



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 63

*La disciplina dei finanziamenti dei
soci*

giugno 2006

LA DISCIPLINA DEI FINANZIAMENTI DEI SOCI

DOCUMENTO ARISTEIA N. 63

LA DISCIPLINA DEI FINANZIAMENTI DEI SOCI

Una delle novità più rilevanti del nuovo diritto societario è rappresentata dall'introduzione della disciplina dei finanziamenti dei soci alle società di capitali. In seno a tale disciplina il legislatore ha introdotto alcune peculiari prescrizioni, in particolare con gli artt. 2467 e 2497 quinquies c.c., che incidono in modo sostanziale sul fenomeno in parola, e, soprattutto, sui modi e sui tempi del rimborso. Oggetto del presente documento è, appunto, l'esame del fenomeno dei finanziamenti dei soci, la sua origine e la sua evoluzione legislativa. L'indagine parte dai motivi che hanno dato origine alla suddetta prassi per giungere all'analisi puntuale delle disposizioni di cui agli artt. 2467 e 2497 quinquies c.c..

SOMMARIO: 1. La qualificazione giuridica dei finanziamenti dei soci – 2. Brevi cenni sulla disciplina tributaria – 3. Le delibere del CICR sul finanziamento dei soci - 4. I finanziamenti dei soci alla società nella riforma del diritto societario – 5. La disciplina della postergazione – 6. La revocatoria del rimborso – 7. L'“eccessivo squilibrio” e l'“irragionevolezza del finanziamento” – 8. I finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento - 9. I finanziamenti soci nelle società per azioni.

1. LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEI FINANZIAMENTI DEI SOCI

Le società di capitali a ristretta base societaria, che spesso operano in condizione di sottocapitalizzazione, ossia con un capitale sociale inadeguato e in ogni modo non sufficiente a sostenere l'attività economica esercitata, per sopperire alle esigenze finanziarie necessarie al conseguimento dell'oggetto sociale, utilizzano i versamenti dei soci come strumento di informale capitalizzazione della società.

I motivi per i quali si ricorre ai versamenti dei soci possono essere molteplici, ad esempio: per ridurre i tempi e i costi rispetto all'ipotesi di aumento del capitale sociale; per incrementare la probabilità di vedersi rimborsate le somme versate; per conseguire una remunerazione certa del capitale, sotto forma di interessi, in luogo di quella incerta rappresentata dagli utili (il cui conseguimento è aleatorio e la cui distribuzione è sottoposta a decisione dei soci) e per altre ragioni, anche fra loro eterogenee o cumulative, che non pare il caso di commentare in questa sede.

Sulla prassi dei versamenti dei soci, ovvero sulla possibilità che i soci possano eseguire versamenti non imputabili a capitale o destinati a coperture di perdite senza operare sul capitale nominale, la dottrina e la

giurisprudenza hanno fornito soluzioni contrastanti sino ad arrivare ad un consolidato orientamento interpretativo che ha ritenuto, in forza del principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., che la prassi dei versamenti sia pienamente legittima¹.

Tuttavia, la mancanza di un'esplicita regolamentazione dei versamenti dei soci ha suscitato nella dottrina e nella giurisprudenza notevoli dubbi ed incertezze circa la loro qualificazione giuridica.

È indubbio che alla base di tali versamenti vi sia un negozio atipico, caratterizzato dalla volontà dei soci di dotare la società di capitale di rischio senza, comunque, ricorrere all'adozione delle formalità previste per il conferimento o per altre figure di negozio giuridico tipico².

Controverso è stabilire, d'altronde, quando i versamenti costituiscano un finanziamento, con conseguente diritto dei soci alla restituzione delle somme versate, e quando, invece, un conferimento di vero e proprio capitale di rischio.

Tra i motivi che rendono difficile la qualificazione giuridica di tali versamenti vi è l'utilizzo di denominazioni atecniche ed imprecise con cui gli stessi vengono indicati nelle poste dei bilanci, nelle delibere degli organi sociali interessati da questo tipo di operazioni e, in genere, nella documentazione (contratti o, più frequentemente, corrispondenza) che le descrive e circostanzia.

Le denominazioni più utilizzate sono incentrate o sul concetto di finanziamento: "*soci conto anticipi*", "*soci conto finanziamento*", "*soci conto finanziamenti infruttiferi*", oppure sul concetto di conferimento: "*versamenti in conto capitale*", "*versamenti in conto futuro aumento capitale*"³.

L'utilizzo di tali espressioni non permette di verificare se i versamenti effettuati costituiscono un finanziamento, sia pure infruttifero, o invece un conferimento in conto capitale, e quindi, se la società è obbligata al rimborso, o se la stessa possa acquisire definitivamente l'apporto.

A complicare ulteriormente l'individuazione della fattispecie contribuiscono, spesso, i soci stessi che, con la «complicità» degli amministratori, strumentalizzano la prassi dei versamenti in base all'andamento economico della società. Sovente si verifica, ad esempio, che durante il normale esercizio dell'impresa i soci presentino i versamenti come conferimenti componenti del netto, al fine di creare l'affidamento delle banche sulla congruità dei mezzi propri della società e successivamente, invece, in caso di crisi dell'impresa, li considerino effettuati a titolo di mutuo, chiedendone il rimborso⁴.

¹ Per un approfondimento del tema della legittimità di detta prassi si veda G. TANTINI, *I versamenti in conto capitale tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990, 2 ss.

² Sulla qualificazione giuridica dei versamenti dei soci si veda P. FERRO LUZZI, *I versamenti in conto capitale*, in *Giur. Comm.*, 1981, II, 895 ss.

³ La distinzione delle diverse terminologie è stata rilevata da G. TANTINI, *cit.*, 35.

⁴ Sul tema si veda G. TANTINI, *I versamenti dei soci alle società*, in *Trattato Colombo-Portale*, I, 3, Torino, 2004, 745 ss.

La giurisprudenza in un primo momento si era orientata sulla decisiva importanza della denominazione della posta⁵; recentemente, invece, ha dato rilievo all'indagine sull'effettiva volontà dei soci⁶.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominante sembra, dunque, doversi concludere che la qualificazione giuridica dei versamenti dei soci quali “*conferimenti*” o “*finanziamenti*” dipende essenzialmente dalla volontà delle parti, valutabile attraverso le finalità sostanziali dell'operazione e soprattutto attraverso le sue modalità.

A tal riguardo è doveroso evidenziare che la prevalente giurisprudenza (già prima della riforma del diritto societario che ha introdotto la disciplina della postergazione di cui all'art. 2467 c.c.), partendo dal presupposto che i versamenti dei soci intervengono laddove la società si trovi in condizione di sottocapitalizzazione al fine di consentire all'impresa di proseguire la propria attività economica, ha manifestato un orientamento tendente ad inquadrare gli interventi dei soci nell'ambito dei conferimenti e non dei prestiti.

Questa linea interpretativa, tendente a salvaguardare l'attività dell'impresa, ha determinato, in sostanza, l'inesigibilità delle somme da parte di chi le abbia versate, almeno sino alla liquidazione della società o salva una delibera assunta dall'unico organo sociale avente – di norma – il potere di incidere sulla quantità e sulla qualità del patrimonio netto: l'assemblea.

2. BREVI CENNI SULLA DISCIPLINA TRIBUTARIA

La prassi dei versamenti dai soci ha avuto origine intorno agli anni 70 in conseguenza dell'emanazione di una norma tributaria di natura agevolativa contenuta nel d.p.r. n. 597 del 1973 ed, in particolare, nell'art. 43 co.2, il quale testualmente prevedeva che “*per i capitali dati a mutuo si presume il diritto agli interessi (...) la presunzione non vale per le somme versate dai soci alla società in conto capitale*”.

Tale norma tributaria ha evidentemente facilitato lo sviluppo del fenomeno dei “*versamenti*” nelle società fortemente sottocapitalizzate, in quanto presupponeva innanzitutto il consenso di tutti i soci e quindi una deliberazione unanime, e, in secondo luogo, che i versamenti dei soci venissero effettuati in “*proporzione*” alle rispettive quote di partecipazione.

Tuttavia, con l'art. 43 del d.p.r. 22.12.1986, ora art. 46 del nuovo T.U.I.R. novellato dal d.lgs. 344/03, il legislatore ha profondamente innovato la normativa fiscale.

⁵ Sulla rilevanza della denominazione si veda Cass., 3.12.1980, n. 6315, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 1347 ss.; dello stesso avviso anche Cass., 31.3.1989, n. 1583, in *Società*, 1989, 642 ss.

⁶ Esemplare a questo proposito, è la sentenza della Cass., 19.3.1996, n. 2314, in *Società*, 1996, 1267 ss., dove si afferma esplicitamente che la prova del titolo del versamento non deve essere desunta “dalla denominazione con la quale il versamento è stato registrato”. Della stessa opinione Trib. Roma, 21.05.2001, in *Giur. Comm.*, 2003, II.

La norma non esige più né la formale deliberazione assembleare né la proporzionalità tra soci per sottrarre i versamenti alla presunzione che si tratti di somme date a titolo di prestito oneroso e perciò produttive di interessi.

In sintesi le somme versate dai soci alla società si considerano date a mutuo se dai bilanci delle società percipiente non risulta che il versamento sia stato fatto ad altro titolo.

Significativa è, altresì, l'eliminazione del requisito della proporzionalità che non rappresenta più una condizione necessaria per la qualificazione di infruttuosità degli apporti.

3. LE DELIBERE DEL CICR SUL FINANZIAMENTO DEI SOCI

Prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario, in assenza di una specifica disposizione civilistica, l'intera materia trovava la sua disciplina esclusivamente nella delibera CICR (Comitato interministeriale per il Credito e il Risparmio) del 3 marzo 1994, pubblicata nella G.U. dell'11 marzo 1994, n. 58 e nelle successive istruzioni della Banca d'Italia, approvate il 27 aprile 1998 e pubblicate nella G.U. del 12 dicembre 1994, n. 289. Secondo tali documenti, la raccolta di risparmio tramite l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso ai soci non era considerata come raccolta di risparmio tra il pubblico, attività quest'ultima vietata a soggetti diversi dalle banche dall'art. 1 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, Testo Unico in materia bancaria, a condizione che:

- la possibilità di reperire fondi a titolo di finanziamento da parte dei soci fosse espressamente prevista dallo statuto;
- il socio che intendesse finanziare la società fosse detentore di una partecipazione pari almeno al 2% del capitale sociale risultante dall'ultimo bilancio approvato e fosse iscritto nel libro soci da almeno tre mesi.

Tale delibera è stata, poi, sostituita dalla delibera CICR 19 luglio 2005 n. 1058, pubblicata nella G.U. il 13 agosto 2005, n. 188, resasi necessaria per l'esigenza di coordinare il tema della raccolta di risparmio da parte di soggetti diversi dalle banche con le nuove norme contenute nella riforma del diritto societario.

L'entrata in vigore di quest'ultima delibera, tuttavia, decorre trascorsi quindici giorni dalla pubblicazione in G.U. delle istruzioni applicative della Banca d'Italia, ad oggi ancora non emanate.

In ogni modo, la delibera 1058/2005 ribadisce quanto disposto dalla precedente delibera CICR; in particolare, all'art. 6 co. 1, essa conferma che per raccogliere finanziamenti dai soci è necessaria un'espressa disposizione statutaria e, all'art. 6 co. 2, ribadisce che le società diverse dalle cooperative possono effettuare la raccolta soltanto presso i soci che detengono il 2% del capitale sociale risultante dall'ultimo bilancio approvato e che siano iscritti nel libro soci da almeno tre mesi. Tali condizioni, tuttavia, non sono richieste

per le società di persone, in ragione del carattere personalistico che contraddistingue il rapporto tra socio e società.

Appare evidente che la delibera CICR n. 1058/2005, come quella precedente, preclude la possibilità per i soci di finanziare la società qualora non sussistano i presupposti quantitativi (entità della partecipazione), temporali (periodo di iscrizione a libro soci) e statutari (apposita previsione) sopra richiamati.

La dottrina sul punto ha avanzato interpretazioni contrastanti. Alcuni autori hanno affermato che la mancanza di uno solo dei suddetti presupposti configura un'illecita raccolta di risparmio tra il pubblico, altri invece, hanno osservato che anche qualora mancassero i requisiti quantitativi e temporali, difficilmente un finanziamento effettuato dai soci potrebbe essere qualificabile "in termini di illecita raccolta di risparmio tra il pubblico"⁷.

4. I FINANZIAMENTI DEI SOCI NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO

Con la riforma del diritto societario, introdotta dal d.lgs.17.1.2003 n. 6, la prassi dei versamenti dei soci trova finalmente una sua disciplina in due nuove norme del codice civile, strettamente collegate tra loro.

L'art. 2467 c.c. è stato collocato nell'ambito della disciplina delle società a responsabilità limitata, mentre l'art. 2497 *quinquies* c.c. nel capo del codice civile dedicato alla direzione e coordinamento di società, ovvero nei c.d. gruppi.

Le due disposizioni costituiscono una delle novità più rilevanti della riforma del diritto societario, in quanto finalmente affrontano il tema dei versamenti dei soci, fenomeno da tempo disciplinato negli altri ordinamenti giuridici ma che nel nostro sistema non aveva trovato ancora un esplicito inquadramento legislativo.

A norma del nuovo art. 2467 c.c.: *"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.*

Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento".

Per cogliere l'intrinseco significato delle disposizioni in commento è opportuno preliminarmente riferire che la relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario ha sottolineato che la soluzione adottata dal legislatore in merito alla disposizione che il rimborso dei versamenti dei soci sia postergato rispetto a quello degli altri creditori, è stata sostanzialmente recepita dalle decisioni della giurisprudenza prevalente e dalle soluzioni adottate dagli altri ordinamenti giuridici.

⁷ Così A. BUSANI, *Soci meno vincolati nei finanziamenti*, in *Il sole 24 ore*, 30 agosto 2005.

La relazione informa, inoltre, che l'interprete, per distinguere i versamenti dei soci realizzati *causa societatis* e quelli che non meritano di essere distinti da qualsiasi altro prestito di un terzo, dovrà adottare un criterio di ragionevolezza con il quale si tenga conto della situazione economica della società mettendola a confronto con i comportamenti che nel mercato sarebbe ragionevole aspettarsi.

Dalla lettura della relazione di accompagnamento al d.lgs.17.01.2003 n. 6, appare altresì evidente che il relatore abbia voluto sottolineare una sostanziale continuità tra le soluzioni adottate dal legislatore e quelle già presenti in altri ordinamenti giuridici ed affermatesi in giurisprudenza.

Tuttavia, autorevole dottrina⁸ ha osservato che la soluzione scelta dal legislatore, in tema di postergazione degli apporti dei soci, si distacca sia dalle posizioni assunte dalla Cassazione sia dagli atteggiamenti assunti dalla dottrina.

Infatti, come sopra accennato, (par. 1), la giurisprudenza prevalente degli ultimi anni⁹, pur essendo orientata a qualificare una prestazione effettuata dal socio in favore della società come apporto a fondo perduto, sembra aver escluso la postergazione per quelle operazioni finanziarie che presentino i connotati di un vero e proprio prestito del socio a favore della società.

La novella, invece, prescinde completamente dalla volontà delle parti, imponendo la postergazione anche quando le parti abbiano palesemente stipulato un formale contratto di mutuo o di finanziamento che preveda la restituzione delle somme date in prestito alla scadenza fissata nel contratto.

Una differente soluzione rispetto a quella assunta dal legislatore veniva, invece, proposta da quella parte della dottrina che auspicava non solo una *qualificazione* del contratto (così come è stato stabilito dall'art. 2467 c.c.) ma addirittura una *riqualificazione* del contratto che avrebbe consentito di far produrre ai finanziamenti dei soci, anche contro la loro esplicita volontà, gli stessi effetti che caratterizzano gli apporti dei mezzi propri¹⁰.

Tale soluzione, lesiva del principio dell'autonomia privata, è stata proposta con argomentazioni giustificative che si fondano sul presupposto che il finanziamento erogato dal socio è spesso in contrasto con la sua vera funzione economica e potrebbe assumere i connotati di una simulazione, oppure presupporre una responsabilità per aver creato una falsa apparenza o per aver mantenuto sul mercato una società sottocapitalizzata, o infine confondersi con altri istituti in frode alla legge.

Dalle considerazioni sopra esposte, si evince, invece, come il legislatore si sia discostato dalle soluzioni proposte dalla giurisprudenza e dalla dottrina, compiendo un intervento normativo che, non incidendo sulla

⁸ G. TERRANOVA, *Finanziamenti dei soci*, in AA.VV., *Società di Capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, 3, Napoli, 2004, 1452 ss.

⁹ Cfr. Cass., 3.12.1980, n. 6315, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 1347 ss.; Cass., 31.3.1989, n. 1583, in *Società*, 1989, 642 ss.; Cass., 19.3.1996, n. 2314, in *Società*, 1996, 1267, con nota di F. GENNAI.

¹⁰ Per un approfondimento della materia si vedano P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. Comm.*, 1988, I, 497 ss.; C. ANGELICI, *Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, di G. B. FERRI e C. ANGELICI, Torino, 1997, 357 ss. nonché in *Giur. Comm.*, 1991, I, 681 ss.; G. FERRI jr., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 697 ss.

sostanza del rapporto, non ha trasformato il finanziamento del socio in capitale di rischio, limitandosi a disporre che determinate pretese del socio finanziatore siano assoggettate, in alcune circostanze, ad un regime giuridico parzialmente difforme da quello voluto dalle parti¹¹.

5. LA POSTERGAZIONE DEL RIMBORSO

Per una comprensione più chiara del dettato normativo ricordiamo che la prescrizione iniziale dell'art.2467 co.1, dispone che: *“il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito”*.

La scelta, operata dal legislatore, della postergazione del rimborso del socio deriva dalla considerazione che da qualche decennio la postergazione è ritenuta uno dei sistemi più adeguati, efficienti ed accreditati, per ovviare agli inconvenienti posti dalla sottocapitalizzazione dell'impresa.

In tal modo il legislatore ha voluto salvaguardare sia gli interessi del socio che dei creditori.

Il socio verrebbe tutelato in quanto può utilizzare uno strumento di finanziamento più flessibile di quello del conferimento, potendo contare su modalità di versamento che rimarrebbero estranee alla procedura prevista per il conferimento e, inoltre, in quanto manterrebbe, salvo il verificarsi di determinate situazioni (la liquidazione volontaria e l'insolvenza), un diritto di credito alla restituzione di quanto versato. Diritto azionabile nei termini contrattuali o, in assenza, in quelli stabiliti dal giudice *ex art.1817 c.c.*

I terzi creditori, invece, sarebbero salvaguardati in quanto le loro aspettative non verrebbero pregiudicate dal concorso con i soci della società debitrice¹².

Tuttavia, la disposizione in commento presenta alcuni dubbi interpretativi.

Uno dei principali problemi da affrontare è quello di stabilire se la postergazione trovi applicazione solo in fase di liquidazione o anche *durante societate*.

Secondo parte della dottrina, il finanziamento postergato può essere rimborsato anche prima dello scioglimento e della liquidazione della società se sussistono due condizioni necessarie:

- che i debiti esigibili dei terzi creditori siano stati integralmente soddisfatti, od esistano sufficienti mezzi finanziari tali da favorirne la soddisfazione;
- che l'originario eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto sia stato sanato.

In tal caso il rimborso dei finanziamenti dovrà essere subordinato all'integrale pagamento dei creditori sociali ovvero all'accantonamento delle somme necessarie a tale scopo.

¹¹ A maggior chiarimento di quanto sostenuto si veda G. TERRANOVA, *cit.*, 1457.

¹² Per un approfondimento dell'argomento si veda M. IRRERA, *I “prestiti” dei soci alla società*, Padova, 1992, 25 ss.

Secondo i sostenitori di questa tesi, il divieto di rimborso di cui all'art. 2467 c.c. non è imperativo e se la società ritorna *in bonis* gli amministratori possono procedere alla restituzione dei prestiti¹³.

Di diversa opinione è un'altra parte della dottrina, la quale ha osservato che se la postergazione trovasse applicazione anche *durante societate* si verificherebbero numerosi problemi applicativi.

Secondo i sostenitori di questa tesi, non è dato comprendere come sia possibile per un creditore, durante la vita della società, far valere la postergazione del rimborso di un socio senza provocare la liquidazione o il fallimento, e quindi, il concorso fra creditori sociali¹⁴.

La postergazione non equivale ad un divieto di rimborso dei prestiti durante la vita della società e, pertanto, la stessa trova applicazione esclusivamente quando esiste un concorso, vale a dire non solo in sede di procedura concorsuale liquidatoria, ma anche in pendenza di un'esecuzione individuale, restando estranea, invece, sia alle normali vicende dell'impresa *in bonis*, sia alla liquidazione volontaria¹⁵.

A parere di chi scrive, entrambi le tesi prospettate dalla dottrina sono meritevoli di considerazione; tuttavia, da un'attenta analisi del tenore della norma in questione, sembrerebbe più conforme all'intento del legislatore la tesi che esclude l'applicabilità della postergazione del rimborso dei versamenti dei soci durante la vita della società.

A tal proposito si ritiene che il legislatore, introducendo il concetto di postergazione, non abbia voluto impedire che durante la vita della società il socio creditore possa ottenere, se il prestito nel frattempo è divenuto esigibile, la restituzione della somma versata a titolo di finanziamento alle scadenze pattuite. Appare, infatti, che l'esplicita previsione normativa contenuta all'art. 2467, co.1, c.c., che impone la restituzione del rimborso avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento, voglia presupporre che durante la vita della società i prestiti eseguiti dai soci in favore della società siano rimborsabili alle originarie scadenze. Pertanto, la norma non sembra avere lo scopo di tutelare i creditori esistenti al momento di effettuazione del finanziamento del socio, bensì, quello di rafforzare la garanzia patrimoniale della società a tutela dei creditori futuri, i quali conoscendo dell'esistenza di crediti postergati potranno fare affidamento, in sede di eventuale concorso, su un patrimonio sociale più consistente.

In conclusione si ritiene, tuttavia, che il legislatore, non prevedendo la postergazione durante la vita della società, si sia fatto sfuggire l'occasione per arginare in maniera significativa la sottocapitalizzazione della società.

¹³ Di questa opinione D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 201; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 399; A. BUSANI, *Il finanziamento dei soci conquista un posto nel "nuovo" Codice Civile*, in *Dir. prat. soc.*, 8, 2003, 32 ss.; E. FAZZUTTI, *sub art. 2467*, in AA.VV. *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, 3, Torino, 2003, 49.

¹⁴ In tal senso si veda M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, relazione al convegno di Courmayeur, 27 e 28 settembre 2002 sul tema "Diritto societario: dai progetti alla riforma", p. 16 del dattiloscritto; L. DE ANGELIS, *Dal capitale leggero al capitale sottile: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002, 1464 ss.

¹⁵ Per un approfondimento della tesi si veda L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Società*, 2006, 174 ss.; della stessa opinione A. IRACE, *sub art. 2467 c.c.*, in AA.VV., *La riforma delle società*, cit., 345; L. DE ANGELIS, *Dal capitale leggero al capitale sottile...*, cit., 1456 ss.

6. LA REVOCATORIA DEL RIMBORSO

L'art. 2467 co. 1, c.c., oltre al principio di postergazione, prevede l'obbligo di restituzione da parte dei soci dei finanziamenti rimborsati nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Anche sul punto gli interpreti del diritto non hanno trovato un'univoca interpretazione.

Alcuni autori ritengono che, non essendoci una specifica disposizione legislativa, la prescrizione in commento sia applicabile non solo nel caso di fallimento, ma anche nel caso di liquidazione coatta amministrativa o di sottoposizione della società finanziata ad amministrazione straordinaria¹⁶.

Un'altra parte della dottrina sostiene, invece, dando rilievo sia al tenore letterale dell'art. 2467 c.c., sia alla considerazione che la norma è eccezionale e, quindi, non suscettibile di interpretazione analogica, che la disposizione non è applicabile a procedure concorsuali diverse dal fallimento¹⁷.

La dottrina dominante, concorda, invece, nell'affermare che l'obbligo di restituzione di cui all'art. 2467 c.c. *“rappresenta una sorta di revocatoria fallimentare ex lege”*¹⁸.

Semberebbe che il legislatore nel disciplinare l'azione restitutoria si sia ispirato a due norme della legge fallimentare ed in particolare agli artt. 65 e 67 del r. d. del 16 marzo 1942 n. 267.

La similitudine dell'art. 2467 c.c. con l'art. 65, l. fall., discende dal fatto che quest'ultima punisce il creditore che, violando la *par condicio creditorum*, ottiene il pagamento del suo credito prima ancora della scadenza; mentre l'art. 2467 c.c. colpisce il socio che, ricevendo il rimborso delle somme versate a titolo di finanziamento nell'anno antecedente la sentenza dichiarativa di fallimento, evita che il suo credito venga postergato rispetto agli altri creditori.

L'unica differenza tra le due norme consiste, *prima facie*, nel diverso ambito di applicazione: mentre l'art. 65 l. fall., infatti, si applica a tutti i pagamenti anticipati eseguiti dalla società nei due anni precedenti la sentenza di dichiarazione di fallimento, la disposizione contenuta all'art. 2467 c.c. si applica esclusivamente alla fattispecie del rimborso dei finanziamenti dei soci, avvenuto nell'anno antecedente la dichiarazione di fallimento.

Il confronto tra l'art. 2467 c.c. e l'art. 67, l. fall., evidenzia invece, che le due norme, pur avendo in comune la collocazione dell'inefficacia del pagamento del rimborso all'interno di un determinato periodo, (rispettivamente un anno e due anni dalla dichiarazione di fallimento), manifestano significative differenze in termini applicativi.

¹⁶ Per un approfondimento di questa interpretazione si veda R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 547; S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti “ibridi” di capitale*, in *Il rapporto Banca-Impresa nel nuovo diritto societario*, atti del convegno di Lanciano 9-10 maggio 2003, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2004, 311.

¹⁷ Così L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 179 ss.

¹⁸ F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 254; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 422.

Mentre l'art. 67, l. fall., infatti, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria per i pagamenti liquidi ed esigibili presuppone la malafede del beneficiario, consistente nella conoscenza dello stato di insolvenza del debitore al momento di ricezione del pagamento, ai sensi dell'art. 2467 c.c. il socio non è ammesso a provare né la mancata esistenza dello stato di insolvenza della società al momento del rimborso, né la carenza della *scientia decotiois*.

Per effetto dell'art. 2467 c.c. il curatore fallimentare deve provare esclusivamente l'intervenuto pagamento a favore del socio e, verificato che il rimborso sia avvenuto entro l'anno dalla sentenza di dichiarazione di fallimento, ha titolo per pretendere, se necessario anche coattivamente, la restituzione delle somme oggetto di rimborso del finanziamento¹⁹.

Il finanziatore, a sua volta, avrà poi il diritto ad insinuare al passivo fallimentare il proprio credito, ovviamente attraverso apposita insinuazione tardiva *ex art.* 101 l. fall., con la conseguenza che il suo soddisfacimento in sede di ripartizione dell'attivo sarà subordinato al completo ed integrale pagamento degli altri creditori non egualmente postergati²⁰.

7. L' "ECESSIVO SQUILIBRIO" E L' "IRRAGIONEVOLEZZA DEL FINANZIAMENTO"

La postergazione e la revoca previste dall'art. 2467 c.c. non trovano applicazione indistintamente per qualsiasi tipo di finanziamento effettuato dai soci ma, come recita la norma in questione, esclusivamente per quei "finanziamenti dei soci a favore della società, 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".

Dalla lettura della norma, si evince come il legislatore non abbia dettato alcun criterio oggettivo ai fini dell'individuazione della sussistenza o meno dei presupposti che comportano l'applicazione dell'art. 2467 c.c., ma abbia preferito ricorrere a clausole generali.

La stessa relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 6/2003, a tal fine, invita l'interprete 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 ragionevole aspettarsi. In altri termini, il principio di postergazione viene applicato per quei finanziamenti che vengono effettuati quando ricorrono le seguenti condizioni:

- in presenza di un'eccessiva sproporzione tra i debiti ed il patrimonio netto della società beneficiaria;

¹⁹ Così L. MANDRIOLI, *cit.*, 80 ss.; in tal senso si veda anche S. BONFATTI, *Prestiti da soci, finanziamenti infragruppo e strumenti "ibridi" di capitale*, *cit.*, 312 e 313.

²⁰ In tal senso si veda R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, *cit.*, 547; L. MANDRIOLI, *cit.*, 180 ss. *Contra* L. GALEOTTI FLORI, *L'inefficacia del rimborso del finanziamento soci tra art. 65 l. fall. e art. 2467 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 74, per il quale i crediti relativi ai finanziamenti soci di cui all'art. 2467 c.c. non devono essere ammessi al passivo dell'esecuzione concorsuale.

- in una situazione nella quale sarebbe stato ragionevole effettuare un conferimento in luogo di un prestito, in considerazione della complessiva situazione finanziaria.

Le due condizioni sopra indicate, tuttavia, sono state ampiamente criticate dalla dottrina dominante, la quale ha osservato come i due parametri siano eccessivamente generici.

In merito alla prima, infatti, è stato rilevato che l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto non solo non è oggettivamente individuabile, ma risulta oltremodo problematico anche ricorrendo ai concetti propri della dottrina aziendalistica. A tal proposito, è stato osservato che la laconicità della disposizione finirà per determinare un'eccessiva quantità di contenzioso, con il rischio di disincentivare i soci ad effettuare operazioni di finanziamento delle società.

Per quanto concerne la seconda, invece, è stato osservato che il rinvio al criterio di ragionevolezza potrebbe senz'altro allargare l'ambito di applicazione dei finanziamenti postergati in quanto, se una società necessita di mezzi finanziari è alquanto verosimile che il conferimento dei soci debba ritenersi sempre comunque ragionevole²¹.

In ogni caso l'indeterminatezza del generale rinvio al criterio della "ragionevolezza" finirà, anch'esso, per dar vita a numerose dispute giurisprudenziali circa il significato dello stesso²².

È doveroso sottolineare, comunque, che alcuni esponenti della dottrina hanno fatto notare che il criterio della ragionevolezza non deve in alcun modo vanificare il primo parametro, ma integrarlo²³.

In relazione poi al momento nel quale valutare la postergazione, si ritiene, in virtù di una interpretazione meramente letterale dell'art. 2467, co. 2, c.c., che l'accertamento delle sopra menzionate condizioni vada compiuto al momento in cui il finanziamento è stato effettivamente effettuato, e non certo al momento della sottoscrizione del finanziamento tra socio e società.

Tale interpretazione trae il suo fondamento dal noto principio, predominante in dottrina e giurisprudenza, secondo il quale il mutuo è un contratto reale che si perfeziona con la consegna delle cose date a mutuo.

L'art. 2467, co. 2, c.c., precisa, inoltre, che la postergazione è applicabile per i finanziamenti "*in qualsiasi forma effettuati*". Con questa espressione il legislatore ha voluto ampliare le modalità di esecuzione del prestito in modo da rendere ininfluyente sia la causa dell'origine del finanziamento sia la sua contabilizzazione nel bilancio della società finanziata.

La generica formulazione "*in qualsiasi forma effettuati*" implicitamente ammette che rientrino nella fattispecie in esame non solo i finanziamenti in denaro, ma anche i finanziamenti in natura o realizzati mediante la non riscossione di crediti scaduti²⁴, nonché le garanzie prestate dal socio nell'interesse della

²¹ In questo senso L. MANDRIOLI, *cit.*, 175 ss.

²² A tal proposito L. DE ANGELIS, *cit.*, 1463.

²³ Sul punto E. FAZZUTTI, *cit.*, 49; G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società, cit.*, 798 ss.

²⁴ Cfr. G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nella società di capitali*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2003, I, 395.

società, dal momento che risulta evidente come la disponibilità di garanzie personali o reali rilasciate dal socio permette alla società di ricorrere a prestiti da parte di terzi altrimenti non ottenibili²⁵.

Inoltre, un'interpretazione eccessivamente rigorosa del concetto di finanziamenti “*in qualsiasi forma effettuati*”, potrebbe determinare rilevanti conseguenze. La norma in esame, infatti, potrebbe trovare applicazione anche nei confronti di quei contratti di somministrazione di fornitura fra società del gruppo, nei quali i pagamenti vengono effettuati oltre gli ordinari termini di dilazione, o della vendita da parte del socio di un'immobile, nel caso in cui sia stato pattuito con la società un pagamento eccessivamente dilazionato nel tempo.

Sembrano, infine, escludersi dall'ambito di applicazione dell'art. 2467 c.c. i versamenti dei soci definiti genericamente in conto capitale, per i quali non vi è l'obbligo di restituzione *durante societate*.

Tali versamenti, infatti, sono destinati ad aumentare il capitale sociale della società costituendo apporti di capitale di rischio che, a differenza dei finanziamenti effettuati dai soci, originano un apporto di mezzi da parte di terzi con obbligo di restituzione ad una scadenza determinata²⁶.

8. I FINANZIAMENTI NELL'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

La riforma del diritto societario, prendendo atto della sempre più ampia diffusione del fenomeno dei gruppi d'impresa, con l'introduzione degli artt. da 2497 a 2497 *septies* del codice civile, ha finalmente riconosciuto e disciplinato tale fenomeno. Il legislatore della riforma, tuttavia, non parla esplicitamente di gruppo, bensì di attività di direzione e coordinamento di società.

Prima di affrontare l'argomento dei finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento è doveroso sottolineare che il legislatore distingue tra gruppi “di fatto”, previsti dall'art. 2497 *sexies* c.c., in cui si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società tenuta alla redazione del bilancio consolidato o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359 c.c. e quelli di diritto in cui, ai sensi dell'art. 2497 *septies* c.c., l'attività di direzione e coordinamento di società è esercitata sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.

Nell'ambito di questo nuovo istituto l'art. 2497 *quinquies*, dispone che “*ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essi sottoposti si applica l'art. 2467 c.c.*”. In altri termini, la disciplina di cui all'art. 2467 c.c. si applica ai finanziamenti effettuati a favore della società:

²⁵ Nello stesso senso G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, cit., 797 ss.; A. IRACE, cit., 345; D. SCANO, *Finanziamenti dei soci*, cit., 392, in particolare nota 36.

²⁶ In senso analogo L. MANDRIOLI, cit., 174; G. GUERRIERI, *finanziamenti dei soci: ambito applicativo e relativa disciplina*, cit., 21 ss. Di diverso avviso V. SALAFIA, *i finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata*, cit., 1083.

- dalle società o enti che esercitano su di essa attività di direzione e coordinamento;
- dalle società che sono sottoposte alla direzione e coordinamento da parte dello stesso soggetto che esercita tale attività sulla società finanziata (c.d. società sorelle).

Risultano invece esclusi dall'ambito di applicazione della norma i finanziamenti erogati alla società da parte dei soggetti che sono sottoposti alla sua attività di direzione e coordinamento.

Con molta probabilità la *ratio* della norma va ricercata nell'esigenza del legislatore di disincentivare i gruppi caratterizzati da un'insufficiente capitalizzazione delle società controllate, e quindi di limitare la ripartizione del rischio imprenditoriale ineguale tra la società che esercita e quella che subisce l'attività di direzione e controllo. La norma, infatti, è diretta a garantire un equilibrio tra due interessi confliggenti: l'interesse del creditore a che il socio di controllo non assuma in maniera strumentale la posizione di finanziatore al fine di sottrarsi alla posizione residuale sui valori dell'attivo, e quello del socio a poter adottare le politiche finanziarie della società che reputa più efficienti.

Per tali motivi il legislatore ha optato per una riqualificazione del finanziamento nel caso vi siano indizi tali da far ritenere che il ricorso al finanziamento sia volto ad eludere la disciplina sui conferimenti, diventando in tal modo uno strumento diretto a perseguire un abuso a danno dei creditori²⁷.

Tuttavia, la norma è suscettibile di alcune riflessioni. Innanzitutto la generica formulazione "*finanziamenti effettuati... da chi esercita attività di direzione e coordinamento*" non indica con precisione quali siano i soggetti a cui la norma si riferisce. È stato, pertanto, ritenuto che il legislatore abbia voluto prescindere dalla qualità di socio nella società finanziata, richiedendo quale unica condizione, per l'applicabilità della disposizione, l'esercizio di attività di direzione e coordinamento da parte del finanziatore. La norma sembra, dunque, riferirsi non solo al socio della società finanziata, ma anche a i suoi amministratori, titolari di strumenti finanziari e da qualsiasi altro soggetto, sia persona fisica che ente o società, anche privo della qualità di socio²⁸, purché eserciti attività di direzione e coordinamento.

Con riferimento, infine, alla qualifica dei beneficiari del finanziamento il legislatore, non specificando a quale tipo di società si riferisca l'attività di direzione e coordinamento, ha fatto ritenere che la norma possa essere applicata anche nel caso in cui il soggetto finanziato sia una società di persone o una società consortile.

9. I FINANZIAMENTI SOCI NELLE SOCIETÀ PER AZIONI

²⁷ Per un approfondimento G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, cit., 269.

²⁸ In tal senso anche G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, cit., 799.

L'art. 2467 c.c. in tema di società a responsabilità limitata non trova una corrispondente disposizione nelle norme relative alla società per azioni. Di conseguenza, si discute se la norma in esame possa essere applicata anche ai finanziamenti soci effettuati nell'ambito di quest'ultimo tipo di società di capitali.

Alcuni autori, fondandosi sulla mera interpretazione letteraria della norma, escludono dal regime di applicazione dell'art 2467 le società per azioni, salvo ovviamente il caso in cui tale tipo societario eserciti attività di direzione e coordinamento. Secondo questo orientamento, se il legislatore avesse voluto estendere la disciplina di cui all'art. 2467 c.c. anche alle società per azioni, lo avrebbe espressamente previsto con una disposizione *ad hoc*²⁹.

Tuttavia, l'orientamento suddetto non appare condiviso dalla dottrina dominante che, pur fondandosi su considerazioni diverse, sembra essere giunta alla conclusione che la disciplina dei finanziamenti dei soci possa essere estesa anche alle società per azioni.

Alcuni illustri autori, infatti, hanno evidenziato che sebbene l'art. 2467 c. c. sia una norma eccezionale e, pertanto, non suscettibile di applicazione analogica, la stessa rappresenta comunque un principio generale, che si caratterizza per un ambito di operatività ulteriore rispetto al modello legale a cui si riferisce. Di conseguenza, secondo questi autori, la norma produrrebbe i suoi effetti anche in relazione alla società per azioni³⁰.

Alla stessa conclusione giungono altri interpreti, per i quali l'aspetto principale dell'art. 2467 c.c. è costituito dal fatto che esso esprime un principio generale di un diritto dell'impresa, estendibile a tutte le società di capitali³¹.

In ogni modo, la dottrina dominante ha fatto notare che nella disciplina delle società per azioni vi sono riferimenti normativi ad apporti societari postergati che non sono riconducibili ad un conferimento di capitale in senso stretto, inequivocabilmente compatibili con la disciplina di cui all'art. 2467 c.c..

Le norme in questione sono l'art. 2411 c.c., che subordina il diritto degli obbligazionisti o dei possessori di altri strumenti finanziari alla restituzione del capitale e degli interessi al soddisfacimento di altri creditori sociali, e l'art. 2431 c.c., che invece impone, in tema di sovrapprezzo delle azioni, il divieto di distribuzione delle somme a tal titolo percepite dalla società fino a quando la riserva legale non abbia raggiunto il limite del quinto del capitale sociale stabilito dall'art. 2430 c.c.³².

²⁹ Sull'argomento D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, cit., 407.

³⁰ A queste conclusioni giungono M.IRRERA, *La nuova disciplina dei prestiti dei soci alla società*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, 139; F. TASSINARI, *Il finanziamento alla società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 123. In senso conforme si veda anche G. SPALTRO, *Natura dei versamenti in denaro effettuati dai soci in favore della società*, in *Società*, Milano, 2004, 488, il quale ritiene che nel caso di specie si verta in tema di applicazione estensiva.

³¹ Così G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., 681. A favore dell'applicabilità dell'art. 2467 c.c. anche alle società per azioni cfr. ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e società cooperative*, a cura di G. Olivieri - G. Presti - F. Vella, Bologna 2003, 232; M. AVAGLIANO, *I finanziamenti soci*, in www.Notarlex.it; nonché C. ANGELICI, *La riforma di società di capitali*, Padova, 2003, 48e 49.

³² Si veda per tutti L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, cit., 182.

Stampato presso la sede della Fondazione – giugno 2006

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it