

NUMERO 3 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

Massimo Rubino De Ritis

IL FINANZIAMENTO DEI SOCI ALLE IMPRESE IN CRISI TRA
POSTERGAZIONE E PREDEDUZIONE DEL CREDITO



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.626
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica . . .</i>	p.629
GIUSEPPE CONTE	
<i>Il linguaggio giuridico forense: forma stile funzione</i>	p.647
ENRICO SCODITTI	
<i>Ontologia della motivazione semplificata</i>	p.677
LUCIANO PANZANI	
<i>Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera</i>	p.693
MASSIMO RUBINO DE RITIS	
<i>Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi tra postergazione e prededuzione del credito.</i>	p.741
ANDREA MARIA AZZARO	
<i>Cessione d'azienda frazionata nel conferimento d'azienda e successiva cessione di quote nella conferitaria.</i>	p.771
FRANCESCO MACARIO	
<i>Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi</i>	p.825
MARCELLO MAGGIOLO	
<i>Presupposizione e premesse del contratto</i>	p.867
FRANCESCO GAMBINO	
<i>L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato positivo</i>	p.885
JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA	
<i>Damage claims between family members in Spanish case law</i>	p.901

Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi tra postergazione e prededuzione del credito

Nell'ambito di recenti interventi legislativi diretti ad attrarre nuova finanza in favore di imprese in crisi, particolare interesse desta l'applicazione di tali norme, dettate per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione, ai finanziamenti provenienti dai soci, essendo stata stabilita la prededuzione del relativo credito per agevolare l'erogazione delle somme di danaro necessarie per superare la crisi. La disciplina del codice civile, dettata per gli interventi finanziari provenienti dai soci in favore di società a responsabilità limitata (art. 2467 c.c.), stabilisce, invece, la postergazione del credito del socio alla restituzione di quanto versato, indicandone i presupposti. Malgrado si sia formata giurisprudenza in proposito, diversi sono i problemi che tuttora si pongono in ordine al concreto ambito applicativo di tale disposizione. Nel saggio, si indicano le possibili soluzioni, raffrontate con le norme più recentemente introdotte relativamente alle quali la legge fallimentare concede la prededuzione. Si ricostruiscono, in tal modo, i diversi meccanismi attraverso i quali il finanziamento del socio approda al diverso regime, più favorevole per il finanziatore, di prededuzione del proprio credito.

741

In the context of recent legislative actions aimed at attracting new financing in favor of companies in crisis, of particular interest is the application of these

rules, established for an agreed-upon estimate and for restructuring agreements, on financing by shareholders, pre-deduction of the related receivables to facilitate the payment of sums of money needed to overcome the crisis, having been established. The Civil Code, dictated for the financial intervention of shareholders in favor of the limited liability company (art. 2467 of the Civil Code), establishes, however, that a shareholder's claim is subordinate to a refund of the amount paid, indicating the prerequisites. Despite the development of the jurisprudence in this way, there are various problems that still arise in relation to the actual scope of that provision. This paper suggests possible solutions, compared with the more recently introduced rules under which the Bankruptcy Act provided for pre-deduction. In this way, the different mechanisms through which the financing by shareholders follows a different regime, one more favorable to the shareholder, are reconstructed, foreseeing the pre-deduction of his actual credit.

742

Sommario: 1. L'intervento finanziario dei soci nella disciplina del codice e della legge fallimentare. – 2. Il presupposto della postergazione legale dei finanziamenti. – 3. (Segue): il momento di valutazione della sussistenza del presupposto. – 4. I finanziamenti correlati all'acquisto della qualità di socio. – 5. La conseguente esclusione dell'applicazione analogica ad altri tipi di società. – 6. Gli effetti della postergazione indipendentemente dal fallimento. – 7. Il fallimento della società a responsabilità limitata beneficiaria di finanziamenti. – 8. Gli effetti della proposta di concordato preventivo sui finanziamenti postergati già eseguiti. – 9. I finanziamenti dei soci per i quali la legge fallimentare concede la prededuzione. – 10. Conclusioni.

1. - L'intervento finanziario dei soci nella disciplina del codice e della legge fallimentare.

Il finanziamento delle imprese societarie attraverso l'intervento dei soci nel nostro ordinamento viene preso in considerazione dalla legge con effetti opposti, a seconda che sia erogato in favore di una società non (ancora) sottoposta ad una procedura concorsuale, benché in crisi, potendo sottostare alla postergazione in presenza dei presupposti indicati dall'art. 2467 c.c., richiamato dall'art. 2497-*quinquies* c.c., ovvero sia eseguito

in relazione ad una procedura di soluzione della crisi, potendo il corrispondente credito ottenere il riconoscimento della prededucibilità, alle condizioni previste dagli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.

La postergazione legale dei finanziamenti *ex art. 2467 c.c.* viene giustificata dal comportamento del socio che, conoscendo o potendo conoscere lo stato di crisi finanziaria della società, ha sostenuto economicamente la stessa con mezzi non ragionevoli e non adeguati. L'art. 2467, comma 2, c.c. indica, infatti, due circostanze in cui opera la postergazione, entrambe da accettare con riferimento al momento in cui fu concesso il prestito: *a)* che, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risultasse un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto¹; *b)* oppure che sussistesse una situazione della società nella quale sarebbe stato ragionevole effettuare un conferimento. La disposizione non comporta alcun obbligo a carico dei soci di apportare nuove risorse finanziarie alla società in crisi²: qualora, però, i soci decidessero di intervenire in soccorso della stessa, sarebbero tenuti ad osservare criteri di ragionevolezza nella scelta dell'operazione finanziaria, senza aggravare il dissesto

743

¹ L'espressione utilizzata dal codice è volutamente priva di riferimenti a precisi parametri. La dottrina ha tentato stabilire in modo più dettagliato le situazioni in cui risulti un indebitamento eccessivo della società. Sul c.d. indice di indipendenza finanziaria, L. PANZANI, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 676. Invece, per la possibilità di fare riferimento al limite previsto dall'art. 2412 c.c. per l'emissione di obbligazioni, G. BALP, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 268, che fa riferimento anche ai criteri indicati dall'art. 2, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, per l'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria. E v. anche V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2005, 1079. Sul possibile utilizzo del criterio quantitativo desumibile dall'art. 2545-*quinquies* c.c., in tema di cooperative (relativamente al divieto di distribuire dividendi, acquistare proprie quote o azioni o assegnare riserve divisibili, se l'indebitamento è superiore di quattro volte al valore del patrimonio netto), G. GUERRIERI, *Finanziamento dei soci: ambito applicativo e relativa disciplina*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 22.

In giurisprudenza, di recente, App. Milano, 18 aprile 2014, in www.ilcaso.it, che prende in considerazione il c.d. indice di liquidità, raffrontando la posizione di liquidità a breve della società (considerando le disponibilità liquide immediate e differite) con l'ammontare delle passività correnti.

² Per Cass. 27 dicembre 2013, n. 28669, in *Iusexplorer* l'amministratore della società è responsabile per aver apportato nuove risorse alla società partecipata, se non abbia predisposto al riguardo idonee cautele, verificando le condizioni patrimoniali della società destinataria della somma. Il che implicherebbe di non eseguire alcun finanziamento, se il rischio fosse costituito dalla postergazione del relativo credito. In proposito, M. RUBINO DE RITIS, *La responsabilità degli amministratori nell'erogazione di finanziamenti a favore di società controllate*, in *Giustiziacivile.com*, 29 agosto 2014.

con nuovi ed ulteriori debiti³. Quello che i soci non possono fare è trasferire il rischio del salvataggio della società sugli altri creditori.

Diversa è la prospettiva verso cui si è mosso il legislatore nell'ambito delle recenti riforme della legge fallimentare, dirette a regolare il flusso di nuova finanza in favore di imprese in crisi sottoposte a procedure concorsuali, con particolare riguardo all'erogazione, anche da parte di soci, di nuovi apporti finanziari in caso di concordato preventivo ed in ipotesi di accordi di ristrutturazione: dapprima con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122, che, tra l'altro, ha introdotto l'art. 182-*quater* l. fall.; poi con l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, modificando l'art. 182-*quater* e introducendo l'art. 182-*quinquies* l. fall.

Risulta di particolare interesse confrontare l'ambito applicativo dell'art. 2467 c.c. che sottopone i finanziamenti dei soci alla postergazione, per meglio comprendere non solo la portata innovativa ma anche i problemi applicativi che pongono oggi i più recenti dati normativi della legge fallimentare, che, nel favorire i finanziamenti, riconoscono la prededucibilità del relativo credito anche al socio, in deroga dell'art. 2467 c.c.⁴.

2. - Il presupposto della postergazione legale dei finanziamenti.

Il punto di partenza dell'indagine consiste nel determinare quale sia in concreto la situazione della società beneficiaria del finanziamento, relativamente alla quale il socio finanziatore subirebbe come effetto la postergazione del suo credito *ex art. 2467 c.c.* In secondo luogo, va stabilito quale sia l'ambito applicativo della disposizione, con particolare attenzione alla sua possibile estensione sia a soggetti che non hanno (ancora) acquisito una partecipazione sociale che, più in generale, a tipi sociali diversi dalla società a responsabilità limitata, per la quale l'art. 2467 c.c. è specificamente dettato.

³ La norma è sicuramente imperativa, perché posta a tutela di interessi indisponibili dalle parti, quelli dei creditori esterni della società: in proposito, N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, 317 ss. La clausola che intenda derogarne gli effetti è, perciò, nulla.

⁴ Sulla prededuzione come tecnica legislativa per favorire il finanziamento alle imprese in crisi, A. BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 342 ss.

Per quanto riguarda la situazione della società beneficiaria che, in caso di finanziamento da parte di un socio, causa la postergazione del relativo credito per la somma erogata, non può, invero, ritenersi che, sulla base della lettura dell'art. 2467 c.c., oltre al c.d. eccessivo indebitamento, si possa far riferimento, come requisito alternativo, anche alla c.d. ragionevolezza del conferimento in luogo del finanziamento⁵. È vero che da un punto di vista lessicale sembra che la disposizione voglia introdurre due diversi presupposti per attuare la postergazione. Ciò nonostante, da un punto di vista logico, il presupposto non può che essere unico, consistente in una determinata situazione della società beneficiaria del finanziamento. Dalla stessa relazione legislativa risulta che è stato rimesso all'interprete il compito di «ricercare se la causa del finanziamento è da individuare nel rapporto sociale (e non in un generico rapporto di credito)», insieme con l'invito «ad adottare un criterio di ragionevolezza, con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe appunto ragionevole aspettarsi». Sostanzialmente, la postergazione dipende dalla circostanza che un finanziatore esterno alla compagnia sociale non avrebbe concesso credito alla società⁶. E se

745

⁵ Favorevole ad una lettura unitaria dei due indici di anomalia del finanziamento, M. CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in A.A. DOLMETTA-G. PRESTI (a cura di), *S.r.l. Commentario. Dedicato a G.B. Portale*, Milano, 2011, 239 ss. E v. anche S. LOCORATOLO, *Postergazione dei crediti e fallimento*, Milano, 2010, 19; M. PRESTITINO, *Finanziamenti dei soci nella s.r.l.: i presupposti di applicazione dell'art. 2467 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 133. Più di recente, G.M. D'AIELLO, *Stato di crisi e finanziamenti "anomali" dei soci: una possibile ricostruzione (unitaria) dei presupposti di applicazione dell'art. 2467 c.c.*, in *Giustiziacivile.com*, 12 giugno 2014. Analogamente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 11 novembre 2010, in *Giur. comm.*, 2012, II, 123, in sintonia con Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, cit. Da ultimo anche Trib. Milano, 14 marzo 2014, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, che in relazione alla fattispecie esaminata esclude che la società mostrasse rischio di crisi o di insolvenza. Diversamente ritiene autonomi i due indici indicati dall'art. 2467 c.c., M. MAUGERI, *I finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005, 158 s., pur riconoscendo l'influenza del rapporto tra indebitamento e patrimonio netto sulla ragionevolezza della decisione di finanziamento. Sul concetto di "ragionevolezza", si veda, invece, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e ragionevolezza nelle società di capitali*, in F. BARACHINI (a cura di), *Sezioni pisane di diritto commerciale*, Pisa, 2014, 49 ss., in part. 66 ss.

⁶ Cfr. M. MAUGERI, *I finanziamenti*, cit., 160. In una delle prime sentenze relative al finanziamento dei soci ex art. 2467 c.c., la Corte di Cassazione ha affermato molto più semplicemente che la postergazione opera quando «la società, in relazione all'attività in concreto esercitata, aveva la necessità delle risorse messe a disposizione dai soci finanziatori e non sarebbe stata in grado di rimborsarli»: Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, cit., secondo cui la disposizione è stata introdotta per le società che sono entrate o stanno per entrare in una situazione di crisi. Che lo stato di crisi comporti l'applicazione dell'art. 2467 c.c. si ricava anche dalla lettura dell'art.

l'art. 2467 c.c. non contiene alcuna indicazione su determinate soglie di indebitamento oltre le quali possa avversi l'effetto della postergazione, ciò dipende dal fatto che le diverse strutture finanziarie delle imprese non consentono di addivenire ad una regola generale⁷. Può, allora, concludersi che l'indebitamento risulta eccessivo, quando pone la società a rischio di insolvenza. Di conseguenza, il finanziamento del socio è postergato, quando, nel momento in cui sia erogato, è altamente probabile che la società, rimborsandolo, non sia poi in grado di soddisfare gli altri creditori.

Può, allora, chiedersi se la diagnosi sulla situazione patrimoniale e finanziaria della società debba fondarsi su dati acquisibili nel momento in cui la società ha ricevuto il finanziamento o su tutti i dati, riferibili a quel momento, anche acquisiti *ex post* (ad esempio, in relazione a passività non indicate in bilancio e successivamente accertate). Alla corretta soluzione del problema può giungersi attraverso la lettura logico-sistematica della disposizione. Da un punto di vista letterale, la norma fa riferimento a ciò che "risulta" e, dunque, a quanto verificabile al momento dell'erogazione del finanziamento. Da un punto di vista logico, la norma ha un ambito soggettivo di applicazione ristretto al socio, che può esercitare quei poteri a lui attribuiti dall'art. 2476 c.c. in tema di società a responsabilità limitata, che altri finanziatori non possono esercitare, tanto che non può farsi alcuna differenza in base alla quota posseduta o alle cariche rivestite⁸. La

182-quater l. fall., che, disponendo la prededucibilità (anche se in modo parziale) dei crediti dei soci per finanziamenti concessi per l'accesso al concordato preventivo ovvero per l'esecuzione dello stesso, stabilisce espressamente una deroga all'art. 2467 c.c. Il che dimostra che, senza tale deroga, i finanziamenti sarebbero postergati, proprio perché concessi in una situazione di crisi.

⁷ In proposito, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 239 ss., secondo cui non è possibile stabilire *ex ante*, in via astratta e generale, il livello di *indebitamento massimo* sopportabile da un'impresa senza che fallisca, poiché si tratta di circostanza accertabile solo analizzando tutte le peculiarità del caso concreto – tra cui l'ammontare dei debiti, la capacità redditizia, la struttura dei costi, il tipo di attività svolta, le prospettive generali del mercato – con valutazione compiuta da analisti che assegnano un giudizio al merito creditizio di un debitore (*rating*). Perciò, ai fini dell'applicazione della norma in commento, sono utilizzabili come elementi di prova i *rating* assegnati al debitore da banche o società indipendenti, formulati su adeguate informazioni, secondo principi generalmente accettati.

⁸ Fra molti, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 243 s., secondo cui non ha importanza se il socio finanziatore sia o meno influente sulla gestione societaria, perché penetranti poteri di informazione e controllo sono riconosciuti dall'art. 2476, comma 2, c.c. a ciascun socio, potenzialmente in grado, perciò, di valutare il merito creditizio società.

ratio della disposizione si ricollega, infatti, ai poteri di informazione e controllo spettanti a ciascun socio di società a responsabilità limitata ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c. al fine di valutare il merito creditizio della società. Di conseguenza, vanno valutati i dati acquisibili dai soci nel momento dell'erogazione, senza considerare sopravvenienze passive contabilmente emerse solo in un secondo momento.

Chiarita la correlazione tra qualità di socio e potere di informazione, si è correttamente affermato che la postergazione non opera nei confronti del socio che dimostri di non essere nelle condizioni di rilevare il dissesto patrimoniale della società al momento dell'erogazione del finanziamento, nemmeno per il tramite dell'esercizio diligente dei poteri legali di informazione e controllo⁹. Tale conclusione si basa sul fatto che una crisi, ben occultata dagli amministratori e perciò non conoscibile dal socio finanziatore, implica che non vi siano ragioni sufficienti per subordinare la relativa pretesa creditoria del socio. Ciò consente al socio finanziatore di evitare la postergazione, colpevolizzando gli amministratori per avergli celato il dissesto societario. Di conseguenza, il presupposto della postergazione va correlato solo alle risultanze contabili della società e non può ricollegarsi all'effettivo stato della stessa, non accertabile attraverso l'esercizio dei poteri attribuiti al socio¹⁰. Diventa allora rilevante stabilire il momento esatto relativamente al quale il presupposto anzidetto deve sussistere.

747

3. - (Segue): il momento di valutazione della sussistenza del presupposto.

Il momento in cui occorre valutare la sussistenza del presupposto affinché operi la postergazione, sulla base di quanto fin qui esposto, non può che essere quello in cui il soggetto finanziatore, già socio, eroga la somma di

⁹ Così M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 244; G. BALP, *I finanziamenti dei soci "sostitutivi" del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2007, 345 ss., in particolare 407; M. MAUGERI, *I finanziamenti*, cit., 223 ss.

¹⁰ Nel senso che è ragionevole finanziare un investimento rischioso o di lungo periodo mediante nuovi conferimenti, anziché attraverso prestiti, O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. 5, Padova, 2007, 106; M. MAUGERI, *I finanziamenti*, cit., 174; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 879 ss. e in particolare 895.

danaro¹¹: non un momento precedente (quando società e socio prendono una decisione su un futuro finanziamento) né successivo (quando in sede giudiziaria si valuta se postergare il credito). Il socio potrebbe chiedere che la diagnosi sulla situazione della società debba essere retrodatata al momento in cui si è obbligato alla prestazione in favore della società, quando in quel momento non sussisteva il presupposto di cui all'art. 2467 c.c. Tuttavia, la rilevanza del momento in cui l'erogazione è eseguita (e non di quello in cui è decisa) si evince dalla lettera dell'art. 2467 c.c., che al secondo comma fa riferimento ai «finanziamenti (...) in qualsiasi forma effettuati».

La lettera della norma, peraltro, serve anche a chiarire che nel concetto di finanziamento rientra il trasferimento o la messa a disposizione di una somma di denaro con obbligo di restituzione di quanto ricevuto (mutuo, apertura di credito, anticipazioni). Da un lato, va esclusa l'applicazione dell'art. 2467 c.c., là dove si tratti di c.d. apporti di patrimonio, per i quali nessuna restituzione è prevista in favore del socio che esegue la prestazione in favore della società¹². Dall'altro, l'ambito applicativo va esteso a tutti i contratti per i quali vi sia una finalità creditizia, tra cui *leasing* finanziario

¹¹ Cfr. L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Società*, 2006, 173 ss., in part. 176.

¹² Non vi rientrano le operazioni in cui è esclusa la restituzione al socio: è il caso dei versamenti in conto capitale o più generalmente dei c.d. apporti di patrimonio. Con tale espressione, adottata dalla dottrina per i versamenti dei soci non imputati a capitale (P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nella società di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 506 ss.) e poi anche dalla giurisprudenza (fra molte, Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, cit.; Cass. 19 marzo 1996, n. 2314, in *Società*, 1996, 1267), si indicano le prestazioni eseguite in favore della società al di fuori degli schemi giuridico-formali previsti per la costituzione della società e per l'aumento di capitale (M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società*, Padova, 1992, 160), destinati ad incrementare il solo patrimonio. Se manca fin dall'inizio l'obbligo di restituzione, non vi è bisogno di far ricorso alla disciplina dell'art. 2467 c.c. In questo senso, G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, Milano, 2010, 442.

Per la diversa tesi, secondo cui la disciplina della postergazione va estesa anche alla restituzione di versamenti “in conto capitale” o “a fondo perduto”, O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 122; F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in C. CACCAVALE-F. MAGLIULO-M. MALTONI-F. TASSINARI (a cura di), *La riforma della società a responsabilità limitata*, 2^a ed., Milano, 2007, 153; L. VITTONE, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 919 ss., in part. 930 ss., confondendo, però, gli apporti di patrimonio con gli apporti anticipati di capitale, sulla cui distinzione M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti “spontanei” in società di capitali*, Torino, 2001, 26 ss. e 119 ss.

lease-back, riporto, vendita con patto di retrocessione a termine¹³. In sintesi, non ha rilievo lo schema contrattuale utilizzato, ma la messa a disposizione di quanto occorre per la società, che si indebita per la restituzione¹⁴. Va, quindi, escluso che l'art. 2467 c.c. possa trovare applicazione a contratti non aventi natura finanziaria, con particolare riguardo alla concessione del godimento, in comodato gratuito o in locazione ad un canone agevolato, di un determinato bene in favore della società, evitando quest'ultima di pagare un normale corrispettivo¹⁵.

La postergazione potrebbe, tuttavia, operare anche sui corrispettivi dovuti al socio e non riscossi, ma solo se la mancata esazione sia interpretabile come espressa o tacita concessione di credito. Ne consegue il problema di applicare l'art. 2467 c.c. in caso di mancata riscossione da parte del socio di somme liquide ed esigibili e, in generale, in caso di concessioni di dilazioni di pagamento¹⁶. La questione è delicata, perché occorre evitare l'estensione dell'art. 2467 c.c. a fattispecie sostanzialmente diverse da quelle prese in considerazione dalla norma, e cioè in situazioni in cui il presupposto della postergazione non si sia realizzato al sorgere del credito, ma solo al momento in cui sia voluta la riscossione. Bisogna, infatti, distinguere: una cosa è finanziare l'impresa in un momento di crisi, altro è non riscuotere momentaneamente la somma di danaro dovuta, che presuppone una decisione ben diversa da quella di finanziare, anche per la convenienza o meno di dare corso ad un procedimento giudiziario per l'accer-

¹³ Diverso è il discorso al fine di applicare la postergazione anche alle garanzie sostitutive di capitale, con cui i soci, anziché concedere direttamente credito, si facciano garanti del prestito erogato da altri alla società. In proposito, fra molti, N. ABRANI, *Finanziamenti «anomalì»*, cit., 351; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 105; M. MAUGERI, *I finanziamenti*, cit., 151; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, cit., 879 ss. e in part. 891. In giurisprudenza, Trib. Udine, 3 marzo 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 224, in part. 244.

¹⁴ Così M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 441 ss., in part. 446. Il termine "forma" cui fa riferimento l'art. 2467 c.c., infatti, va riferito alla causa dell'operazione per intendere le operazioni per le quali sia prevista una restituzione a favore del socio: G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 452.

¹⁵ In proposito, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 245 s., che esclude l'applicazione dell'art. 2467 c.c. a tale fattispecie.

¹⁶ Si pensi al caso in cui la società abbia un termine per restituire quanto dovuto al socio e, venuto a scadenza, il socio conceda una dilazione. In merito alla mancata riscossione di somme ed a dilazioni di pagamento, parificabili al finanziamento ai fini dell'applicazione dell'art. 2467 c.c., M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 245. Più recentemente, D. ARCIDIACONO, *I prestiti dei soci nelle società di capitali*, 2^a ed., Torino, 2012, 116 ss.

tamento del credito al fine di ottenere la conseguente condanna al pagamento per poi avviare l'azione esecutiva. Va, perciò, distinto il comportamento meramente omissivo del socio, che non attua alcuna attività di riscossione di somme a qualsiasi titolo a lui dovute (ad esempio, anche per corrispettivi per prestazioni eseguite in favore della società), dall'accordo diretto a sostenere finanziariamente la società in un momento in cui sarebbe stato ragionevole eseguire un conferimento. Spesso, però, nessun patto è espressamente previsto e risulta difficile acquisire prove che mostrino chiaramente la sussistenza di un sostegno finanziario del socio attraverso una dilazione, desumibile solo verificando con attenzione tutti gli elementi della fattispecie. Esclusa la novazione e non potendosi ritenere (anche per via interpretativa) concesso un nuovo finanziamento (salvo che dalle scritture contabili non risulti un'operazione di rimborso ed erogazione di nuova finanza oppure si accerti la sussistenza di ulteriori interessi convenzionali sulle somme dovute al socio), l'art. 2467 c.c. non può trovare applicazione.

750

4. - I finanziamenti correlati all'acquisto della qualità di socio.

È ora possibile risolvere agevolmente sia il problema dell'acquisto della qualità di socio dopo l'esecuzione del finanziamento sia quello relativo alla perdita della qualità di socio dopo l'esborso. La lettera della norma, nel fare riferimento alla situazione finanziaria della società per la quale sarebbe stato ragionevole un conferimento, presuppone che il finanziatore sia necessariamente socio al momento dell'erogazione della somma. Il collegamento tra qualità di socio ed operazione di finanziamento impedisce, perciò, l'applicazione del dato normativo al creditore che, successivamente all'esborso, diventasse socio¹⁷.

Può, tuttavia, accadere che, nell'ambito di una medesima operazione di acquisizione di una partecipazione in società, si preveda che l'acquirente, oltre al corrispettivo in favore dell'alienante, effettui un versamento in favore della società a titolo di mutuo (e non come apporto di patrimonio).

¹⁷ In proposito, v. Trib. Messina, 4 marzo 2009, in *Fall.*, 2009, 795 ss. Nello stesso senso, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 244.

Tale tipo di operazione, peraltro, potrebbe essere prevista proprio in occasione di piani di risanamento, per cui i soci preferiscono estendere la compagine societaria a nuovi soggetti finanziatori¹⁸. In questa ipotesi potrebbe ricorrere l'applicazione dell'art. 2467 c.c., perché il finanziatore, nell'acquisire la qualità di socio e ricorrendo i presupposti della disposizione, avrebbe potuto eseguire un apporto di patrimonio (senza, cioè, prevedere alcuna restituzione della somma versata), in luogo di indebitare ulteriormente la società. Tuttavia, non ci si può discostare dalla *ratio* della disposizione, che come esposto, presuppone l'esercizio di poteri di informazione e controllo da parte del socio, che un acquirente di una partecipazione sociale per legge non possiede.

Nell'ipotesi, invece, di cessione del credito da parte del socio, l'eccezione di postergazione al cessionario resta opponibile¹⁹: la perdita della qualità di socio dopo l'erogazione del finanziamento non può certo servire per evitare la postergazione²⁰. E tale conclusione resta, perciò, ferma, anche nel caso di cessione dell'intera partecipazione sociale e del credito vantato verso la società a chi sia ignaro di quale fosse la situazione finanziaria al tempo dell'erogazione.

Analogamente è da escludersi l'applicazione della norma ai prestiti erogati da soggetti correlati ad un socio (coniuge, parenti, dipendenti, amministratori, controllanti, controllate, ecc.), di per sé privi di poteri di informazione sulla gestione della società, salvo che si dimostri il dolo e la frode alla legge²¹. Soprattutto in momenti di crisi, i soci ricorrono ai finanziamenti provenienti o da altre società collegate a quella da finanziare o a prestiti di propri familiari. Invero, non può condividersi l'opinione secondo cui l'espressione adoperata dal legislatore relativa ai finanziamenti "in qualsi-

751

¹⁸ Si tratta di fattispecie presa in considerazione dal legislatore in sede di regolamentazione della nuova finanza nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, su cui v. *infra* par. 9.

¹⁹ Cfr. G. BALP, *I finanziamenti*, cit., 413; M. MAUGERI, *I finanziamenti*, cit., 138 s. E v. anche M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 245, il quale, però, precisa che regola opposta vale in caso di circolazione del credito secondo i principi cartolari, trattandosi di un'eccezione personale al socio che non può essere fatta valere contro l'acquirente del titolo di credito, se non avvalendosi dell'*exceptio doli*.

²⁰ La sussistenza del presupposto per aversi postergazione indicato dall'art. 2476, comma 2, c.c. va verificato al momento dell'erogazione del finanziamento (v. *supra* par. 3).

²¹ In proposito, ancora M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 244, precisando che per le società legate da rapporti di gruppo può, invece, trovare applicazione l'art. 2497-*quinquies* c.c.

asi forma effettuati” sia estensibile anche all’identità del finanziatore, se è stata erogata da un terzo per eludere la norma a favore di uno o più soci²². Non può confondersi la “forma” del finanziamento, intesa come schema contrattuale utilizzato²³, con l’imputazione del credito ad un determinato soggetto. Nell’art. 2467 c.c., infatti, manca qualsiasi riferimento ad operazioni poste in essere da società fiduciare o per interposta persona, come accade in altre disposizioni (ad esempio, nell’ultimo comma dell’art. 2357 c.c.). Estendendo oltremodo la norma, si finirebbe per scoraggiare i finanziatori, preoccupati di incorrere in fenomeni di frode alla legge. Ciò che, invece, deve ritenersi possibile è il ricorso ai principi in tema di interpolazione reale o fittizia, là dove ne sussistano i presupposti in relazione alle specifiche modalità in cui l’operazione è intercorsa²⁴.

5. - La conseguente esclusione dell’applicazione analogica ad altri tipi di società.

Il discorso fin qui condotto porta ad escludere l’applicazione dell’art. 2467 c.c. anche a tipi societari diversi dalla società a responsabilità limitata. Il dato è assai rilevante, non solo in relazione a quanto previsto dall’art. 182-*quater* I. fall. relativamente all’espressa deroga all’art. 2467 c.c.²⁵, ma

²² Sull’applicazione dell’art. 2467 c.c. anche alle parti correlate al socio, che effettuino il finanziamento, R. CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, Milano, 2012, 166 ss. E v. anche in giurisprudenza, Trib. Padova, 16 maggio 2011, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 222. Diverso è il discorso sulla provenienza della somma di danaro erogata. Non esclude che l’espressione utilizzata dal legislatore possa consentire l’applicazione della disposizione anche al finanziatore che non faccia parte della compagine sociale, là dove si possa provare che sia il socio a somministrare al finanziatore le somme versate da quest’ultimo alla società, G. BALP, *I finanziamenti*, cit., 410 s.

²³ Sul significato dell’espressione “forma” dei finanziamenti, utilizzata dal legislatore nella norma in commento, v. *supra* par. 3.

²⁴ In proposito, G. BALP, *Questioni in tema di postergazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 246 ss., in part. 260 s. ed ivi riferimenti.

²⁵ Tuttavia, in dottrina sono state proposte varie soluzioni per estendere la postergazione ai finanziamenti in favore della società per azioni: fra molti, O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 118; M. MAUGERI, *I finanziamenti*, cit., 237; A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, 1, Torino, 2006, 177 ss., in part. 193; G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 681; M. SIMEON, *La postergazione dei finanziamenti soci nella s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 69 ss.; U. TOMBARI, «*Apporti spontanei e prestiti dei soci nelle società di capitali*», in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, 1, Torino, 2006, 551 ss., in part. 563; L. VITDONE, *Questioni in tema di postergazione*, cit., 941.

anche nell'ottica di valutare le conseguenze in caso di successiva sottoposizione della società a procedure concorsuali.

Le particolari modalità della postergazione *ex art. 2467 c.c.*, come esposto, si giustificano con aspetti specifici della disciplina della società a responsabilità limitata, in particolare, con i penetranti poteri di informazione e controllo attribuiti a ciascun socio dall'*art. 2476 c.c.*²⁶, ma non riconosciuti ai soci di società per azioni²⁷. Solo nella società a responsabilità limitata il socio, che finanzia la società, può ben conoscere la situazione della stessa: proprio per questo subisce la postergazione *ex art. 2467 c.c.*, anche qualora nulla abbia fatto per essere informato.

Di conseguenza, neanche può applicarsi la disposizione in esame al socio di società per azioni, informato della situazione patrimoniale di quest'ultima, per la quale pure fossero presenti i presupposti oggettivi indicati dalla stessa disposizione. Se la *ratio* dell'*art. 2467 c.c.* è rinvenibile nella correlazione della posizione di socio di società a responsabilità limitata e potere di informazione²⁸, senza che il socio possa dimostrare di fatto di non essere venuto a conoscenza della situazione della società (ad esempio, perché era all'estero da tempo, quando ha effettuato l'erogazione finanziaria), per il medesimo ragionamento non può essere consentito di dimo-

753

In giurisprudenza, Trib. Pistoia, 21 settembre 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 19; Trib. Venezia, 8 marzo 2011, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 223, in part. 236, secondo cui l'applicazione alle società per azioni è possibile a carico del socio finanziatore che non sia un mero investitore, ma sia così influente da condizionare la gestione della società.

²⁶ Nel senso dell'inapplicabilità dell'*art. 2467 c.c.* alla società per azioni, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 239, secondo cui resta applicabile a tutti i tipi societari la norma sulla postergazione dei finanziamenti infragruppo (*art. 2497-quinquies c.c.*), che, «in via di interpretazione estensiva o analogica, appare idonea ad incidere sui finanziamenti erogati in generale dal socio di controllo della società (ancorché persona fisica e/o non esercitante attività direzione e coordinamento su una pluralità di società); non però sui finanziamenti dei soci di minoranza»; G. PRESTI, *Sub art. 2467*, in P. BENAZZO-S. PATRIARCA (diretto da), *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, 2006, 101; G. TERRANOVA, *Sub art. 2467 c.c.*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, Napoli, 2004, 1474. In giurisprudenza, Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, cit.

²⁷ Nella società a responsabilità limitata è più difficilmente configurabile il socio disinteressato degli affari sociali. Così M. SIMEON, *La postergazione dei finanziamenti soci nella s.p.a.*, cit., 88 s.

²⁸ Sulla "responsabilizzazione" del socio di società a responsabilità limitata, tanto che l'*art. 2467 c.c.* sanziona la condotta di chi, pur avendo a disposizione un patrimonio informativo completo sulla situazione finanziaria della società, preferisce finanziarla con "forme sotterranee di capitalizzazione", M. SIMEON, *La postergazione dei finanziamenti soci nella s.p.a.*, cit., 89 ss., per il quale, però, è possibile un'applicazione selettiva della disposizione ad alcuni dei soci della società per azioni, in funzione della posizione assunta all'interno della società.

strare che, in concreto, il socio di società per azioni, all'atto del versamento, avesse tutte le informazioni adeguate per ritenere ragionevole un apporto di patrimonio in luogo di un finanziamento con diritto alla restituzione di quanto erogato alla società.

Diversa, ovviamente, resta l'ipotesi in cui il socio di società a responsabilità limitata possa dimostrare che, pur esercitando quei poteri riconosciuti dalla legge, giammai avrebbe potuto acquisire un'effettiva conoscenza sulla situazione della società, come accade se lo stato di crisi sia stato abilmente occultato dagli amministratori.

6. - Gli effetti della postergazione indipendentemente dal fallimento.

Prima di esaminare gli effetti della postergazione nell'ipotesi di procedure concorsuali, va chiarito che la postergazione del credito da finanziamento *ex art. 2467 c.c.*, opera anche indipendentemente dalla sottoposizione della società a fallimento²⁹. Infatti, è vero che l'art. 2467 c.c. disciplina espressamente la sorte del "rimborso" avvenuto nell'anno precedente al fallimento della società, ma non stabilisce affatto che questo sia l'unico effetto della subordinazione: la prima affermazione contenuta nel primo comma, relativa alla postergazione del rimborso, è formulata in modo assoluto, mentre la seconda locuzione, relativa al fallimento, ne è una specificazione³⁰.

²⁹ Sull'applicazione dell'art 2467 c.c. indipendentemente dalla sottoposizione della società a procedura concorsuale, si sono schierati in molti: G. BALP, *I finanziamenti*, cit., 364; R. CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., 203, O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 110 s.; G. DE FERRA, *La postergazione del credito del socio finanziatore*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 187 ss.; M. MAUGERI, *I finanziamenti*, cit., 109; M. RESCIGNO, *Problemi aperti in tema di s.r.l.: i finanziamenti dei soci, la responsabilità*, in *Società*, 2005, 14 s.; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, cit., 896; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione delle società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 261 ss.; nonché, sia pur escludendo che gli amministratori possano rifiutare il pagamento, G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 969 ss., in part. 975.

In senso diverso, sulla postergazione solo in sede di liquidazione concorsuale o volontaria, G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, cit., 681; L. VITTONE, *Questioni in tema di postergazione*, cit., 926; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 467 s. Sulla "natura concorsuale" della postergazione *ex art. 2467 c.c.*, più recentemente, D. VATTTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, 128 ss.

³⁰ Particolare è la scelta legislativa italiana, se confrontata con quella di altri ordinamenti, nei quali operazioni similari sono espressamente disciplinate in ambito concorsuale. In Germania, la disciplina dei prestiti dei soci non è più collocata nei § 32 a e b *GmbHG*, ma è inserita

La postergazione *ex art. 2467 c.c.* fuori dal fallimento opera in favore di tutti i creditori, in quanto non viene fatta differenza tra questi ultimi a seconda del momento in cui è sorto il loro credito. Seppure si volessero prendere in considerazione come beneficiari della norma solo i creditori effettivamente danneggiati, non si potrebbe escludere che lo siano quelli la cui obbligazione è sorta in precedenza: i finanziamenti dei soci e poi le restituzioni a favore di questi ultimi di quanto versato renderebbero incerto il soddisfacimento delle ragioni di credito sorte in precedenza. Neanche vi è dubbio che siano danneggiati dalla restituzione anche i creditori per operazioni sorte successivamente all'erogazione del finanziamento dei soci, proprio perché possono aver fatto affidamento sulla presunta solvibilità dell'impresa a seguito del sostegno dei soci³¹.

Gli amministratori, qualora restituiscano ai soci quanto da loro versato in pendenza di postergazione, sono responsabili verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale³². Per evitare il danno, procurato alla società ed ai

all'interno della legge sull'insolvenza, su cui, fra molti, K. SCHMIDT, *Normzwecke und Zurechenbarkeit im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Grundfragen zur Neufassung der §§ 39, 135 InsO durch das MoMiG*, in *GmbHR*, 2009, 1009 ss. Analogamente in Spagna, la regolamentazione dei prestiti dei soci si ritrova negli artt. 92 e 93 della *Ley Concursal* del 9 luglio 2003, n. 22 (modificata con *Ley* 27 marzo 2009, n. 3 e *Ley* 10 ottobre 2011, n. 38), su cui, fra molti, anche relativamente alla scelta di non inserire una norma sulla postergazione nell'ambito societario, A. Rojo, *La calificación de los crédito concursales con garantía personal*, in *ADCo*, 2006, 535 ss. Ed anche nel sistema statunitense la postergazione ha trovato riconoscimento nella regola sulla *equitable subordination*, contenuta nel § 510 del *Bankruptcy Code*, in linea con la prassi giurisprudenziale della *recharacterization*, attraverso cui i giudici riqualificano l'operazione nell'interesse degli altri creditori.

³¹ In proposito R. CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., 203 s. ed ivi riferimenti.

³² I finanziamenti in esame debbono risultare chiaramente dal bilancio della società beneficiaria del finanziamento alla voce D3 del passivo ("debiti verso soci per finanziamenti") *ex art. 2424 c.c.* Se non è stata pattuita la gratuità dell'operazione, nello stesso modo vanno indicati gli interessi maturati in pendenza della postergazione del prestito. Peraltra, occorre separatamente indicare nella nota integrativa, ai sensi dell'art. 2427, n. 19-bis, c.c. i «finanziamenti effettuati dai soci alla società (...) con clausola di postergazione rispetto agli altri creditori». In verità, non è sicuro che tale disposizione si applichi ai finanziamenti postergati *ex lege*, dato che si riferisce alla postergazione di fonte convenzionale. Non ci sono, però, significative differenze fra le due forme di subordinazione del credito, solo che la postergazione legale dei finanziamenti anomali dei soci dipende dai presupposti indicati dal secondo comma dell'art. 2467 c.c., meno agevoli da accettare.

Attraverso un'idonea indicazione nella nota integrativa, andrebbe reso pubblico che la società non è nelle condizioni di soddisfare regolarmente i creditori e, quindi, si potrebbero aprire profili di responsabilità degli amministratori che abbiano omesso una tale rappresen-

creditori, dovranno allora richiedere la ripetizione dell'indebito³³ e non potrà trovare applicazione l'art. 1185 c.c., secondo cui chi ha adempiuto anticipatamente un debito, anche per ignoranza del termine, può ripetere non l'intera somma, ma, nei limiti della perdita subita, solo ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato. Ciò perché l'inesigibilità del credito da parte del socio va intesa come divieto di adempiere a carico della società, fin quando quest'ultima si trovi nella situazione patrimoniale già descritta. La postergazione legale, infatti, è posta a salvaguardia del patrimonio sociale e dei creditori ed ha carattere inderogabile.

Il pagamento al socio, infine, può essere soggetto a revocatoria ordinaria. In tal caso, occorrerà accertare che il finanziamento sia stato concesso quando la società versava nelle condizioni indicate al secondo comma dell'art. 2467 c.c., oltre a dover sussistere i presupposti di tale azione (*eventus damni e consilium fraudis*)³⁴. In sostanza, l'attore dovrà dimostrare in giudizio che la restituzione del finanziamento postergato ha arrecato pregiudizio alle proprie ragioni di credito e che il socio ne era consapevole.

756

7. - Il fallimento della società a responsabilità limitata beneficiaria di finanziamenti.

Le conseguenze del fallimento della società sui finanziamenti erogati dai soci sono delineate dal legislatore. In forza dell'art. 2467 c.c. il socio è tenuto a restituire alla massa quanto ricevuto nel corso dell'anno anteriore al fallimento e può insinuarsi al passivo come creditore postergato. Si tratta di conseguenza automatica del fallimento, senza che si debba dimostrare la conoscenza dell'insolvenza da parte del socio al momento del pagamento in suo favore.

tazione della situazione finanziaria della società in condizioni di postergare *ex lege* i crediti dei soci. Comunque l'errata indicazione nel bilancio della società di tali finanziamenti non preclude l'applicazione della disposizione in esame.

³³ Il rimborso del finanziamento postergato può essere oggetto di ripetizione dell'indebito da parte della società: in proposito, G. BALP, *I finanziamenti*, cit., 373; M. MAUGERI, *I finanziamenti*, cit., 113 ss. In senso diverso, G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, cit., 976.

³⁴ Non può trovare applicazione il terzo comma dell'art. 2901 c.c., secondo cui il pagamento dei debiti scaduti non può essere soggetto a revocatoria. Infatti, a causa della postergazione, la pretesa del socio non è esigibile: così M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 237 ss., in particolare 253.

Sulla base di quanto esposto, il regime probatorio va così regolato: la prova della sussistenza del presupposto obiettivo di squilibrio patrimoniale, vigente al momento dell'erogazione del finanziamento, va fornita dal curatore nel giudizio di accertamento, dato che l'erogazione di prestiti da parte dei soci non è di per sé significativa di uno squilibrio patrimoniale della società³⁵; spetta, invece, al socio dimostrare che non era nelle condizioni di conoscere l'effettiva situazione patrimoniale della società³⁶. Sono palesi, quindi, le differenze con l'azione revocatoria fallimentare dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili (art. 67, comma 2, l. fall.)³⁷. Il che consente al curatore di esercitare entrambe le azioni, ricorrendone i presupposti, soprattutto quanto appaia più agevole la prova della *scientia decoctionis* rispetto a quella relativa ai presupposti di cui all'art. 2467 c.c. Una parziale similitudine può ravvisarsi con la revocatoria dei pagamenti di crediti non scaduti *ex art.* 65 l. fall.³⁸ essenzialmente per due ragioni: innanzitutto, per l'automatica inefficacia del pagamento, essendo necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria solo per accertare la sussistenza dei presupposti di legge; in secondo luogo, per il consequenziale obbligo di restituzione della somma ricevuta e per l'onere di insinuarsi al passivo

757

³⁵ Cfr. Trib. Biella, 17 giugno 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, 217, secondo cui la prova della postergazione deve essere fornita da chi la invoca.

³⁶ In proposito, v. *supra* par. 3.

³⁷ L'obbligo di restituzione grava sul socio, senza che abbia rilievo la prova della *scientia decoctionis*, in quanto tale obbligo sussiste indipendentemente dallo stato di insolvenza al momento in cui avviene il pagamento in favore del socio. Né possono operare le cause di esenzione da revocatoria ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 67 l. fall. Fra molti, v. M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 254 ss., in part. 256, secondo cui «la postergazione dei prestiti sostitutivi di capitale esprime un giudizio normativo di disvalore della pretesa dei soci, non conciliabile in alcun modo con le finalità premianti e protettive di interessi particolarmente meritevoli su cui si fondono le esenzioni dall'azione revocatoria». Per la stessa conclusione, L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, in *Fall.*, 2009, 800 ss., in part. 806; C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 129 ss., in part. 140. In giurisprudenza, Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Foro it.*, 2009, I, 2370 ss., che esclude l'applicabilità dell'art. 67, comma 3, l. fall., nel caso di rimborso di finanziamenti postergati, in quanto «la finalità della postergazione e l'obbligo della restituzione risulterebbero infatti frustrati qualora si consentisse anche nei loro confronti la esclusione della revocatoria».

³⁸ In proposito, S. LOCORATOLO, *Postergazione dei crediti e fallimento*, cit., 51 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 471. E v. anche M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 254 ss., secondo cui il diritto al rimborso del finanziamento sostitutivo di capitale è un credito non scaduto, perché «la postergazione legale proroga *ex lege* la durata del prestito fino al recupero dell'equilibrio finanziario da parte della società debitrice o al fallimento della stessa».

per il corrispondente importo³⁹. Resta fermo, però, che la peculiarità dell'art. 2467 c.c. consiste nell'aver disposto, come effetto della sua applicazione, l'inesigibilità del credito, malgrado la diversa volontà delle parti (ossia del socio e della società). Differente, rispetto a quanto previsto dall'art. 65 l. fall., è, d'altronde, il periodo di tempo antecedente al fallimento entro cui deve essere la restituzione della somma erogata al fine di applicare l'art. 2467, comma 1, c.c.

Si deve, invece, fare ricorso all'art. 65 l. fall. per i pagamenti al socio, intercorsi nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, avvenuti anticipatamente rispetto all'originaria scadenza del prestito. Può, d'altronde, farsi ricorso alla revocatoria ordinaria *ex art. 66 l. fall.* Qualora, poi, il rapporto soggetto a postergazione abbia carattere continuativo o reiterato, con frequenti rimesse da entrambe le parti, l'importo totale che il socio deve restituire va limitato in base all'art. 70 l. fall., che prevede la c.d. regola del massimo scoperto⁴⁰.

Tale norma, infatti, disciplina in generale gli «effetti della revocazione» e può considerarsi espressione di un principio valido anche per la revocatoria *ex lege* e, in base all'equiparazione tra gli artt. 65 l. fall. e 2467 c.c., anche in caso di postergazione legale del credito. Perciò, qualora si applichi l'art. 2467 c.c., il socio deve restituire al fallimento una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento e l'ammontare residuo delle stesse alla data in cui si è aperto il concorso.

Può sorgere il dubbio in ordine all'applicazione dell'art. 69-*bis* l. fall., sia relativamente al primo comma, che stabilisce un termine triennale dal fallimento per l'esperimento delle azioni revocatorie, sia in riferimento al secondo comma, più recentemente introdotto (*ex l. 7 agosto 2012, n. 134*, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83), secondo cui, in caso di consecuzione delle procedure concorsuali, i termini previsti

³⁹ Dall'equipollenza dell'effetto di cui all'art. 2467 c.c. con quanto disposto dall'art. 65 l. fall. si fa desumere l'inefficacia del rimborso dei finanziamenti non solo in caso di fallimento, bensì anche per l'apertura di altre procedure concorsuali, che prevedono l'applicabilità dei rimedi fallimentari in tema di atti pregiudizievoli per i creditori: amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa (in caso di dichiarazione di insolvenza): in questi termini, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 254 s.

⁴⁰ Cfr. M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 256.

dagli artt. 64, 65, 67 e 69 l. fall. decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

Relativamente al primo comma dell'art. 69-bis l. fall., che fa espressamente riferimento alle «azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione», non può considerarsi pacifico che il terreno entro cui esperire le azioni trovi applicazione anche alla revocatoria ordinaria, perché quest'ultima non può ritenersi regolata dalle disposizioni della legge fallimentare⁴¹. Ciò nonostante la dottrina si è prevalentemente schierata nel senso di ritenere che tutte le azioni revocatorie vadano esperite nel suddetto termine⁴², restando, però, ambiguo il motivo per cui per le altre azioni, pure prese in considerazione dall'art. 66 l. fall., quale l'azione di simulazione, non sia previsto uguale limite temporale. Peraltro, la revocatoria ordinaria sarebbe esercitabile entro termini diversi a seconda che sia proposta da un creditore o dal fallimento del debitore. Ciò induce a ritenere fortemente che il suddetto termine triennale riguardi solo le revocatorie fallimentari. Il legislatore, se davvero avesse voluto sanzionare il mancato esercizio anche dell'azione revocatoria ordinaria nel triennio successivo alla dichiarazione di fallimento, avrebbe potuto utilizzare una diversa espressione verbale al primo comma dell'art. 69-bis l. fall. Oltretutto, il successivo secondo comma è chiaro nel prevedere l'ipotesi di consecuzione del fallimento alla proposta di concordato preventivo: in tal caso il termine di decadenza triennale ben si concilia con i termini di compimento dell'atto di cui all'art. 67 l. fall.

La ritenuta parziale equipollenza di quanto disposto dall'art. 65 l. fall. con l'effetto della postergazione *ex art. art. 2467 c.c.* porta, poi, a ritenere

⁴¹ La revocatoria ordinaria non può considerarsi regolata dall'art. 66 l. fall., la cui rubrica la richiama, senza stabilire una diversa disciplina rispetto a quanto previsto dal codice. Precisamente, l'art. 66 l. fall. non prevede l'esercizio della sola azione revocatoria ordinaria da parte del fallimento, ma si riferisce a tutte le azioni dirette a dichiarare l'inefficacia degli atti (ad esempio, anche quella di simulazione).

⁴² Sull'orientamento, che appare prevalente, di applicare il termine triennale di decadenza dalla data del fallimento sia alla revocatoria fallimentare che a quella ordinaria, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 3 Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, 5^a ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2014, 377, ed ivi nt. 82, ove ulteriori riferimenti. Indubbiamente, in tal maniera, si vuole superare l'imperfetta formulazione della norma da un punto di vista lessicale. Sui difetti di formulazione delle recenti disposizioni introdotte senza un'opportuna ponderazione del testo, U. MORERA-N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, 383 ss.

applicabile il secondo comma dell'art. 69-*bis* l. fall. ai pagamenti della società ad estinzione dei finanziamenti dei soci avvenuti entro l'anno precedente al deposito della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese.

Per quanto riguarda il trattamento dei crediti dei soci in sede di distribuzione nella liquidazione dell'attivo, l'art. 111 l. fall., nel delineare l'ordine di distribuzione delle somme ricavate, nulla dispone in merito ai crediti subordinati. Se può ritenersi pacifio che i creditori postergati partecipino alle ripartizioni dell'attivo solo dopo l'integrale adempimento dei crediti prededucibili, privilegiati ed anche chirografari, dubbi possono sorgere sul rapporto con le altre passività sottochirografarie: in particolare, sul rapporto di prevalenza fra finanziamenti dei soci e crediti soggetti a subordinazione volontaria. Nessun problema si pone, se per questi ultimi sia stato convenuto il pagamento anche dopo i crediti postergati *ex lege*, quali quelli nascenti dai finanziamenti in esame. Altrimenti, in assenza di specifici dati normativi e in mancanza di accordo, deve ritenersi che i finanziamenti sostitutivi di capitale e i crediti volontariamente subordinati si collochino su un piano di parità⁴³.

760

8. - Gli effetti della proposta di concordato preventivo sui finanziamenti postergati già eseguiti.

Particolari sono i problemi che si pongono per i finanziamenti dei soci erogati alla società, poi sottoposta a concordato preventivo. È, innanzitutto, controverso se gli effetti della postergazione legale siano derogabili

⁴³ Al pari dei crediti volontariamente subordinati, è da escludere la compensazione fra credito postergato *ex lege* e debiti del socio verso la società fallita. In proposito, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 258, secondo cui la compensazione deve ritenersi ammessa solo se la massa fallimentare fosse sufficiente per il pagamento dei crediti non subordinati, altrimenti il socio trarrebbe soddisfazione in via preferenziale rispetto a creditori poziori. Non rileva, infatti, che l'art. 56 l. fall. favorisce la compensazione, senza distinguere in ordine al rango, subordinato o meno, del credito compensato. La compensazione comunque non è compatibile con la postergazione legale in esame, perché permetterebbe ai soci finanziatori di soddisfarsi prima e a discapito dei creditori concorrenti. Il che è proprio quanto l'art. 2467 c.c. vuole evitare.

mediante la proposta concordataria, anche attraverso la formazione di classi⁴⁴.

Va osservato in proposito che la postergazione legale dei finanziamenti sostitutivi di capitale comporta una subordinazione *generale*: ossia l'intero patrimonio sociale è destinato in via preferenziale al soddisfacimento dei crediti non subordinati⁴⁵. Non si può, pertanto, consentire la derogabilità concordataria della postergazione *ex art.* 2467 c.c.⁴⁶. Essa non è assimilabile ad una qualsiasi differenza di rango, quale può esservi fra crediti privilegiati di ordine diverso, o fra privilegiati e chirografari.

Per quanto riguarda l'ammissione al voto dei soci finanziatori postergati *ex art.* 2467 c.c. e l'inclusione dei relativi crediti nel calcolo delle maggioranze per l'approvazione del concordato, la soluzione più convincente resta quella di estendere il divieto di voto ai soci creditori per finanziamenti postergati⁴⁷. E ciò non tanto perché la loro posizione è caratterizzata dalla

⁴⁴ Si discute se, alla luce della nuova disciplina, il tribunale, cui è demandato il controllo di ammissibilità sulla proposta concordataria, possa rilevare d'ufficio la mancata previsione di classi di creditori, ravvisando la presenza di interessi economici eterogenei nel ceto creditorio. Per il “classamento obbligatorio”, P. CATALLOZZI, *Il «classamento obbligatorio» nei concordati*, in *Fall.*, 2010, 777; M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 215 ss.; R. SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, 1069; e con sentenza interpretativa di rigetto: Corte cost., 12 marzo 2010, n. 98, in *Fall.*, 2010, 775. In senso contrario, G. BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 424 ss.; G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 385 ss., in part. 390; e, in giurisprudenza, Trib. Bari, 26 ottobre 2009, in *Fall.*, 2010, 377; Trib. Monza, 30 settembre 2010, in www.ilcaso.it. E v. anche M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 259 ss., secondo cui la suddivisione dei creditori in classi è *una facoltà* e non un obbligo per il proponente.

⁴⁵ Cfr. M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 259 ss.

⁴⁶ Per Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706, cit., è possibile la deroga, attraverso la formazione di classi al fine di alterare le regole legali di partecipazione al concorso (quindi, con il consenso della maggioranza dei creditori di ciascuna classe). In senso diverso, Trib. Messina, 4 marzo 2009, cit., secondo cui, se la proposta non prevede l'integrale soddisfacimento dei creditori chirografari, nulla può essere pagato ai soci finanziatori postergati, per cui sarebbe obbligatorio un concordato per classi, con l'inserimento dei debiti postergati in una classe separata.

⁴⁷ Il problema avrebbe potuto trovare definitiva soluzione con l'intervento del legislatore. Si badi che, in sede di conversione del d.l. n. 83 del 2012, la l. n. 134 del 2012, ha modificato l'art. 182-quater l. fall., stabilendo, nell'ultimo comma, espressamente il divieto di voto a carico dei creditori, anche soci, per finanziamenti concessi per l'ammissione al concordato. La norma potrebbe essere interpretata nel senso che, al di là di tale circoscritta ipotesi, indubbiamente collegata alla prededucibilità del credito prevista dalla medesima disposizione, i soci finanziatori postergati abbiano diritto di esprimersi sulla proposta di concordato preventivo. Ciò presupporrebbe che l'attuale quarto comma dell'art. 182-quater l. fall. contenga una disposizione eccezionale. Per la verità, la norma ricollega il divieto di voto al premio di prededu-

partecipazione al capitale di rischio⁴⁸, quanto perché non si può consentire che la sorte della proposta concordataria sia determinata anche da soggetti legati da evidente comunanza di interessi con la società debitrice e per di più non del tutto estranei alla causa del dissesto⁴⁹. Del resto, l'art. 127, comma 6, l. fall., che esclude dal voto e dal calcolo delle maggioranze per il concordato fallimentare «i crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo», impedisce il voto a tutti i soggetti che possono incorrere nella postergazione legale dei crediti in base all'art. 2497-*quinquies* l. fall. ed è regola estensibile al concordato preventivo⁵⁰. Uguale regola va applicata anche ai soggetti per i quali vale la postergazione *ex art.* 2467 c.e.: sia l'art. 2497-*quinquies* c.c. che l'art. 2467 c.c. sono diretti al medesimo obiettivo, quello di sanzionare la violazione del principio di corretto finanziamento dell'impresa sociale. D'altronde, l'art. 182-*quater* l. fall., in tema di “nuova finanza”, pone sullo stesso piano le due disposizioni di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Non potrebbe, invero, concepirsi un trattamento differenziato, escludendo i creditori di cui all'art. 2497-*quinquies* c.c. dal voto e dal calcolo delle maggioranze e favorendo, invece, i soci che hanno concesso finanziamenti irragionevoli sulla base di quanto stabilito dalla disposizione in commento. In definitiva, può desumersi un principio più generale dall'art. 127 l. fall., applicabile anche all'ipotesi di postergazione in esame⁵¹.

cibilità concesso al socio che procura nuova finanza in relazione alla proposta di concordato preventivo.

⁴⁸ Cfr. Trib. Messina, 4 marzo 2009, cit., che parte dall'assunto secondo cui «i soci finanziatori rimangono pur sempre dei creditori» per concludere che «gli stessi non possono essere estromessi dalla partecipazione alle votazioni per l'approvazione del concordato». In senso analogo, Trib. Milano, 29 settembre 2011, in www.iffallimentarista.it; App. Venezia, 23 febbraio 2012, in *Fall.*, 2012, 673. In dottrina, in tal senso, G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 481. E v. anche S. LOCORATOLO, *Postergazione dei crediti e fallimento*, cit., 153; M. MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti dei soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 805 ss., in part. 823.

⁴⁹ Così M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 261 s.

⁵⁰ In proposito, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 261 ss., il quale suggerisce di precludere sempre il voto ai soci finanziatori sulla proposta di concordato, indipendentemente dall'operatività della postergazione. Si tratta di applicare un dato normativo presente nella disciplina del concordato fallimentare, e non richiamato per quello preventivo, per un mero difetto di coordinamento.

⁵¹ Secondo un indirizzo giurisprudenziale, le norme che pongono il divieto di voto sono eccezionali e non suscettibili, perciò, di applicazioni analogiche: Trib. Milano, 9 dicembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, 609 ss.; ed ancora Trib. Reggio Emilia, 1° marzo 2007, in

9. - I finanziamenti dei soci per i quali la legge fallimentare concede la prededuzione.

L'erogazione di nuova finanza alle imprese in crisi anche attraverso i finanziamenti dei soci è stata agevolata dall'art. 182-*quater* l. fall., così come introdotto dal d.l. n. 78 del 2010, convertito in l. n. 122 del 2010, successivamente modificato con la l. n. 124 del 2012 di conversione al d.l. n. 83 del 2012. Nelle ipotesi previste dal legislatore, si può giungere al riconoscimento della prededuzione del credito del socio, anche in deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., ma in proposito occorre ben stabilire quali siano le condizioni previste dalla legge fallimentare e in che misura la prededuzione sia consentita. La disciplina attuale si presenta di non agevole lettura ed una spiegazione si trova nel fatto che il testo normativo risente di varie stratificazioni a causa di interventi legislativi non perfettamente tra loro coordinati.

Originariamente, e cioè con il d.l. n. 78 del 2010, convertito in l. n. 122 del 2010, era stata attribuita la prededuzione a due tipologie di crediti: *a)* derivanti da finanziamenti effettuati *in esecuzione* di un concordato preventivo (cioè dopo l'omologazione) provenienti da banche e intermediari (finanza a fini ristrutturativi, come disposto nel testo originario del primo comma dell'art. 184-*quater* l. fall.); *b)* derivanti da finanziamenti sempre bancari, *in funzione* della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, qualora i finanziamenti fossero previsti dal piano di cui all'art. 160 l. fall. e se così disposto nel provvedimento di accoglimento della domanda di concordato ("finanza ponte", e sempre proveniente da banche e intermediari, come disposto al secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall.). Si discuteva se poter includere in tali finanziamenti (attraverso un'interpretazione estensiva), oltre a quelli volti a rendere possibile la presentazione della domanda (si pensi alle somme neces-

763

www.ilcaso.it. Tuttavia, più che di applicazione analogica si tratta di applicazione estensiva del divieto di cui all'art. 127, comma 6, l. fall. previsto per crediti postergati *ex art.* 2497-*quinquies* ed esteso per necessità logica ai creditori *ex art.* 2467 c.c. Attraverso l'analisi del reale significato delle disposizioni in esame, infatti, si determina il loro ambito di operatività oltre il limite apparentemente segnato dalla formulazione letterale (in sintonia con quanto statuito in tema di interpretazione estensiva di norme eccezionali da Cass. 5 marzo 2009, n. 5297; e v. anche Cass. 26 agosto 2005, n. 17396, in *Fall.*, 2006, 936).

sarie per il deposito *ex art.* 163, comma 2, n. 4, l. fall.), anche i finanziamenti necessari per il periodo decorrente dalla presentazione della domanda di concordato all'omologa⁵². Orbene, sempre in forza del d.l. n. 78 del 2010, convertito in l. n. 122 del 2010, fu introdotta la possibilità di nuova finanza da parte dei soci, con deroga al principio della postergazione *ex artt.* 2467 c.c. e 2497-*quinquies*, se effettuati in esecuzione del concordato (stante il rinvio al primo comma dell'*art.* 182-*quater* l. fall.), e riconoscimento della prededuzione fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare⁵³. La prededuzione veniva accordata dal legislatore, perché i finanziamenti dei soci in esecuzione di un concordato preventivo (come nel caso di un accordo di ristrutturazione) avvengono in una fase in cui risultano colmate quelle asimmetrie informative, che normalmente avvantaggiano i soci finanziatori a detrimenti dei creditori sociali⁵⁴. Ma restava inalterata la postergazione dei crediti da finanziamenti c.d. ponte⁵⁵, cioè eseguiti in funzione della presentazione domanda,

⁵² Cfr. G. RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010 n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010 n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 4 ss., secondo cui sarebbe possibile un'interpretazione estensiva del secondo comma dell'*art.* 182-*quater* l. fall., tanto da farvi ricomprendersi i finanziamenti necessari per il periodo che decorre dalla presentazione della domanda fino all'omologa.

In senso diverso, per l'applicazione del regime autorizzatorio dell'*art.* 167 l. fall. per i finanziamenti in pendenza di concordato, L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss., in part. 1355. E v. anche S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in www.ilcaso.it, II, 228/2012, 6 ss.

⁵³ Considera inspiegabile la limitazione quantitativa prevista dalla norma, V. GIORGI, *Nuove norme in tema di crediti prededucibili e di accordi di ristrutturazione del debito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 403 ss., in part. 415. E v. anche O. DE CICCO, *Concordato preventivo e classi di creditori: dalla postergazione alla prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 257 ss., in part. 267, che precisa che per la quota di credito residua pari ai venti per cento, al netto della prededucibilità, il creditore postergato è ammesso al voto; M. FABIANI, *L'ennesima riforma della legge fallimentare. L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 898 ss., in part. 904 ss.

La disposizione, peraltro, consente la prededuzione "fino alla" quota dell'80%, per cui si è ritenuto che potrebbe essere limitata ad un'entità inferiore, relativamente agli accordi di ristrutturazione: così B. INZITARI, *Nuova disciplina accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, in www.ilcaso.it, II, 256/2011, 30 s., per il quale sarebbero i partecipanti all'accordo a determinare la parte del credito che gode di prededucibilità in una misura inferiore all'ottanta per cento.

⁵⁴ Così N. ABRANI, *Finanziamenti «anomali»*, cit., 358; D. ARCIDIACONO, *I prestiti dei soci nelle società di capitali*, cit., 103.

⁵⁵ Restavano, pertanto, soggetti a postergazione i finanziamenti accordati dai soci al fine di consentire la sopravvivenza della società nel periodo necessario per pervenire ad una soluzione concordata della crisi. In proposito, F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di*

anche da parte di coloro che avessero acquisito partecipazioni sociali nella prospettiva della ristrutturazione aziendale⁵⁶.

È con la l. n. 134 del 2012 (di conversione al d.l. n. 83 del 2012) che, modificando l'art. 182-*quater* l. fall. ed eliminando il riferimento a banche ed intermediari, il beneficio della prededuzione è oggi riconosciuto a ogni forma di finanziamento, a prescindere dalla qualifica del soggetto erogatore⁵⁷. Nel contempo, per quanto qui interessa, la deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. riguarda sia i finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione (di cui al primo comma dell'art. 182-*quater* l. fall.) che i finanziamenti in funzione della domanda (di cui al secondo comma). È rimasta, però, la limitazione della prededuzione fino alla concorrenza dell'ottanta per cento dell'ammontare del credito del socio⁵⁸.

La disciplina così come riformata nel 2012 contiene, poi, un dato normativo alquanto equivoco. Alla fine del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., il legislatore ha introdotto una norma, che consente l'applicazione dei primi due commi al finanziatore che abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo (o in esecuzione di un accordo di ristrutturazione): vale a dire nell'ipotesi in cui il finanziatore apporta capitale di rischio nel contesto di un intervento di risanamento. Qualcuno ha ritenuto che, in realtà, tale dato normativo consista in una specificazione del trattamento di favore, di cui ai primi due commi dell'art. 182-*quater* l. fall., riservato, perciò, solo a chi abbia acquistato la qualità di socio nel

765

risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. fall., in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, 523 ss.

⁵⁶ La disposizione lasciava aperto anche il problema interpretativo della posizione di chi fosse sia finanziatore bancario che socio, apparentemente preferibile la tesi secondo cui, in base al dato letterale, con l'utilizzo della parola "anche" al terzo comma, i prestiti erogati da soci si intendessero quelli diversi da quelli erogati da banche che fossero pure socie. Così, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 265. In senso diverso, F. NIEDDU ARRICA, *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d'impresa alla luce dell'art. 182-quater legge fall.*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 434 ss., in part. 456.

⁵⁷ Tra molti, v. F. BRIOLINI, *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, 683 ss.; F. NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 808 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

⁵⁸ Se i soci finanziatori lo consentono, però, la proposta può assoggettare anche i nuovi prestiti a postergazione, in quanto l'art. 182-*quater*, l. fall. deve intendersi certamente derogabile in senso più favorevole per i terzi creditori. Illegittimo è da ritenere all'opposto estendere la prededucibilità oltre la quota dell'ottanta per cento stabilita dalla legge.

corso della medesima operazione di finanziamento da cui sorgono i crediti, per i quali far valere la prededuzione⁵⁹. Pare, però, più convincente ritenere che con tale disposizione sia stata introdotta un’ulteriore ipotesi di prededucibilità del finanziamento, là dove all’intervento finanziario sia riconosciuta l’acquisizione di una partecipazione sociale⁶⁰. Se comunque al finanziamento consegua l’acquisto di qualità di socio, la postergazione *ex art.* 2467 c.c. giammai potrebbe operare, in quanto essa è riferibile, come esposto⁶¹, al finanziatore che sia già socio. Pur volendo sostenere che la finalità della disposizione sia quella di favorire gli interventi di risanamento, la stessa è davvero critica e la sua applicazione può presentare insidie per gli altri creditori. Sarebbe sufficiente l’acquisto di una minima partecipazione sociale per ottenere la prededuzione.

Con la riforma attuata con l. n. 134 del 2012 (di conversione al d.l. n. 83 del 2012), la disciplina dei finanziamenti si completa, infine, con le disposizioni contenute nell’art. 182-*quinquies* l. fall., riferibili alle erogazioni successive al deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo (o di omologazione dell’accordo di ristrutturazione). L’art. 182-*quater* l. fall. si limitava (e si limita) a disciplinare le ipotesi di finanziamenti “esecutivi” (del concordato preventivo) e “funzionali” (alla presentazione della domanda), senza prevedere i finanziamenti erogati in occasione della presentazione della domanda⁶², oggi regolati dal primo comma dell’art. 182-*quinquies* l. fall. Tale disposizione attribuisce il beneficio della prededuzione anche ai finanziamenti contratti da chi abbia presentato la domanda di concordato preventivo, richiedendo che la conclusione dei relativi contratti di finanziamento sia autorizzata dal tribunale e che un esperto atte-

⁵⁹ Cfr. D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 161 ss., secondo cui l’ultimo inciso dell’art. 182-*quater* l. fall., comma 3, l. fall. serve a specificare il precedente periodo, riguardante l’applicazione dei due precedenti commi ai finanziamenti dei soci fino alla concorrenza dell’ottanta per cento del loro ammontare.

⁶⁰ La disposizione in esame sembra presupporre un collegamento funzionale (e negoziale) tra l’erogazione del finanziamento e l’acquisizione della qualità di socio: diversamente sarebbe difficile comprenderne la portata. In proposito, F. BRIOLINI, *I finanziamenti*, cit., 695 ss., secondo cui la norma può essere applicata anche al caso in cui la sequenza finanziamento-acquisto della partecipazione si presenti invertita rispetto all’ipotesi in cui il finanziatore abbia il merito di apportare anche capitale di rischio.

⁶¹ Sul requisito soggettivo per avversi postergazione *ex art.* 2467 c.c., costituito dalla qualità di socio da parte del finanziatore, v. *supra* par. 4.

⁶² Cfr. L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., 1346 ss.

statore («professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, terzo comma, lettera *d*») verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell’impresa fino all’omologazione e attesti che detti finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. Peraltro, come stabilito dal secondo comma, l’autorizzazione può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative. Per la verità, nessun riferimento nell’art. 182-*quinquies* l. fall. compare ai finanziamenti dei soci *ex art.* 2467 c.c., per cui sembrerebbe che nessuna deroga alla postergazione legale sia stata attribuita⁶³. Tuttavia, identica prededucibilità (sia pur attenuata da un punto di vista quantitativo) si ritiene desumibile in favore dei soci finanziatori *ex art.* 185-*quinquies* l. fall., in quanto tale disposizione, nel prevedere la prededuzione, la subordina a condizioni più stringenti rispetto a quanto previsto dall’art. 184-*quater* l. fall.⁶⁴. Ciò conferma quanto esposto e cioè che il continuo apporto di nuovi dati normativi da parte del legislatore, inseriti in previgenti disposizioni senza una revisione dell’intero contesto, comporta notevoli problemi interpretativi⁶⁵.

767

⁶³ Per una diversa lettura del dettato normativo, «più corretta – e (soprattutto) più coerente con il sistema dei valori e degli interessi introdotti dal “diritto societario della crisi” » – si veda U. TOMBARI, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Riv. soc.*, 2013, 1138 ss. ed in part. 1154, per il quale da un’analisi sistematica delle disposizioni in esame emerge un principio generale di “prededucibilità attenuata”.

⁶⁴ In proposito, F. BRIGLIONI, *I finanziamenti*, cit., 696 s., ed ivi riferimenti, rimeditando la conclusione cui era pervenuto in precedenza (F. BRIGLIONI, *Questioni*, cit., 535 s.), proprio sulla base delle modifiche apportate dalla l. n. 134 del 2002. Allo stesso risultato di limitare all’ottanta per cento la prededucibilità del credito del socio *ex art.* 182-*quinquies* l. fall. perviene F. NIEDDU ARRICA, *Finanziamento*, cit., 843 ss., considerata soluzione preferibile al riconoscimento dell’integrale prededucibilità ovvero alla postergazione *ex art.* 2467 c.c.

⁶⁵ A complicare il quadro normativo, già di per sé articolato, è sopraggiunta di recente una norma, poco dopo abrogata, diretta a colpire possibili abusi dello strumento del c.d. concordato con riserva, previsto dall’art. 161, comma 6, l. fall., per il quale pure sono stati di recente previsti la nomina del commissario giudiziale, l’aumento della vigilanza sull’attività del debitore preconcordatario nonché più precisi obblighi informativi (comma 8, nel testo introdotto dall’art. 82, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98). Si tratta del comma 3-*quater* dell’art. 11, l. 21 febbraio 2014, n. 9, di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, che ha introdotto una norma interpretativa dell’art. 111, comma 2, l. fall., stabilendo che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo, aperta ai sensi dell’art. 161, comma 6, l. fall., sono prededucibili alla duplice condizione che la proposta, il piano e la documentazione, di cui al 2° e 3° comma, siano presentati entro il termine fissato dal giudice e che manchi una soluzione di continuità nel passaggio da “concordato con riserva” a “concordato pieno”.

L’art. 22, comma 7, d.l. 26 giugno 2014, n. 91 ha abrogato tale disposizione, anche in considerazione dei dubbi sull’effettiva portata della norma, che imponeva un’interpretazione

10. - Conclusioni.

Ricostruita la disciplina della c.d. nuova finanza proveniente dal socio, attraverso la lettura combinata e che appare più coerente degli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall., è ora possibile redigere una classificazione degli interventi finanziari, che tenga conto dei diversi momenti in cui viene decisa e posta in essere l'erogazione.

Nei finanziamenti «in funzione della presentazione della domanda di ammissione» alla procedura (art. 182-*quater*, comma 2, l. fall.), rientrano quelli erogati dai soci per fornire alla società le risorse necessarie per presentare la domanda. Sono effettuati in un momento in cui non risultano colmate le asimmetrie informative sussistenti tra soci che concedono il prestito e gli altri creditori della società. È per questo che la legge stabilisce che è necessario che la prededuzione, per finanziamenti previsti dal piano *ex art.* 160 l. fall., sia espressamente disposta nel decreto di ammissione alla procedura.

768

Vi sono poi i finanziamenti erogati «in occasione della presentazione della domanda» (art. 182-*quinquies*, comma 1, l. fall.) in favore della società, che può farsi autorizzare a contrarre finanziamenti prededucibili anche durante la procedura ed in tal caso l'istanza deve essere accompagnata dall'attestazione di un professionista qualificato *ex art.* 67, comma 3, lett. *d*), l. fall., che stabilisca che i finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. Malgrado non sia espressamente prevista l'erogazione di tali finanziamenti da parte dei soci, si può ritenere applicabile l'art. 182-*quinquies*, comma 1, l. fall. ad essi.

Infine, nei finanziamenti «in esecuzione di un concordato preventivo» (art.

autentica dell'art. 111, comma 2, l. fall. Segno evidente che il percorso di formazione dei dati normativi in questa materia non pare cessato e c'è ancora da aspettare ulteriori sviluppi: sull'abuso della decretazione d'urgenza e sull'instabilità delle norme anche nel settore in esame, A. NUZZO-P. TULLIO, *La legislazione d'impresa dell'ultimo quinquennio: quantità più che qualità*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, 395 ss.

Resta fermo, tuttavia, che l'art. 182-*quinquies*, comma 1, l. fall. fa espresso riferimento alla possibilità che la prededucibilità sia richiesta per successivi finanziamenti, anche provenienti dai soci, all'atto della presentazione di una domanda di preconcordato.

182 *quater*, comma 1, l. fall.), rientrano quelli, pure eventualmente erogati dagli stessi soci, previsti nel piano di concordato e realizzati dopo l'omologazione. In tal caso, la prededucibilità è concessa, purché tali crediti siano parte integrante della proposta approvata dai creditori concordatari. Per tali operazioni finanziarie, là dove poste in essere dai soci, il legislatore ha inteso limitare la prededucibilità del credito fino all'ottanta per cento dell'ammontare. La prededuzione dell'intero credito è, però, concessa a chi esegue il finanziamento, acquistando la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo.

Un'ultima annotazione è necessaria, perché le disposizioni sulla nuova finanza finora esposte per il concordato preventivo fanno espresso riferimento anche agli accordi di ristrutturazione. In tal caso, non vigendo l'obbligo di rispettare l'ordine dei privilegi, come invece nel concordato, è perfettamente lecita la rinuncia individuale del creditore al rango superiore assegnatogli dalla legge. Di conseguenza, è altresì possibile che i creditori aderenti rinuncino ad avvalersi della postergazione dei finanziamenti dei soci, che continuerebbe ad operare solo a vantaggio dei creditori non aderenti.

La peculiarità degli accordi di ristrutturazione consente anche di risolvere in maniera corretta il problema del computo dei finanziamenti dei soci nella maggioranza del sessanta per cento dei crediti, necessaria per l'omologazione degli accordi stessi. Poiché gli accordi non sono concordati di massa, non valgono gli argomenti, in precedenza esposti per il concordato preventivo, contrari all'inclusione dei finanziamenti postergati nel calcolo delle maggioranze⁶⁶.

L'art. 182-*quater* l. fall. estende il regime di favore già esaminato per la nuova finanza, erogata *in esecuzione* e *in funzione* di un concordato preventivo⁶⁷, anche all'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti con la

⁶⁶ In relazione al problema del voto del socio finanziatore nell'ambito della procedura di concordato preventivo, v. *supra* par. 8. Negli accordi di ristrutturazione, infatti, il creditore "dissenziente" (*recte*, non aderente) è comunque tutelato con l'integrale pagamento e l'attestazione del professionista circa l'idoneità della proposta a questo scopo, oltre che con il diritto di opporsi all'omologazione dell'accordo.

⁶⁷ Cfr. *supra* par. 9.

prededucibilità nella misura dell'ottanta per cento, in deroga alle norme codicistiche sulla postergazione dei prestiti sostitutivi di capitale. Che tali crediti non siano da includere nella maggioranza necessaria per l'approvazione dell'accordo è logica conseguenza del loro porsi come atti esecutivi dell'accordo stesso⁶⁸.

⁶⁸ In senso analogo, M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 266 s.