sostitutivi del capitale" ed è onere della parte che ha interesse a far valere la postergazione provare che il finanziamento è stato effettuato in presenza delle condizioni di cui al comma 2 dell'art. 2467 del codice civile. In senso conforme vd. anche Trib. Biella, 17 giugno 2008.

²⁴ Emerge il dichiarato intento di consentire la massima flessibilità e apertura verso l'acquisizione di apporti "atipici", al fine di favorire la "patrimonializzazione" delle im-

dove si renda necessario un rafforzamento patrimoniale piuttosto che un incremento delle passività societarie, i finanziamenti, effettuati in situazione di fabbisogno di fonti da parte della società, 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, per ciò, assimilati ai conferimenti in conto capitale proprio²⁵ e/o in conto finanziamento a fondo perduto²⁶. L'equiparazione ha, poi, un'altra evidente espressione 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 fallimentare²⁷.

prese. Cfr. N. Abriani, *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in corso di pubblicazione negli Studi in onore di Giuseppe Zanarone.

²⁵ Per approfondimenti sull'ambiguità dell'espressione lessicale utilizzata si rinvia a G. Tantini, *I "versamenti in conto capitale" tra conferimenti e prestiti*, Giuffrè, Milano, 1990, pagg. 1 e seguenti.

²⁶ Le somme versate a fondo perduto non comportano alcun obbligo di restituzione ai soci, se non al momento della liquidazione della società. È opportuno precisare che la loro eventuale restituzione avverrà, ad ogni modo, in misura proporzionale al capitale sociale detenuto da ciascun socio, ed indipendentemente, quindi, dall'ammontare dei contributi effettivamente erogati da ciascuno di essi.

²⁷ Non è chiaro se la postergazione operi solo in caso di fallimento della società, oppure ogni qual volta il rimborso sia lesivo degli interessi degli altri creditori, a prescindere da una dichiarazione di fallimento. In dottrina le soluzioni proposte sono molto divergenti. Opta per l'operatività della disposizione anche al di fuori del fallimento C. Favino, *La nuova disciplina dei finanziamenti erogati dai soci. Considerazioni economico-aziendali*, op. cit., pag. 19. Diversamente, D. Cremasco, *I finanziamenti, trattamento civile e fiscale*, in "Gli speciali della Circolare Tributaria", settembre 2004; Fondazione Luca Pacioli, *Il finanziamento della società a responsabilità limitata: profili giuridici*,

Gli amministratori che dispongono la restituzione di finanziamenti postergati²⁸, in violazione dell'art. 2467 del codice civile, oltre a restituire le somme al curatore fallimentare, possono essere chiamati a risponderne civilmente (artt. 2392 e seguenti del codice civile) e penalmente (artt. 216 e 223 legge fallimentare)²⁹. La responsabilità, il cui fondamento è il danno che viene cagionato, sussiste non solo nei confronti della società (art. 2476, comma 1, del codice civile), ma anche nei confronti dei soci (art. 2476, comma 6, del codice civile)³⁰.

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

L'organo amministrativo 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'attivo³¹.

Il contenuto normativo di maggior rilevanza dell'art. 2467, comma 1, del codice civile è però proprio la **postergazione in sede fallimentare** del soddisfacimento dei soci in riferimento ai prestiti da essi concessi in favore della società³². Il meccanismo della postergazione evita che i soci concorrano paritariamente con gli altri cre-

circolare 1 dell'11 gennaio 2005; Aristeia, *La disciplina dei finanziamenti dei soci*, Documento n. 63 del giugno 2006.

²⁸ Dubbi sono 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.

²⁹ Nella sola ipotesi di fallimento l'amministratore risponde per il reato di bancarotta per aver effettuato una distribuzione preferenziale dell'attivo societario ai soci.

³⁰ Gli amministratori sono chiamati ad una sorta di "complement du passif social" riferito alle somme che la procedura non sia in grado di recuperare dai beneficiari dall'indebito rimborso.

³¹ Il credito è, in definitiva, di natura sub-chirografaria in quanto è postergato rispetto ai crediti chirografari vantati da altri soggetti. Ciò trova conferma nella sentenza della Corte di Cassazione n. 2706 del 4 febbraio 2009, in banca dati "fisconline".

³² Per una puntuale ricostruzione della postergazione quale tecnica di riallocazione del rischio di impresa dai creditori sociali ai soci si rinvia a M. Maugeri, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, op. cit., pagg. 78 e seguenti.

ditori sociali sul patrimonio della società, scoraggiando altresì il fenomeno della sottocapitalizzazione societaria³³.

È opportuno evidenziare che tale postergazione (di fatto i finanziamenti di cui al comma 2 dell'art. 2467 del codice civile 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 del codice civile 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 **dimostri 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

³³ La norma è diretta a contrastare il fenomeno della c.d. sottocapitalizzazione "nominale", che si ha quando la società è dotata dei mezzi necessari all'esercizio dell'impresa, che si realizza non attraverso l'apporto di mezzi propri (capitale di rischio) effettuato anzi in misura del tutto inadeguata, ma con la concessione diretta o indiretta di prestiti alla società da parte dei soci (capitale di credito). Per questa definizione e la distinzione tra sottocapitalizzazione "nominale" e sottocapitalizzazione "materiale" che ricorre, invece, quando il fabbisogno finanziario di una società dotata di capitale è del tutto sproporzionato rispetto all'oggetto sociale e non è coperto nemmeno con i prestiti dei soci si rinvia a G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni capitalizzata*, in "Rivista delle società" n. 1/1991, pagg. 29-30.

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.

3. La situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto

Al fine di determinare l'eventuale capienza patrimoniale, che possa giustificare un rimborso soci, occorre che³⁴:

- 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 ed 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 normativo³⁵.

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.

³⁴ G. Rebecca-E. Zanetti, *La nuova disciplina del finanziamento soci nella Srl*, in "Impresa" n. 4/2004, pag. 607.

³⁵ Appare plausibile che l'approccio ragioneristico non sia largamente condiviso ma il riferimento è da considerare solo esemplificativo e non tassativo.

Tabella 1 - Valori limite del rapporto di indebitamento³⁶

<i>Leverage</i>	<i>Analisi</i>
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, per altro 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'ecedenza del fabbisogno finanziario rispetto all'ammontare dei mezzi propri, calcolando così, la differenza tra i debiti di natura finanziaria e le attività liquide³⁷.

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 del codice civile. 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**³⁸.

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 del codice civile³⁹, 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 speci-

fico interesse che l'operazione presenta per la società e gli eventuali rischi che essa comporta "per la liquidità" e "per la solvibilità della società".

4. Il finanziamento dei soci in esecuzione di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione

Un'ulteriore novità in tema di finanziamenti effettuati dai soci è stata introdotta dall'ultima manovra correttiva (D.L. 31 maggio 2010, n. 78) che, nel ristretto ambito della legge fallimentare, è 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 vigente⁴⁰.

Il decreto richiamato, infatti, ha aggiunto al testo della legge fallimentare l'art. 182-*quater*, intitolato "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**⁴¹ ovvero di un **accordo di ri-**

³⁶ La tabella è tratta, con rielaborazioni e adattamenti, da G. Ferrero, *Il controllo finanziario nelle imprese. Strumenti del controllo di sintesi*, Giuffrè, Milano, 1984, pag. 28.

³⁷ La posizione finanziaria netta esprime "l'ammontare dei debiti finanziari al netto delle attività che potrebbero essere liquidate ed utilizzate immediatamente per il rimborso e rappresenta una misura dell'ammontare di debito per il quale non esiste un'immediata copertura", come rileva E. Paravani, *Analisi finanziaria*, Mc Graw Hill, Milano, 2002, pag. 165.

³⁸ I concetti sono confermati da C. Favino, *La nuova disciplina dei finanziamenti erogati dai soci. Considerazioni economico-aziendali*, op. cit., pag. 34.

³⁹ Novellato di recente dal D.Lgs. n. 142/2008.

⁴⁰ Cfr. Commissione di Diritto societario Odcec di Roma, *Postergazione del finanziamento soci nelle srl*, in "Diritto e Pratica delle Società" n. 1/2011, pag. 29.

⁴¹ 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.

- strutturazione dei debiti** omologato⁴² 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 *ratio* ispiratrice della disposizione, che sembra evocare il *Sanierungsprivileg* contemplato dall'ordinamento tedesco, 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 abbia 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 prevedibilità 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 ristrutturazione⁴².

5. La rappresentazione contabile

Quanto alle scritture contabili che riguardano il finanziamento dei soci, si possono distinguere i seguenti casi:

1) all'accensione del prestito:

Tralasciando la rappresentazione proposta nel concreto, la qualificazione dei versamenti dei soci e quindi la loro classificazione quali passività, può presentarsi abbastanza ardua, dal momento che spesso, come già ribadito, l'**apporto finanziario è effettuato senza chiare manifestazioni di volontà**, sia con riferimento alla causa sottostante, sia con riferimento alle modalità ed ai termini del rimborso. Al riguardo dubbi sorgono in merito all'opportunità di una classificazione degli stessi tra i debiti piuttosto che nel patrimonio netto e della eventuale loro ripartizione tra i debiti con esigibilità entro l'esercizio o tra le passività a lungo termine.

Nell'ambito delle rilevazioni contabili è **consigliabile, quindi, mantenere distinti i debiti ordinari rispetto a quelli postergati**, mediante l'utilizzo di separate voci specificamente denominate "Debiti verso soci per finanziamenti ordinari" e "Debiti verso soci per finanziamenti postergati"⁴⁵. L'obiettivo è quello di offrire una puntuale rappresentazione dei fatti gestionali che agevoli la successiva formazione del bilancio di esercizio, il quale, pur limitandosi ad una indicazione generica del debito verso i soci, nell'ambito della voce D3 – "Debiti verso soci per finanziamenti"⁴⁶ – dello Stato patrimoniale, in

⁴⁵ In senso contrario V. Sangiovanni, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, op. cit., pag. 431, secondo il quale la legge imporrebbe tale indicazione separata solo per i casi di postergazione convenzionale, non per le ipotesi di postergazione legale.

⁴⁶ Secondo il principio contabile Oic n. 28, la natura di debito del finanziamento dei soci è da ricercare nel presupposto di rimborso del finanziamento, indipendentemente dal fatto che sia o non sia fruttifero, o a prescindere che i ver-

Nota integrativa dovrà contenere una separata indicazione dei debiti verso soci in ragione della "clausola di postergazione", in ossequio alle previsioni dell'art. 2427, comma 1, n. 19-*bis*, del codice civile⁴⁷.

Sarà l'**organo amministrativo a verificare**, di volta in volta, la ricorrenza delle fattispecie di cui all'art. 2467 del codice civile, ai fini della più idonea iscrizione contabile e della più corretta rappresentazione in bilancio, nonché la valutazione di eventuali modifiche nei criteri di classificazione già adottati, con il passaggio a patrimonio netto di eventuali apporti iscritti contabilmente quali debiti, laddove la concreta destinazione delle risorse porti a concludere per una dotazione permanente alla gestione sociale⁴⁸.

samenti in c/finanziamenti siano effettuati da tutti i soci in modo proporzionale o meno alla quota di partecipazione nella società. Dall'iscrizione in bilancio ha preso avvio la nuova regolamentazione del diritto societario introdotta con il D.Lgs. n. 6/2003, che ha previsto l'inserimento nello schema di Stato patrimoniale della richiamata specifica voce, facendo scalare la numerazione delle voci successive. In tema, cfr. L. Fornero, *L'impatto della riforma sulla struttura dello stato patrimoniale*, in "Azienda & Fisco" n. 11/2003, pag. 491; R. Marcello, *Le modifiche al bilancio nel progetto di riforma del diritto societario*, in "Impresa c.i." n. 11/2002, pag. 1774.

⁴⁷ Con riguardo alla redazione del bilancio in forma abbreviata, l'indicazione sintetica della voce D del passivo dello Stato patrimoniale, prevista dall'art. 2435-*bis* del codice civile non determina alcuna deroga al regime dell'informativa supplementare.

⁴⁸ Scelte che andranno supportate da apposita documentazione giustificativa dalla quale sia possibile ricavare, in modo chiaro e diretto, la volontà dei soci e i caratteri sostanziali dell'apporto, nonché la situazione finanziaria della società.