

## CAPITOLO I

### I PROBLEMI INTERPRETATIVI: LA DISCIPLINA

#### 1. Premessa.

L'art. 2467 c.c., dettato in materia di società a responsabilità limitata, può a buon diritto essere annoverato fra le novità più attese e discusse<sup>1</sup> del d.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, recante la "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative"<sup>2</sup>. Esso difatti è intervenuto a regolare, per la prima volta (sotto il profilo civilistico<sup>3</sup>), la spinosa prassi dei prestiti dei soci a favore della società, che ormai da decenni premeva inesorabilmente alle porte del diritto societario<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Poderosa è, oramai, la letteratura sul tema, per un'elencazione della quale si rinvia alla parte bibliografica del presente lavoro e, limitatamente ad alcuni contributi essenziali, a nt. 18 del presente capitolo.

<sup>2</sup> Il d.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, pubblicato in *G.U.* del 22 gennaio 2003, n. 17, *suppl. ord.* n. 8/L, attua la legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366.

<sup>3</sup> Il legislatore fiscale aveva già da tempo regolato - ai propri fini - il fenomeno. Per riferimenti al riguardo, si veda M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società*, Padova, 1992, 25 ss.; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano 2000, 9 ss.; G. TANTINI, *I «versamenti in conto capitale» tra conferimenti e prestiti*, Milano 1990, 12 ss.; ID., *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino 2004, vol. 1\*\*\*, 751 ss.

<sup>4</sup> Si veda, fra i primi, A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'imprenditore occulto nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 671 ss., il quale lamentava la scarsa attenzione riservata dalla nostra dottrina al fenomeno dei prestiti concessi alla società dagli stessi soci allo scopo di surrogare l'insufficiente dotazione di mezzi propri, del quale rilevava la pericolosità per i creditori sociali, destinati, in caso di dissesto, a subire il concorso dei soci finanziatori. Ormai alle porte della riforma, auspicava l'introduzione di una regolamentazione della materia ispirata al modello tedesco ovvero alla regolamentazione dei prestiti subordinati bancari, A. GAMBINO, *Il finanziamento dell'impresa nella riforma*, in *Riv. Not.*, 2002, 279 ss.

Tale prassi, certamente legittima in virtù del principio di libertà delle forme di finanziamento dell'attività sociale<sup>5</sup>, rappresenta in tal senso un canale privilegiato, alternativo tanto al conferimento quanto al ricorso al credito presso terzi ed, in particolare, al credito bancario, rispetto al quale è, di regola, più conveniente sia in

---

<sup>5</sup> L'autonomia dei soci nelle scelte delle forme di finanziamento dell'attività deve ritenersi ormai acquisita essendo riconosciuto, da un lato, che, ferma l'acquisizione del conferimento iniziale, la formazione di un patrimonio non imputato a capitale tramite erogazioni dei soci è compatibile con l'ordinamento delle società di capitali [cfr. G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980, 122; ID, G. TANTINI, *I «versamenti in conto capitale» tra conferimenti e prestiti*, cit., 39 ss.; G.E. COLOMBO, *Il bilancio e le operazioni sul capitale*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 841 ss.; ID., *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato Colombo-Portale*, vol. 7\*, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, Torino, 1994, 368 s. e nt. 79; P. SPADA, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 36 ss.; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, cit., 99; M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti spontanei in società di capitali*, Torino, 2001, 7 s.; riguardo alla critica mossa dalla dottrina maggioritaria verso la vigenza di una regola di "congruità" o, quantomeno, "non manifesta inadeguatezza" del capitale rispetto all'oggetto sociale nonché, e di conseguenza, verso la necessità di un equilibrato rapporto fra capitale e riserve, cfr., in particolare, F. FENGGI, *Capitale e oggetto sociale: osservazioni e problemi*, in *Riv. soc.*, 1979, 590; G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, cit., 10 ss.; G. NICCOLINI, *Il capitale sociale minimo*, Milano, 1981, 18 ss; M. S. SPOLIDORO, voce *Capitale sociale*, in *Enc. del dir.*, IV, (Agg.), Milano, 2000, 228 ss.] e soddisfa un interesse meritevole di tutela [cfr. P. FERRO LUZZI, *I «versamenti in conto capitale»*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 895 ss; M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società. Ricostruzione del fenomeno e prospettive di qualificazione e disciplina*, cit., 163 ss.; M. RAGNO, *Versamenti in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale e prestiti subordinati effettuati dai soci di società di capitali*, in *Giur. comm.*, I, 2000, 764; A. NIUTTA, *Il finanziamento intragruppo*, Milano, 2000, 123 ss.] e, dall'altro, l'assenza di norme che vietino al socio la concessione di prestiti in favore della società regolati secondo una disciplina assimilabile al mutuo. In seguito alla riforma, l'assunto trova espressa conferma non solo nell'art. 2467, ma anche negli artt. 2483 (che consente la circolazione presso i soci dei titoli di debito) e 2424 c.c. (che introduce nello stato patrimoniale la voce D3, "debiti verso soci per finanziamenti"). Per la dottrina antecedente alla riforma, si veda M. S. SPOLIDORO, voce *Capitale sociale*, cit., 200, 223, 234 s., nt. 201, il quale sottolineava come la liceità dei prestiti dei soci trovasse già allora conferma nella spettanza agli stessi del diritto di opzione sulle obbligazioni convertibili. Antecedenti normativi del finanziamento dei soci si trovano, inoltre, nella legislazione tributaria (art. 43 d.P.R. 597/1973, prima, ed art. 46 del d.P.R. n. 917/1986) e bancaria (art. 11, comma 3, lett. a, in relazione ai commi 1 e 2, del T.U.B. e provvedimenti collegati di attuazione del Cicr e della Banca d'Italia) ritenute indicative della legittimità, anche sul piano civilistico, di tali rapporti: in riferimento alla normativa fiscale, si veda P. SPADA, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, cit., II, 47; G. OPPO, *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 32; O. CAGNASSO, *Norme contenute in leggi speciali e modificazioni «indotte» nell'ordinamento*, in *Contratto e impresa*, 1986, 131 s.; con riguardo alla legislazione bancaria cfr. G. FERRI jr., *La raccolta dei risparmio presso i soci*, in *Notariato*, 1995, 399 ss.; P. ANELLO – S. RIZZINI BISINELLI, *Disciplina della raccolta del risparmio: nuove disposizioni dal Cicr*, in *Società* 1994, 605 ss. Ma di recente si veda, sul punto, M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005, 192, secondo il quale "la libertà di finanziamento dei soci, in quanto espressione dell'autonomia privata, si sostanzia allora: per un verso, nella facoltà di fissare discrezionalmente la cifra del capitale sociale, purché superiore al minimo legale (libertà di finanziamento nell'*an*); per altro verso, e in mancanza di una situazione di crisi della società, nella facoltà di optare per il rifinanziamento della società, attraverso lo strumento del mutuo, del versamento in conto capitale, del conferimento imputato a capitale nominale (libertà di finanziamento nel *quomodo*). Si tratta di una discrezionalità di apprezzamento che del resto discende dall'inesistenza di qualsivoglia obbligo di conferire oltre quanto previsto nel contratto sociale e, ancora più al vertice, dalla fondamentale libertà di iniziativa economica affermata dall'art. 41 della Cost."

termini di tempo che in termini di costi<sup>6</sup>. La medesima prassi si rivela, però, particolarmente insidiosa allorché si accompagna alla condizione di sottocapitalizzazione c.d. "nominale" della società beneficiaria: ossia, allorché venga impiegata dai soci per sopperire al fabbisogno finanziario di una società costituita ed operante con un capitale di rischio del tutto inadeguato all'esercizio dell'attività programmata in statuto o concretamente esercitata<sup>7</sup>.

Sotto questo profilo, non può sfuggire come, al ricorrere della condizione descritta - peraltro assai diffusa nel nostro tessuto societario, specie fra gli enti a base

---

<sup>6</sup> Lo sottolinea G. PRESTI, *Finanziamenti dei soci*, in P. Benazzo – S. Patriarca (diretto da), *Codice commentato delle s.r.l.*, Milano, 2006, 99, il quale cita, al riguardo, l'esempio dei prestiti-ponte, concessi dai soci proprio per consentire alla società di superare una situazione di transitoria carenza di liquidità senza dover ricorrere al più oneroso credito bancario. In termini, fra i molti, G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Società di capitali*, in *Commentario* a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, 3, 1472 e G. GUIZZI, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2003, 256-257. Deve ricordarsi, inoltre, come sino al d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 (in vigore dal 1 gennaio 2004), che ha attuato la riforma dell'I.r.e.s., la società traeva indubbio vantaggio dal ricorso ai prestiti dei soci rispetto ad altre forme di finanziamento dell'attività, in quanto gli interessi passivi corrisposti a titolo di remunerazione dei finanziamenti ricevuti erano deducibili dal reddito d'impresa della società finanziata, mentre lo stesso non accadeva con riguardo ai dividendi che remunerano il capitale investito sottoforma di conferimento. In seguito alla riforma, invece, il nuovo art. 98 del T.u.i.r. (d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), rubricato "Contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione", ha disposto che la remunerazione dei finanziamenti direttamente o indirettamente erogati o garantiti da un socio qualificato (il socio che, direttamente o indirettamente, controlla ai sensi dell'art. 2359 del c.c. il soggetto debitore, oppure il socio che partecipa al capitale sociale dello stesso debitore con una percentuale pari o superiore al 25 per cento), o da una sua parte correlata (società da questi controllata ai sensi dell'articolo 2359 del c.c. e, se persona fisica, anche i familiari), è indeducibile dal reddito imponibile della società qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) l'ammontare complessivo di tali finanziamenti ecceda quattro volte il patrimonio netto contabile; b) il rapporto tra la consistenza media durante il periodo d'imposta dei finanziamenti e la quota di patrimonio netto contabile di pertinenza del socio medesimo e delle sue parti correlate sia superiore a quello di quattro a uno. Tale norma (c.d. *thin capitalization rule*) è stata, tuttavia, abrogata dall'art. 1, comma 33, lettera l), e comma 34, dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244. Sicché la disciplina in atto vigente sulla deduzione degli interessi passivi è, per i soggetti I.r.e.s., quella generale di cui all'art. 96 del T.u.i.r., a norma della quale gli interessi passivi e gli oneri assimilati sono deducibili in ciascun periodo d'imposta fino a concorrenza degli interessi attivi e proventi assimilati, mentre l'eccedenza è deducibile nel limite del 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica.

<sup>7</sup> La distinzione fra sottocapitalizzazione "nominale" e "materiale" è autorevolmente illustrata da G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. Soc.*, 1991, 108 s.; ID., *Tra sottocapitalizzazione "nominale" e sottocapitalizzazione "materiale" nelle società di capitali*, in *Banca e borsa*, 1986, I, 210 ss.; e, da ultimo, ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo-Portale, 1\*\*, 2004, 42-43, da quale si cita: "la prima si afferma ricorrere quando l'impresa sociale è dotata di mezzi necessari al suo esercizio, ma questo si realizza – non attraverso l'apporto di mezzi propri (= conferimenti imputati a capitale: «capitale proprio» o «capitale di rischio»), che anzi è effettuato in misura del tutto adeguata -, ma con la concessione diretta o indiretta di prestiti («capitale di credito») da parte dei soci. La seconda forma di sottocapitalizzazione è ravvisata tutte le volte in cui il fabbisogno finanziario di una società dotata di capitale del tutto sproporzionato rispetto all'oggetto sociale, non è coperto nemmeno con prestiti dei soci".

familiare ristretta o facenti parte di un gruppo<sup>8</sup> -, la scelta dei soci di supplire alla carenza di "conferimenti" tramite la concessione di "prestiti" consenta loro di lucrare un indebito vantaggio a carico dei creditori terzi<sup>9</sup>; non può sfuggire, insomma, come con il sostegno "esterno" i soci s'ammantano della veste di creditori al fine di poter esercitare - per il caso d'insuccesso dell'iniziativa - il diritto di concorrere con essi su d'un patrimonio (quello dell'ente) in relazione al quale avrebbero dovuto vantare (e, come soci, vantano) una pretesa meramente residuale, con ciò riducendone il soddisfacimento. Per non dire infine che, in caso di successo, essi potrebbero cumulare i vantaggi del mutuante (ad essere remunerato come fornitore di credito) con quelli del socio (a percepire i dividendi).

In altri termini, così facendo, i soci mantengono in vita una società in crisi<sup>10</sup> e continuano ad esercitarne l'impresa a proprio esclusivo vantaggio (potenzialmente illimitato)<sup>11</sup>, senza correre (almeno per intero) il corrispondente rischio, traslato in

---

<sup>8</sup> Così, fra i molti, P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nella società di capitali: una proposta di soluzione*, *Giur. comm.*, 1988, I, 498; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., 91.

<sup>9</sup> Per un'approfondita analisi del fenomeno e dei problemi posti sul versante della tutela dei creditori, si rinvia a G. B. PORTALE, *Tra sottocapitalizzazione "nominale" e sottocapitalizzazione "materiale" nelle società di capitali*, cit.; ID. *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit.; G.B. PORTALE-C. COSTA, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei Paesi europei*, in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, a cura di P. Abbadesse e A. Rojo, 1993; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, *Trattato delle società per azioni*, cit., 41 ss., ove ampi ed approfonditi richiami ad esperienze straniere. E' bene segnalare come non sempre il fenomeno della sottocapitalizzazione nominale sia veicolo di frode ai danni dei creditori, ben potendo perseguire altri fini quali, ad es., la mancata nomina del collegio sindacale nella società a responsabilità limitata (così G.B. PORTALE - C. COSTA, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei Paesi europei*, cit., 142).

<sup>10</sup> Per l'osservazione secondo cui i finanziamenti dei soci a società sottocapitalizzata servono, assai spesso, solo a ritardare l'emersione della crisi, con la conseguenza di disperdere le residue risorse patrimoniali dell'ente, sulle quali i creditori avrebbero potuto ancora contare in caso di apertura tempestiva della procedura concorsuale, si vedano, fra gli altri: G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1450; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 5; G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 101.

<sup>11</sup> Per la considerazione che lo sbilanciamento della struttura finanziaria determina l'incentivo per i soci ad investire in modo subottimale si veda M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 41, il quale rileva che "se l'investimento finanziato con il debito produce rendimenti elevati, i soci fanno propria larga parte dei profitti generati, potendo contare sulla remunerazione (ove pattuita) del prestito concesso alla società e sulla distribuzione degli utili generati dall'esecuzione del progetto finanziato a debito; in caso di esito negativo dell'investimento, la loro perdita è in ogni caso limitata. Essi tenderanno dunque a privilegiare investimenti rischiosi, anche se potenzialmente idonei a diminuire il valore della società".

capo ai creditori sociali oltre i limiti entro i quali ciò può (e deve) considerarsi fisiologico nel sistema della responsabilità limitata<sup>12</sup>.

Alla base dell'intervento normativo risiede proprio questa consapevolezza, che aiuta a comprenderne i principali contenuti.

Con la norma in esame, difatti, il *conditor legis* sembra aver voluto: individuare i finanziamenti dei soci (ritenuti) "critici", in quanto tali suscettibili (per le condizioni di squilibrio patrimoniale e/o finanziario in cui versa la società al tempo della concessione) d'incidere sulla posizione dei creditori esterni (art. 2467, comma secondo, c.c.); e, di tali finanziamenti, regolare il (diritto di credito al) "rimborso", assoggettandolo a postergazione ed obbligo di restituzione, al fine di neutralizzarne gli effetti distorsivi sull'allocazione del rischio d'impresa (art. 2467, comma prima, c.c.).

La tutela così offerta ai creditori appare, tuttavia, limitata. *Prima facie*, difatti, non sembrerebbe possibile estenderne l'ambito d'applicazione sino a ricomprendervi quella forma di sottocapitalizzazione societaria, detta "materiale", che si ravvisa ogni qualvolta il fabbisogno finanziario dell'ente (anche in tal caso dotato di capitale del tutto sproporzionato rispetto all'attività esercitata) non sia coperto dai soci neppure con l'apporto di finanziamenti.

Al fine di evitare pericolose petizioni di principio, appare opportuno, però, procedere con ordine, iniziando la trattazione dall'esame della norma novella.

---

<sup>12</sup> Sulla "socializzazione" del rischio d'impresa nel sistema del capitale nominale, quale effetto strutturale della limitazione della responsabilità si vedano, fra i molti: R. WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Dig. it. disc. priv. Sez. comm.*, vol. XIV, 1997, 25 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Il capitale sociale*, in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, a cura di P. Abbadessa e A. Rojo, 1993, 99 ss.; M. SCIUTO - P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato Colombo - Portale*, vol. 1\*, 2004, 74 ss.; con specifico riferimento alla materia in esame, G. BALP, in L.A. Bianchi (a cura di), *Società a responsabilità limitata, Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari, Milano, 2008, *sub* art. 2467 c.c., 238 ss., nt. 12, la quale individua conferma della fisiologia di una parziale sopportazione del rischio da parte dei creditori nelle norme fallimentari, "che non si propongono di garantire la soddisfazione integrale dei terzi, ma di disciplinare la ripartizione del rischio mediante criteri di redistribuzione delle perdite secondo parità di trattamento tra creditori di pari classe e assicurando ai terzi precedenza rispetto ai soci".

## 2. La norma.

L'art. 2467 c.c., rubricato "Finanziamenti dei soci", si caratterizza per l'inversione recata nella sequenza espositiva che normalmente si osserva tra fattispecie e precetto<sup>13</sup>.

In particolare, l'art. 2467 c.c., al primo comma, prevede 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"; mentre, al secondo comma descrive il perimetro della fattispecie cui tale disciplina si applica, precisando che "ai fini del precedente [...] s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società [solo] 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".

Secondo quanto si legge nella *Relazione* di accompagnamento alla riforma, con la norma in esame il *conditor legis* ha inteso affrontare "un tema da tempo noto sul piano comparatistico, ma che nel nostro sistema non aveva fin qui trovato un esplicito inquadramento legislativo: il tema, cioè, dei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società che formalmente si presentano come capitale di credito, ma che nella sostanza economica costituiscono parte del capitale proprio". E lo ha fatto recependo la soluzione della "postergazione dei relativi crediti rispetto a quelli degli altri creditori", "comune alla maggior parte degli ordinamenti e sostanzialmente già affermata in giurisprudenza"<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> In dottrina sottolineano l'inversione nell'ordine tra fattispecie e precetto, fra i molti: M. IRRERA, *La nuova disciplina dei prestiti dei soci alla società*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini e Cottino, 2003, 138; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Le Soc.*, 2006, II, 173; G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, I, 2003, 664; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., 148, n. 273-bis; G. PRESTI, in P. Benazzo – S. Patriarca (diretto da), *Codice commentato delle s.r.l.*, sub art. 2467cit., 107; F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, di C. Caccavale et al., 2003, 158; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, I, sub art. 2467 c.c., 439 ss., in P. Schlesinger e F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*.

<sup>14</sup> Così recita il § 11, comma 8, della *Relazione al d.lgs. recante la riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative*, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366 (d'ora

Tuttavia, nonostante la (dichiarata) continuità della soluzione accolta rispetto a consolidati modelli legislativi e giurisprudenziali dell'area continentale europea (noti al diritto comparato<sup>15</sup> come pure al diritto interno<sup>16</sup>); nonostante il fiducioso riferirsi ad essi da parte del legislatore, quasi a voler offrire all'interprete pronta e sicura guida nella lettura della nuova norma e nella soluzione dei nodi ermeneutici o applicativi dalla stessa presentati<sup>17</sup>; nonostante davvero in pochi, in dottrina, abbiano resistito al suo fascino negandole un commento<sup>18</sup> ed ormai frequenti siano, in

---

innanzi sinteticamente citata come "*Relazione illustrativa*"), in *Riv. Soc.*, 2003, 148 (corsivo aggiunto dall'autore).

<sup>15</sup>Al riguardo, il riferimento obbligato è all'ordinamento tedesco, la cui regolamentazione dei cc.dd. "prestiti dei soci sostitutivi del capitale proprio" (*Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen*) – anteriori all'ingresso in vigore il 1° novembre 2008 della legge di riforma delle società a responsabilità limitata (c.d. *MoMi-G*) – ha costituito il prototipo cui i legislatori e la giurisprudenza di altri paesi si sono ispirati. Per l'approfondimento di tale disciplina ed altri ampi riferimenti di diritto comparato si rinvia al secondo capitolo del presente lavoro.

<sup>16</sup> Il richiamo è da intendersi alle posizioni, assunte dalla giurisprudenza, in tema di postergazione dei "versamenti" dei soci c.d. "fuori capitale": di tutte quelle risorse, cioè, a vario titolo affluite dai soci in società al di fuori dello schema giuridico formale previsto per la costituzione della società o per l'aumento del capitale sociale, secondo una prassi assai diffusa negli enti di medio-piccole dimensioni e a ristretta base partecipativa. Per maggiori approfondimenti sul tema ed ampi riferimenti bibliografici si rinvia a nt. 116.

<sup>17</sup> Per l'opportunità di guardare all'ordinamento tedesco, tanto per rinvenirvi indicazioni utili alla soluzione dei dubbi interpretativi posti dalle nuove norme che per individuare i problemi applicativi che è ragionevole attendersi si presentino, cfr. G. B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, cit., 665; G. TERRANOVA, *Finanziamenti dei soci*, cit., 1474. Per una rassegna di tali questioni e delle soluzioni offerte da giurisprudenza e dottrina, si rinvia ai successivi paragrafi del presente capitolo.

<sup>18</sup> Ci si limita, qui, a citare alcuni fra i principali contributi sul tema, rinviando, per un'elencazione esaustiva, alla parte bibliografica: C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova 2003, 44 ss.; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di Olivieri, Presti, Vella, 2 ed., Bologna, 2004; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in *AGE*, 2003, 387; S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti ibridi di capitale*, in *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 255 ss.; M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, in *B.B.T.C.*, 2008, 441 ss.; I. CAPELLI, *I crediti dei soci nei confronti della società e il rimborso dei finanziamenti dei soci dopo la riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 99 ss.; L. DE ANGELIS, *Dal capitale leggero al capitale sottile: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, *Le Soc.*, 12, 2002, 1456 ss.; B. DE DONNO, *sub art. 2462-2467 c.c.*, in Bonfante *et al.* (a cura di), *Codice commentato delle società*, Milano 2004, 999 ss.; C. ESPOSITO, *Il sistema delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, *Le Soc.*, 5, 2006, 559 ss.; E. FAZZUTTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino 2003, 3, 47 ss.; G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 969 ss.; M. IRRERA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Cottino*, Padova 2004, vol. \*\*\*, 1789 ss.; A. LOLLI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate. Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. M. Alberti, Padova 2005, vol. III, 1806 ss.; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci e nelle società di capitali*, cit., p. 173 ss.; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit.; G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, 3 ss.; G. B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, cit., 663 ss.; G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 98 ss.; M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di s.r.l., Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 2003, 246; V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società*

giurisprudenza, le pronunzie in merito<sup>19</sup>: tutto ciò nonostante, ad oltre sette anni dall'ingresso in vigore della riforma<sup>20</sup>, la materia in esame è ben lungi dall'aver trovato compiuta sistemazione.

---

a responsabilità limitata, in *Soc.*, 2005, 1077 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 200 ss.; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 879 ss.; F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, cit., 117 ss.; G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1149 ss.

<sup>19</sup> Tribunale Monza, 13 novembre 2003, decr., in *Le Soc.*, 2004, 746, con nota di A. Colavolpe, *Sottocapitalizzazione «nominale» e «riqualificazione» forzata dei prestiti dei soci alla società in apporti di «capitali di rischio»*; Tribunale Milano 29 giugno 2005, in *Banca, Borsa e t.c.*, 2006, 627, con nota di M. Maugeri, *Finanziamenti dell'unico socio e avvio dell'impresa sociale*; Tribunale Milano, 29 settembre 2005, in *Le soc.* 2006, 1133, con nota di D. Fico, *Natura dei versamenti effettuati dalla società controllante nelle controllate*; Tribunale Milano, 25 ottobre 2005, in *Le soc.* 2006, 1267, con nota di G. Spaltro, *Vecchie e nuove problematiche in materia di finanziamenti dei soci*; Tribunale Bologna, 26 gennaio 2006 (decr.), in *Il fall.*, 2006, 677, con nota di L. Panzani, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*; Tribunale Messina, 29 dicembre 2005 (decr.), in *Il fall.*, 2006, 678, con nota di L. Panzani, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2006, 1635, con nota di O. Cagnasso, «Nuovo» concordato preventivo, suddivisione in classi dei creditori e soci finanziatori di società a responsabilità limitata, e in *Dir. Fall.*, 2007, II, 77, con nota di M. Moramarco, *La postergazione del finanziamento dei soci nella società a responsabilità limitata ed il concordato preventivo*; Cassazione, 31 marzo 2006, n. 7692 (conferma App. Messina, 13 agosto 2002), in *Giust. civ.*, 2007, 668; Tribunale di S.M. Capua Vetere, 10 ottobre 2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, 506, con nota di A. Penta, *L'azione risarcitoria del singolo socio e del terzo nelle soc. a resp. Lim.*; Tribunale Nocera Inferiore, sez. I, 23 febbraio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2783, con nota di Fauceglia; Cassazione, 30 marzo 2007, n. 7980, in *Riv. Notariato*, 2008, p. 176, con nota di M. L. Peri, *I versamenti dei soci in favore della società e la diversa disciplina applicabile in relazione alla loro qualificazione*, in *Il foro it.*, 2008, 1237, con nota di C.G. Corvese; Tribunale Milano 24 aprile 2007, in *B.B.T.C.*, 2007, 610, con nota di G. Balp, *Sulla qualificazione dei finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c. e sull'ambito di applicazione della norma e in Giur. it.*, 2007, 2502, con nota di O. Cagnasso, *Prime prese di posizione giurisprudenziali in tema di finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata*; Tribunale Milano 30 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2499, con nota di O. Cagnasso, *Prime prese di posizione giurisprudenziali in tema di finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata*; Tribunale di Savona (ord.), 27 giugno 2007, in banca dati *dejure* ([www.dejure.it](http://www.dejure.it)); Cassazione, 24 luglio 2007, 16393, in *Foro it.*, 2008, 2244, in *RDS*, 2009, 2, 288 ss., con nota di S. Ferri, *Versamenti in conto capitale, riserve «targate» e finanziamenti dei soci*, in *Riv. not.*, II, 1059, con nota di A. Ferrucci – C. Ferrentino, *Sull'analiticità o sinteticità del verbale, sugli effetti del mancato deposito dei titoli azionari, sulla natura dei versamenti in conto capitale e sull'art. 2467 c.c.*; Tribunale di Vicenza, 12 febbraio 2008, in *B.B.T.C.*, 2009, 2, 203, con nota di Tatozzi; Tribunale di Milano, 25 marzo 2008, in *RDS*, 2009, 4, 793, con nota di M. Garcea, *I finanziamenti effettuati da chi esercita un'attività di direzione e coordinamento*; Tribunale Biella, 17 giugno 2008, in *Giur. comm.* 2010, 4, 717; Corte Appello Milano, sez. I, 17 settembre 2008, in *Le soc.*, 2009, con nota di R. Razzante, *Conferimenti atipici e contratto di mutuo*; Tribunale Pistoia, 21 settembre 2008, in *Le soc.*, 2009, 1515, con nota di A. Postiglione, *Brevi note sulla sorte dei finanziamenti dei soci di s.p.a.*, in *RDS*, 2009, 562, con nota di M. Maugeri, *I finanziamenti «anomali» dell'azionista*, in *B.B.T.C.*, 2009, 191, con nota di G. Balp, *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, in *Il fall.*, 2009, 799, con nota di L. Panzani, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*; Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Il fall.*, 2009, 789, con nota di L. Panzani, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*; Appello Milano, 16 febbraio 2009, in *Giur. merito*, 4, 2010, 138, con nota di M. Rubino De Ritis, *I versamenti «non titolati» dei soci*; Tribunale Udine, 21 febbraio 2009, citato da M. Maugeri, *I finanziamenti «anomali» dell'azionista*, nota a Tribunale Pistoia, 21 settembre 2008, in *RDS*, 2009, 563; Tribunale di Messina, sez. II, 4 marzo 2009, in *Il fall.*, 2009, 795, con nota di L. Panzani, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*; Tribunale Milano, 19 maggio 2009, in



Ciò, indubbiamente, a causa dell'evidente ampiezza, se non anche ambiguità, delle formule usate dal legislatore, non solo in punto di definizione della fattispecie regolata (come secondo i più era ragionevole attendersi) ma, altresì, (ed in ciò, contrariamente ad ogni aspettativa) in punto di determinazione della disciplina ad essa applicabile<sup>21</sup>.

Riguardo al primo profilo, viene in rilievo, anzitutto, l'utilizzo della locuzione "finanziamenti dei soci a favore della società [...] in qualsiasi forma effettuati", la quale, se chiarisce l'intento del legislatore di fornire una nozione di finanziamento molto ampia e tale da abbracciare una serie di ipotesi ad essa riconducibili solo sul piano della sostanza economica ma non anche della forma giuridica, comporta la necessità di uno sforzo ermeneutico volto a fissare in concreto il perimetro della fattispecie, con particolare riguardo alla vasta area di rapporti ricadenti entro una zona grigia.

Altrettanto complessa appare, poi, l'interpretazione degli indici di "criticità" (o "anomalia")<sup>22</sup> del finanziamento (*rectius*, della situazione patrimoniale e/o finanziaria in cui versa la società al tempo della sua concessione), assunti dal legislatore quale parametro atto a selezionare, entro la fattispecie "finanziamenti soci", quelli regolati e, dunque, soggetti a postergazione (del diritto di credito al rimborso) ed obbligo di restituzione (del rimborso avvenuto nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento della società). La scelta di un approccio tipologico, ancorato a parametri di tipo economico-aziendale (quello dell'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto) ovvero mutuati dai sistemi di *common law* (quello di "ragionevolezza" del conferimento, data la situazione finanziaria della società)<sup>23</sup>, comporta, infatti, ampi margini di incertezza in sede

---

banca dati *dejure* (www.dejure.it); Tribunale Tivoli, 30 settembre 2010, in banca dati *dejure* (www.dejure.it); Tribunale di Firenze, 26 aprile 2010, in banca dati *dejure* (www.dejure.it).

<sup>20</sup> In ossequio a quanto disposto dal suo art. 10, il d.lgs. n. 6/2003 è entrato in vigore l'1 gennaio 2004.

<sup>21</sup> Per il rilievo cfr. G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1457.

<sup>22</sup> E' bene precisare che si tratta solo di formule sintetiche, con le quali non si intende certo affermare che debba essere il finanziamento in sé a presentare caratteri di criticità o anomalia (potendo ben trattarsi di un contratto che presenti tutti i crismi di una regolare operazione creditizia), riguardando questi, piuttosto, la situazione patrimoniale e/o finanziaria in cui versa la società nel momento in cui il finanziamento stesso viene concesso da parte del socio. Per un'osservazione analoga cfr. G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, 104, nt. 17; G. TERRANOVA, *Finanziamenti dei soci*, cit., 1456- 1457.

<sup>23</sup> Lo segnalano, fra i molti: O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, V, Torino, 2007, 106; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. di dir. priv.*, 2005, 269; G. FAUCEGLIA, *Il finanziamento dei*

applicativa. Incertezza accentuata dal dubbio, ricorrente in dottrina, circa l'effettiva possibilità d'offrire dei parametri in questione una ricostruzione in termini di reciproca autonomia.

Ma vi è di più. Se, come si è accennato, l'ampiezza delle formule usate in sede di delimitazione della fattispecie regolata, nonché la preferenza accordata ad un approccio tipologico rispetto alla previsione di rigidi parametri quantitativi, appare comunque il frutto di una scelta strategica del legislatore, comprensibile ed, in certa misura, apprezzabile - vista, d'un canto, l'estrema difficoltà di individuare parametri idonei<sup>24</sup> e, d'altro canto, l'esigenza di garantire all'interprete (nella fase di prima applicazione dell'istituto) quella flessibilità applicativa che consenta di adattare i principi mutuati da esperienze straniere alla specificità del nostro sistema giuridico e tessuto economico<sup>25</sup> - lo stesso non può dirsi riguardo alle ambiguità del testo in punto di statuizione degli effetti della disciplina.

Il primo comma dell'art. 2467 c.c., difatti, introduce due disposizioni assai sintetiche che fanno perno, la prima, sulla postergazione (del diritto di credito al rimborso del finanziamento) e, la seconda, sull'obbligo di restituzione (del rimborso, se avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società), senza, tuttavia, fornire all'interprete elementi utili a meglio ricostruirle. Oscuro è, in particolare, entro quale contesto la postergazione debba trovare applicazione: se esclusivamente in conseguenza dell'apertura di un concorso esecutivo sui beni della società, ovvero già prima, *durante societate*.

Il rilievo operativo dei dubbi interpretativi sin qui elencati è di tutta evidenza. Lo stesso, tuttavia, è destinato a crescere quanto più si consideri la loro soluzione capace di incidere, non solo sulla ricostruzione dell'ordinamento della società a

---

*soci nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, *Diritto commerciale, Società*, tomo I, Milano 2005, 2490.

<sup>24</sup> Tanto si legge nel § 11 della *Relazione illustrativa*.

<sup>25</sup> Per l'osservazione cfr. G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1451. Si segnala come la scelta di parametri piuttosto vaghi (dai quali far dipendere l'operatività della norma) possa indurre, entro lo schema teorico che contrappone *rules* e *standards* [la letteratura in materia è amplissima: per una prima lettura si rinvia a L. KAPLOV, *General Characteristics of Rules*, 1999, in <http://encyclo.findlaw.com/9000book.pdf>], a ritenere la regola in questione più simile ad una disciplina per *standards*, probabilmente preferita dal legislatore per scongiurare il maggior numero di falsi positivi o negativi che una regolamentazione per *rules* per sua natura sarebbe destinata a produrre.

responsabilità limitata e sul suo concreto funzionamento, bensì sull'intero sistema delle società di capitali.

Appare opportuno precisare sin d'ora che la disposizione in commento opera ben oltre i confini tipologici imposti dalla sua peculiare collocazione topografica (interna al Capo VII, "Della società a responsabilità limitata") grazie al rinvio ad essa operato in materia di gruppi dall'art. 2497-*quinquies* c.c.

Questo, difatti, assoggettandovi i "finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti", ne estende l'applicazione anche a tipi societari diversi da quello di provenienza ed, in particolare, alla società per azioni facente parte di un gruppo. Dato il suo indubbio valore sistematico, inoltre, offre argomento in favore dell'estensibilità di tale ambito di applicazione ad un'area ancor più vasta, che prescinda dalla stessa sussistenza di legami di gruppo.

L'art. 2467 c.c. si candida, quindi, ad assumere un ruolo centrale nel contesto dell'intera disciplina delle società di capitali. Sicché non può stupire l'attenzione ad esso riservata dai commentatori e neppure (visti i dubbi interpretativi sollevati e l'ampio spazio di manovra lasciato all'interprete) la varietà di posizioni espresse, delle quali si passa ad offrire una disamina.

### **3. L'inquadramento della disciplina: art. 2467.1, primo inciso.**

Sin dai primi giorni di vigenza della riforma, dottrina e giurisprudenza si mostrano generalmente concordi nel ritenere che, con la disciplina di cui all'art. 2467 c.c., il *conditor legis* abbia voluto intraprendere un'azione (anche solo indiretta)<sup>26</sup> di contrasto verso il noto fenomeno della "sottocapitalizzazione nominale" delle società<sup>27</sup>, situazione che ricorre (lo si è detto) allorché i soci, pur dotando l'impresa

---

<sup>26</sup> Sul punto cfr. nt. 67.

<sup>27</sup> Per la ricorrenza di tale affermazione si cfr., in dottrina, G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, B.B.T.C., cit., 663; F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in AA.VV., *La riforma della società a responsabilità limitata*, 2003, 127; ID., *Sottocapitalizzazione delle società di capitali e riforma del diritto societario*, in *Quaderni del Notariato*, 10, 2003-2004, 126; ID., *I conferimenti e la tutela dell'integrità del capitale sociale*, in *Quaderni del Notariato*, 9, 2003, 113, 116; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 387 ss, spec. 392; S. PATRIARCA, *I titoli di debito della s.r.l. tra opportunità e problemi interpretativi*,

sociale dei mezzi necessari al suo esercizio, non lo fanno percorrendo quella che (nelle intenzioni del legislatore) è la via fisiologica - l'apporto di capitale di rischio (che, anzi, è effettuato in misura del tutto inadeguata) - bensì mediante la concessione, diretta o indiretta, di prestiti e, dunque, di capitale di credito.

In vero, che questa sia stata l'intenzione del legislatore storico non pare potersi revocare in dubbio ove si legga la *Relazione* di accompagnamento alla riforma, che tale intento sembra esplicitare laddove descrive il tema affrontato come quello dei finanziamenti soci "che *formalmente* si presentano come *capitale di credito*, ma nella *sostanza economica* costituiscono *parte del capitale proprio*"; dichiara la derivazione della soluzione accolta (quella della postergazione) da modelli di diritto comparato e precedenti giurisprudenziali interni che, è noto, questo problema mirano a risolvere<sup>28</sup>; invita l'interprete a discernere i finanziamenti soci regolati (dagli altri "che non meritano di essere distinti da quelli con un qualsiasi terzo") accertandone la "*causa*", "da individuare nel *rapporto sociale* (e non in un generico rapporto di credito)"<sup>29</sup>.

Condivisa questa premessa, tuttavia, commentatori e giudici esprimono posizioni assai diverse riguardo all'inquadramento della disciplina di cui al primo comma - se interno al sistema delle obbligazioni ovvero a quello concorsuale - che influenzano in modo significativo la soluzione di gran parte dei problemi operativi non espressamente risolti dalla riforma.

---

Milano, 2005, 69 ss.; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, cit., 889; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, in *La nuova s.r.l. prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. Farina, C. Ibba, G. Racugno, A. Serra, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 2004, 377 ss.; V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, cit., 1077 ss.; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., 173; M. SIMEON, *La postergazione dei finanziamenti dei soci nella s.p.a.*, in *Giur. comm.*, I, 2007, 69 s.; L. VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci*, *Giur. comm.*, 2006, I, 919; G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 241 ss., nt. 19. In giurisprudenza, così espressamente: Cassazione, 24 luglio 2007, 16393, cit., ove la precisazione che 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 secondo comma dell'art. 2467 c.c.; Tribunale Milano, 19 maggio 2009, cit.; Tribunale Pistoia, 21 settembre 2008, cit.; Tribunale di Messina, sez. II, 4 marzo 2009, cit.

<sup>28</sup> Sul punto si rinvia alle ntt. 15 e 116.

<sup>29</sup> Così il § 11, comma 8, della *Relazione illustrativa* (corsivo aggiunto), cit. L'intento del legislatore storico di contrastare il fenomeno della sottocapitalizzazione nominale sembrerebbe trovare conferma nella coeva riforma apportata all'I.r.e.s. dal d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 (in vigore dal 1 gennaio 2004), la quale ha sostituito la precedente disciplina di vantaggio fiscale dei prestiti dei soci, con una di contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione, contenuta nel nuovo art. 98 del T.u.i.r. (d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917). Si segnala, tuttavia, che la regola in esame (c.d. *thin capitalization rule*) è stata abrogata dall'art. 1, comma 33, lettera l), e comma 34, dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244. Per ulteriori riferimenti si rinvia a nt. 6 del presente lavoro.

Come accennato, il dubbio discende dalla stessa formulazione, estremamente sintetica, della parte precettiva della norma, che introduce due regole - quella della postergazione, rispetto al soddisfacimento degli altri creditori, del diritto di credito del socio al rimborso del finanziamento "critico" e quella che impone l'obbligo di restituzione del rimborso avvenuto nell'anno antecedente la dichiarazione di fallimento della società - lasciando ampiamente indeterminata l'esatta natura degli effetti prodotti.

Ciò è particolarmente evidente riguardo alla postergazione, trattandosi di un concetto tratto dalla prassi economica<sup>30</sup> che, nella disposizione in esame, assolve ad una funzione normativa<sup>31</sup>: dunque, riassuntiva di una data disciplina (del diritto di credito al rimborso) della quale, però, non sono precisati i contenuti, la cui individuazione è rimessa all'opera ricostruttiva dell'interprete<sup>32</sup>.

Quanto detto spiega la varietà d'opinioni espresse al riguardo, le quali, seppure fra loro differenziate, possono essere ricondotte - in chiave ricognitiva - entro due inquadramenti contrastanti.

### **a) La tesi della riquilificazione.**

Un primo inquadramento ravvisa nella disposizione in commento la formalizzazione normativa di una sensibilità giuridica diffusa - ancorché

---

<sup>30</sup> Il riferimento è da intendersi alla prassi dei "prestiti postergati" o "subordinati": cioè, di quegli apporti finanziari caratterizzati da una clausola di postergazione (o subordinazione), la quale esprime l'accordo delle parti di voler subordinare la restituzione dell'apporto, verificandosi determinate fattispecie, al preventivo soddisfacimento degli altri creditori del beneficiario del prestito che non abbiano pattuita analoga clausola di subordinazione per il rimborso di quanto loro dovuto dal debitore comune [così S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti "ibridi" di capitale*, cit., 261 s.]. Intorno a tale prassi si è sviluppato, negli anni '70 dello scorso secolo, un dibattito volto, anzitutto, ad accertarne la compatibilità con i principi informatori dell'ordinamento e, sciolto positivamente tale quesito, ad individuarne il trattamento giuridico. Si rinvia, anche per la necessaria bibliografia, a: G. F. CAMPOBASSO, *I prestiti subordinati nel diritto italiano*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, a cura di G.B. Portale, Milano, 1983, 345 ss.; ID., *I prestiti postergati nel diritto italiano*, *Giur. comm.*, I, 1983, 121 s.; recentemente, anche al fine di trarne indicazioni utili all'interpretazione dell'art. 2467 c.c., S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti "ibridi" di capitale*, cit., 261 ss.

<sup>31</sup> Che la postergazione non possa "propriamente dirsi un termine che designi un istituto che ripeta da altre fonti normative civilistiche la disciplina dei rapporti tra creditori e soci" è sottolineato anche da M. RESCIGNO, *Osservazioni sulla riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, cit., 2003, 266.

<sup>32</sup> Lo sottolinea G. FERRI jr., *In tema di postergazione legale*, cit., 969 ss.. Così, già, TERRANOVA, *Finanziamenti dei soci*, cit., 1451.

tiepidamente accolta in giurisprudenza<sup>33</sup> - la quale da tempo guardava con preoccupazione alla strutturale sottocapitalizzazione del tessuto societario italiano e (prendendo a modello soluzioni già presenti nei principali sistemi giuridici contemporanei) tentava di correggerne gli effetti distorsivi sull'allocazione del rischio d'impresa, degradando le elargizioni dei soci (dichiarate come finanziamenti) a versamenti in conto capitale irredimibili<sup>34</sup>.

Tale sensibilità trova una delle sue prime e più autorevoli espressioni nel pensiero di A. Pavone La Rosa. L'illustre Autore, già sul finire degli anni sessanta del secolo scorso, lamentava la scarsa attenzione dedicata dalla dottrina italiana al problema dei prestiti sostitutivi del capitale di rischio (dei quali ravvisava la pericolosità per i creditori terzi, destinati, in caso di dissesto, a subire il concorso dei soci finanziatori) e suggeriva, al riguardo, due possibili soluzioni, senza prendere partito alcuno: "o si ritiene che il versamento costituisca una forma impropria di apporto, non proceduta da regolare deliberazione di aumento del capitale, e si dovrà escludere il diritto dei soci di concorrere con i creditori sociali per il recupero delle somme versate, sia pure senza ricollegarvi, sul terreno della disciplina dell'impresa, ulteriori conseguenze giuridiche; ovvero, ravvisando nella indicata operazione una violazione delle norme sulla integrità del capitale sociale e sulla separazione dei patrimoni, si potranno ritenere caduti i presupposti per l'applicazione del beneficio della responsabilità limitata, sicché [...] sui soci graverà la responsabilità personale

---

<sup>33</sup> La giurisprudenza italiana, sin dagli anni '80 del secolo scorso, postergava nel concorso esecutivo, alle pretese degli altri creditori, le pretese dei soci per la restituzione di versamenti alla società privi di alcuna qualificazione sul piano della causa, ovvero provvisti di qualificazione ambigua: ciò, sulla base della ricostruzione dell'effettiva volontà delle parti (socio e società), compiuta tenendo conto della funzione economica dell'operazione (dunque, *secundum* o, a tutto concedere, *praeter voluntatem partium*). Fatte salve talune pronunzie di dubbia interpretazione (Tribunale Catania, 20 agosto 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 228, e Tribunale Catania, 15 gennaio 1987, in *Giur. merito*, 1987, I, 1168, citate da G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in Colombo-Portale, *Trattato delle società per azioni*, 1\*\*, 2004, 118, nt. 289) escludeva, invece, la possibilità di postergare, riqualificandole, operazioni che presentavano tutti i connotati di un vero e proprio prestito del socio alla società (dunque, *contra voluntatem partium*). Per maggiori approfondimenti si rinvia al successivo paragrafo del presente capitolo, testo e note.

<sup>34</sup> Gli scritti più approfonditi, in materia, sono quelli di A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'imprenditore occulto nell'opera di Walter Bigiavi*, cit., p. 674; P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nella società di capitali: una proposta di soluzione*, cit., 497; C. ANGELICI, *Note in tema di rapporti contrattuali fra soci e società*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, di G.B. Ferri e C. Angelici, Torino, 1997, 357 ss.; G. FERRI jr, *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 697 ss.; G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in Colombo-Portale, *Trattato*, cit., 108 ss.

per i debiti della società e potranno essere dichiarati falliti, estendendosi ad essi (in qualità di imprenditori «indiretti») gli effetti del fallimento della società"<sup>35</sup>.

La soluzione fondata sulla decadenza del socio finanziatore dal beneficio della responsabilità limitata, sebbene abbia trovato seguito in dottrina per sanzionare la sottocapitalizzazione "materiale" della società<sup>36</sup>, veniva dai più ritenuta incongrua riguardo alla diversa ipotesi di sottocapitalizzazione "nominale". Si sottolineava, difatti, come in quest'ultimo caso il pregiudizio discenda dalla configurazione del finanziamento come semplice prestito, sicché si riteneva - anche in ossequio al principio di economicità dei mezzi giuridici - che il rimedio fosse da ricercarsi nel superamento (per quanto possibile) di tale qualifica, "senza mettere vanamente in gioco quel valore non trascurabile che è la responsabilità limitata del socio"<sup>37</sup>.

Da qui la strenua ricerca di itinerari argomentativi utili allo scopo, variamente costruiti su istituti di diritto comune, quali la simulazione, la frode alla legge, l'abuso del diritto o del tipo negoziale, l'*exceptio doli*, il *venire contra factum proprium*, la responsabilità per aver creato una falsa apparenza ovvero per aver mantenuto sul mercato una società affetta da un grave squilibrio fra mezzi propri e mezzi altrui, la rilevanza della causa concreta<sup>38</sup>.

Quale che fosse l'argomento impiegato, la dottrina arrivava a giustificarvi la possibilità di operare, anche in assenza di un'apposita disciplina legale che ciò

---

<sup>35</sup> A. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'imprenditore occulto nell'opera di Walter Bigiavi*, cit., 671 ss. ed, in particolare, 674. Un rilievo autonomo della fattispecie della sottocapitalizzazione era stato preconizzato anche da W. BIGIAVI, *Responsabilità illimitata del socio «tiranno»*, in *Foro it.*, 1960, I, 1212, il quale affermava "giorno verrà in cui, nelle note ipotesi [...] patologiche, la responsabilità illimitata dei soci tiranni sarà *ius receptum*. Ma quel giorno è probabile che la teoria dell'imprenditore occulto [...] apparirà come una concezione retrograda [...]. Non è escluso che allora anche da noi, in nome della «buona fede», si miri a risultati ben più vasti: che, per es., si considerino illimitatamente responsabili alcuni soci allorché *la società di capitali abbia operato esponendo un capitale esiguo rispetto alle fortissime obbligazioni assunte*" (corsivo aggiunto dall'autore).

<sup>36</sup> Per una sintesi approfondita ed aggiornata sul tema si rinvia a G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., p. 112 ss., ove ampi riferimenti di diritto comparato.

<sup>37</sup> Così P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nella società di capitali: una proposta di soluzione*, cit., 504-505. Per un'ampia illustrazione dell'argomento, con ampi riferimenti alla dottrina tedesca, si veda G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, cit., 110 s.

<sup>38</sup> Si vedano al riguardo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, *Trattato Colombo-Portale*, cit., 41 ss; M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società*, cit.; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, cit.; M. RAGNO, *Versamenti in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale e prestiti subordinati effettuati dai soci di società di capitali*, cit. 763; M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti spontanei in società di capitali*, cit.

disponesse, una *riqualificazione coattiva* (dunque, *contra voluntatem partium*) dei (soli) prestiti dei soci di cui fosse emersa la "anormalità" – perché concessi in base a condizioni contrattuali o patrimoniali della società al ricorrere delle quali un finanziatore estraneo, disinteressato e convenientemente informato non li avrebbe concessi, quantomeno non alle medesime condizioni - in apporti di rischio, da trattare in maniera giuridicamente corrispondente<sup>39</sup>.

In favore della *riqualificazione imperativa* deponavano, fra l'altro, le indicazioni provenienti dai principali ordinamenti stranieri, i quali, pur non potendo essere sospettati di pregiudiziale ostilità contro le tecniche di *Durchgriff*<sup>40</sup>, mostravano di preferire, alla sanzione dell'estensione ai soci della responsabilità per i debiti della società, quella della soggezione dei "prestiti" ad un regime analogo a quello degli apporti di rischio<sup>41</sup>. Basti ricordare la soluzione adottata dal legislatore greco, il quale, primo fra tutti sul piano normativo, stabiliva all'art. 32 della l. 3190/1955 (di disciplina della società a responsabilità limitata) che *tutti* i prestiti dei

---

<sup>39</sup> La questione della riqualificazione imperativa dei prestiti sostitutivi dei conferimenti, benché attigua a quella (coeva) della qualificazione dei c.d. versamenti spontanei dei soci, deve essere da questa tenuta distinta. Difatti, un conto è ricostruire l'effettiva volontà delle parti (socio e società) in presenza di apporti fuori capitale dei quali non sia indicata (o lo sia ambiguamente) la causa - ricostruzione cui la giurisprudenza consolidata provvedeva in base agli ordinari criteri dell'ermeneutica negoziale, sia pure ritenendo non decisiva la terminologia adoperata dalle parti nonché la stessa modalità di iscrizione del versamento in bilancio ed attribuendo, invece rilievo alla modalità in cui concretamente è stato attuato il rapporto, alle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e agli interessi che vi sono sottesi - altro è, invece, ritenere possibile riqualificare forzosamente quelli che nelle intenzioni delle parti sono veri e propri prestiti in conferimenti di patrimonio: tesi, questa che, seppure autorevolmente sostenuta in dottrina, non ha trovato seguito in giurisprudenza rappresentando uno strappo grave ai principi dell'autonomia privata. Se, difatti, nel primo caso l'interprete si mantiene fedele al programma negoziale e da esso si limita a desumere effetti ulteriori che, sebbene non espliciti, sono pur sempre coerenti con la volontà manifestata dai contraenti; nel secondo prescinde del tutto da tale volontà imponendo ai contraenti un effetto indesiderato (così, G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1453; G. PRESTI, *Commento sub 2467*, cit., 102-103).

<sup>40</sup> Per la definizione della formula "*Durchgriffshaftung*" in termini di propagazione ai soci della responsabilità delle società dotate di personalità giuridica attraverso il superamento di questa, si rinvia a G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 127, nt. 231. Deve precisarsi che, quantomeno in ambiente germanico, in virtù della c.d. *teologische Reduktion*, la teoria del superamento della personalità giuridica ha da tempo mitigato la sua originaria rigidità, dal momento che si ritiene ormai che la sanzione per il suo abuso non debba necessariamente essere costituita dalla responsabilità per tutti i debiti sociali, ma vada di volta in volta individuata in relazione all'interesse tutelato dalla singola norma che il comportamento abusivo ha violato: cfr. G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Colombo - Portale*, cit., 96 ss. ed, in particolare, 126 ss.

<sup>41</sup> Riguardo ai prestiti dei soci sostitutivi del conferimento si è fatto ampio ricorso al manifesto metodologico secondo il quale i "*problemi di Durchgriff vanno risolti senza fare uso del Durchgriff*": K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*<sup>1</sup>, Heymanns Verlag, 1986, § 18 III, 533 s.; W. FLUME, *Die juristische Person*, Berlin-Heidelbergh, 1983, 84 s.



soci alla società sono automaticamente postergati ai restanti debiti della stessa<sup>42</sup>; e, soprattutto, la soluzione accolta e più compiutamente elaborata nell'ordinamento tedesco, assunto a modello da legislatori e giurisprudenza di altri paesi<sup>43</sup>. In esso, grazie ad un "sistema a doppio binario" (*zweispuriges System*)<sup>44</sup> – una d'origine giurisprudenziale e l'altra d'origine legislativa –, i prestiti concessi dai soci alla società in un momento in cui questa, per il fatto di essere in crisi (*Krise der Gesellschaft*), non era più in grado di ottenere credito (*kreditunwürdig*) alle normali condizioni di mercato (si parla, al riguardo, di prestiti sostitutivi del capitale proprio: *Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen*) erano "forzatamente riqualificati" in "capitale proprio"<sup>45</sup> e trattati di conseguenza. Più esattamente: in base a principi giurisprudenziali elaborati anteriormente all'introduzione della regolamentazione legale e ritenuti applicabili anche in concorso con essa<sup>46</sup>, tali prestiti, in caso di perdita del capitale ed in misura corrispondente, erano soggetti alla disciplina dettata

---

<sup>42</sup> L'art. 32, comma secondo, l. 3190/1955 recita, in particolare: "il pagamento dei prestiti dei soci da parte della società è privo di effetti se pregiudica, in tutto o in parte, il soddisfacimento dei crediti di terzi esistenti a quella data". Come sottolineato da G. B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, cit., 665, cui si rinvia per maggiori approfondimenti, si tratta di una disciplina particolarmente rigorosa che, forse proprio per questo, nel diritto applicato non ha offerto prova di effettività. Tale rigore, tuttavia, cessa qualora la società cada in fallimento, caso per il quale si prevede, inspiegabilmente, che i soci finanziatori tornino a concorrere con gli altri creditori: "in caso di scioglimento della società, salvo che nell'ipotesi di fallimento, il rimborso dei soci che hanno concesso prestiti alla società avrà luogo solo dopo l'estinzione di tutti i debiti nei confronti dei terzi" (art. 32, comma terzo, l. 3190/1955). Si cfr., però, sul punto D. TZOUGNATOS, in PERAKIS, *Il diritto della società a responsabilità limitata*, Atene, 1994, sub art. 32, 676 ss., il quale, criticato il principio dell'uguale trattamento tra creditori soci e creditori terzi, afferma che lo stesso va corretto facendo ricorso al divieto di abuso del diritto (sancito dall'art. 281 c.c. greco) sicché rimane applicabile solo ai finanziamenti concessi dai soci in funzione del salvataggio della società. Cfr. anche N. ROKAS, *Die Regelung von Gesellschafterdarlehen an die Gesellschaft nach dem griechischen Gesetz betreffend die GmbH*, in *Zeit. Handelsrecht*, 1966, 297 ss.

<sup>43</sup> Per un approfondimento in materia, con ampi richiami, si rinvia a G. B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, cit., 663; PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle Colombo - Portale*, cit., 3 ss.

<sup>44</sup> L'espressione *zweispuriges System* (sistema a doppio binario) è stata coniata dalla dottrina tedesca per illustrare il sistema di regole, di matrice giurisprudenziale e legislativa, formatosi in materia: cfr., per tutti, H. VON GERKAN, *Das recht des Eigenkapitalersatzes in der Diskussion*, in *ZGR*, 1997, 178 ss.

<sup>45</sup> Come faceva notare J. UNGER, *Unterkapitalisierung in Belgien und Frankreich*, Lang, 1988, 139, "non si tratta [...] della scoperta della vera volontà delle parti, ma di una autentica riqualificazione forzata del prestito per adeguare la forma giuridica alla realtà economica".

<sup>46</sup> Per una rassegna degli strumenti di diritto comune impiegati dalla dottrina e giurisprudenza tedesche per giungere alla riqualificazione imperativa dei prestiti in apporti si rinvia a M. LUTTER u. P. HOMMELHOFF, *Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH*, in *ZGR*, 1979, 35 ss.; e più di recente, per ampie indicazioni bibliografiche, M. LUTTER u. P. HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, Köln, 2000, 413; H. HIRTE, *Kapitalgesellschaftsrecht*<sup>3</sup>, Köln, 260 ss.; H. ALTMEPPEN – G. ROTH, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, München, 1997, 324 ss.

a tutela della sua integrità (§§ 30 e 31 *GmbH-Gesetz*<sup>47</sup>); per la parte eccedente, invece, in forza del § 32a *GmbH-G*, andavano sottoposti a postergazione concorsuale nonché a revocatoria ordinaria (§ 6 *Anfechtungsgesetz*) o fallimentare (§135 *Insolvenzordnung*) del rimborso avvenuto nell'anno anteriore alla presentazione dell'istanza di fallimento della società<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Il *Bundesgerichtshof* era giunto ad applicare, in via analogica, le disposizioni dei §§ 30 e 31 *GmbH-Gesetz* ai prestiti sostitutivi del capitale di rischio. In particolare, il § 30 *GmbH-Gesetz* vieta la distribuzione ai soci di aliquote del patrimonio sociale in presenza di una perdita del capitale, mentre il § 31 *GmbH-Gesetz* stabilisce il diritto della società alla restituzione della prestazione patrimoniale effettuata a favore del socio in violazione di tale divieto di distribuzione. Fondamentale, al riguardo, la decisione del *Bundesgerichtshof* del 24 marzo 1980, in *BGHZ*, 76, 326 ss.: "*Ein Gläubiger kann daher allgemein nicht darauf vertrauen, daß Kapitalbeträge, die Gesellschafter über das noch unverbrauchte Stammkapital hinaus erschießen und die zur Aufrechterhaltung eines normalen Geschäftsbetriebs notwendig sind, der Gesellschaft zu diesem Zweck auch belassen werden. Wollte man Gesellschafterleistungen mit Eingekapitalcharakter auch insoweit den Garantievorschriften der §§ 30, 31 GmbHG unterwerfen, als ihre Rückgewähr das satzungsmäßige Stammkapital nicht beeinträchtigt, so liefe das auf einen Schutz des jeweils notwendigen oder angemessenen und nicht nur des eingetragenen Mindestkapitals hinaus. Damit würden jene Vorschriften in einer Weise ausgeweitet, die mit der Konzeption des Gesetzgebers nicht mehr vereinbar wäre. Denn das Gesetz verlangt und gewährleistet aus guten Gründen nicht eine am Bedarf ausgerichtete, dem jeweiligen Geschäftsumfang wechselnd angepaßte Kapitalausstattung – die einen höchst unsicheren Maßstab abgeben würde -, sondern lediglich einen durch Satzung und Handelsregister betragsmäßig genau festgelegten Vermögensfonds*".

<sup>48</sup> Il § 32 *GmbH-G* si è arricchito, nel tempo, di ulteriori prescrizioni, le quali dispongono: per il caso in cui il finanziamento anomalo sia stato erogato alla società (poi fallita) da un soggetto terzo, dietro prestazione di una garanzia reale o personale del socio, l'onere per il terzo finanziatore di escutere preventivamente la garanzia e la legittimazione ad insinuarsi al passivo solo per la parte del credito rimasta insoddisfatta (§ 32a, *Abs.* 2); la soggezione alla disciplina dei prestiti e delle garanzie descritta di qualunque atto giuridico (*Rechtshandlung*) del socio o del terzo che possa dirsi corrispondente dal punto di vista economico (*wirtschaftlich entsprechend*) ad un prestito o ad una garanzia del socio (sintesi tratta da M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 61, nt. 31). Mette conto precisare come, nonostante la novella apportata nel 1998 al § 32a *Abs.* 1 *GmbH-G* avesse sancito il diritto dei soci a pretendere la restituzione del prestito solo come "creditori postergati" ("*nachrangiger Insolvenzgläubiger*", ugualmente a quanto disposto dal § 39, n. 5, *InsO*), la dottrina tedesca ritenesse che ciò non impedisse di continuare a parlare di «riqualificazione» dei prestiti dei soci alla società (in crisi) in capitale proprio. Rilevava, difatti, come alla formula non fosse da attribuirsi valore "qualificatorio", bensì quello di semplice espediente tecnico volto a consentire ai soci creditori di partecipare alla divisione di un eventuale residuo attivo di liquidazione prima della sua divisione fra tutti i soci: così, M. BORMANN, *Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen in der Jahres- und Überschuldungsbilanz*, Heidelberg, 2001, 296-297, il quale spiega la nuova formula sottolineando come, in virtù del nuovo concetto di "insolvenza della società" (*Gesellschaftsinsolvenz*) la procedura di insolvenza (*Insolvenzverfahren*) ha accorpato anche la liquidazione della società attuata dallo stesso curatore. Si veda, sul punto, anche K. SCHMIDT, in Scholz, *Komm. zum GmbH-Gesetz*<sup>9</sup>, I. Bd., Köln, 2000, §§ 32a, 32b, *Rdn.* 12, 1229; ID., *Insolvenzordnung und Unternehmensrecht – Was bringt die Reform?*, in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 1997, 918 ss.; M. LUTTER u. P. HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Komm.*<sup>15</sup>, §§ 32a/b, *Rdn.* 3, 417; R. VEIL, *Eigenkapitalersetzende Aktionärsdahrlehen*, in *ZGR*, 2000, 223 ss.; M. HABERSACK, *Grundfragen der freiwilligen oder erzwungen Subordination von Gesellschafterkrediten*, in *ZGR*, 2000, 390; H. BRANDES, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur GmbH*, in *WM*, 2000, 220 ss.; *BGH*, 28 giugno 1999, in *WM*, 1999, 1569.

Proprio l'assonanza fra la disciplina esposta ed il nuovo art. 2467 c.c., che da essa ha indubitabilmente tratto ispirazione<sup>49</sup>, ha indotto parte della nostra dottrina a leggere la nuova norma inforcando le vecchie lenti. Da qui l'approccio, di matrice sostanzialista, di quanti guardano alla disposizione in esame come capace d'incidere sul piano (sostanziale) del rapporto fra socio e società, determinando una sorta di "riqualificazione forzata del prestito in conferimento"<sup>50</sup>. Approccio a sostegno del quale deporrebbero, non solo suggestioni comparatistiche<sup>51</sup>, ma anche chiari spunti provenienti dalla *Relazione* di accompagnamento alla riforma<sup>52</sup>, la quale sembrerebbe contenere un'eco delle posizioni d'avanguardia precedentemente assunte

---

<sup>49</sup> Descrive le diverse fasi che hanno scandito l'elaborazione della norma G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., 663 s., nt. 1. In particolare l'Autore, citato il testo della prima e della seconda bozza della norma, sottolinea come la terza versione ricalchi, in realtà, l'art. 807c dell'*Avant-projet* svizzero dell'aprile del 1999, anch'esso in ogni caso ispirato al modello tedesco. Sottolinea la vicinanza del dato testuale italiano alle formulazioni utilizzate dalla giurisprudenza tedesca, M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 157, nt. 187.

<sup>50</sup> Sono parole di G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in Colombo-Portale, cit., 149, nt. 273-bis. Benché non in chiave ricostruttiva, bensì solo descrittiva della disciplina in esame, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, XXIX, Padova, 2003, 474, il quale afferma che "che il denaro prestato alla società o fatto ad essa prestare dalle banche subirà la stessa sorte di un apporto di capitale di rischio, giacché sarà rimborsato ai soci se e solo nella misura in cui residuerà qualcosa dopo il soddisfacimento degli altri creditori" (corsivo aggiunto); conformemente, da ultimo, in *Diritto commerciale. Le società*, XVII ed., Bologna, 2009, p. 136. In termini, anche R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le soc.*, 2005, 547 ss., il quale sostiene che il legislatore della novella tratta i finanziamenti in esame alla stregua di conferimenti di capitale, con la conseguenza che la restituzione degli stessi durante la vita della società sarà possibile esclusivamente nell'ipotesi in cui quest'ultima abbia provveduto ad estinguere totalmente ogni suo debito verso terzi. La tesi della riqualificazione dei finanziamenti soci in conferimenti non è assistita da successo giurisprudenziale. Ad oggi, per quanto consta, pare seguita da Tribunale Monza, 13 novembre 2003 (decr.), cit. il quale, tuttavia, pronunzia in base alla disciplina antecedente la riforma: in particolare, riaffermata la tesi del Portale di congruità o quantomeno non manifesta insufficienza del capitale (G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 63 ss.; già ID., *I «beni» iscrivibili nel bilancio di esercizio e la tutela dei creditori nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1969, 242 ss.; ID., *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, *ivi*, 1970, 33 ss.; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, *ivi*, 1991, 33 ss.) ritiene che l'art. 2467 c.c. imporrebbe che i finanziamenti in esso contemplati "comunque denominati, non siano mai trattati alla stregua dei finanziamenti di capitale di credito" da cui la necessità di "degradare le elargizioni dichiarate come finanziamenti a versamenti in conto capitale irredimibili". Nello stesso senso parrebbe pronunziarsi anche Tribunale Milano, 21 dicembre 2005, cit., laddove sostiene che "il finanziamento dei soci di cui all'art. 2467 c.c. nella situazione di «eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto» consente di costituire delle riserve che possono essere annullate per assorbire le perdite" (così G. BALP, *Sulla qualificazione dei finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c. e sull'ambito di applicazione della norma*, in *B.B.T.C.*, 2007, 619, nt. 14, da cui si cita).

<sup>51</sup> Cfr. nt. 47.

<sup>52</sup> Significativo al riguardo è anche il rilievo di G. B. PORTALE, in *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in Colombo-Portale, cit. 149, nt. 273-bis, il quale fa notare come la citata *Relazione* rimarchi la collocazione della norma in esame a chiusura della disciplina degli "apporti" dei soci in società a responsabilità limitata.

in dottrina circa la possibilità di una *riqualificazione* su base *causale* del contratto, là dove parla di "finanziamenti effettuati dai soci a favore della società che formalmente si presentato come capitale di credito, ma nella sostanza economica costituiscono parte del capitale proprio" ed invita a discernarli da quelli che non costituiscono oggetto di regolazione indagandone la "causa", "da individuare nel rapporto sociale (e non in un generico rapporto di credito)"<sup>53</sup>.

Sennonché, come opportunamente precisato, la *Relazione* non ha valore precettivo<sup>54</sup> e gli spunti in essa contenuti – per nulla univoci, ove si pensi alla distinzione comunque presente fra forma giuridica e sostanza economica dell'apporto – non sembrano aver trovato riscontro nella lettera della norma, la quale (è stato autorevolmente rilevato) non ha detto che "certi prestiti – trovando la propria *causa* nel contratto di società – debbano essere sottoposti ad una disciplina analoga a quella dei conferimenti (con la conseguenza, sul piano contabile, di trovare copertura in una riserva da assimilare [...] a quella per il sovrapprezzo delle azioni)"<sup>55</sup>. Ha solo detto, piuttosto, che – laddove concessi in un momento in cui risulta un "eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto" oppure "una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento" – il loro rimborso "è postergato rispetto al soddisfacimento degli altri creditori e, se effettuato nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito"<sup>56</sup>. Dunque, da un lato ha imposto un trattamento peggiore ai finanziamenti la cui "anomalia" andrà accertata avuto riguardo, non alla *causa* societaria dell'attribuzione, bensì alla situazione patrimoniale e/o finanziaria della

---

<sup>53</sup> Si veda, per tutti, P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nella società di capitali: una proposta di soluzione*, cit., 509, il quale sosteneva che la qualificazione del negozio dovesse avvenire tenendo conto, non già della funzione tipica ed astratta del medesimo (nel qual caso – diceva - i prestiti dei soci sarebbero rimasti sempre e comunque mutui), ma della ragione concreta e, cioè, dell'interesse reale che le parti si propongono di soddisfare con il contratto; precisava, in particolare, che laddove lo scopo del presunto prestito fosse stato quello di mettere durevolmente a disposizione della società nuovi mezzi finanziari in considerazione dell'interesse che il prestatore ha come membro della stessa, la reale natura dell'operazione non avrebbe potuto che prendere il sopravvento. Per la dottrina tedesca si rinvia a W. FLUME, *Die juristische Person*, cit., 84 s., il quale affermava che "nel caso di finanziamento del socio sostitutivo del capitale proprio il finanziamento è solo una forma giuridica e in realtà si tratta di un negozio con *causa societatis* e, precisamente, la dotazione di capitale di una società di capitali" e "poiché il finanziamento sostitutivo di capitale è una dazione con *causa societatis*, deve essere trattato giuridicamente in modo corrispondente e non quale prestito di un terzo".

<sup>54</sup> Per il rilievo, cfr. G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 112.

<sup>55</sup> Così, G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1457 ss.

<sup>56</sup> Così, G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1457 ss.

società<sup>57</sup>. Dall'altro, in punto di disciplina, non ha previsto alcuna conseguenza esclusiva del capitale di rischio, visto che tanto la postergazione quanto l'obbligo di restituzione del "rimborso" (avvenuto nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento della società) sono compatibili con la qualificazione del finanziamento come diritto di credito ed, anzi – con specifico riguardo all'obbligo di restituzione – tale qualificazione sembrano presupporre<sup>58</sup>. Infine, la tesi avversata troverebbe smentita nel testo novellato degli artt. 2424 e 2427 c.c., dal momento che, il primo inserisce alla voce *D-3* del "Passivo" dello stato patrimoniale i "debiti verso soci per finanziamenti" (art. 2424 c.c.) ed il secondo richiede che al n. *19-bis*) della nota integrativa siano descritti "i finanziamenti effettuati dai soci alla società, ripartiti per scadenze e con la separata indicazione di quelli con clausola di postergazione rispetto agli altri creditori", i quali sembrano escludere che i prestiti dei soci, in quanto sostitutivi (sul piano economico) del capitale, possano essere iscritti fra le poste del netto<sup>59</sup>.

In verità, l'orientamento in esame, nella sua più autorevole formulazione, ammette che la riqualificazione forzata dei finanziamenti sostitutivi del capitale è solo temporanea e con effetti limitati: non sarebbe possibile, difatti, predicarne la definitività, essendo la stessa destinata a cessare non appena la società torni solvente o finisca di trovarsi in una situazione di manifesta sottocapitalizzazione<sup>60</sup>, né ritenere che "a tali «prestiti» debba essere integralmente estesa la disciplina del capitale sociale e/o delle riserve"<sup>61</sup>.

Ciò non dimeno – come opportunamente rilevato – parlare di riqualificazione "parziale", oltre che improprio, è anche contraddittorio, posto che, nel nostro ordinamento, la riqualificazione "indica un'operazione che riguarda non già la disciplina, ma, prima ancora, la fattispecie, e che si risolve nella sussunzione, [...]

---

<sup>57</sup> Si rinvia sul punto al cap. II del presente lavoro.

<sup>58</sup> Cfr. G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 112 s.

<sup>59</sup> Lo ammette lo stesso G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, cit., 678.

<sup>60</sup> Si veda, sul punto, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., p. 163.

<sup>61</sup> Si veda, sul punto, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 160 ss., il quale precisa che "per quanto sia giusto affermare che la restituzione dei prestiti sostitutivi equivale sostanzialmente ad una riduzione del capitale (non esuberante), non è pensabile un'applicazione estensiva dell'art. 2445, né, probabilmente, un mutamento di competenza (dall'organo amministrativo all'assemblea dei soci) per la decisione sulla restituzione".

necessariamente *integrale*, di una fattispecie concreta in una fattispecie astratta diversa da quella ad essa corrispondente, e dalla quale discende la sottoposizione della prima all'*intera* disciplina prevista per la seconda"<sup>62</sup>. Ciò che, dunque, con riguardo alla tesi al vaglio, impedisce di affermare di essere in presenza di una riqualificazione, essendo richiamati (e temporaneamente) soltanto taluni profili della disciplina del capitale o delle riserve.

L'osservazione coglie nel segno, tant'è che, anche fra gli autori di orientamento sostanzialista, è ormai prevalente l'opinione che nega che la tecnica usata dal legislatore all'art. 2467 c.c. sia quella della "riqualificazione", dunque della conversione del prestito in apporto di rischio con tutte le conseguenze giuridiche che dovrebbero discenderne (allocazione in bilancio fra le voci del patrimonio netto; mancata decorrenza di interessi; assenza di un diritto alla restituzione di quanto erogato; in caso di fallimento, difetto di un titolo che consenta al socio finanziatore di essere ammesso allo stato passivo)<sup>63</sup>.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Così, G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, cit., 972, nt. 7. Sull'utilizzo improprio del termine "riqualificazione" anche nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca si veda H. WIEDEMAN, *Eigenkapital und Fremdkapital. Eine Gesellschaftsrechtliche Zwischenbilanz*, in *Festschrift f. K. Beusch*, a cura di H. Beisse, M. Lutter e H. Närgel, Berlin-New York, 1993, p. 900 s.

<sup>63</sup> Così, G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 104; F. TASSINARI, *Sottocapitalizzazione delle società di capitali e riforma del diritto societario*, in *Quad. Not.*, 10, cit., 137; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, cit., 103; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., 266 s.; B. DE DONNO, *sub art. 2462-2467 c.c.*, in *Bonfante et al.*, cit., 1168 s.; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 395; M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, cit., 450; G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 798; M. MAUGERI, *Finanziamenti dell'unico socio e avvio dell'impresa sociale*, nota a Tribunale Milano 29 giugno 2005, in *B.B.T.C.*, 2006, 664; ID., in *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 260, dove afferma che la qualificazione giuridica del finanziamento "resta quella di un'operazione creditizia [...], rimanendo intatto il diritto del socio vuoi alla restituzione delle somme una volta che la società abbia superato la fase di crisi, vuoi all'insinuazione nel passivo fallimentare in caso d'insolvenza della società" e conclude per l'iscrizione del finanziamento di cui all'art. 2467 c.c. tra i debiti. In giurisprudenza negano che la norma comporti una *riqualificazione* del finanziamento in apporto di rischio, fra le tante: Cassazione, 24 luglio 2007, 16393, cit.; Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, cit.; Tribunale di Milano 29 giugno 2005, cit.; Tribunale Milano, 29 settembre 2005, cit.; Tribunale Milano 30 aprile 2007, cit.; Tribunale di Vicenza, 12 febbraio 2008, cit.; Tribunale di Milano, 25 marzo 2008, cit.; Tribunale Pistoia, 21 settembre 2008, cit.; Tribunale Milano, 19 maggio 2009, cit.; Tribunale di Messina, sez. II, 4 marzo 2009, cit.

<sup>64</sup> E' opportuno precisare che la scelta del termine "riqualificazione" per indicare l'orientamento al vaglio è stata orientata dall'efficacia descrittiva dello stesso, che (riteniamo) renda al meglio l'idea – comune ai suoi esponenti – di una soggezione forzosa (imposta dall'art. 2467 c.c.) dei finanziamenti dei soci alla società ai vincoli del capitale e/o delle poste del netto. Del resto, benché molti di essi tendano ormai a negare, sul piano formale, che la postergazione dia luogo ad una riqualificazione del rapporto fra il socio e la società relativamente ai finanziamenti da questo erogati, ricorrente è l'affermazione per cui, sul piano sostanziale, si tratti pur sempre di "un espediente tecnico diretto ad assoggettare siffatti «finanziamenti» ad un regime produttivo di conseguenze fattuali analoghe a

Il legislatore – si sostiene – con l'art. 2467 c.c. non avrebbe affatto posto un limite diretto all'autonomia privata in punto di costruzione e composizione della struttura finanziaria della società. Al contrario, ferma tale autonomia, si sarebbe limitato a *disincentivare* la scelta del socio di concedere prestiti ad una società che presenti una struttura finanziaria disequilibrata e tale da richiedere ragionevolmente un conferimento, assoggettandone la pretesa (pur sempre creditoria ed appostata in bilancio alla voce *D3* del passivo dello stato patrimoniale<sup>65</sup>) ad un regime giuridico che la riconduca ad una posizione di residualità prossima a quella del conferimento di rischio<sup>66</sup>.

---

quelle dei conferimenti": così, per tutti, G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 243 ss., la quale precisa, altresì, che "l'analogia fra postergazione di un credito e conferimento è dunque limitata al piano dei relativi effetti economici" (nt. 24). Significative al riguardo sono, inoltre, alcune affermazioni di M. MAUGERI, in *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., il quale, sebbene affermi che la qualificazione giuridica del finanziamento "resta quella di un'operazione creditizia [...], rimanendo intatto il diritto del socio vuoi alla restituzione delle somme una volta che la società abbia superato la fase di crisi, vuoi all'insinuazione nel passivo fallimentare in caso d'insolvenza della società" e concluda per l'iscrizione del finanziamento di cui all'art. 2467 c.c. tra i debiti (p. 260), in altri luoghi sostiene che "per i prestiti a società sottocapitalizzate [...] il problema non è di qualificazione giuridica, atteso che non v'è incertezza in ordine a ciò che hanno voluto le parti nel delineare il contenuto del rapporto: si tratta piuttosto di procedere all'individuazione dei caratteri che, rivelando una situazione di crisi della società, determinano la reazione dell'ordinamento sotto forma di *riqualificazione* in capitale di rischio, con operazione che si svolge perciò [...] contro la comune intenzione delle parti" (p. 147), o ancora che "l'assetto impresso dalle parti al regolamento contrattuale o lo scadimento delle condizioni patrimoniali della società sovvenzionata [...] marcano il superamento di un livello di rischiosità del finanziamento considerato normale o "ragionevole" (nella prospettiva dell'art. 2467 c.c.) dal mercato per operazioni creditizie di natura analoga e legittimano la scelta normativa, o ricostruttiva dell'interprete, di attribuire al finanziamento una situazione giuridica (e allora anche economica, in ciò risiedendo il senso della postergazione o della qualificazione del prestito come apporto "temporaneo" di patrimonio) prossima a quella dell'investimento partecipativo" (p. 130).

<sup>65</sup> In termini, fra i molti, M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, cit., 450; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, cit., 2007, 112; G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., p. 245 s. Così, seppure ricostruendo la postergazione in termini di *riqualificazione* del prestito in conferimento, anche G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, cit., 678.

<sup>66</sup> La retrocessione di grado di tali finanziamenti rispetto agli altri crediti non postergati, difatti li colloca in una posizione comunque peggiore nei confronti di quel credito che rappresenta l'estrema ed ultima postergazione, qual è il capitale sociale, come ammette anche G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 149, nt. 273-bis. Sul punto cfr. L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 177; G. ZANARONE, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 460; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 547. Così, in giurisprudenza, Tribunale di Milano, 25 marzo 2008, cit., il quale afferma, con riguardo alle "modalità di rimborso dei suddetti prestiti in sede di liquidazione della società" che, mentre "i versamenti in conto capitale possono essere distribuiti ai soci nella misura in cui residua, dopo aver estinto tutti i debiti, con la conseguenza che un versamento in conto capitale potrà essere distribuito solo se il capitale non è perduto; al contrario i finanziamenti ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. devono essere rimborsati anche a scapito del capitale con la seguente priorità, prima i creditori, poi i creditori soci (secondo il criterio della postergazione) e in ultimo, se residua, i

In altri termini, l'art 2467 c.c. contrasterebbe la sottocapitalizzazione nominale solo in via indiretta, rendendo preferibile per lo stesso socio finanziatore, in presenza di una situazione patrimoniale e/o finanziaria della società che lo richieda, l'apporto di rischio alla concessione di credito<sup>67</sup>. Non determinerebbe, difatti, il superamento *ex lege* della diversa volontà delle parti circa la natura dell'apporto – al fine di capitalizzare la società<sup>68</sup> – ma si limiterebbe a correggerne gli effetti pregiudizievoli sui creditori terzi, retrocedendo di grado il socio finanziatore rispetto agli altri creditori non solo in sede di concorso esecutivo ma, già prima, *durante societate*, quando di concorso può parlarsi solo in senso "virtuale"<sup>69, 70</sup>.

---

soci che hanno versato apporti in conto capitale”. Discusso è, invece, se in presenza di creditori convenzionalmente e legalmente postergati, il patrimonio sociale che residui dopo aver previamente soddisfatto tutti gli altri creditori debba essere destinato in via preferenziale al pagamento degli uni o degli altri. In favore di una preferenza accordata ai creditori legalmente postergati si esprime M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 134 s., muovendo dalla considerazione secondo cui, traducendosi la postergazione legale in una correzione degli affetti negoziali dell'operazione di finanziamento a favore dei terzi creditori, non pare giustificabile la scelta di imporre al socio un sacrificio uguale, se non superiore, a quello che colui che ha erogato il finanziamento assistito da un patto di postergazione si è mostrato disposto ad assumere spontaneamente.

<sup>67</sup> Da qui l'opinione che l'art. 2467 c.c. esprima una norma di contrasto alla sottocapitalizzazione nominale solo in via indiretta e, dunque, nella misura in cui le sue disposizioni rendono per il socio disincentivante mettere a disposizione della società mezzi non formalmente qualificati come conferimento. Così, fra gli altri, G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 241 s.; G. GUERRIERI, *I finanziamenti dei soci*, in *La società a responsabilità limitata*, a cura di R. Guidotti-N. Soldati, Rimini, 2008, 64; F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, cit., 163.

<sup>68</sup> La capitalizzazione della società, del resto, non rappresenta più un valore in sé nemmeno per la finanza d'impresa. Al contrario, fra gli aziendalisti è opinione corrente che l'impresa "non vale tanto per i beni di cui dispone, quanto per gli utili che essa è in grado di generare": così, P. CAPALDO, *Reddito, capitale e bilancio d'esercizio. Una introduzione*, Milano, 1998, 133. Per una conclusione analoga, nelle scienze giuridiche, cfr. B. LIBONATI, *I bilanci d'impresa: un inquadramento giuridico*, in *Annali 1996, Università degli studi della Tuscia. Quaderni dell'istituto giuridico*, Viterbo, 1997, 52 ss., ove viene esaminata la relazione fra redditività d'impresa e suo valore di mercato.

<sup>69</sup> L'espressione è di G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1463.

<sup>70</sup> In giurisprudenza, così, Tribunale Savona (ord. *ex art. 669 terdecies c.p.c.*), 27 giugno 2007, in banca dati *dejure*, il quale, ritenuto che, ai sensi dell'art. 2467 c.c., "le fideiussioni prestate dai soci di società a responsabilità limitata devono considerarsi finanziamenti a favore della società quando, anche in considerazione dell'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"; che la fideiussione controversa è stata concessa alla società al ricorrere di una situazione finanziaria nella quale "sarebbe stato del tutto ragionevole un conferimento che, pertanto, ai sensi dell'art. 2467 c.c., deve presumersi [con essa] realizzato [...], tanto più che l'esiguità del capitale sottoscritto e la volatilità del valore dei beni commercializzati non avrebbe consentito di ottenere agevolmente finanziamenti nel mercato ordinario del credito"; "che la disposizione di cui al novellato art. 2467 c.c. è certamente inderogabile, in quanto è destinata a tutelare i creditori non soci e a rendere effettiva la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2462 c.c."; "che, nel caso di specie, la fideiussione è stata prestata dalla ricorrente prima della data di entrata in vigore del d.lgs. 6/2003, ma il rapporto obbligatorio con la società garantita non si era ancora esaurito a tale data, così che all'azione di regresso deve necessariamente applicarsi l'art. 2467 c.c."; "che,



A sostegno di tal approccio deporrebbe: sul piano letterale, il silenzio del legislatore sui limiti di operatività della postergazione, ritenuto tanto più significativo proprio in virtù dell'espressa previsione, nel modello tedesco, di una sua portata operativa meramente concorsuale (§ 32a *GmbH-G*), nota e, dunque, volutamente non riproposta nell'intento – si ritiene – di differenziare al riguardo la norma di nuovo conio dal suo archetipo; mentre, sul piano degli interessi in gioco, la maggiore efficacia di una tutela volta a conservare *ex ante* l'integrità del patrimonio sociale e non solo a reintegrarlo *ex post*, una volta che la dispersione di ricchezza sia già avvenuta e il danno ai creditori arrecato<sup>71</sup>.

Secondo l'impostazione descritta, dunque, la disciplina di cui al primo comma dell'art. 2467 c.c. comporterebbe una modifica tanto del regime di rimborso del credito – condizionato *ex lege*<sup>72</sup> alla ricorrenza di circostanze variamente individuate dai diversi autori – quanto, conseguentemente, dei doveri degli amministratori (o liquidatori) – tenuti a negare il rimborso in assenza delle cennate circostanze o, una volta effettuato, ad attivarsi per ottenerne la ripetizione –<sup>73</sup>.

---

conseguentemente" il socio fideiussore "può esercitare il regresso nei confronti della Società solo dopo che siano stati soddisfatti gli altri creditori"; "che il sequestro conservativo, che anticipa gli effetti del pignoramento, non può essere concesso ove pregiudichi il diritto degli altri creditori sociali"; "che, pertanto, stante la situazione economica e finanziaria della Società prospettata dalla ricorrente, se fosse concesso il sequestro" al socio "sussisterebbe il pericolo attuale e concreto di pregiudicare i diritti di tutti gli altri creditori sociali, in aperta violazione del principio enunciato dall'art. 2467 c.c."; conclude rigettando integralmente il reclamo proposto dal socio verso l'ordinanza di rigetto del ricorso per il sequestro conservativo dei beni della società.

<sup>71</sup> Sulla funzione preventiva della norma, si veda F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, cit., 161 ss.; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., 266 s. Di rilievo, ancora sul piano degli interessi in gioco, l'osservazione di M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 99, il quale osserva come l'anticipazione della tutela ad una fase antecedente al fallimento, sebbene possa scoraggiare tentativi di risanamento auspicabili dal punto di vista economico (così, con riguardo all'ordinamento tedesco H. EIDENMÜLLER, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, Köln, 1999, p. 390), d'altro canto dovrebbe far registrare una maggiore propensione al credito, ovvero a non attivare strumenti di tutela che potrebbero accelerare l'espulsione della società dal mercato, da parte di terzi, posto che la postergazione ne migliora comparativamente la posizione. Lo stesso Autore rileva, anzi, come proprio la temporanea conversione del credito del socio in capitale di rischio indotta dalla postergazione legale può costituire lo strumento tecnico per il risanamento dell'impresa in quei casi in cui l'equilibrio economico-finanziario e la redditività della stessa non siano irrimediabilmente pregiudicati (p. 101, nt. 61).

<sup>72</sup> Per una diversa ricostruzione si veda C. ESPOSITO, *Il sistema delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, cit., 561 s., il quale ritiene che l'art. 2467 c.c. determini una postergazione legale del termine di restituzione del finanziamento rispetto alla soddisfazione degli altri creditori.

<sup>73</sup> Così G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 245 ss.; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 397 s.; A. BUSANI, *La riforma delle società. S.r.l. Il nuovo ordinamento dopo il D.lgs. 6/2003*, 2003, 319 s.; O. CAGNASSO, *Nuovo concordato preventivo, suddivisione in classi dei creditori e soci finanziatori di società a*

Fermo restando l'inquadramento della norma entro il sistema delle obbligazioni, tuttavia, fra gli Autori si registrano divisioni notevoli riguardo alla ricostruzione del collegamento che il legislatore avrebbe inteso instaurare fra la postergazione ed il soddisfacimento degli altri creditori: discusso è, cioè, se abbia inteso subordinare il rimborso dei finanziamenti soci<sup>74</sup> al fatto della loro avvenuta soddisfazione o, meno rigidamente, alla situazione di mera *soddisfacibilità*, anche solo *potenziale*, degli stessi.

Secondo una tesi piuttosto radicale, il rimborso potrebbe (e dovrebbe) essere effettuato solo in seguito all'avvenuto pagamento di tutti i creditori sociali non postergati (ovvero all'accantonamento delle somme all'uopo necessarie) e, dunque - essendo "la categoria dei creditori [...] destinata a mutare incessantemente, in ragione della dinamicità dell'attività d'impresa"<sup>75</sup> - solo al termine della liquidazione<sup>76</sup>.

---

*responsabilità*, in *Giur. it.*, 2006, 7-8, 1639; G. GUERRIERI, *I finanziamenti dei soci*, cit., 71 e nt. 30; G. E. COLOMBO, *Il bilancio nella riforma*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di M. Rescigno e A. Sciarrone Alibrandi, Milano 2004, 203; G. PRESTI, *sub art. 2467 c.c.*, cit., 105 e 112 ss.; F. TASSINARI, *Sottocapitalizzazione delle società di capitali e riforma del diritto societario*, in *Quad. Not.*, 10, cit., 143; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, cit., 896 s.; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., 266 s.; L. PARRELLA, *Finanziamenti dei soci e postergazione*, in *La nuova società a responsabilità limitata. Atti del convegno di studi di S. Leucio*, 13 giugno 2003, a cura di M. Miola, Napoli, 2005, 301 s.; U. TOMBARI, *Apporti spontanei e prestiti dei soci nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2007, I, 563 e 572; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 547 ss. Peculiare la posizione di M. MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 97 ss.

<sup>74</sup> E' bene precisare sin d'ora come alla disciplina di cui al primo comma dell'art. 2467 c.c. vadano soggetti non solo i finanziamenti dei soci, bensì anche quelli concessi alla società da soggetti diversi, come espressamente prevede l'art. 2497-*quinquies* e come pare doversi ritenere riguardo alla s.r.l. monade ove si intenda l'espressione "in qualsiasi forma effettuati" come comprensiva dei finanziamenti indiretti.

<sup>75</sup> L'affermazione è di A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 394.

<sup>76</sup> Così, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, cit., 474, il quale, nel descrivere il significato degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., ha scritto "La capogruppo (art. 2497-*quinquies*) o i soci di società a responsabilità limitata (art. 2467) sono postergati rispetto agli altri creditori sociali per le pretese vantate verso la società in forza di finanziamenti "in qualsiasi forma effettuati", ossia in forma di prestiti (con pretesa al rimborso) o in forma di fideiussioni (con pretesa al regresso), ogni qualvolta il finanziamento abbia provocato un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure sia stato effettuato in una situazione finanziaria nella quale [sarebbe] stato più ragionevole un conferimento. *Il che val quanto dire che il denaro prestato alla società o fatto ad essa prestare dalle banche subirà la stessa sorte di un apporto di capitale di rischio, giacché sarà rimborsato ai soci se e solo nella misura in cui residuerà qualcosa dopo il soddisfacimento degli altri creditori*" (corsivo aggiunto); conformemente, da ultimo, in *Diritto commerciale. Le società*, XVII ed., Bologna, 2009, 136. In senso analogo R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 547 ss.; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 394 e 397; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, cit., 897; D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, cit., 201; nella sostanza F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, cit., 2003, 130, il quale

Non manca chi sottolinea, tuttavia, come da siffatta cristallizzazione definitiva del prestito fra le poste del patrimonio netto discenda l'aberrante conseguenza di una soggezione dei finanziamenti in parola ad una disciplina addirittura più severa rispetto a quella degli stessi conferimenti, nei quali i primi sarebbero imperativamente riqualificati<sup>77</sup>.

Da tale osservazione trae origine l'opinione - nettamente prevalente - che assegna rilievo alle circostanze di "eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto" e di "una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento" (art. 2467, comma secondo, c.c.) non solo al fine di individuare la fattispecie della postergazione, ma anche al fine di precisarne l'operatività del meccanismo.

Questo, in particolare, opererebbe solo *se*, e fino a *quando*, ricorra la situazione descritta (cui è sospensivamente condizionata l'esigibilità del credito), rendendo indebito e, dunque, ripetibile (art. 2033 c.c.) un rimborso altrimenti legittimo ed irripetibile<sup>78</sup>, anche al di fuori della procedura di liquidazione<sup>79</sup>.

---

rileva che il divieto di rimborso in capo agli amministratori opera, pena la loro responsabilità, anche "nelle ipotesi in cui la società, nel momento della restituzione abbia riacquisito il proprio equilibrio finanziario e sia quindi in condizione, in quel momento, di attingere ai normali canali di erogazione del credito".

<sup>77</sup> Si cfr., sul punto M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 105, nt. 68, il quale sottolinea come «subordinando la restituzione del finanziamento al preventivo soddisfacimento di tutti i creditori esterni o all'accantonamento delle somme all'uopo necessarie, si individuerebbe un regime addirittura più rigoroso di quello operante per la riduzione volontaria del capitale, la cui esecuzione può essere autorizzata dal tribunale, nonostante l'opposizione dei creditori, qualora la società presti "idonea garanzia" (cfr. artt. 2445, ult. co. e 2481, ult. co., c.c.), laddove «l'idoneità della garanzia deve essere valutata con riferimento ai crediti dei soli opposenti e non a tutta la massa passiva della società» [R. Nobili – M.S. Spolidoro (1993), 279]». Lo rileva anche M. IRRERA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Cottino – Bonfante – Cagnasso – Montalenti*, cit., 1794. Si veda, altresì, G. LO CASCIO, *sub art. 2467 c.c.*, in *Società a responsabilità limitata, La Riforma del diritto societario*, (a cura di) G. Lo Cascio, Milano, 2004, 79, il quale afferma che "l'applicabilità della postergazione non può assumere connotazione permanente dovendosi in ogni caso dubitare della legittimità costituzionale di una norma che impedisca al creditore di far valere le proprie ragioni durante la vita della società".

<sup>78</sup> Per una diversa, ancorché minoritaria, ricostruzione del collegamento fra postergazione e squilibrio in termini proroga imperativa del termine di adempimento, si veda C. ESPOSITO, *Il sistema delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, cit., 567. Secondo tale ricostruzione, tuttavia, il rimborso anticipato sarebbe irripetibile da parte del debitore (art. 1185 c.c.), salvo che, nei limiti della perdita subita, per ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato (art. 2041 c.c.).

<sup>79</sup> Così G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 246 ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, cit., 109 ss.; G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 115 s.; L. PARRELLA, *Finanziamenti dei soci e postergazione del credito di restituzione: problemi interpretativi dell'art. 2467 cod. civ.*, in *Dir. e giur.*, 2007, 370 ss.; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., 268 s.; M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, cit., 449 ss.; C. ESPOSITO, *Il sistema delle reazioni*

In altri termini, fra postergazione e squilibrio vi sarebbe un nesso eziologico non solo di tipo genetico, ma anche funzionale, sicché affinché la postergazione operi è necessario che le condizioni che la determinano sussistano tanto al momento della concessione del finanziamento (integrando uno degli elementi della fattispecie regolata, previsti dal secondo comma dell'art. 2467 c.c.) quanto al momento del suo rimborso, non rilevando, invece, la crisi della società sopravvenuta all'atto della sua concessione: con espressione felice, si è scritto, al riguardo, che il finanziamento "nasce postergato ma non può diventarlo"<sup>80</sup>.

Coerentemente con quanto sin qui affermato, la stessa dottrina ritiene che il primo comma dell'art. 2467 c.c. introduca una regola di comportamento per gli amministratori sociali e gli stessi soci, la cui violazione rileverebbe sul piano della loro responsabilità. In particolare, i primi - ai fini del rimborso al socio finanziatore -

---

*revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, cit., 562, il quale sottolinea che il rimborso può essere sì realizzato laddove lo squilibrio patrimoniale sia venuto meno, purché però il pagamento non ne determini una nuova alterazione. Così, ma con accenti peculiari, M. MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 97 ss. il quale ritiene che «al di fuori della procedura fallimentare – ove l'accertata incapacità della società di far fronte ai propri debiti comporterà che il vincolo indotto dalla postergazione, e quindi anche l'obbligazione restitutoria del socio [...] si estendano all'intero importo delle somme erogate dal (e rimborsate al) socio – il debito per capitale e interessi, relativo al finanziamento "anomalo" dovrà pertanto reputarsi vincolato (cioè non estinguibile) – sempre che la società non abbia recuperato il proprio equilibrio economico-finanziario – soltanto in misura corrispondente alle perdite che abbiano intaccato l'integrità del capitale». Sottolinea la reversibilità della "riqualificazione" e, correlativamente, della "dequalificazione", anche G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, cit., 676 e 679.

Nella dottrina tedesca, per l'osservazione secondo cui il superamento della situazione di crisi determina il venir meno, per il finanziamento, della funzione sostitutiva del capitale di rischio si veda K. SCHMIDT, §§ 32a, 32b, in Scholz, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Köln, 1993, *Anm.* 50. Anche la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* ammette la reviviscenza dell'originaria natura creditizia dell'operazione allorché la società sia tornata *in bonis*: cfr. *Bundesgerichtshof*, 28 settembre 1981, in *BB*, 1981, 2026 ss.; *Bundesgerichtshof*, 26 marzo 1984, in *GmbH-Rundschau*, 1984, 313 ss.

<sup>80</sup> Così, D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, in *La nuova s.r.l. prime letture e proposte interpretative*, cit., 395. In termini, fra i molti, F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., 268. Assolutamente prevalente in dottrina è, inoltre, la tesi secondo la quale, per i finanziamenti concessi al ricorrere delle condizioni previste dal secondo comma dell'art. 2467 c.c. l'eventuale miglioramento della situazione finanziaria della società che non perduri sino all'atto del rimborso non vale ad escludere l'operatività della postergazione: cfr., per tutti, M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, cit., 450.

Della postergazione come "qualità intrinseca" dei crediti sorti in determinate circostanze, parla anche G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1464.

In giurisprudenza, così: Tribunale di Messina, sez. II, 4 marzo 2009, cit.; Tribunale Milano, 24 aprile 2007, cit.: appare, tuttavia, fuorviante che il collegio, a sostegno della tesi dell'irrelevanza di successive evoluzioni in senso negativo della situazione finanziaria della società, abbia attribuito rilievo alla circostanza che la "domanda di restituzione del finanziamento risale ad un momento anteriore". Per alcune considerazioni critiche si rinvia a G. BALP, *Sulla qualificazione dei finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c. e sull'ambito di applicazione della norma*, Tribunale Milano 24 aprile 2007, in *B.B.T.C.*, 2007, 615.

sarebbero chiamati a formulare un giudizio prognostico sulla prevedibile evoluzione degli affari sociali<sup>81</sup>, per accertare l'eventuale presenza di quelle condizioni di esigibilità del credito (date dalla neutralità del pagamento in relazione alla capacità della società di soddisfare regolarmente i creditori esterni<sup>82</sup>: art. 2467.2 c.c.), ed, in caso di esito negativo del giudizio, sarebbero tenuti a rifiutare il pagamento (indebita) o, comunque, chiederne la ripetizione<sup>83</sup>, pena la loro responsabilità

---

<sup>81</sup> Sono parole di M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 107 s., il quale sottolinea come tale giudizio non sia estraneo all'ordinamento delle società di capitali, che conosce altre ipotesi in cui la legittimità di una distribuzione in favore dei soci di valori "in formazione" è condizionata ad una stima operata dall'organo gestorio circa l'andamento delle operazioni sociali, tanto di natura lucrativa quanto solo liquidatoria, e cita ad esempio, la disciplina degli acconti dividendo (art. 2433-bis c.c.) e la previsione di un possibile ripartizione fra i soci di "acconti" sul risultato finale della liquidazione (art. 2491, comma secondo, c.c.), ritenendole tanto più significative in quanto inerenti l'attuazione di un interesse del socio (alla percezione dell'utile dell'operazione) tipicamente "postergato" alle ragioni dei creditori sociali. Lo stesso Autore precisa, tuttavia, che sebbene il giudizio gli amministratori sull'equilibrio economico finanziario della società debba essere orientato, ai fini dell'art. 2467 c.c., da un criterio essenzialmente "dinamico", non può trascurarsi la prospettiva "statica" della consistenza attuale del patrimonio netto ed, in particolare dell'esistenza di una perdita del capitale.

<sup>82</sup> La lettura in esame ha posto il problema di individuare i creditori rispetto ai quali la posizione del socio risulta postergata. Si ritiene preferibile la tesi che vuole la postergazione efficace rispetto alla generalità dei creditori, anche futuri, e ciò, sia perché la lettera della norma non pare consentire distinzione alcuna entro la categoria, sia perché, in seguito all'apertura del fallimento, è indubbia l'efficacia della postergazione nei confronti di tutti i creditori concorsuali, anche successivamente insinuati [cfr. G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 995], a vantaggio dei quali andrà, altresì, l'eventuale ripetizione del rimborso [G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, I, sub art. 2467 c.c., cit., 469 s.]: così, fra gli altri, G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 247 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, I, sub art. 2467 c.c., cit., 470 s.; B. DE DONNO, *sub art. 2462-2467 c.c.*, cit., 1024 s.; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 132 ss., il quale desume l'impossibilità di operare distinzioni entro la categoria creditori beneficiari della postergazione dall'assimilazione funzionale del prestito in capitale; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, cit., il quale, tuttavia, riguardo ai crediti non ancora sorti al tempo in cui il socio matura il diritto al rimborso del finanziamento, pare limitare l'efficacia della postergazione solo a quelli previsti o prevedibili. Tentativi di disaggregare, riguardo alla società ancora *in bonis*, l'unitaria categoria dei creditori non soci sono stati compiuti attribuendo rilevanza alla data di concessione dei finanziamenti, alla data di scadenza del finanziamento o del relativo rimborso [in tal senso paiono orientati D. SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, cit., 896; L. PARRELLA, *Finanziamenti dei soci e postergazione*, cit., 303; G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, cit., 988 s.].

<sup>83</sup> Così F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, cit., 268; G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 118 s.; M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, cit., 449; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 97 ss. il quale, come si dirà nel testo, limita l'inesigibilità del credito alla misura corrispondente alle perdite che abbiano intaccato l'integrità del capitale (*ivi*, 109); G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, Milano, cit., 246 ss. Secondo tale dottrina, il divieto di rimborso del finanziamento imposto dalla postergazione legale comporta l'inefficacia dell'eventuale termine di scadenza pattuito fra socio e società, sicché il mancato rimborso alla scadenza non sarà idoneo a provocare la mora del debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c., in quanto il ritardo non è imputabile ma discende da un obbligo di legge. Di fronte al rimborso indebitamente eseguito, ritiene che anche i creditori possano agire, in via surrogatoria, per la ripetizione dell'indebita ex art. 2033 c.c., oltre che agire in via inibitoria o domandare il sequestro conservativo di beni

personale ai sensi dell'art. 2476 c.c.<sup>84</sup> <sup>85</sup> Quanto ai secondi – i soci –, in pendenza delle condizioni di esigibilità del credito non potrebbero azionare la pretesa e, se rimborsati, sarebbero tenuti a ripetere quanto ricevuto, oltre che a rispondere anch'essi dell'indebito pagamento qualora lo abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato a norma del disposto di cui all'art. 2476, comma settimo, c.c.<sup>86</sup> (ad es.

---

appartenenti al patrimonio sociale rispetto ad ulteriori decrementi patrimoniali a beneficio dei soci finanziatori. Inoltre, ritiene possibile per i creditori anche impugnare il rimborso mediante l'azione revocatoria ordinaria, non operando, in ipotesi di finanziamenti postergati, l'esenzione per i pagamenti di debiti scaduti (art. 2901, comma terzo, c.c.), visto che, per effetto della postergazione il diritto al rimborso del finanziamento del socio non è un credito esigibile: G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 255 ss.; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 397 s.; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, cit., 898; M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, cit., 450; N. ABRIANI, *Finanziamenti anomali intragruppo e successiva rinegoziazione: tra postergazione legale e privilegio convenzionale (pareri pro veritate)*, in *RDS*, 4/2009, 736 s.

<sup>84</sup> Con riguardo alla responsabilità nei confronti dei creditori sociali, è controversa l'attuale spettanza di tale diritto, visto il mancato richiamo in materia di s.r.l. all'art. 2394 c.c., che tale azione disciplina in materia di s.p.a. Positivamente, fra gli altri, R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 3, 631 ss. *Contra*, fra gli altri, B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, vol. 3, 621 ss.

<sup>85</sup> Analogo discorso può farsi, salvi necessari adattamenti, con riguardo ai liquidatori: questi potranno legittimamente decidere di corrispondere ai soci finanziatori acconti sul risultato della liquidazione (anche in relazione al capitale) qualora risulta dai bilanci che la ripartizione non incide sulla disponibilità di somme sufficienti all'integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori sociali (art. 2491 c.c.); gli stessi, tuttavia, saranno tenuti a restituire gli acconti qualora *ex post* risulti l'insufficienza del patrimonio a soddisfare i creditori sociali, ciò che comporterà una responsabilità degli liquidatori solo se il loro operato non sia stato conforme alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (dunque, qualora abbiano scorrettamente valutato le informazioni in loro possesso e/o, venuti a conoscenza di una diversa situazione, non si siano tempestivamente attivati per la ripetizione) [cfr. G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 120 s.]. Per l'operatività della postergazione anche nella liquidazione volontaria, si veda anche: G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 262 ss.; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 134.

<sup>86</sup> Così G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 119 s.; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 271 ss.; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, cit., 896, nt. 46; C. ESPOSITO, *Il sistema delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, cit., 567, nt. 45, il quale rileva come l'atto di autorizzazione o decisione potrebbero essere impliciti in una richiesta di pagamento; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, cit., 112, il quale, spingendosi oltre nell'individuare la responsabilità degli amministratori, pone il dubbio se la loro stessa richiesta di finanziamenti ai soci sia fonte di responsabilità se avanzata quando la società versi in una situazione in cui l'eccessivo squilibrio o la ragionevolezza avrebbero richiesto un apporto di rischio.

Questione diversa è quella della configurabilità di una responsabilità dei soci finanziatori per "concessione abusiva di credito" ad una società in crisi finanziaria: possibilista parrebbe L. VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 942 ss., il quale rileva come anche il finanziamento da parte dei soci ha l'effetto di nascondere la reale situazione finanziaria della società ai terzi in buona fede, potenziali creditori ed, inoltre, sottolinea come di fronte ad una siffatta responsabilità fatta valere dal curatore non si porrebbero gli ostacoli che la giurisprudenza ha ravvisato nei casi di azioni rivolte contro le banche, in quanto nel caso di specie l'azione sarebbe diretta a proteggere l'intero ceto creditorio e non già la sola classe dei creditori non bancari; in senso negativo, cfr. M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di*

perché le competenze relative al rimborso siano ad essi conferite ovvero sia richiesta la loro autorizzazione o siano loro attribuite attraverso il meccanismo della sottoposizione ai soci o all'assemblea di determinati "argomenti" appartenenti alle competenze dell'organo gestorio<sup>87</sup>).

Anche la tesi in esame, benché meno rigida, solleva la perplessità di quanti (talvolta, gli stessi sostenitori) rilevano come, in base ad essa, il rimborso dei finanziamenti soci (pur sempre debiti) vada soggetto ad una disciplina comunque più severa di quella prevista per la ripartizione fra gli stessi soci delle poste del netto patrimoniale diverse dal capitale e dalla riserva legale (le quali ben potrebbero essere distribuite in base ad una delibera di scioglimento della riserva)<sup>88</sup>. Col rischio (ritenuto paradossale) che l'apporto in conto capitale<sup>89</sup> venga in futuro effettuato dai soci proprio al fine di eludere la più rigida disciplina dei finanziamenti<sup>90</sup>.

Da qui la peculiare posizione di chi, ispirandosi all'orientamento consolidato della giurisprudenza tedesca (la quale, sino alla recente riforma apportata dalla *MoMi-G*, assoggettava i prestiti dei soci al divieto di cui ai §§ 30 e 31 *GmbH-G*)<sup>91</sup>, ritiene che al di fuori del concorso il vincolo indotto dalla postergazione operi sì al ricorrere di una permanente condizione di squilibrio patrimoniale e/o finanziario della società, ma per la sola parte del credito del socio (per capitale e interessi<sup>92</sup>)

---

*capitali*, cit., 206 ss., muovendo dal rilievo per cui l'affidamento generato nei terzi da un prestito dei soci non potrebbe equipararsi a quello creato per effetto di un intervento bancario.

<sup>87</sup> Il rimborso dei finanziamenti soci, poiché rappresenta l'adempimento di un debito della società, attiene al profilo della gestione di quest'ultima ed è, quindi, di competenza dell'organo amministrativo, a differenza della restituzione degli apporti di capitale, che costituisce una vicenda di "distribuzione" e rientra nella competenza decisionale dei soci: cfr. M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 145; U. TOMBARI, *Apporti spontanei e prestiti dei soci nelle società di capitali*, cit., 574.

<sup>88</sup> Si veda, al riguardo G. PRESTI, *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata: il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di N. Abriani e T. Onesti, Milano, 2004, 131, che pure sposa la tesi del divieto di rimborso in costanza della situazione di squilibrio patrimoniale della società. Per un'obiezione analoga M. IRRERA, *La nuova disciplina dei prestiti dei soci alla società*, cit., 143; V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, cit., 1083. Riconosce l'incisività della critica anche M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 105 ss., per la peculiare posizione del quale si rinvia al testo.

<sup>89</sup> Sul tema degli apporti (o anche versamenti, o contributi, o finanziamenti, o prestiti) fuori capitale, si rinvia al § 5 del presente capitolo, testo e note.

<sup>90</sup> Così, V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, cit., 1083.

<sup>91</sup> Al riguardo, per maggiori approfondimenti, si rinvia al capitolo secondo del presente lavoro.

<sup>92</sup> Gli interessi, in qualità di "prestazioni accessorie, omogenee rispetto alla prestazione principale" (così F. FERRARA jr. – A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 354) ne condividono la sorte. Muovendo datale assunto ed in coerenza con la soluzione prospettata, M. MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 109, nt. 81, afferma che *durante*

corrispondente alle perdite che abbiano intaccato l'integrità del capitale<sup>93</sup>. Ed, in base a tale assunto – della cui opinabilità si dichiara consapevole<sup>94</sup> –, afferma che «la scelta degli amministratori in ordine al rimborso del finanziamento "anomalo" e al pagamento degli interessi maturati «debba essere preceduta da (e fondata su) la predisposizione di una situazione patrimoniale e di un conto economico secondo i criteri di valutazione dettati per il bilancio di esercizio, al fine di escludere (o, specularmente, di opporre al socio richiedente il rimborso) l'insussistenza del

---

*societate* gli interessi prodotti dal finanziamento continuano a decorrere ma, persistendo la situazione di crisi, l'adempimento della relativa obbligazione alle scadenze convenute resterà sospeso qualora vi sia una perdita del capitale sociale e per il relativo importo; dichiarato il fallimento della società, avrà luogo l'effetto sospensivo di cui all'art. 55, comma primo, l.f., al quale si accompagnerà la postergazione del credito del socio, anche in relazione agli interessi maturati sino a quella data, nonché l'obbligo di restituire l'intero importo degli interessi percepiti nell'anno anteriore. In termini O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. V, tomo I, Torino, 2007, 113.

<sup>93</sup> Così M. MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 97 ss. Se non si prende un abbaglio, alle stesse conclusioni giunge, ancor prima, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in Colombo-Portale, *Trattato*, cit., 149, nt. 273-bis, e 160 ss., il quale, però, muove da presupposti diversi. L'autorevole studioso, in particolare, sebbene ritenga, a differenza della dottrina indicata, che "alla luce delle esperienze comparatistiche [...], tenute ben presenti [...] dal legislatore della riforma, pare doversi escludere [...] un'applicazione della regola di postergazione al di fuori delle procedure concorsuali e di quelle di liquidazione della società" (così pure in *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, cit., 664 ss.), sostiene, al contempo: che "la parificazione dei prestiti agli apporti prescinde dall'apertura di una siffatta procedura [...], essendo a quel fine sufficiente la liquidazione per una qualsiasi ragione della società o la circostanza (sempre nel presupposto che i finanziamenti siano «anormali») che con il loro rimborso verrebbe meno la capacità di sopravvivenza della società" e, dunque, che "i mezzi propri di cui è stata dotata la società siano manifestamente insufficienti per l'esercizio dell'attività sociale", con l'avvertenza, tuttavia, che da tale conclusione non può desumersi l'estensione ai prestiti (aventi natura "sostitutiva" dei conferimenti) dell'integrale disciplina del capitale e/o delle riserve, ma (sulla falsa riga della soluzione della Corte Federale tedesca) la loro soggezione al divieto di distribuire ai soci il patrimonio necessario alla copertura del capitale sociale nonché, conseguentemente, il diritto degli amministratori ad agire in ripetizione delle somme rimborsate in violazione; che, in ogni caso, laddove eventuali rimborsi - pur rispettosi di detti limiti - provochino il passaggio da una situazione di sottocapitalizzazione nominale ad una di manifesta sottocapitalizzazione materiale, "devono portare [...] alla sanzione individuata per questa seconda forma di sottocapitalizzazione: responsabilità illimitata da delitto [...] o da «Durchgriff»" (cfr., anche, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *B.B.T.C.*, cit., 664 ss.).

<sup>94</sup> Così M. MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 111, che adduce, a sostegno della soluzione indicata: il principio di carattere generale dettato dagli artt. 2433, comma terzo, 2433-bis, comma terzo, e 2478-bis, comma quinto, c.c.; il paradigma normativo offerto dai prestiti irredimibili bancari (di cui è prevista l'utilizzazione a copertura di perdite di bilancio); l'orientamento costante in materia di versamenti in conto capitale; nonché esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle regole di condotta imposte dagli amministratori (p. 110). Significativo anche l'argomento costruito sulla *ratio* attribuita all'art. 2467 c.c. In particolare, l'Autore, riconoscendo alla norma la finalità di risolvere un problema di sottocapitalizzazione nominale e non, invece, di sottocapitalizzazione materiale della società, nega possa avere rilievo, ai fini della sua applicazione, la lacuna di mezzi propri, assegnando importanza, invece, alla funzione del finanziamento concesso dal socio: ragion per cui ritiene il vincolo della postergazione operante (*durante societate*) solo nei limiti della perdita del capitale e non, invece, per garantire una più adeguata capitalizzazione della società (nt. 86).



requisito di copertura contabile del capitale, con conseguente preclusione di ogni "ripartizione" di patrimonio sociale in favore dei soci»<sup>95</sup>.

Dalle considerazioni svolte circa il perimetro d'applicazione della postergazione - quale che sia l'estensione del vincolo da essa indotto al di fuori del concorso esecutivo - gli interpreti traggono le dovute conseguenze circa il trattamento contabile dei finanziamenti ad essa soggetti.

Postulato che la postergazione non opera alcuna riqualificazione imperativa del finanziamento in conferimento di rischio, ma, semmai (secondo una terminologia in voga fra i giudici) del finanziamento in "finanziamento postergato"<sup>96</sup>, costoro non dubitano del fatto che l'iscrizione dei valori corrispondenti debba avvenire nel "Passivo" reale, in seno alla voce (introdotta dalla riforma) "debiti verso soci per finanziamenti" (art. 2424, *D3*, c.c., richiamato per la s.r.l. dall'art. 2478-*bis*)<sup>97</sup>.

Ritengono, tuttavia, necessario che sia fornita adeguata informazione in merito alla loro soggezione a postergazione legale, ricavando tale obbligatorietà direttamente dalla prescrizione di cui all'art. 2427, comma primo, *lett. 19-bis* (anch'esso richiamato per la s.r.l. dall'art. 2478-*bis*) - il quale prevede che in seno alla nota integrativa i finanziamenti effettuati dai soci alla società debbono essere ripartiti per scadenze, con separata indicazione di quelli "con clausola di postergazione rispetto agli altri creditori" -, ovvero fondandola sulla clausola generale della rappresentazione veritiera e corretta della situazione finanziaria della società (2423, comma secondo, c.c.), in tal caso discutendosi, però, se l'informazione debba trovare

---

<sup>95</sup> Così M. MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 111 s. il quale non sembra con ciò voler escludere la rilevanza del "giudizio prognostico sulla prevedibile evoluzione degli affari sociali" (107) ma, semmai, affermarne l'insufficienza ai fini dell'accertamento dell'inesigibilità del credito. Tanto pare potersi dedurre dal passo in cui afferma che «se il criterio che deve orientare il giudizio degli amministratori sull'equilibrio economico finanziario della società ai fini dell'art. 2467 c.c. si caratterizza per un contenuto essenzialmente "dinamico", neppure può trascurarsi però la rilevanza, in una prospettiva questa volta "statica", della consistenza attuale del patrimonio netto, ed in particolar modo dell'esistenza di una perdita del capitale» (108), specie se messo in relazione con l'affermazione per cui una perdita di capitale sociale di per sé non implica l'esistenza di una situazione di squilibrio economico-finanziario, salvo non giunga alle dimensioni previste dagli artt. 2446 o 2482-*bis* c.c. (109, nt. 80).

<sup>96</sup> Così, Cassazione, 24 luglio 2007, 16393, cit.; Tribunale Pistoia, 21 settembre 2008, cit.; Tribunale di Vicenza, 12 febbraio 2008, cit.

<sup>97</sup> Prima della riforma ritenevano ipotizzabile una iscrizione del prestito subordinato fra le voci del netto patrimoniale: M. RAGNO, *Versamenti in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale e prestiti subordinati effettuati dai soci di società di capitali*, cit., 785, nt. 68; G. GIORDANO, *Note sulla compensabilità del debito da conferimento*, in *Riv. soc.*, 1996, 791, "nel solo caso in cui i prestiti subordinati abbiano una durata residua pari alla vita futura della società ed il loro rimborso sia subordinato all'integrale soddisfacimento di tutti gli altri creditori sociali".

collocazione comunque nella nota integrativa oppure nello stato patrimoniale mediante suddivisione della voce *D3* (argomentando dalla disciplina delle informazioni complementari di cui all'art. 2423, comma terzo, c.c.)<sup>98</sup>.<sup>99</sup>

Sottolineano, difatti, l'elevato contenuto informativo che tale indicazione riveste tanto sul piano "esterno", per i creditori attuali e potenziali della società - al fine di consentire loro un immediato apprezzamento del rischio associato all'erogazione di ulteriori finanziamenti all'ente<sup>100</sup>, nonché l'eventuale utilizzo degli strumenti volti a far valere la loro posizione - quanto sul piano "interno", contribuendo ad orientare le decisioni degli amministratori in punto di articolazione finanziaria dell'impresa<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Ritiene debba escludersi che sia legittimo fornire la relativa informazione nella relazione sulla gestione M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 2005, 262, nt. 181, il quale argomenta l'affermazione rilevando che la stessa non fa parte del bilancio ed, inoltre, che il legislatore, con la stessa prescrizione di cui all'art. 2427, n. 19-bis, c.c., fa della nota integrativa la naturale destinazione dei doveri illustrativi degli amministratori in ordine alle voci più significative del bilancio d'esercizio. Lo stesso Autore, tuttavia, assegna alla relazione sulla gestione un ruolo nell'ipotesi di restituzione del finanziamento anomalo avvenuta tra la data di riferimento del bilancio e quella della sua approvazione da parte dei soci: in questo caso, difatti, gli amministratori sarebbero tenuti a dare evidenza del rimborso all'interno della relazione medesima, fra "i fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio" (art. 2428, comma primo, n. 5, c.c.), essendo tale adempimento informativo coerente con le esigenze di tutela della società e del ceto creditorio, poiché consente di fissare la data del rimborso ai fini dell'eventuale richiesta di restituzione da parte degli amministratori o del curatore (p. 270 s.).

<sup>99</sup> Nettamente prevalente l'orientamento che risolve per la rappresentazione in nota integrativa, per il quale si citano, fra i molti: G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., 678; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 269; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, I, sub art. 2467 c.c., cit., 478 ss., il quale spiega il mancato riferimento letterale nella norma alla postergazione legale per essere la stessa collocata nella *sedes materiae* della s.p.a. e, dunque, di un tipo societario che ignora la suddetta forma di postergazione; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, cit., 112 s.; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, cit., 400 ss.; U. TOMBARI, *Apporti spontanei e prestiti dei soci nelle società di capitali*, cit., 572 s. Per ulteriori riferimenti ed indicazioni bibliografiche si rinvia a G. BALP, in L.A. Bianchi (a cura di), *Obbligazioni - Bilancio, Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari, 2007, sub art. 2423-ter-2427-bis, Milano, 2005, 455.

<sup>100</sup> Si veda al riguardo D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, cit., 403 ss., il quale constata che l'iscrizione dei finanziamenti al passivo, fra i debiti, offre all'esterno l'immagine di un peggioramento del rapporto debiti/patrimonio (ovvero del grado di indipendenza finanziaria) con verosimile diniego ad effettuare finanziamenti "a perdere", anche da parte degli stessi soci, e si chiede se la "patrimonializzazione" (seppure temporanea) sottostante alla riqualificazione del finanziamento come postergato debba avere dei riflessi sullo stato patrimoniale ulteriori rispetto alla sola informazione data alla voce *D3* ed alle precisazioni inserite nella voce 19-bis) della nota integrativa: in particolare, solleva il dubbio (senza nascondere la criticabilità della proposta) che sia necessario inserire un'apposita riserva alla voce VII (altre riserve) del patrimonio netto, così offrendo un'esposizione contabile della "patrimonializzazione" di cui la società può godere aumentando il proprio grado di leva finanziaria e, di riflesso, la propria potenzialità di indebitamento.

<sup>101</sup> M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 267 s.

## **b) La tesi della ... postergazione.**

Nonostante varie rielaborazioni ne abbiano mitigato gli accenti più estremi, l'orientamento descritto non è affatto pacifico.

Vi si contrappongono letture assai diverse, sostenute con altrettanta autorevolezza da coloro i quali - esaltando gli elementi di discontinuità della novella rispetto all'*humus* di modelli dei quali si sarebbe nutrita - risolvono l'art. 2467 c.c. in una regola di graduazione imperativa fra pretese creditorie, destinata ad operare esclusivamente in sede di concorso esecutivo (individuale o collettivo) sul patrimonio dell'ente<sup>102</sup>.

Secondo l'approccio in esame, difatti, altra sarebbe stata scelta compiuta dal legislatore all'art. 2467 c.c. rispetto agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali precedentemente affermatasi nel nostro ordinamento, nonché al modello offerto dall'ordinamento tedesco. E come tale andrebbe letta, liberando la mente da suggestioni o nostalgie.

In particolare:

*i)* con riguardo ai precedenti giurisprudenziali di diritto interno, sottolinea il diverso approdo cui giungeva, nel ventennio anteriore alla riforma, la giurisprudenza della Suprema Corte in tema di postergazione dei c.d. "versamenti in conto capitale".

Come è noto, con la locuzione in commento si indicano, in dottrina<sup>103</sup>, tutte le risorse, a vario titolo affluite dai soci in società, dirette ad alimentare il netto

---

<sup>102</sup> Così E. FAZZUTTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 50; G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1463; ZOPPINI, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da terzi (con particolare riguardo alle società fiduciarie)*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 433; M. SIMEON, *La postergazione dei finanziamenti dei soci nella s.p.a.*, *Giur. comm.*, I, 2007, 84; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 176; S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti ibridi di capitale*, cit., 310 s; ASSONIME, *Il finanziamento della società a responsabilità limitata*, circolare n. 40 del 17 luglio 2007, p. 8; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 463 ss; M. IRRERA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., pp. 1794 ss.; A. IRACE, in M. Sandulli-V.Santoro (a cura di), *La riforma delle società. Società a responsabilità limitata. Liquidazione. Gruppi. Trasformazione. Fusione. Scissione artt. 2462-2510 c.c.*, Torino, 2003, 345; L. VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 926 s.; G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, cit., 969, per l'approfondimento della tesi del quale si rinvia a nt.125.

<sup>103</sup> Poderosa è la letteratura sul tema, della quale si citano alcuni fra i principali contributi: F. CHIOMENTI, *I versamenti a fondo perduto*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 118 ss.; ID., *Ancora sugli apporti al capitale di rischio effettuati dai soci in forma diversa dal conferimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 239 ss.; P. SPADA, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, cit., 40 ss.; CARBONETTI, *I versamenti dei soci a copertura di perdite e la «deliberazione» prevista dall'art. 64 u.c. del decreto Irpef*, in *Riv. soc.*, 1979, 612 ss.; F. LAURINI, *Il trattamento fiscale delle delibere assembleari relative alle anticipazioni dei soci in conto capitale: una soluzione per un vecchio*

patrimoniale al di fuori dagli schemi giuridico-formali previsti per la costituzione o per l'aumento del capitale sociale<sup>104</sup>, secondo una prassi assai diffusa nelle società di medio - piccole dimensioni<sup>105</sup> e a ristretta base partecipativa<sup>106</sup>.

---

*problema*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1980, I, 365 ss.; F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Tratt. Galgano*, cit., 293 ss.; G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, cit., 127 e 131 ss.; ID., *I «versamenti in conto capitale» tra conferimenti e prestiti*, cit.; ID., *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 745 ss.; ID., *«Migrazione» dei versamenti spontanei dei soci dal passivo (debiti) al patrimonio netto (riserve) nel bilancio d'esercizio*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 697; P. FERRO LUZZI, *I «versamenti in conto capitale»*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 895 ss.; ID., *Imputazione a capitale della posta: «soci c. finanziamento infruttifero»*, *ivi*, 1982, II, 260 ss.; ID., *«Conto finanziamento soci» e «fondi speciali iscritti in bilancio ex art. 2442 c.c.»*, *ivi*, 891 ss.; SALAFIA, *Il versamento in conto capitale da parte del socio alla società*, cit., 1982, 984; R. VENTURA, *Il finanziamento delle imprese da parte dei soci*, *ivi*, 1412 ss.; G. B. PORTALE, *"Appunti in tema di «versamenti in conto futuri aumenti di capitale» eseguiti da un solo socio"*, in *B.B.T.C.*, 1995, I, 93 ss.; P. ABBADESSA, *"Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione"*, cit., 497 ss.; L. PARRELLA, *Versamento in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, cit.; M. RAGNO, *Versamenti in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale e prestiti subordinati effettuati dai soci di società di capitali*, cit., 763 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, *Diritto delle società*, 503, *sub* nt. 32; M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti spontanei in società di capitali*, cit.; G. SPALTRO, *Natura dei versamenti in denaro effettuati dai soci in favore della società*, in *Soc.*, 2004, 483; M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società. Ricostruzione del fenomeno e prospettive di qualificazione e disciplina*, cit.; C. COSTA, *Riserva nelle società*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1225 ss.; G.E. COLOMBO, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1994, VII, 517-518; D. CENNI, *I versamenti fuori capitale dei soci e la tutela dei creditori sociali*, *Contr. e impr.*, 1995, 1110 ss.; U. TOMBARI, *«Apporti spontanei» e «prestiti» dei soci nelle società di capitali*, cit. 553.

<sup>104</sup> All'interno del vasto fenomeno sogliono distinguersi quattro forme diverse di "versamenti in conto capitale": a) i "versamenti in conto capitale" in senso stretto, operati dai soci per alimentare il netto patrimoniale, al quale restano definitivamente acquisiti stante l'assenza di un obbligo di restituzione in capo alla società; b) i "versamenti a copertura di perdite", destinati a ripianare, appunto, le perdite del capitale sociale ovviando, però, alla formale procedura di riduzione e reintegrazione dello stesso ed, in particolare, agli oneri pubblicitari per essa previsti (art. 2436 c.c.); c) i "versamenti in conto aumento di capitale", effettuati a titolo di anticipata esecuzione di un aumento a pagamento di capitale sociale già deliberato, in attesa dell'iscrizione nel Registro delle imprese dell'attestazione degli amministratori che l'aumento è stato eseguito. Fino a quando ciò non avviene, difatti, l'aumento di capitale non è menzionabile negli atti della società (art. 2444 c.c.), sicché i versamenti già effettuati dai soci vengono collocati temporaneamente in un conto acceso ad una riserva di capitale («versamenti in conto aumento capitale»), che solo in seguito alla conclusione dell'operazione verrà imputata al capitale sociale; d) i "versamenti in conto futuro aumento di capitale", i quali anticipano l'esecuzione di un aumento a pagamento del capitale sociale non ancora deliberato, sicché l'apporto deve ritenersi risolutivamente condizionato alla mancata adozione della delibera di aumento: condizione dal cui avveramento discende l'obbligo di restituzione delle somme da parte della società, frattanto soggette ad uno specifico vincolo di destinazione (così, Cassazione, 6 luglio 2001, n. 9209, in *Società*, p. 2621, la quale precisa che, per il caso in cui non si sia stabilito un termine entro il quale la società deve procedere all'aumento di capitale, il socio potrebbe chiedere la restituzione del versamento in questione solo previa fissazione giudiziale di un termine per la delibera, così da determinare l'avveramento o il mancato avveramento della condizione). Per una disamina delle diverse figure di versamenti in conto capitale si vedano, fra gli altri: L. PARRELLA, *Versamento in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, cit., 112 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, *Diritto delle società*, cit., 503, *sub* nt. 32; M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti spontanei in società di capitali*, cit., 29 ss. e 119 ss.; G. TANTINI, *I versamenti dei soci*, cit., 745 ss.; G. SPALTRO, *Natura dei versamenti in denaro effettuati dai soci in favore della società*, in *Soc.*, 2004, 483; M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società*, cit., il quale, per altro, nega autonomia alla figura dei versamenti in conto futuro aumento di capitale, che identifica con la più generale figura dei versamenti in conto

Tale prassi - nata ed incentivata da una normativa fiscale di favore<sup>107</sup> - fa anch'essa (come quella, contigua, dei finanziamenti) da *pendant* al fenomeno della

---

capitale (p. 102 ss.). L'articolazione in quattro diverse tipologie dei versamenti che i soci possono effettuare a favore della società è contemplata anche dal principio contabile n. 28 del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri, il quale tuttavia, adottando un'accezione ampia del termine "versamento", vi annovera anche i "versamenti a titolo di finanziamento", mentre non esplicita la distinzione fra "versamenti in conto capitale" e "versamenti a copertura di perdite", classificati entrambi sotto la voce "versamenti a fondo perduto" (cfr. CNDC, CNRC, *Principi contabili*, Milano, 2003).

<sup>105</sup> Sul frequente ricorso da parte delle società di piccole e medie dimensioni ai contributi dei soci per il finanziamento dell'attività d'impresa, si rinvia a: G. MINERVINI, *Il sistema italiano di finanziamento delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1976, 753; P. G. MARCHETTI, *Piccole e medie imprese e capitale di rischio*, in AA.VV., *Il capitale di rischio delle piccole e medie società di capitali di nuova costituzione*, Milano 1981, 153 ss.

Si segnala, peraltro, come il fiorire della prassi sia stato determinato anche dalla deroga per essa prevista al divieto di cui all'art. 11 del T.U.B (d.lgs. n. 385, dell'1 settembre 1993). In particolare, questo, dopo aver definito come "raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso" ed avere sancito che "la raccolta del risparmio tra il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche", ha previsto che il Cicer avrebbe potuto stabilire "limiti e criteri, anche con riguardo all'attività e alla forma giuridica dei soggetti, in base ai quali non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico quella effettuata: a. presso soci e dipendenti; b. presso società controllanti, controllate, collegate [...] e presso controllate da una stessa controllante". Il Cicer ha provveduto con la deliberazione del 3 marzo 1994, stabilendo che la raccolta del risparmio tramite acquisizione di fondi con obbligo di rimborso presso soci non è considerata raccolta di risparmio tra il pubblico né va soggetta alle sanzioni dettate per l'illegittima raccolta di risparmio, se effettuata al ricorrere di determinate disposizioni da essa previste: in particolare, se effettuata presso soggetti iscritti nel libro dei soci da almeno tre mesi, che detengano una partecipazione di almeno il 2 per cento del capitale sociale risultante dall'ultimo bilancio regolarmente approvato; e, purché tale facoltà sia prevista nello statuto. Da qui il fiorire negli statuti di clausole abilitanti agli apporti dei soci alla società con diritto a restituzione. La delibera del Cicer del 3 marzo 1994 è stata sostituita dalla delibera del 19 luglio 2005, la quale all'art. 6 stabilisce che la raccolta da parte della società di fondi provenienti dai soci stessi, oggetto di successivo rimborso, non è considerata "raccolta del risparmio tra il pubblico" (attività riservata alle sole banche) qualora siano rispettate le condizioni previste, fra le quali: la possibilità di erogare finanziamenti fruttiferi o infruttiferi sia prevista nello statuto sociale; il socio finanziatore detenga almeno una quota pari al 2 per cento del capitale della società risultante dall'ultimo bilancio approvato; il socio finanziatore sia iscritto da almeno tre mesi nel libro dei soci della società (libro soppresso, per la s.r.l., dal d.l. 185/2008, convertito in l. 2/2009); la raccolta non sia effettuata mediante strumenti a vista o collegati all'emissione o alla gestione di mezzi di pagamento.

<sup>106</sup> Nel senso che sia questo l'ambiente «tipico» ove si verifica la fattispecie: P. FERRO LUZZI, *I versamenti in conto capitale*, cit., 895 e 904; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, cit., 27; G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nelle società per azioni*, cit., 57; ID., *«Migrazione» dei versamenti spontanei dei soci dal passivo (debiti) al patrimonio netto (riserve) nel bilancio d'esercizio*, cit., 697; ID., *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 746; U. TOMBARI, *«Apporti spontanei» e «prestiti» dei soci nelle società di capitali*, cit., p. 553.

<sup>107</sup> Il riferimento è agli artt. 43 e 64 del D.P.R. n. 597/1973 (T.U. imposte sui redditi) dei quali: il primo, prevedeva «l'esclusione dalla presunzione di onerosità, a titolo di interessi, delle somme versate dai soci alla società in conto capitale» (art. 43); il secondo, invece, che non si tenesse conto nella determinazione del valore dei titoli delle «somme versate a copertura di perdite» (art. 64). In entrambi i casi, l'applicazione delle agevolazioni tributarie era subordinata ai requisiti della «formale deliberazione» e della proporzionalità dei versamenti alle quote di partecipazione. Tali requisiti, tuttavia, a causa dei problemi di coordinamento posti tra disciplina tributaria e civilistica (specie il requisito della «formale deliberazione»), sono stati eliminati dal legislatore del Testo Unico delle imposte dirette (D.P.R. n. 917/1986). L'art. 43 (oggi 46) del T.u.i.r., prevede che le somme versate alle società commerciali dai loro soci si considerano date a mutuo se dai bilanci di tali soggetti

sottocapitalizzazione societaria: costituisce, difatti, uno strumento di capitalizzazione "materiale" (o informale) della società, alternativo al (e, assai spesso, sostitutivo del) formale "conferimento" e ad esso preferito dai soci per il minore formalismo, la minore onerosità e, soprattutto, la mancata soggezione alla relativa disciplina vincolistica, da cui le più agevoli modalità di rimborso<sup>108</sup>.

Da qui la posizione centrale occupata nel dibattito giuridico anteriore alla riforma, che ad essa guardava con sospetto ritenendola preordinata ad eludere le norme poste a tutela del capitale, ridotto da posta "principe" a posta "cenerentola" del netto<sup>109</sup>. Sospetto, acuito dall'evanescenza dei confini fra talune fattispecie ad essa afferenti e gli apporti di natura creditizia.

Invero, se su d'un piano prettamente concettuale, la differenza fra "versamenti in conto capitale" e "finanziamenti" appariva già allora chiara<sup>110</sup>, la casistica

---

non risulta che il versamento e' stato fatto ad altro titolo. Per l'analisi degli effetti prodotti dall'agevolazione fiscale sul piano civilistico ed un confronto tra vecchia e nuova disciplina tributaria si rinvia a: M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alle società*, cit., 36 ss.; G. TANTINI, *I «versamenti in conto capitale» tra conferimenti e prestiti*, cit., 12 ss.; ID., *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 751 ss.; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, cit., 9 ss.

<sup>108</sup> Benché si tratti di somme definitivamente acquisite al patrimonio sociale (salvo il solo caso dei versamenti in conto di futuro aumento di capitale, per i quali sopravvive un diritto dei soci, sebbene condizionato alla mancata adozione della delibera di aumento del capitale nel termine, alla restituzione delle somme versate), la maggioranza dei soci può sempre deliberare una distribuzione delle riserve attingendo alle poste relative a tali versamenti.

<sup>109</sup> L'espressione è di G.B. PORTALE, in *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, *Trattato Colombo-Portale*, cit., 102 ss. L'Autore ritiene che la prassi dei versamenti in conto capitale sia idonea a generare, anch'essa, il fenomeno della sottocapitalizzazione nominale della società. Di questa, difatti, distingue due diversi modelli: "il primo si ha quando la società è sì munita dei mezzi necessari al perseguimento dell'oggetto sociale, ma questo avviene non attraverso il conferimento di mezzi propri (= «capitale di rischio») adeguati (che, anzi, sono apportati in misura assolutamente inadeguata alle dimensioni dell'attività che i soci si ripromettono di svolgere), bensì attraverso la concessione alla stessa di finanziamenti (sproporzionati rispetto al capitale sociale di cui è stata dotata) da parte dei soci, i quali, nella duplice veste (duplice di soci e) di creditori, avrebbero diritto di concorrere con gli altri creditori sociali" (p. 143); il secondo "ricorre tutte le volte che la società è dotata di un capitale sociale di importo molto ridotto e di riserve di ammontare del tutto sproporzionato in relazione a quell'importo e tale, comunque, da assicurare la congruità del «patrimonio netto» rispetto all'oggetto sociale" (165 s.).

<sup>110</sup> Salvo opinioni del tutto isolate (M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alle società*, cit., 160), della liceità di tali forme d'apporto non si dubita né in dottrina né in giurisprudenza, ove è stata definitivamente sancita da Cassazione, 3 dicembre 1980, n. 6315, in *Giur. comm.*, 1981, II, pp. 895 ss. Conformi, fra le molte: Cass., 29.10.1994, n. 8928, in *Giur. comm.*, 1996, II, pp. 32 ss., con nota di J. SODI, *I versamenti in conto capitale nella prassi: differenti caratteristiche ed atteggiamento della giurisprudenza*; Cass., 19.3.1996, n. 2314, in *Società*, 1996, 1267; Cass., 14.12.1998, n. 12539, in *Notariato*, 1999, 538; Cass., 21.5.2001, n. 7427, in *Società*, 2002, 1221; Cass., 6.7.2001, n. 9209, in *Foro it.*, 2001, I, 3621; App. Milano, 13.2.1981, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 260; Trib. Milano, 5.12.1988, in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, p. 75; App. Bologna, 16.2.1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, 263; Trib. Verona, 15.5.1998, in *Notariato*, 1999, p. 539; Trib. Roma, 21.5.2001, in *Giur. comm.*, 2003, II, pp. 690 ss., con nota di G. TANTINI; Trib. Udine, 8.10.2001, in *Le Società*, 2002, 364; App. Milano,

giurisprudenziale mostrava come sia spesso difficile qualificare, in concreto, gli apporti eseguiti dai soci in termini di "mutuo" (o altro negozio avente causa creditizia) ovvero di "apporto di patrimonio"<sup>111</sup>: qualificazione dalla quale dipende l'individuazione del trattamento giuridico loro proprio, specie riguardo alla sussistenza (o meno) di un obbligo di restituzione a carico della società.

Nei rapporti patrimoniali fra soci e società, difatti, era assai frequente l'assenza di una dichiarazione di volontà delle parti che esplicitasse chiaramente la causa (*mutui* ovvero *societatis*) del negozio sottostante alla dazione. Noto era, inoltre, il carattere atecnico e polivalente delle denominazioni con cui gli apporti erano effettuati (spesso deliberati) e appostati in bilancio, di norma volutamente impiegata dai soci, complici gli amministratori, al fine di presentare tali versamenti ai finanziatori esterni (specie le banche) come componenti del netto (enfaticizzando così l'entità dei mezzi propri della società e, conseguentemente, la sua capacità di meritare credito) ed esigerne, invece, il rimborso al sopraggiungere di una crisi d'impresa: sicché il «versamento», presentato *durante societate* come un "conferimento", quando la società diventava insolvente si trasformava in un "prestito", e dalla posta del netto migrava tra i debiti, allo scopo di concorrere - in condizione di parità con gli altri - al rimborso anziché - dopo e subordinatamente al

---

31.1.2003, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 612; Trib., Napoli, 8.1.2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 74. In dottrina, per la liceità degli «apporti spontanei» si esprimono, *ex plurimis*: P. SPADA, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, cit., 40 ss.; G.B. PORTALE, *Appunti in tema di «versamenti in conto futuri aumenti di capitale» eseguiti da un solo socio*, cit., 95; D. CENNI, *I «versamenti fuori capitale» dei soci e la tutela dei creditori sociali*, cit., 1110 ss.; G. FIGÀ TALAMANCA, *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, cit., 174; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, cit., 106-107; M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti spontanei in società di capitali*, cit., 7 ss.; G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, cit., p. 774; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, sesta ed., cit., 491-492. In via generale, infatti, vale un principio di libertà nelle forme finanziamento dell'impresa sociale. I soci, dunque, possono decidere in via del tutto discrezionale se, in quale misura e con quali mezzi finanziare la società: si veda, sul punto, nota 115. Per l'ammissibilità dei rapporti di «prestito» tra soci e società si esprimono, fra i molti: L. PARRELLA, op. ult. cit., 86 ss.; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 1-2; C. ANGELICI, *Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società*, cit., 681 ss.

<sup>111</sup> Altra espressione con la quale si indicano quei contributi fuori capitale irredimibili, in quanto destinati ad incrementare stabilmente il patrimonio dell'ente aumentando l'attivo e/o colmando le perdite e, dunque, dotati di una causa diversa da quella del mutuo e simile, invece, a quella del conferimento di rischio: cfr., al riguardo, P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nella società di capitali: una proposta di soluzione*, cit., 597 ss.; In giurisprudenza, fra le tante, Cassazione 6 luglio 2001, 9209, in *Le Soc.*, 2002, 35.

pagamento di questi - alla distribuzione, con evidente pregiudizio per i creditori sociali<sup>112</sup>.

In simili situazioni d'incertezza, ed in mancanza di norme di legge in materia, la giurisprudenza si era fatta carico di fornire, in via interpretativa, una regolamentazione del fenomeno capace di arginarne gli effetti distorsivi sul corretto funzionamento delle società: primo fra tutti, l'esternalizzazione del rischio d'impresa dai soci ai creditori sociali.

Questa - dopo aver inizialmente fatto ricorso ad una discutibile presunzione di socialità del versamento, in mancanza di specifica pattuizione contraria<sup>113</sup> - muoveva nel senso di una (più corretta) qualificazione delle attribuzioni patrimoniali effettuate dai soci in società secondo l'effettiva volontà delle parti, da accertarsi (ogni qual volta vi fosse un'oggettiva situazione di dubbio) in funzione delle modalità in cui concretamente è stato attuato il rapporto, delle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e degli interessi che vi sono sottesi, senza che allo scopo si stimasse vincolante il solo dato della denominazione o delle modalità di iscrizione del versamento nelle scritture contabili.

Da qui un approccio "sintomatico", basato sulla valorizzazione di indici presuntivi della volontà delle parti da cui trarre argomento per ricostruire la "causa concreta" dell'operazione<sup>114</sup>. Approccio in virtù del quale le corti giungevano a qualificare come "versamenti in conto capitale" tutti gli apporti che non presentavano

---

<sup>112</sup> Così G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato Colombo-G.B. Portale*, I\*\*\*, 746.

<sup>113</sup> Così Cassazione, 3 dicembre 1980, n. 6315, in *Giur. comm.*, 1981, II, pp. 895 ss; Appello Milano, 13 febbraio 1981, *ivi*, 1982, II, 260 ss.; Appello Trieste, 21 novembre 1981, *ivi*, 1982, II, 891 ss.; Appello Bologna, 16 febbraio 1991, *ivi*, 1992, II, 263 ss.; ma, ancora di recente, Trib. Roma, 21 maggio 2001, *ivi*, 2003, II, 690 ss.; in dottrina, in senso contrario, fra i molti: P. FERRO LUZZI, *I versamenti in conto capitale*, cit., 903 ss.; P. FERRO LUZZI, "Conto finanziamento soci" e "fondi speciali iscritti in bilancio" ex art. 2442 c.c., cit., 893 ss.; G.TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato Colombo-Portale*, cit., 775.

<sup>114</sup> Al riguardo, la giurisprudenza ha ritenuto i seguenti indici, seppure privi in sé di univoca capacità segnaletica, capaci, ove considerati nel loro complesso, di svelare l'intenzione del socio di conferire a patrimonio e dunque, di mettere durevolmente a disposizione della società nuovi mezzi propri di cui poter disporre: la natura gratuita del versamento o la previsione di una remunerazione "fuori mercato"; l'assenza di un termine di scadenza, ovvero la presenza di una termine irragionevolmente lungo ovvero, ancora, la mancata richiesta di restituzione a scadenza; la presenza, in statuto, delibere assembleari o patti parasociali, di obblighi di finanziamento del socio; il rapporto di proporzionalità rispetto alle quote di partecipazione; l'esiguità della compagine sociale; la sottocapitalizzazione della società; la destinazione delle somme; le modalità della loro iscrizione in bilancio (per una compiuta disamina di tali indici, cfr, in particolare, M. MAUGERI, *Finanziamenti dell'unico socio e avvio dell'impresa sociale*, cit., 634 ss., M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società. Ricostruzione del fenomeno e prospettive di qualificazione e disciplina*, cit., 109 ss.



i crismi di un vero e proprio prestito (individuati, in buona sostanza, nella chiara presenza di un obbligo contrattuale di rimborso a carico della società) e di tali apporti, coerentemente inquadrati fra le componenti del netto e assoggettati alla relativa disciplina<sup>115</sup>, sancivano l'irripetibilità, salvo che in caso di scioglimento della società e previo soddisfacimento dei creditori sociali<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Si ritiene che i versamenti in conto capitale vadano appostati all'interno del patrimonio netto, alla voce "Altre riserve, distintamente indicate" di cui alla lettera A) - VII della colonna del passivo dello stato patrimoniale (art. 2424 cc.): in giurisprudenza, per tutte, Cassazione, 19 marzo 1996, n. 2314, in *Società*, 1267 ss. Discusso è, invece, il regime giuridico della riserva così costituita. Benché autorevole, isolata è rimasta l'opinione espressa da F. CHIOMENTI (*I versamenti a fondo perduto*, cit., 118; ID., *Ancora sugli apporti al capitale di rischio effettuati dai soci in forma diversa dal conferimento*, cit., 246) che riteneva ad essa applicabile la disciplina propria del capitale sociale nominale o, quantomeno, quella pur sempre rigorosa della riserva legale. Muovendo dalla constatazione che "la volontà degli autori dei versamenti è proprio quella di non assoggettarli, fino a futura diversa decisione, al regime del capitale" (così, testualmente, G.E. COLOMBO, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato Colombo-Portale*, cit., 517-518), la dottrina prevalente ha invece ritenuto che la disciplina che meglio si adatta alla fattispecie in esame sia quella della riserva da soprapprezzo azionario [C. COSTA, *Riserva nelle società*, cit., 1227 ss.; G.B. PORTALE, *Appunti in tema di «versamenti in conto futuri aumenti di capitale» eseguiti da un solo socio*, cit., 95 e 100; P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*", cit., 506; M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società*, cit., 185; G.E. COLOMBO, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato Colombo-Portale*, cit., 517-518; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, cit., 148 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, cit., 492, sub nt. 2]. Tale posizione ha trovato accoglimento in giurisprudenza, per la quale si veda, da ultimo, la recente pronunzia della Cassazione, 24 luglio 2007, n. 16393, in *RDS*, 2/2009, p. 288 ss., con nota di S. Ferri, *Versamenti in conto capitale, riserve "targate" e finanziamenti dei soci*, che si segnala altresì per aver accolto, per la prima volta, il concetto formulato in dottrina di "riserva personalizzata" o "targata" (secondo l'efficace terminologia adottata da PORTALE, *Appunti in tema di «versamenti in conto futuri aumenti di capitale» eseguiti da un solo socio*", cit., 96) in quanto costituita grazie agli apporti spontanei effettuati in favore della società solo da uno o alcuni dei soci, oppure da tutti i soci, ma in misura non proporzionale alla rispettiva partecipazione al capitale sociale. Si riporta di seguito la massima: «I versamenti in conto capitale costituiscono conferimenti volti ad incrementare il patrimonio netto della società e non sono imputabili a capitale, salvo che, con apposita delibera assembleare di modifica dell'atto costitutivo, non ne venga disposto successivamente l'utilizzo per un aumento del capitale sociale; una volta eseguiti, i versamenti vanno a costituire una riserva, non di utili, ma "di capitale", soggetta alla stessa disciplina della riserva da soprapprezzo (art. 2431 c.c.), seppure "personalizzata" o "targata" in quanto di esclusiva pertinenza dei soci che li hanno effettuati. Ne consegue che i soci eroganti possono chiedere la restituzione delle somme versate solo per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione e che, d'altra parte, i ridetti versamenti, in caso di saturazione della riserva legale, possono con delibera dell'assemblea ordinaria essere distribuiti "durante societate" tra i soci in misura corrispondente a quanto da ognuno versato.». V'è, tuttavia, chi nega l'analogia fra i versamenti in conto capitale e l'istituto del soprapprezzo azionario e ritiene che la riserva in esame sia assimilabile ad una riserva facoltativa e, dunque, disponibile (G. TANTINI, *I «versamenti in conto capitale» tra conferimenti e prestiti*, cit., 98; D. CENNI, *I versamenti fuori capitale dei soci e la tutela dei creditori sociali*, cit., 1150 ss.; V. SALAFIA, *Conferimento a capitale dei crediti dei soci*, in *Soc.*, 1987, 421).

<sup>116</sup> Così, Cass., 19 marzo 1996, n. 2314, in *Soc.*, 1996, 1267, la quale precisa che, ogni qual volta il materiale probatorio offerto all'esame del giudice non consenta di pervenire in proposito a conclusioni sicure, sarà giocoforza respingere la domanda di restituzione proposta dal socio, perché in ambito civilistico nulla consente di presumere che il versamento sia sorretto da una causa di mutuo, ed è principio generale quello per il quale compete all'attore fornire la dimostrazione del titolo in base al quale egli avanza la propria pretesa. Tuttavia, per la prevalenza della modalità di iscrizione in bilancio, qualora la volontà delle parti sia ambigua, cfr. Cassazione, 14 dicembre 1998, 12539, in

Almeno in linea di principio (e salve talune sentenze di dubbia interpretazione<sup>117</sup>) escludeva, tuttavia, la possibilità di postergare forzosamente (dunque, *contra voluntatem partium*) quegli apporti dei soci in società che mostravano chiara la loro natura creditizia, ciò che, invece, è chiamata a fare la nuova norma;

ii) quanto all'orientamento di quell'avanguardia dottrinarica che riteneva possibile *riqualificare*, su base causale, i finanziamenti alla società sottocapitalizzata in apporti di rischio, si è già detto come la tesi al vaglio abbia mostrato (e, riteniamo, dimostrato) il diverso *modus operandi* della novella.

Questa – ci si limita a ricordare – non fa dipendere la postergazione dell'accertamento di una causa societaria del negozio di finanziamento – che ben potrebbe possedere tutti i crismi di un vero e proprio prestito (termine finale di restituzione, interessi corrispondenti a quelli di mercato, garanzie e via dicendo) – bensì soltanto dall'anomalia della condizione patrimoniale e/o finanziaria in cui versa la società all'atto della concessione (art. 2467, comma secondo, c.c.). In altri termini, non dice affatto che "certi prestiti – trovando la propria causa nel contratto di società – debbano essere sottoposti ad una disciplina analoga a quella dei conferimenti", nei quali verrebbero, allora sì, imperativamente riqualificati; ma dice solo che, nel concorso delle previste circostanze, ferma restando la natura creditizia dell'apporto, il loro rimborso "è postergato rispetto al soddisfacimento degli altri creditori e, se

---

*Not.*, 1999, 538: "la questione della distinzione in concreto, tra conferimenti in conto capitale e finanziamenti, sia pure infruttiferi, deve essere risolta sulla base dell'effettiva volontà manifestata dalle parti; se, tuttavia, manca una chiara manifestazione di volontà la chiave di lettura della qualificazione non può che essere ricercata nella terminologia adottata dal bilancio: questo è soggetto all'approvazione dei soci e la qualificazione che i versamenti hanno ricevuto nel bilancio diventano determinanti per stabilire se si tratta di finanziamento o di conferimento", posto che i soci non possono sfuggire all'efficacia interna del bilancio e "la relativa delibera di approvazione ha efficacia nei confronti dei soggetti legati dal rapporto sociale". In termini anche Cass. 6 luglio 2001, 9209, in *Soc.*, 2002, 35, con nota di G. Veridrame e *Foro it.*, 2001, I, 3621; Appello Torino, 7 luglio 2005, in *Soc.*, 2005, 1534. Che la qualificazione di versamenti fuori capitale sia una *quaestio voluntatis* sulla finalità sostanziale dell'operazione è confermato, fra le molte, da: Cass., 21 maggio 2002, n. 7427, in *Mass. giur. it.*, 2002; Cass., 19 luglio 2000, 9471, in *Mass. giur. it.*, 2000. Nella giurisprudenza di merito, seguono l'indirizzo della Suprema Corte: Tribunale Verona, 15 maggio 1998, in *Soc.*, 1195 ss.; Appello L'Aquila, 7 marzo 1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 55; Tribunale Napoli, 5 dicembre 1991, in *Il fall.*, 1992, 846 ss.

<sup>117</sup> Si rinvia, sul punto, a G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 118, nt. 189, il quale cita due decisioni del Tribunale di Catania: del 30 giugno 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, 228, e del 15 gennaio 1987, in *Giur. merito*, 1987, I, 1168). Si cfr., tuttavia, G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1454, nt. 8, il quale rileva come le decisioni citate si limitino a considerare "non scaduto" il credito del socio per la restituzione del finanziamento, senza, tuttavia, riqualificarlo come apporto in conto capitale.

effettuato nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito"<sup>118</sup>;

iii) con riguardo, infine, al modello di regolazione offerto dal sistema tedesco – per grandi linee già descritto – ne segnala la differente impostazione tanto riguardo alla disciplina legale che a quella d'origine giurisprudenziale.

Quanto alla prima, per il potenziale maggior rigore dell'art. 2467 c.c., che non include espressamente tra gli elementi costitutivi della fattispecie la circostanza che il prestito sia stato erogato in una situazione di "crisi della società", né precisa che la postergazione debba trovare necessario presupposto nell'apertura di una "procedura concorsuale d'insolvenza" (§ 32a *GmbH-G*). Quanto alla seconda, invece, per il minor rigore, non avendo disposto che i finanziamenti anomali, in quanto sostitutivi del capitale (*Kapitalersetzende*), debbano essere trattati alla stregua di questo (*Stammkapital*) anche fuori dalla procedura d'insolvenza e, dunque, non possano essere rimborsati ogni qual volta lo stesso risulti intaccato da una perdita di qualunque ammontare (§ 30 e 31 *GmbH-G*)<sup>119, 120</sup>.

Sgombrato il campo dalla tentazione di appiattire pedissequamente la norma novella sull'uno o l'altro dei precedenti indicati, la dottrina di cui si discute trae dall'analisi svolta talune indicazioni utili a meglio interpretarla.

Rileva, in particolare, come, una volta negata la possibilità di spiegare la disciplina di cui al primo comma in termini di "riqualificazione" del prestito in conferimento di rischio ed appurato, quindi, che la stessa non incide sulla sostanza del rapporto intercorrente fra socio e società (che resta di natura creditizia, secondo un assunto ormai condiviso dalla gran parte degli interpreti<sup>121</sup>), debba concludersi per il riconoscimento al socio del diritto ad ottenere il rimborso alla scadenza pattuita: rimborso che, in quanto *debito*, deve ritenersi irripetibile, oltre che irrevocabile (art. 2901, comma terzo, c.c.), sempre che non intervenga entro l'anno successivo la dichiarazione di fallimento della società<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> Così G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1457.

<sup>119</sup> In termini, G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1459.

<sup>120</sup> Per un'analisi più ampia del modello tedesco, si rinvia al terzo capitolo del presente lavoro.

<sup>121</sup> Cfr. nt. 63.

<sup>122</sup> A conclusioni non dissimili dovrebbe giungersi anche qualora si intendesse la postergazione in termini di posticipazione legale del termine del rimborso, attesa la normale irripetibilità di quanto pagato dal debitore prima della scadenza (art. 1185, comma secondo, c.c.): lo rileva G. FERRI jr., *In tema di postergazione legale*, cit., 974.

L'opinione espressa troverebbe conferma (e l'avversa smentita) nella stessa lettera della norma. Questa, difatti, mentre nulla dice riguardo ai doveri degli amministratori in ordine al rimborso del finanziamento postergato, viceversa, nel secondo inciso del primo comma, dispone la revoca dell'atto solutorio *solo* nel caso in cui sia avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento: ciò che sembrerebbe postulare – argomentando *a contrario* – non solo l'esigibilità da parte del socio ma, addirittura, la doverosità per gli amministratori del rimborso medesimo, ancorché la società versi in una condizione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento o di ragionevolezza di un conferimento in luogo del finanziamento<sup>123</sup>. A ritenere diversamente, per altro, si opererebbe una forzatura del dettato normativo, che mostra di assegnare rilevanza alle circostanze da ultimo indicate in relazione all'atto di concessione del finanziamento, al fine di delimitare la fattispecie disciplinata, e non anche in ordine al suo rimborso, al fine di precisare la disciplina ad essa applicabile<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Così G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, cit., 975 s.; G. ZANARONE, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 467; E. FAZZUTTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 50; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 177 s.; L. VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 928 s.; M. SIMEON, *La postergazione dei finanziamenti dei soci nella s.p.a.*, cit., 86; M. IRRERA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit. 1794 s.; S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti ibridi di capitale*, cit., 311; L. DE ANGELIS, *Dal capitale leggero al capitale sottile: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, cit., 1464, il quale afferma che "l'inefficacia post-fallimentare dei rimborsi di tali finanziamenti limitata all'anno che precede la procedura sembra trattare come atti leciti e non toccabili i rimborsi dei versamenti eseguiti oltre tale anno anche in presenza di tangibili manifestazioni del dissesto o quantomeno della crisi dell'impresa sociale".

Sulla doverosità del rimborso da parte degli amministratori (o liquidatori) si veda, in particolare, G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1462 s., (ma anche 1465, testo e nt. 26, e 1490, nt. 75, ove ulteriori considerazioni riguardo ai liquidatori), il quale afferma che anche al profilarsi di una crisi d'impresa gli amministratori si trovano di fronte ad un'alternativa drastica, giacché "delle due l'una: o la società è in grado di pagare, ed allora non si può negare il rimborso al socio richiedente [...]; oppure non è in grado di farlo", ma allora si debbono assumere le più opportune iniziative, fino al punto di chiedere accesso ad una procedura d'insolvenza. Solo così, ritiene l'illustre Autore, gli amministratori possono impedire che la pretesa del socio venga, sia pure coattivamente, soddisfatta e siano disperse risorse delle quali, in futuro, potrebbero essere chiamati a rispondere; solo così, inoltre, possono rendere inefficace il rimborso (dovuto e, dunque, irripetibile), compiuto nell'erroneo presupposto che la crisi fosse ancora lontana.

Sottolinea come chiedere il fallimento sociale sia per gli amministratori (o liquidatori) un atto addirittura dovuto, pena la soggezione al rischio di imputazione per il reato di bancarotta semplice (ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 217, n. 4, e 224, n. 1, l.f.) o preferenziale (ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 216.3 e 223 l.f.); G. ZANARONE, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 468; sebbene con riferimento ai liquidatori, S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti ibridi di capitale*, cit., 269.

<sup>124</sup> L'osservazione perspicua è di G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, cit., 974. L'Autore osserva, inoltre, come a sostegno della tesi che nega alla revocatoria la capacità d'incidere sul rapporto sostanziale tra socie e società, rendendo indebito il rimborso del finanziamento postergato, deporrebbe anche l'esigenza di valorizzare entrambe le regole dettate dal primo comma dell'art. 2467 c.c. e,

Tali considerazioni inducono la presente dottrina a ritenere che la postergazione - non essendo in grado di modificare la disciplina sostanziale del finanziamento ed, in particolare, il regime del credito al rimborsoso – produca i suoi effetti *solo* sul piano dei rapporti fra creditori, risolvendo un conflitto di interesse fra essi. Conflitto che diviene presente soltanto allorché si tratti di attuare esecutivamente la responsabilità patrimoniale della società<sup>125</sup>.

Da qui, la convinzione che, nonostante il silenzio del legislatore<sup>126</sup>, la postergazione esaurisca la propria operatività sul piano processuale, in sede di esecuzione collettiva o individuale<sup>127</sup> sul patrimonio dell'ente<sup>128</sup>: del resto, solo in un

---

dunque, non solo la postergazione ma anche quella che impone l'obbligo di restituzione: rileva, difatti, che se si conviene che con la norma in esame il legislatore abbia inteso aggravare il trattamento fallimentare del rimborsoso, ciò può dirsi solo con riguardo ai crediti liquidi ed esigibili.

<sup>125</sup> Peculiare, al riguardo, è la posizione di G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, cit., 969 ss., il quale, pur considerando esigibile il credito postergato alla scadenza originariamente prevista (e, dunque, ferma la neutralità della postergazione rispetto all'esecuzione del rapporto secondo i termini negoziali) individua nel meccanismo in questione una tecnica di ampliamento non solo della responsabilità patrimoniale ma, ancora prima, della garanzia patrimoniale, così assegnandogli autonoma rilevanza fuori dal concorso esecutivo. In particolare, l'Autore ritiene: che l'art. 2467 c.c., comma primo, renderebbe il socio che ha ottenuto il rimborso garante *ex lege* della società (nei limiti di quanto ricevuto) nei confronti dei creditori non postergati, esistenti al momento del rimborso, che siano rimasti insoddisfatti, i quali, escussa senza esito la società, potranno agire nei suoi confronti nei limiti del suddetto importo; il socio che, a seguito dell'esercizio dell'azione, avesse soddisfatto il creditore potrebbe agire in reversa verso la società; anche le somme ottenute a titolo di rivalsa sarebbero oggetto di postergazione, sicché gli altri creditori non postergati potrebbero esercitare l'azione diretta contro il socio, secondo un meccanismo destinato a ripetersi sino all'integrale soddisfazione di tutti i creditori appartenenti alla classe suddetta; poiché l'operatività di tale garanzia durante la liquidazione impedirebbe la definizione dei rapporti fra creditori, soci e società, il rimborso del finanziamento al socio non potrebbe essere effettuato prima del pagamento di tutti gli altri creditori sociali, ovvero dell'accantonamento delle somme all'uopo necessarie.

<sup>126</sup> Si è precisato come tale silenzio non potrebbe comunque legittimare l'estensione dell'operatività dell'istituto in esame anche durante la vita della società, visto che il termine andrebbe inteso nel suo senso tecnico, vale a dire di "graduazione che opera in un contesto di concorso caratterizzato dalla necessità di dar corso ad un soddisfacimento dei crediti non più in forza di un ordinario criterio temporale di adempimento cronologico delle obbligazioni che vengono a scadenza, tipico delle imprese *in bonis*, quanto piuttosto sulla base di un ordine di preferenza accordato dalla legge che tenga conto delle legittime cause di prelazione che contraddistinguono gli stessi, nonché della natura dei medesimi": così L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 177.

<sup>127</sup> Così G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1464, il quale spiega che, sebbene in caso d'esecuzione individuale non esista l'accertamento formale dell'insolvenza della società e ciò dovrebbe far presumere la capienza dell'attivo rispetto al passivo, deve osservarsi che "la postergazione si attegga, nelle intenzioni del legislatore, come una "qualità intrinseca" dei crediti sorti in determinate circostanze, con la conseguenza di assumere rilievo – nel confronto diretto con le pretese degli altri creditori – alla stessa stregua di un privilegio negativo".

<sup>128</sup> A sostegno dell'assunto è stato efficacemente osservato che non è dato comprendere come possa un creditore, durante la vita della società, far valere la postergazione senza provocare la liquidazione o il fallimento della società medesima, e quindi il concorso fra i creditori: L. DE ANGELIS, *Dal capitale leggero al capitale sottile: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, cit., 464, in replica a M. RESCIGNO, *Osservazioni sulla riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, cit., 266 s., il quale, pur dubitando della sua efficacia per l'impossibilità dei creditori di essere

tale contesto (di ripartizione dell'attivo realizzato dal bene o dal patrimonio oggetto di esecuzione) potrebbe spiegare a pieno titolo la propria efficacia, consistente nella retrocessione del credito del socio all'ultimo grado dell'ordine dei destinatari del ricavato della procedura esecutiva, alla stessa stregua di un anti-privilegio, o (come pure è stato detto) di un "privilegio negativo" o "rovesciato nel suo esatto contrario"<sup>129</sup> <sup>130</sup>.

Più esattamente, l'orientamento in esame<sup>131</sup> ritiene possibile inquadrare l'istituto fra le "forme di integrazione straordinaria della responsabilità patrimoniale", insieme alle azioni revocatorie ed altre ipotesi di inefficacia relativa volte a modificare la consistenza del patrimonio responsabile ai fini del concorso esecutivo; ovvero – a volerne rimarcare la differenza da queste per non essere (la postergazione) destinata ad incrementare l'attivo bensì a postergare una posta del passivo – quale specifico "strumento di tutela dei creditori in sede di concorso"<sup>132</sup>, diretto a conservare in capo a costoro un diritto di priorità nella soddisfazione sul patrimonio sociale, cui corrisponde un trattamento residuale dei concorrenti soci finanziatori.

In favore di tale inquadramento fra le norme che regolano il concorso, adduce, inoltre, l'argomento offerto dalla *Relazione* illustrativa, ove l'estensore – seppure in tema di prestiti obbligazionari subordinati (art. 2411 c.c.) – non esita a precisare che attraverso l'istituto in esame "si recepisce [...] l'esperienza [...] già nota in Italia in settori specialistici", evidentemente alludendo alla regolamentazione dei prestiti

---

a conoscenza della restituzione dei finanziamenti, ritiene possibile un'azione preventiva volta ad inibire la restituzione stessa. In via preventiva, rispetto ad ulteriori decrementi patrimoniali a beneficio dei soci finanziatori, sarebbe possibile anche il sequestro conservativo dei beni appartenenti al patrimonio sociale.

<sup>129</sup> G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit. 1464, muovendo dall'idea che la postergazione *legale* si atteggi, nelle intenzioni del legislatore, come una sorta di "qualità intrinseca" dei crediti sorti in determinate circostanze.

<sup>130</sup> Peculiare, al riguardo, è la posizione di G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, cit. 969 ss., per l'esame della quale si veda nt. 125.

<sup>131</sup> Secondo la proposta dal suo più autorevole esponente, la posizione descritta potrebbe essere sinteticamente ed efficacemente definita come "processualistica", a patto che non si incorra nel facile equivoco di attribuire al termine una funzione altra da quella meramente descrittiva. Sul piano teorico, precisa difatti, non si può discutere che si tratti di una norma di diritto sostanziale; tuttavia il riferimento al diritto processuale o concorsuale può essere utile per evidenziare certe differenze d'accenti fra l'interpretazione in esame e l'avversa, indicata come "sostanzialista": G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1470, nt. 37 e 1458, nt. 18.

<sup>132</sup> G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1465, nt. 29, il quale sottolinea, anticipando eventuali critiche all'inquadramento proposto, che l'istituto consente comunque di soddisfare i creditori con risorse aggiuntive, tali potendo essere considerate anche quelle lasciate libere dalla postergazione delle pretese dei soci.

subordinati bancari<sup>133</sup>, la cui clausola di postergazione si ritiene trovi applicazione solo in caso di liquidazione della società, volontaria o coattiva, restando, invece, imperativa nel corso della gestione corrente dell'istituto di credito<sup>134</sup>.

Probabilmente influenzata dal parallelismo con tale disciplina, la giurisprudenza - che dell'inquadramento in esame pare (ad oggi) decretare il successo - afferma l'operatività della postergazione non solo in ipotesi di liquidazione concorsuale, ma anche in ipotesi di liquidazione volontaria del patrimonio dell'ente<sup>135</sup>. Di diverso avviso è, tuttavia, la dottrina, la quale sebbene ritenga l'esperienza dei prestiti subordinati bancari utile ad agevolare la ricostruzione dell'istituto in esame legale, esclude che tale meccanismo possa operare anche in ipotesi di liquidazione volontaria del patrimonio dell'ente<sup>136</sup>, non essendo, questa, una

---

<sup>133</sup> L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 178; S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti ibridi di capitale*, cit., 307 ss., ricostruisce la disciplina dei prestiti subordinati bancari al fine di agevolare l'interpretazione della novella. Richiama l'istituto a sostegno dell'inquadramento "processualistico" della postergazione anche G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1465, nt. 28.

<sup>134</sup> G. F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, cit., 124. In termini, recentemente, S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti ibridi di capitale*, cit., 307 ss.

<sup>135</sup> Così, espressamente: Tribunale di Firenze, 26 aprile 2010, cit.; Appello Milano, 16 febbraio 2009, cit.; Tribunale Milano, 25 marzo 2008, cit.; Tribunale Milano, 30 aprile 2007, cit., (in un *obiter dictum*); Tribunale Milano 24 aprile 2007, cit.; Tribunale Milano, 25 ottobre 2005, cit. Seppure implicitamente, così sembrerebbe anche Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, cit. Di dubbia interpretazione è, invece, la pronunzia della Cassazione, 24 luglio 2007, n. 16393, cit., nella quale la Suprema Corte, pur dichiarando inammissibile il motivo di ricorso fondato sulla natura sostanziale di conferimenti dei versamenti oggetto di causa (in base al quale si invocava applicazione dell'art. 2467 c.c.) e pur segnalando la questione come "nuova", non rinuncia a spiegare le ragioni per cui ritiene il motivo infondato anche nel merito: in particolare, per quanto qui interessa, sottolinea che l'art. 2467 c.c. non è applicabile ad ogni forma di finanziamento da parte dei soci, ma esclusivamente alla figura dei cosiddetti prestiti anomali (o sostitutivi del capitale) al fine di porre rimedio alle ipotesi di sottocapitalizzazione c.d. nominale, e segnala come, nel caso di specie, la ricorrente non abbia "nemmeno dedotto che il rimborso del finanziamento durante societate sia avvenuto in presenza di un eccesso di indebitamento rispetto al patrimonio netto [...], o di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento, ovvero, in altre parole, in una fase in cui la società, in relazione all'attività in concreto esercitata, aveva la necessità delle risorse messe a disposizione dei soci (finanziatori) e non sarebbe stata in modo di rimborsarli".

<sup>136</sup> Si veda, al riguardo, S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti ibridi di capitale*, cit., 267-268, e 307 ss.; L. VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti soci*, cit., 929; G. PRESTI, *sub art. 2467 c.c.*, cit., 113, nt. 54; G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1465-1466, e 1491, nt. 75, b); L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 178, il quale afferma che "in una simile circostanza, o il liquidatore ha somme sufficienti per poter pagare integralmente tutti i creditori, compresi quelli postergati, oppure lo stesso sarà costretto, in alternativa ad un'eventuale composizione stragiudiziale della crisi d'impresa ovvero ad una rinuncia da parte dei creditori postergati stessi a tutto o parte delle loro pretese creditorie, a depositare in tribunale istanza di fallimento in proprio al fine di tutelare i diritti dei creditori chirografari". Diversamente G. FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, cit., 992, nt. 27, per un esame della cui posizione si rinvia a nt. 125.

procedura concorsuale e, dunque non potendosi ad essa applicare le regole proprie del concorso<sup>137</sup>.

La limitazione dell'ambito di operatività della postergazione (che diverrebbe attuale con l'apertura di un concorso esecutivo) spiega l'opinione di quanti, fra gli esponenti del presente orientamento, esentano gli amministratori dall'obbligo di una specificazione in bilancio dell'eventuale carattere "anomalo" dei finanziamenti iscritti alla voce *D3* del "Passivo". Sottolineano, difatti, come non si possa "addossare a chi redige il bilancio di una srl *in bonis* [...] il compito di compiere l'incerta valutazione sulla sussistenza o no dei presupposti per una postergazione che, tra l'altro, forse non diverrà mai operante"<sup>138</sup>; valutazione della quale, per altro, segnalano l'incidenza negativa sulla capacità di finanziamento della società presso creditori esterni, comportando il pubblico riconoscimento da parte degli amministratori della situazione di difficoltà finanziaria della società<sup>139</sup>.

#### **4. Segue: l'obbligo di restituzione.**

Dalle considerazioni svolte, non può sfuggire come le conseguenze dell'adesione all'uno o all'altro orientamento (circa l'inquadramento sistematico della postergazione, nonché il concreto funzionamento della stessa sul terreno sia societario sia del diritto fallimentare) si ripercuotano sull'interpretazione dell'altro "corno" normativo<sup>140</sup> della disciplina in esame.

Il legislatore - lo si è anticipato - oltre a prevedere la postergazione dei finanziamenti soci, detta un'altra previsione volta a rafforzare la regola, prevedendo che il loro rimborso, "se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito".

---

<sup>137</sup> Per l'opinione prevalente: G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, vol. 7\*, 1998, 522 ss. *Contra* M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 359.

<sup>138</sup> Così, G. E. COLOMBO, *Il bilancio nella riforma*, cit., 203.

<sup>139</sup> Per il rilievo si veda G. E. COLOMBO, *Il bilancio nella riforma*, cit., 203; L. PARRELLA, *Finanziamenti dei soci e postergazione*, cit., 306; G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1490, nt. 75.

<sup>140</sup> L'espressione è adoperata da M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 115, nt. 92.



Dunque, offre alla massa uno strumento di particolare tutela per il recupero delle somme fuoriuscite dal patrimonio sociale in un arco temporale assai prossimo all'apertura della procedura, che ben si spiega ove si consideri come il ricorso allo strumento del finanziamento acuisca il rischio di comportamenti opportunistici del socio ai danni dei creditori sociali: il primo, difatti, «sfruttando la veste di "proprietario" della società e pertanto di soggetto "informato", potrebbe indurre gli amministratori ad una tempestiva restituzione delle somme prima del manifestarsi dell'insolvenza, sottraendo liquidità alla società ed anzi aggravandone lo stato di dissesto»<sup>141</sup>, oltre a sottrarre (ed è questo che qui più rileva) la propria pretesa restitutoria alla falce delle postergazioni concorsuali.

In altri termini, con il rimborso dei finanziamenti poco prima della dichiarazione di fallimento si verifica un'auto-soddisfazione dei quotisti a danno degli altri creditori<sup>142</sup>. Da qui l'imposizione di un obbligo di restituzione, del quale, però, la dottrina predica un inquadramento normativo diverso a seconda che ritenga (o meno) indebito l'atto del rimborso del finanziamento postergato.

Difatti, ipotizzato che la postergazione si traduca in una condizione legale di efficacia del rimborso e ritenuto il pagamento eseguito in pendenza della condizione "non dovuto" ai sensi dell'art. 2033 c.c., dovrebbe essere consequenziale ritenere che il significato dell'azione volta al recupero delle somme rimborsate al socio (nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento della società) debba spiegarsi facendo ricorso all'istituto generale dell'indebito oggettivo<sup>143</sup>.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Così, M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 40.

<sup>142</sup> V. SANGIOVANNI, *Finanziamenti dei soci di s.r.l. e fallimento della società*, in *Il fall.*, 12, 2007, 1397.

<sup>143</sup> In questo senso: M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 112 ss.; G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 116 ss.; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 397 ss.

<sup>144</sup> Per la possibilità di ipotizzare una diversa conclusione, qualora si ritenga che la postergazione comporti la proroga dell'obbligazione di rimborso della società, cfr. M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 113, nt. 90, il quale rileva come, realizzandosi in tal caso una situazione analoga a quella di termine di adempimento statuito *ex lege* in favore del debitore, ci si debba orientare verso l'area dell'ingiustificato arricchimento, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 1185, comma secondo, c.c. in tema di erroneo pagamento anticipato da parte del *solvens*. E' dello stesso Autore, tuttavia, l'osservazione secondo la quale il contenuto dell'azione restitutoria di cui all'art. 2467 c.c. si presenterebbe profondamente diverso da quello tipico del diritto di cui all'art. 2041 c.c., essendo ad essa estranea ogni valutazione comparativa fra patrimonio del socio percettore e patrimonio sociale.

Da qui la posizione di chi afferma che l'inefficacia del pagamento e la pretesa restitutoria (sancite dalla regola al vaglio) altro non sarebbero che la proiezione, in sede concorsuale, di un'azione già spettante alla società in funzionamento, la cui previsione autonoma si giustifica per l'introduzione di un regime probatorio più favorevole alla massa. Il limite temporale dell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento della società, difatti, andrebbe apprezzato come espressione della volontà del legislatore di dettare (basandosi sull'*id quod plerumque accidit*) una presunzione assoluta circa l'esistenza, nel periodo individuato, della situazione che regge la regola della postergazione: dunque, della situazione di concreta fragilità finanziaria della società, tale da costituire un pericolo per i creditori esterni (art. 2467, comma secondo, c.c.). Con la conseguenza che, con riferimento al rimborso infrannuale, il curatore sarebbe esonerato dall'onere di dover provare la situazione descritta; onere cui invece andrebbe soggetto laddove volesse agire in ripetizione di un rimborso extrannuale, alla stessa stregua (ma fuori dal fallimento) degli amministratori o dei liquidatori<sup>145</sup>. Quanto al socio finanziatore, essendo pur sempre un creditore, qualora abbia dovuto restituire il rimborso (ovvero qualora non l'abbia affatto ottenuto) potrebbe insinuarsi al passivo dell'eventuale fallimento sociale<sup>146</sup> in base alla regola generale di cui all'art. 52 l.f., benché in posizione postergata rispetto a quella degli altri creditori<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> E' discusso se all'azione soggiaccia all'ordinario termine di prescrizione decennale, ovvero alla prescrizione quinquennale societaria ai sensi dell'art. 2949 c.c.: in quest'ultimo senso M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 116. Conformemente A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 398.

<sup>146</sup> Per l'opinione contraria cfr., tuttavia, L. GALEOTTI FLORI, *L'inefficacia del rimborso del finanziamento soci tra art. 65 l.fall. e art. 2467 c.c.*, *Giur. Comm.*, 2005, II, 80 s.; M. IRRERA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1794.

<sup>147</sup> E' stato chiarito in dottrina che l'ammissione del socio finanziatore al passivo, benché postergata in grado, è incondizionata e non con riserva, non potendo trovare applicazione il principale effetto dell'ammissione con riserva, consistente nell'obbligo di accantonamento durante le ripartizioni parziali (art. 113 l.f.): cfr., sul punto, M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, cit., 452; M. MAUGERI, *Finanziamenti dei soci*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, diretta da S. Patti, 6, 436, il quale precisa, inoltre: che a pronunziarsi sulla natura postergata del credito debba essere il giudice delegato; che il socio, il cui credito sia stato ammesso in via subordinata, è legittimato a proporre opposizione avverso tale qualifica e ad impugnare l'ammissione al passivo di altri crediti; che gli altri creditori concorrenti sono legittimati a proporre impugnazione verso il credito ammesso senza subordinazione.

Per scongiurare l'eventualità che il socio concorra con i creditori non ugualmente subordinati, si ritiene, inoltre, che il credito postergato ex art. 2467 c.c., in deroga all'art. 56 l. fall., non possa essere compensato con eventuali debiti del socio verso la società: cfr., sul punto, M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 135 ss.

Deve segnalarsi, tuttavia, come la gran parte degli interpreti - anche fra coloro che ravvisano nella postergazione una condizione legale di efficacia del rimborso - spieghino l'obbligo di restituzione delle somme percepite secondo la logica della revocatoria fallimentare<sup>148</sup>. In particolare, prevalente è l'opinione di quanti ritengono si tratti di un'ipotesi di revocatoria fallimentare di diritto e, dunque, automatica<sup>149</sup>, assimilabile, quanto a meccanismo operativo, a quella di cui all'art. 64 (atti a titolo gratuito)<sup>150</sup> o all'art. 65 l.f. (pagamenti)<sup>151</sup>.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Così, fra i molti, M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, cit., 451 s.; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 394 e 397; G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, cit., 799; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 113 ss.; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 166; G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 258 ss.; G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1463; CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 254; S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti ibridi di capitale*, cit., 315 s.; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 179; G. ZANARONE, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 472 s.; L. VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 929.

<sup>149</sup> Si esprimono in termini di inefficacia automatica del rimborso: CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, cit., 254; A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, cit., 397; M. IRRERA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1793. Qualifica la regola in esame come revocatoria di diritto, Tribunale Messina, 4 marzo 2009, cit.

<sup>150</sup> Così, fra gli altri, G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1463; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 116.

<sup>151</sup> Così, fra i molti, G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., 663; S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti ibridi di capitale*, cit., 315 s.; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 179; G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato Colombo - Portale*, cit., 799. Si veda, tuttavia, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato GALGANO*, cit., 474 s., il quale spiega la regola in termini di presunzione della conoscenza dello stato di insolvenza da parte dei soci, ai sensi dell'art. 67, comma secondo c.c. In termini, I. CAPELLI, *I crediti dei soci nei confronti della società e il rimborso dei finanziamenti dei soci dopo la riforma*, cit., 1, 2005.

<sup>152</sup> Prevalente è l'opinione che si tratti di un'ipotesi di revocatoria, tipicamente congegnata per i finanziamenti di cui all'art. 2467 c.c., capace di utilmente convivere, senza escluderne l'esperibilità da parte del curatore, con le altre ipotesi di revocatoria di cui alla legge fallimentare: O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 117; C. ESPOSITO, *Il sistema delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, cit., 567; G. ZANARONE, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 483; L. VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 929, il quale precisa che " - se il socio ottiene il rimborso del finanziamento nei sei mesi che precedono la dichiarazione di fallimento, il curatore può recuperare le somme restituite al socio: (i) dimostrando il carattere "anormale" del prestito (v. art. 2467 c.c.), (ii) dimostrando che il credito del socio non era ancora esigibile (v. art. 65 l.fall.), oppure (iii) dimostrando - se il credito era esigibile - che il socio conosceva lo stato d'insolvenza della società al momento del rimborso (v. art. 67, 2° comma, l.fall.); - se il socio ottiene il rimborso del finanziamento nel periodo compreso tra i sei mesi ed un anno prima della dichiarazione di fallimento, il curatore può recuperare le somme restituite al socio dimostrando il carattere "anormale" del prestito (v. art. 2467 c.c.), oppure dimostrando che il credito del socio non era ancora esigibile (v. art. 65 l. fall.); - se il socio ottiene il rimborso nel periodo compreso fra un anno e due anni prima della dichiarazione di fallimento, il curatore può recuperare le somme restituite soltanto dimostrando che il credito del socio non era ancora esigibile (v. art. 65 l. fall.); - se il socio ottiene il rimborso in epoca ancora più risalente rispetto al fallimento, la curatela non ha alcun titolo per richiedere al socio la restituzione di tali somme". Diversa a quest'ultimo riguardo la posizione di C. ESPOSITO, *Il sistema delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, cit.,

Comunque inquadrato il rimedio entro il sistema revocatorio, tale dottrina ritiene vada soggetto (salva diversa risultanza del regime medesimo) alla disciplina degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Sicché legittimato a far valere l'inefficacia del rimborso e ad agire nei confronti del socio per la restituzione del medesimo sarebbe il solo curatore fallimentare, in rappresentanza dei creditori. Su questi, dunque, graverebbe l'onere di provare l'intervenuto rimborso entro l'anno nonché la sussumibilità del negozio che vi ha dato causa entro la fattispecie di finanziamento di cui all'art. 2467 c.c.<sup>153</sup>, a nulla rilevando, invece, non solo la prova, ma la stessa sussistenza dello stato d'insolvenza della società o della sua conoscenza da parte del socio<sup>154</sup>. In ossequio alla disposizione di cui all'art. 70 l.f., per i rapporti di finanziamento fra socio e società che si atteggiavano come continuativi o reiterati, con frequenti rimesse da entrambe le parti, l'obbligo di restituzione del socio avrebbe ad oggetto una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese nel periodo di riferimento, e l'ammontare residuo delle stesse alla data in cui si è aperto il concorso, salvo il suo diritto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito (c.d. regola del massimo scoperto di cui all'art. 70, comma terzo, l.f.)<sup>155</sup>. La stessa dottrina, non ritiene, invece, possano trovare applicazione al rimborso dei finanziamenti dei soci le norme in materia di revocatoria che sottopongono i pagamenti ad un regime più favorevole di restituzione oppure li esonerano dalla

---

567, il quale, ritenendo che la postergazione integri il contratto con riferimento al termine di adempimento (che viene imperativamente stabilito - in considerazione del nesso esistente con lo squilibrio - in un istante successivo alla soddisfazione degli altri creditori), afferma che al ricorrere delle condizioni previste dalla norma di cui all'art. 2901 c.c., i pagamenti di debiti non scaduti prima della dichiarazione di fallimento (anche il relazione alla postergazione di cui all'art. 2467 c.c.) sono revocabili nell'ambito temporale del quinquennio.

<sup>153</sup> Per il rilievo per cui si tratterebbe di un onere probatorio particolarmente gravoso cfr., fra i molti, O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 115.

<sup>154</sup> Così, L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 179 s.; C. ESPOSITO, *Il sistema delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, cit., 566 s.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 116; A. POSTIGLIONE, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci di s.r.l.: dubbi interpretativi e limiti applicativi*, *Le soc.*, 8, 2007, 929.

<sup>155</sup> Cfr. M. CAMPOBASSO, *Finanziamenti del socio*, cit., 451; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit.; dubitativo G. ZANARONE, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 473 s.; ancor prima dell'ingresso in vigore del nuovo art. 70 l.f., sulla scia dell'orientamento consolidato in giurisprudenza, così G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 258 ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 118; G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1485 ss. *Contra*, L. GALEOTTI FLORI, *L'inefficacia del rimborso del finanziamento soci tra art. 65 l.fall. e art. 2467 c.c.*, cit., 80; M. IRRERA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1794.

stessa, quali, ad es., le norme esonerative della revocatoria contemplate nel nuovo art. 67 l.f.<sup>156</sup>.

Quale che sia l'inquadramento offerto dell'obbligazione restitutoria, gli interpreti non dubitano del fatto che, nonostante l'assenza di un'espressa indicazione in tal senso, la sede naturale di applicazione della norma sia ogni procedura concorsuale nella quale sia riscontrabile un conflitto di interesse fra creditori sociali generato dallo stato d'insolvenza o (quantomeno) di crisi della società. Si osserva, difatti, che tale stato fa presumere l'impossibilità di soddisfare integralmente i debiti esistenti e, dunque, rende legittima la previsione di una maggiore tutela dei creditori estranei alla compagine sociale<sup>157</sup>.

Assai discusso, è tuttavia, il trattamento dei soci finanziatori e delle loro pretese (postergate) in seno al concordato preventivo e fallimentare. In particolare, ferma restando l'impossibilità, nel concordato senza classi, di prevedere pagamenti in loro favore se non in seguito ad integrale soddisfazione di tutti i chirografari, dubbia è la possibilità di riconoscere loro il diritto al voto sulla proposta<sup>158</sup>, ed, all'interno di un concordato per classi (ove è possibile una deroga al principio della *par condicio*

---

<sup>156</sup> Si veda, sul punto, G. ZANARONE, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 474; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 173, che così concludono ritenendo che l'art 2467 c.c. rappresenti una norma speciale verso la quale l'esenzione di cui sopra non produce alcun effetto. Dell'idea che tali esenzioni non si applichino ai rimborsi ai soci finanziatori perché relative alle sole ipotesi di revocatoria di cui all'art. 67 l.f., cui sarebbe estranea quella di cui all'art. 2467c.c., L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, nota a Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, Tribunale Pistoia, 21 settembre 2008, e Tribunale di Messina, sez. II, 4 marzo 2009, in *Il fall.*, 2009, 806.

In giurisprudenza, per l'inapplicabilità dell'art. 67, terzo comma, l.f. ai pagamenti verso soci-finanziatori postergati ai sensi dell'art. 2467 c.c.: Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, cit.; Tribunale Firenze, 26 aprile, 2010, cit.

<sup>157</sup> Ritiene che il rimedio restitutorio di cui all'art. 2467 c.c. trovi applicazione anche nell'insolvenza di imprese sottoposte a liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria: G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 262 ss.; G. ZANARONE, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 476, il quale argomenta la sua applicazione ai sensi, rispettivamente, degli artt. 203 l.f. e 49, comma secondo, d.lgs. 270/1999, i quali sanciscono l'applicabilità alle procedure in parola, a certe condizioni, delle norme della legge fallimentare riguardanti gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, fra le quali (nonostante la diversa *sedes materiae*), ritiene sia possibile ricomprendere la norma di cui al secondo inciso dell'art. 2467 c.c. *Contra*, F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, cit., 167, che ritiene la norma in parola eccezionale e, dunque, inapplicabile a procedura concorsuali diverse dal fallimento.

<sup>158</sup> Favorevoli, fra gli altri, M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., p. 137 s.; G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, *Commentario Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari*, cit., 265; G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 121 s. *Contra*, G. TERRANOVA, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 1487 ss. In giurisprudenza concludono positivamente: sebbene implicitamente, Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, cit.; Tribunale Messina, 4 marzo 2009 (decr.), cit. Per la soluzione negativa, invece, Tribunale Firenze, 26 aprile, 2010, cit., il quale giunge a negare che i soci finanziatori postergati possano partecipare al concorso.

*creditorum*, nel rispetto della posizione giuridica e dell'omogeneità degli interessi economici), di riservare alla loro classe<sup>159</sup> una parte dell'attivo<sup>160</sup>.

Ci si limita ad osservare come, con particolare riguardo al diritto di concorrere all'approvazione della proposta concordataria, sembrerebbe deporre favorevolmente la deroga all'art. 2467 c.c. recentemente introdotta dalla novella all'art. 182-*quater* l.f.

Questa norma (che pare ispirarsi al *Sanierungsprivileg*<sup>161</sup> contemplato dall'ordinamento tedesco), nella misura in cui prevede la soddisfazione in prededuzione (fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare) dei crediti derivanti dai finanziamenti effettuati dai soci in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato e, con riferimento a tali crediti, esclude i creditori dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato (ai sensi dell'art. 177) e dal computo della

---

<sup>159</sup> Indubbia è la necessità di formare per tali creditori una classe apposita, violando una diversa collocazione la necessaria omogeneità degli interessi economici alla cui stregua vanno formate le classi: Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, cit. Questa, tuttavia, precisa la possibilità di derogare al principio ed inserire i soci finanziatori nelle altre classi, se risulta il consenso della maggioranza di ciascuna classe e non, invece, il solo consenso della maggioranza assoluta del totale dei crediti chirografari. Richiede, invece, il consenso espresso di tutti i creditori, Tribunale Messina, 4 marzo 2009, cit.

<sup>160</sup> Sfavorevole L. PANZANI, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, nota a Tribunale Bologna, 26 gennaio 2006 (decr.) e Tribunale Messina, 29 dicembre 2005 (decr.), in *Il fall.*, 2006, 677 s.; ID., *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, cit., 789, salva l'eccezione di un pagamento che avvenga con risorse che non provengano dal patrimonio assoggettato al concorso e, dunque, qualora nel piano si preveda l'apporto di nuova finanza da parte di terzi. In termini G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, III, 1611. Al riguardo interessante è la precisazione di G. PRESTI, *Commento sub art. 2467 c.c.*, cit., 121, nt. 80, il quale sottolinea che non è affatto vero che presentare una proposta "a zero" per i soci finanziatori postergati significa ricevere certamente, da parte loro, voto contrario, in quanto questi, proprio per il fatto di essere soci, possono avere interesse ad agevolare la soluzione concordataria, ad esempio, per evitare l'esercizio da parte del curatore di azioni di responsabilità che potrebbero vederli coinvolti sia in quanto amministratori che in quanto soci (che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi: art. 2476, comma settimo, c.c.). In giurisprudenza, concludono negativamente, salvo l'afflusso di nuova finanza da parte di terzi: Tribunale Messina, 4 marzo 2009, cit. e Tribunale Messina, 29 dicembre 2005 (decr.), cit. Nega la possibilità per il socio finanziatore postergato di partecipare alla ripartizione dell'attivo anche Tribunale Firenze, 26 aprile, 2010, cit., argomentando dalla mancata soggezione di tali pagamenti all'esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, comma terzo, l.f., che renderebbe i pagamenti nei loro confronti revocabili in ipotesi di successivo fallimento arrecando un *vulnus* ai principi sulla conservazione degli atti giuridici e sulla conservazione dell'attività giuridica. Tuttavia, è favorevole alla possibilità di prevederne una soddisfazione parziale, ferma restando la necessità dell'inserimento in un'apposita classe, Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, cit.

<sup>161</sup> Il § 32a, Abs. 3, *GmbH-G* prevede che la disciplina dei *kapitalersetzende Darlehen* non si applica ai prestiti esistenti (*bestehende Kredite*) o di nuova concessione (*neu gewährte Kredite*) da parte di un creditore che acquisti partecipazioni in società al fine di consentirne il risanamento (c.d. *Sanierungsprivileg*: "privilegio da risanamento"). Per maggiori approfondimenti al riguardo, si rinvia al capitolo secondo del presente lavoro.

percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-*bis*, primo e sesto comma, l.f., parrebbe presupporre, negli altri casi, il loro diritto di partecipazione<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> Si riporta il testo dell'art. 182-*quater* l.f. (Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti), introdotto dall'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, (G.U. n. 176 del 30 luglio 2010 - Suppl. Ordinario n. 174): "I. I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis*) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111. II. Sono parificati ai prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato. III. In deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile, il primo comma si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare. IV. Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182-*bis*, primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato. V. Con riferimento ai crediti indicati ai commi secondo, terzo e quarto, i creditori sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-*bis*, primo e sesto comma."