

## Postergazione

**Cassazione Civile, Sez. VI-1, 20 agosto 2020, n. 17421 - Pres. A. Valitutti - Est. A.A. Dolmetta - R.L.P.M. c. Fallimento (omissis) S.r.l.**

*Fallimento - Effetti per i creditori - Finanziamento soci - Postergazione*

*(Legge fallimentare artt. 98, 99; cod. civ. artt. 2467, 2484; D.L. 8 aprile 2020, n. 23, conv. con modif. in L. 5 giugno 2020, n. 40; CCl artt. 164, 383)*

**Ai fini della struttura rimediabile della postergazione la valutazione dello squilibrio patrimoniale della società che riceve il finanziamento va riferita temporalmente al momento dell'erogazione del finanziamento da parte del socio, non rilevando la valutazione dei finanziamenti e della situazione della società nel suo complesso al termine del ciclo dell'attività d'impresa. La qualificazione giuridica del finanziamento come anomalo non è influenzata, né rimossa da fatti successivi (quindi anche da versamenti in conto capitale), poiché l'azione postuma non rimuove il rilievo quantitativo e qualitativo del progresso (massima non ufficiale).**

### La Corte (omissis).

8.- Il primo motivo assume "erronea e/o mancata applicazione dell'art. 275 c.p.c., comma 2, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1".

Segnala in proposito il ricorrente di avere presentato domanda di discussione orale, ai sensi dell'art. 275 c.p.c., comma 2, in sede di comparsa conclusionale e di avere reiterato la richiesta con apposita istanza al presidente della sezione fallimentare del tribunale milanese. E sostiene che il decreto ha errato nel decidere che "non vi sia ragione di accogliere la richiesta della parte ricorrente", perché "le argomentazioni delle parti sono state sviluppate con dovizia di particolari sia negli atti introduttivi sia nelle memorie finali" e data altresì "la natura ampiamente documentale e in diritto della controversia". "La fissazione dell'udienza di discussione innanzi al Collegio non è un provvedimento discrezionale del Presidente", si rileva nell'indicata prospettiva: "dunque, una volta richiesta da una delle parti, la discussione orale avanti al collegio deve essere fissata dal Presidente".

"È quindi accaduto" - così si prosegue - "che l'errore, in cui era incorso il giudice relatore quando aveva (irritualmente) rigettato la richiesta di discussione orale avanzata dall'ing. R., veniva reiterato dal Tribunale nel provvedimento qui impugnato".

Non ha pregio osservare - si aggiunge ancora - che "una discussione vi è stata, all'udienza di fronte al giudice relatore, l'8 maggio 2012, e che, pertanto, di fatto, vi è stato un contraddittorio orale. Non vi è dubbio che la violazione del contraddittorio", che è stata denunciata, si ponga come "una conseguenza della violazione delle norme di rito, non già come 'la violazione' che si denuncia, di modo che non è pertinente la circostanza che all'udienza dell'8 maggio le parti abbiano discusso di fronte al magistrato assegnatario della causa per lo svolgimento dell'istruzione".

9.- Il motivo non può essere accolto.

In proposito appare opportuno osservare, prima di ogni altra cosa, che - secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte - il procedimento previsto e

disciplinato nell'art. 98 e ss. L. Fall., appartiene al genere dei "rimedi impugnatori" (cfr., tra le altre, Cass., 10 maggio 2018, n. 11366; Cass., 3 novembre 2017, n. 26225; Cass., 30 marzo 2012, n. 5167). D'altro canto, il carattere impugnatorio del procedimento in questione risulta più volte segnalato nel testo delle citate disposizioni.

Ne segue che il richiamo del ricorrente alla norma dell'art. 275 c.p.c., comma 2, si manifesta non pertinente.

10.- Il risultato non è destinato a mutare, peraltro, se, in luogo della disposizione richiamata dal ricorrente, si prenda in considerazione la norma dell'art. 353 c.p.c., comma 5, scritta per il procedimento di appello avanti al tribunale.

La giurisprudenza di questa Corte ha infatti chiarito che il procedimento di cui all'art. 98 e ss. L. Fall., non si identifica collo schema dell'appello, né tale può essere qualificato; lo stesso dà in realtà vita a uno schema "speciale", proprio e diverso da quello ordinario di cognizione (v., tra le altre, Cass., 31 luglio 2017, n. 19003; Cass., 26 gennaio 2016, n. 1342; Cass., 13 giugno 2016, n. 12116).

11.- Quanto appena rilevato non esclude, naturalmente, in maniera assoluta, compiuta, l'eventualità di ravvisare l'applicabilità all'opposizione fallimentare di regole dettate nel codice di procedura per la materia delle impugnazioni. In proposito occorre, piuttosto, "di volta in volta scrutinare la compatibilità di esse con lo strumento in questione, in ragione delle sue particolari caratteristiche" (così Cass. n. 11366/2018).

Nel concreto, peraltro, la struttura disciplinare delineata nell'art. 99 L. Fall., non lascia dubbi sul fatto che non sia consentita la trasposizione della previsione contenuta nella norma dell'art. 35 c.p.c., comma 5, nel contesto dell'opposizione fallimentare. Secondo quanto ritenuto da questa Corte, e come del resto emerge immediatamente dal testo dell'art. 99 L. Fall., comma 11, infatti, nel procedimento di opposizione la stessa "concessione di termini per memorie" di taglio conclusionale si manifesta circostanza "puramente eventuale e facoltativa" (cfr., in particolare, Cass., n. 12116/2016, in relazione a un caso in cui il "collegio (era) stato investito della decisione senza che le parti fossero state invitate a precisare le conclusioni e senza

fossero stati loro concessi termini per depositare comparse conclusionali e memorie di replica”).

12.- Il secondo motivo di ricorso è intestato “erronea applicazione dell’art. 2467 c.c. e dell’art. 2484 c.c. in relazione all’art. 360, comma 1, n. 3, e omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio già oggetto di discussione tra le parti (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5)”.

Con le plurime censure, che vengono portate con questo motivo, il ricorrente assume di muovere, in modo specifico, “vizio di sussunzione della fattispecie concreta”, in relazione sia allo “schema di fattispecie astratta delineata nell’art. 2467 c.c.”, sia allo “schema di fattispecie astratta descritta dall’art. 2484 c.c.”. Ad avviso del ricorrente, il Tribunale ha errato perché ha sussunto la fattispecie concreta giudicata sotto una norma che non le si addice, in quanto la fattispecie astratta da questa prevista non è idonea a regolarla.

E pure il Tribunale ha errato - così si afferma inoltre - perché non ha tenuto proprio conto di circostanze fattuali, in sé stesse decisive per l’esito del giudizio.

Nei fatti, ad avviso del ricorrente il caso sottoposto a giudizio per quanto manifesti la presenta di finanziamenti soci - non contiene gli estremi della situazione di “eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto” della società poi fallita, di cui all’art. 2467 c.c., comma 2 prima parte; e nemmeno gli estremi proposti dall’alternativo presupposto della sussistenza di una “situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”, che risulta contemplato nell’art. 2467 c.c., comma 2, seconda parte.

13.1.- Con riguardo al presupposto dello squilibrio patrimoniale, il motivo censura la decisione del Tribunale, rilevando che questa si è “limitata a considerare i bilanci dal 2004 al 2015, unicamente da punto di vista delle perdite registrate dal conto economico”, “senza tenere conto dell’effettiva situazione patrimoniale della società”: “esaminando il patrimonio netto registrato nei bilanci dal 2009 al 2015 si evince” - così si segnala - “che, nonostante le perdite di esercizio, tale voce si è sempre mantenuta di segno ampiamente positivo”.

Del resto - si aggiunge -, “il riequilibrio (in positivo) rispetto agli anni precedenti al 2009 del patrimonio netto della società (in rapporto alle perdite) è stato reso possibile grazie agli ingenti versamenti in conto capitale” effettuati dai soci.

Il Tribunale non ha, dunque, tenuto conto che il “temporaneo squilibrio registrato tra il 2004 e il 2008 (ovverosia nel periodo di *start up* del progetto immobiliare) è stato immediatamente ripianato attraverso i successivi apporti in conto capitale”.

13.2.- Ciò posto, il motivo assume che i detti versamenti in conto capitale “hanno di fatto (e di diritto) rimosso i presupposti di applicabilità dell’art. 2467 c.c., ai finanziamenti erogati dai soci”.

Ai fini del riscontro dello squilibrio patrimoniale - si afferma altresì -, la “situazione sia finanziaria sia patrimoniale della società deve essere valutata nel suo complesso e non limitatamente al suo momento di *start up*”: “solo al termine del ciclo dell’attività di impresa sarà possibile

accedere alla fase di valutazione postuma della natura dei finanziamenti che consente di verificare la sussistenza, in concreto, dei presupposti di applicabilità dell’art. 2467 c.c.”.

13.3.- Il Tribunale - si viene pure a puntualizzare - “ha totalmente omesso di procedere a tale valutazione, limitando la sua analisi al dato finanziario delle perdite”: con conseguente emergere (anche) del vizio di omesso esame di cui al n. 5 dell’art. 360 c.p.c.

13.4.- La società poi fallita - incalza il motivo - era “una società di costruzione costituita (nel 2004) al solo scopo di edificare e poi vendere (previo frazionamento) un unico immobile”.

È “naturale e fisiologico che, negli anni presi in esame (*i.e.*: gli anni dal 2004 al 2010, ovverosia gli anni in cui sono stati concessi i finanziamenti a cui il Tribunale ha ritenuto di applicare l’art. 2467 c.c.), la società chiudesse in perdita il bilancio di esercizio, dal momento che l’immobile era ancora in fase di costruzione e non si poteva procedere al rogito degli appartamenti ancora in fase di realizzazione”; “qualsiasi impresa di costruzioni, nella fase iniziale, fa fronte ai costi di gestione tramite finanziamenti, poi rimborsati al momento della vendita degli immobili realizzati”.

13.5.- Con distinta e ulteriore osservazione, il motivo aggiunge che, nel corso degli anni, le “perdite (dal 2009 in poi) non hanno mai eroso il capitale”.

Pertanto, l’affermazione del Tribunale, per cui la società era in una situazione di scioglimento sin dal 2004, non può non palesarsi, “oltre che inconferente”, “errata sia in fatto sia in diritto”.

14.- Con riferimento all’alternativo presupposto della sussistenza di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un apporto di capitale di rischio e non già di credito, il motivo sottolinea che la società poi fallita ha ottenuto un “ingente finanziamento da parte della banca nel dicembre 2007” e “continue erogazioni fino al 2004”.

Senza pregio risultano - si annota in proposito - i rilievi svolti dal Tribunale per sminuire il peso di tale circostanza: “il fatto che la Banca abbia rilasciato il finanziamento previa costituzione di una ipoteca sul cespite immobiliare della società costituisce elemento usuale, se non essenziale, per la concessione di un mutuo fondiario”; “quanto alla concordata (nel contratto di mutuo fondiario) postergazione volontaria dei finanziamenti dei soci erogati alla data di stipula del finanziamento bancario, non solo essa non si è tradotta in una garanzia personale dei soci (che infatti già avevano il finanziamento alla società e si sono limitati a certificare alla Banca che tale finanziamento era destinato all’attività di impresa), ma non costituisce comunque una condizione contrattuale di natura eccezionale o ‘anomala’”.

15.- Il motivo non può essere accolto.

La decisione del Tribunale milanese non merita le critiche che ad essa muove il ricorrente.

Nei fatti, le riportate censure non vengono a incrinare - sotto il profilo della sussunzione - l’idoneità della fattispecie astratta delineata dall’art. 2467 c.c., ad accogliere in sé,

e governare, la fattispecie concreta che è qui in giudizio. Né danno tratto all'effettiva emersione di un vizio di omesso esame di un fatto, che risulti decisivo per l'esito del giudizio.

16.- Come emerge in modo diretto dal testo dell'art. 2467 c.c., comma 2, a rilevare, al riguardo, è il tempo in cui il finanziamento viene concesso: su questo momento si ferma la valutazione relativa allo squilibrio patrimoniale della società che riceve il finanziamento (cfr., al riguardo, la pronuncia di Cass., 15 maggio 2019, n. 12994, che discorre di "dies storico statico").

D'altronde, è in questo momento che il socio decide di provvedere al fabbisogno finanziario della società a mezzo di finanziamenti e non già a mezzo di capitale di rischio, così ponendo in essere il comportamento in contrasto con la funzione perseguita dalla norma.

Funzione che consiste - secondo quanto rilevato da questa Corte - "nell'intento di contrastare la non infrequente sottocapitalizzazione delle società, quale tecnica di traslazione sui creditori e sui terzi dei rischi da continuazione dell'attività in regime di crisi, con eventuale profitto dei soci e aggravamento del dissesto a scapito dei creditori" (Cass., n. 12994/2019; Cass., 31 gennaio 2019, n. 3017).

17.- All'enunciazione di questi rilievi di base segue che - per valutare la riconducibilità alla fattispecie normativa dell'art. 2467 c.c. dei finanziamenti soci intervenuti nei primi anni di vita della s.r.l. poi fallita - non si può che fare esclusivo riferimento alla situazione della società che esiste nel momento della avvenuta "concessione" dei medesimi. I versamenti in conto capitale posti in essere negli anni successivi quand'anche provenienti (come nella specie) dallo stesso socio che, in precedenza, aveva provveduto ai finanziamenti - sono comunque dei fatti sopravvenuti: inidonei, in quanto tali, a sprigionare una qualunque forza di tipo, per così dire, "retroattivo" (come inclina a supporre il ricorrente: sopra, nel n. 13.1. e nel n. 13.5.).

Né ciò comporta - secondo quanto ritiene, per contro, il ricorrente (che stima "complessiva" la sola valutazione compiuta all'esito del ciclo produttivo) - una valutazione parziale ovvero "segmentata" del rapporto corrente tra la misura dell'indebitamento e il patrimonio netto di una società. Come già sopra rilevato, infatti, la disciplina della postergazione di cui all'art. 2467 c.c., è oggettivamente intesa a contrastare il fenomeno della sottocapitalizzazione c.d. nominale.

18.- Non risulta condivisibile, dunque, la tesi del ricorrente per cui la valutazione di squilibrio patrimoniale dovrebbe essere "postuma", all'esito del ciclo produttivo dell'impresa (volta a volta) considerata (cfr. sopra, nei nn. 13.2, ultimo capoverso, e 13.4.).

Questa tesi risulta, del resto, sprovvista di appigli normativi: il riferimento al "tipo di attività esercitata dalla società", che si legge nel contesto dell'art. 2467 c.c., comma 2, risulta riferito non già al tempo rispetto al quale la valutazione di squilibrio deve essere effettuata (e cioè alla durata del ciclo produttivo), bensì alla dimensione dello squilibrio in concreto rilevante (alla sua eventuale "eccessività", cioè: per l'appunto (relativamente)

variabile a seconda del tipo specifico di impresa nel concreto considerata.

Tra l'altro, la tesi in esame risulta pure confliggere con la natura sostanziale della postergazione delineata nell'art. 2467 c.c., secondo quanto è stato riscontrato dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass., n. 12994/2019). Che ha appunto chiarito come tale fenomeno venga a incidere sui termini di esecuzione del rapporto negoziale, incidendo sulla stessa esigibilità del credito (con conseguente inapplicabilità, altresì, della norma dell'art. 1282 c.c.): nella lettura del ricorrente, per contro, la valutazione di squilibrio potrebbe cadere anche anni dopo l'avvenuta scadenza del finanziamento e/o la richiesta di rientro da parte del socio.

19.- Segue ancora, e in via ulteriore, che la valutazione di squilibrio non risulta suscettibile di essere "rimossa" da fatti successivi (così invece opina il motivo: cfr. sopra, n. 13, primo capoverso; per l'osservazione che l'"azione postuma non leva... il rilievo quantitativo e qualitativo del pregresso" v. Cass., n. 3017/2019).

Questi ultimi potranno, semmai, portare nel caso la situazione della società verso l'equilibrio economico, come pure sulla linea della capienza patrimoniale della stessa di fronte ai propri debiti (finanziamenti soci compresi). Con la conseguenza, nell'evenienza, che la struttura rimediabile della postergazione ex art. 2467 c.c., non troverà spazio e modo per operare: in una simile situazione, è da "ritenere realizzata" - ha sottolineato Cass., n. 12994/2019 - "una situazione di soddisfazione, sia pure 'astratta', dei creditori esterni e dunque esistente uno status di regolare esigibilità".

L'intervenuta dichiarazione di fallimento della s.r.l. (*omissis*) mostra evidente, peraltro, come nel caso concreto una simile situazione non sia sopravvenuta.

20.- Le precedenti considerazioni mostrano l'irrilevanza per il caso in giudizio delle censure svolte dal motivo riguardo alla disposizione dell'art. 2484 c.c. (sopra, n. 13.5.).

Le stesse dispensano pure dall'esaminare la parte del motivo dedicata all'alternativo presupposto di applicazione dell'art. 2467 c.c., relativo della sussistenza di una "situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento" (sopra, n. 14).

21.- Il terzo motivo di ricorso assume "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio già oggetto di discussione tra le parti (art. 360 comma 1 n. 5) ed erronea e/o omessa applicazione dell'art. 1180 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Violazione e/o omessa applicazione del principio di cui all'art. 113 c.p.c., comma 1".

Il motivo fa riferimento al credito relativo al rimborso di una serie di pagamenti che R.L.P. assume di avere compiuto e che il Tribunale ha escluso dal passivo (cfr. sopra, in n. 5).

22.1.- Rileva in proposito il ricorrente che l'affermazione del Tribunale - per cui i pagamenti in discorso non hanno avuto "un'adeguata giustificazione giuridica che, anzi l'opponente non sembra neppure essersi premurato di offrire" - è "non corretta in fatto e riconducibile al vizio di omesso esame".

Precisa di avere avuto “cura di dettagliare e di sottoporre al vaglio del Tribunale, con tanto di documenti giustificativi, tutti gli anticipi effettuati dall’amministratore”. Anzi, “per agevolare il compito del Tribunale”, in sede di ricorso in opposizione “produceva una analisi a campione di alcuni anticipi effettuati dall’ing. R., analisi che poteva essere agevolmente proseguita dal Tribunale anche con riferimento a tutti gli altri anticipi”.

22.2.- Il motivo prosegue contestando la affermazione del Tribunale per cui parte dei pagamenti in discorso non sarebbero stati inerenti all’attività di impresa della società amministrata da R. Tale affermazione - si annota - è “priva di agganci fattuali e di motivazione” e comunque “non è idonea né sufficiente a giustificare l’esclusione dallo stato passivo degli anticipi”.

22.3.- “Quanto alla qualificazione giuridica del titolo restitutorio” - si assume altresì, sempre in critica alla motivazione del decreto - “i medesimi documenti versati agli atti ne attestavano la natura di adempimento del terzo ai sensi dell’art. 1180 c.c.”. Comunque, si conclude, “vale il principio *Iura novit curia*, di cui all’art. 113 c.p.c., comma 1, che prevede per il giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite”.

23.- Il motivo non può essere accolto.

Appare opportuno ricordare in proposito che, nel giudizio di opposizione all’esclusione dallo stato passivo, grava sull’opponente l’onere allegare i termini costitutivi della prova pretesa e di fornirne la prova (cfr., per tutte, Cass., 23 febbraio 2018, n. 4453). Tale onere investe, naturalmente, tanto gli elementi fattuali rilevanti nella specie,

quanto quelli di diritto (come segnala la norma dell’art. 99 L. Fall., comma 2, n. 3, l’opponente ha, tra l’altro, l’onere di esporre “i fatti e ... gli elementi di diritto su cui si basa l’impugnazione”).

Nel caso qui in esame, il Tribunale ha in particolare focalizzato la propria decisione di esclusione della pretesa sulla ravvisata circostanza dell’assenza di una “adeguata giustificazione giuridica”.

È dunque senz’altro da escludere l’ammissibilità del motivo nella parte in cui non propriamente evoca vizio di omesso esame di fatto decisivo per l’esito del giudizio.

24.- La valutazione di non sufficiente indicazione (e poi prova) del titolo giuridico della pretesa avanzata da R.L.P., che è stata compiuta dal Tribunale, appare, d’altro canto, senz’altro corretta.

In effetti, il ricorrente non va oltre la segnalazione di avere indicato, in sede di ricorso per opposizione, la disposizione dettata dall’art. 1180 c.c. Tale norma, peraltro, si limita a indicare che la prestazione eseguita dal terzo vale (salvo eccezione) come “adempimento” di quanto dovuto dal debitore. La stessa, dunque, esaurisce la propria portata nello stabilire l’efficacia liberatoria per il debitore della prestazione eseguita dal terzo e la conseguente estinzione dell’obbligazione.

Nulla dice la norma dell’art. 1180 c.c., sulla tipologia e contenuti concreti del rapporto c.d. interno, come corrente tra *solvens* e debitore, che qui viene invece in rilievo. Lo stesso, perciò, non può non trovarsi che fuori di essa.

25.- In conclusione, il ricorso dev’essere respinto.

(*omissis*).

## Lo squilibrio patrimoniale nella postergazione: la rilevanza del tempo del finanziamento rispetto al riequilibrio postumo

di Francesco Finardi (\*)

Nel presente commento si prende in esame la recente ordinanza della Cass. Civ. n. 17421/2020, in tema di finanziamento soci nelle S.r.l. ex art. 2467 c.c. L’ordinanza in particolare si sofferma sulla valutazione del momento in cui rilevare lo squilibrio patrimoniale necessario per applicare la disciplina prevista all’art. 2467, comma 1, c.c. e, ribadendo la sua funzione di contrasto alla sottocapitalizzazione della società, accoglie la tesi della natura sostanziale della postergazione, già affermata dalla stessa Cass. Civ., sent., n. 12994/2019.

### Fatti di causa

Nel giudizio in esame il ricorrente ha proposto il ricorso in Cassazione avverso la decisione del Tribunale di Milano in sede di opposizione allo stato passivo. Il Tribunale confermava la postergazione “ai sensi degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.” di alcune voci di credito vantate dall’opponente,

amministratore unico e socio, nei confronti della società fallita.

L’attore aveva presentato ricorso affidandolo a tre motivi di cassazione. Il secondo, in particolare per quanto di interesse nel presente commento, riguarda l’“erronea applicazione dell’art. 2467 c.c. e dell’art. 2484 c.c. in relazione all’art. 360, comma 1, n. 3, e

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio già oggetto di discussione tra le parti (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5)”, aspetto centrale nella trattazione sul tema del finanziamento soci.

Il ricorrente lamentava l'erronea applicazione dell'art. 2467 c.c., ritenendo che nel caso di specie non fosse ravvisabile il presupposto dell'“eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto” della società poi fallita, e nemmeno gli estremi proposti dall'alternativo presupposto della sussistenza di una “situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”, sostenendo che la situazione finanziaria e patrimoniale della società dovesse essere valutata nel suo complesso e solo al termine del ciclo produttivo.

Con riferimento a tale motivo di ricorso la Cassazione trova spunto per fornire alcuni chiarimenti sulle finalità e la natura della postergazione del credito del socio, prendendo in considerazione anche i presupposti applicativi dell'art. 2467 c.c. ed il metodo per valutarli.

### Principi evidenziati dall'Ordinanza

I principi evidenziati in questa ordinanza dalla Suprema Corte sono cinque.

Il primo principio stabilisce che ai fini dell'applicazione della disciplina della postergazione del credito del socio, il *dies a quo* per la valutazione dello squilibrio patrimoniale della società ai sensi del comma 2 dell'art. 2467 c.c. dev'essere fatto risalire al momento dell'erogazione del finanziamento (1), poiché “a rilevare, al riguardo, è il tempo in cui il finanziamento viene concesso”.

Il secondo conferma che l'obiettivo dell'art. 2467 c.c. è quello di contrastare il fenomeno della sottocapitalizzazione nominale nelle società (fenomeno caratterizzato da soci che dispongono dei mezzi necessari per l'esercizio dell'impresa, ma questi sono in minima parte imputati a capitale sociale), avendo lo scopo di impedire “la traslazione sui creditori e sui terzi dei rischi da continuazione dell'attività” d'impresa (2).

Il terzo principio comporta che la valutazione della presenza di uno squilibrio patrimoniale sociale, e quindi di un finanziamento anomalo, non può essere

rimossa da eventuali fatti successivi. In particolare, non rilevano eventuali versamenti in conto capitale posti in essere (anche dallo stesso socio finanziatore) negli anni successivi, dal momento che tali versamenti consistono in fatti sopravvenuti che sono inidonei ad avere una valenza retroattiva. La Cassazione infatti precisa che detti “fatti successivi” non rimuovono la valutazione di squilibrio e portano “nel caso la situazione della società verso l'equilibrio economico” e la “capienza patrimoniale della stessa di fronte ai propri debiti”, con eventuale disapplicazione della postergazione e possibilità di rimborsare il credito da finanziamento soci solo se tale pagamento non dovesse pregiudicare la possibilità per l'ente di soddisfare integralmente i creditori non postergati e quindi senza un loro pregiudizio (3).

Se da un lato la regola della postergazione può essere condizionata dall'evoluzione dinamica della situazione economico-finanziaria della società debitrice, dall'altro la qualificazione giuridica del finanziamento come anomalo è al contrario cristallizzata nel momento in cui il finanziamento è stato effettuato (4).

Con il quarto principio la Suprema Corte stabilisce che il riferimento che l'art. 2467, comma 2, c.c. fa al “tipo di attività esercitata dalla società”, va esclusivamente considerato in relazione “alla dimensione dello squilibrio in concreto rilevante (alla sua rilevante ‘eccessività’): per l'appunto (relativamente) variabile a seconda del tipo specifico di impresa nel concreto considerata”, e non per valutare il momento in cui verificare la situazione di squilibrio.

Infine, il quinto e ultimo principio, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale già affermato della citata Cass. Civ. n. 12994/2019, secondo cui l'istituto della postergazione previsto all'art. 2467 c.c. ha natura sostanziale, andando così ad incidere sui termini di esecuzione del rapporto negoziale e sulla esigibilità stessa del credito. La postergazione andrebbe così ad operare già *durante societate*, consistendo in una condizione di inesigibilità temporanea *ex lege* del diritto del socio a vedersi restituito il finanziamento, fino a quando non sia superata la situazione prevista al comma 2 dell'art. 2467 c.c. Simile circostanza è da ritenersi realizzata in presenza

(1) In linea con Cass. Civ. 15 maggio 2019, n. 12994, in questa *Rivista*, 2020, 48 ss., con commento di G.M. D'Aiello, *Finanziamenti anomali dei soci: postergazione legale e concorso dei creditori*.

(2) Conformemente alla giurisprudenza di legittimità precedente. V. Cass. Civ. n. 12994/2019, cit.; Cass. Civ. 31 gennaio 2019, n. 3017, in *Società*, 2019, 803 ss., con nota di E. Codazzi, *Una pronuncia della Cassazione su finanziamenti cd. “indiretti” e*

*presupposti della postergazione ex art. 2467 c.c.*, e in *Giur. comm.*, 54 ss., con nota di D. Scano, *Il perimento oggettivo dell'art. 2467 c.c.*

(3) Così in dottrina N. Abriani - F. Giunta, *Finanziamenti a società “correlate” e postergazione: profili di diritto civile e penale*, in *Società*, 2012, 410.

(4) N. Abriani - F. Giunta, *Finanziamenti a società*, cit., 410.

di “una situazione di soddisfazione, sia pure astratta, dei creditori esterni e dunque esistente uno *status* di regolare esigibilità” (5).

Tale ultimo principio non è centrale per la risoluzione del caso concreto sottoposto alla Corte di cassazione, ma il tema della natura sostanziale o processuale della postergazione è forse uno degli argomenti ancora più discussi relativamente al finanziamento soci.

### Le tesi applicative

L'art. 2467 c.c. non precisa quando la postergazione trovi concreta applicazione, ed in particolar modo se questa debba operare esclusivamente in pendenza di un'eventuale procedura concorsuale ovvero esecuzione individuale, oppure anche nell'ipotesi di liquidazione volontaria o addirittura durante la vita della società stessa. La risposta ad un tale interrogativo non può neanche essere desunta dal contenuto della Relazione (6) governativa di accompagnamento alla riforma organica delle società di capitali e delle società cooperative dal momento che quest'ultima si limita a precisare che, con l'istituto in questione, “la soluzione” adottata “è stata quella comune alla maggior parte degli ordinamenti” (7).

Da qui bisogna partire per distinguere la tesi “sostanzialistica” e quella “processualistica” in dottrina. La concezione “sostanzialistica” (8) ritiene che la postergazione operi sempre, anche durante l'ordinario funzionamento della società. Essa si configura come condizione sospensiva dell'esigibilità del credito da rimborso del socio finanziatore (un divieto di rimborso a carattere temporaneo), con l'effetto di prorogare *ex lege* la scadenza originaria del prestito, finché la società è a rischio di insolvenza; invece, nel concorso (individuale o collettivo), la postergazione inciderebbe sull'ordine di distribuzione del ricavato

della procedura esecutiva come una sorta di privilegio negativo in favore dei creditori esterni.

L'operatività *durante societate* consentirebbe di mantenere nel patrimonio sociale le somme erogate dai soci, rispettando la regola di priorità degli altri creditori (9).

Va sottolineato che presupposto della postergazione legale è la condizione di sottocapitalizzazione prevista dall'art. 2467, comma 2, c.c. in cui versa la società al momento del finanziamento, con la conseguenza che il rimborso potrà essere effettuato solo quando, alla scadenza del finanziamento postergato, la società abbia superato la situazione di crisi e quindi il pagamento possa avvenire senza pregiudizio per i creditori.

Il superamento della crisi, secondo la teoria in questione, dovrà essere definitivo, dovrà verificarsi al momento del rimborso e in base a una valutazione oggettiva della solvibilità della società da parte degli amministratori, non rilevando a tal fine un miglioramento solo temporaneo o transitorio (10).

Un'altra circostanza in grado di consentire il rimborso dei finanziamenti in oggetto durante la vita della società si verifica nell'ipotesi di soddisfacimento di quei terzi creditori che, a prescindere dall'epoca in cui si è originato il credito, sono ancora tali alla data in cui è divenuto esigibile il rimborso del socio finanziatore (11), ovvero nel caso di accantonamento delle somme a tal scopo (soddisfacimento dei terzi creditori) necessarie (12).

Se si dovesse propendere per l'accoglimento della tesi sostanziale, sarebbe comunque possibile il ricorso, da parte dei creditori beneficiari pregiudicati dal rimborso anticipato, all'azione revocatoria ordinaria verificata in concreto la sussistenza dei presupposti (art. 2901 c.c.) (13); oppure, nel caso in cui i creditori venissero a conoscenza del fatto che la società fosse in procinto di rimborsare i finanziamenti ai soci,

(5) Cass. Civ. n. 12994/2019, cit.

(6) Relazione al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

(7) L. Mandrioli, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Società*, 2006, 176.

(8) A sostegno di questa tesi, in dottrina M. Maugeri, *Finanziamenti “anomali” dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005, 97; O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, V, Padova, 2007, 109 ss.; F. Tassinari, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in C. Caccavale - F. Magliulo - M. Maltoni - F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, 129; G. Balp, *I finanziamenti dei soci “sostitutivi” del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. Società*, 2007, 365 ss.; M. Campobasso, *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 450; G. Cottino, *Diritto societario*, Padova, 2011, 639; N. Abriani, *Finanziamenti “anomali” dei soci e regole di corretto finanziamento nelle società a responsabilità limitata*, in

*Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenza. Studi in onore di Giuseppe Zanonone*, diretto da P. Benazzo - M. Cera - S. Patriarca, Torino, 2011, 317 ss.; I. Mecatti, *Finanziamenti soci e società sottocapitalizzata al momento della costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, IV, 529.

(9) G. Balp, *I finanziamenti dei soci soggetti a postergazione*, in A.A. Dolmetta - S. Patriarca (a cura di), *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016, 1272 ss.

(10) V. Ciotta, *Aumento del capitale e compensazione del finanziamento del socio*, in *Notariato*, 2019, 641.

(11) V. Salafia, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2005, 1081.

(12) A. Bartalena, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, 397.

(13) Sull'esperibilità della azione revocatoria ordinaria G. Balp, *I finanziamenti dei soci*, cit., 373; M. Campobasso, *Finanziamento del socio*, cit., 450; D. Scano, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l'art. 2467 c.c.*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2003, I, 898.

potrebbero certamente iniziare un'azione preventiva volta a inibire la restituzione delle somme (14); infine potrebbe anche essere esperibile l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, come conseguenza del pregiudizio subito ex art. 2394 c.c. Per quanto riguarda la concezione "processualistica" (15), questa limita l'operatività della postergazione legale esclusivamente in presenza di una esecuzione che vede il concorso di creditori-soci e creditori non soci.

La norma opererebbe, quindi, solo in presenza di un effettivo ed attuale concorso di creditori, che si verifica nell'ambito di una procedura esecutiva (individuale o concorsuale), in cui vengono effettivamente a scontrarsi i vari creditori con interessi omogenei e concorrenti, e dove stabilire se sussistono ordini di priorità (ex art. 2741 c.c.) oppure se tutti hanno il diritto di essere soddisfatti in modo paritetico e proporzionale.

Secondo tale corrente di pensiero, solo in questi termini si potrebbe parlare di "postergazione" e di gradi di priorità tra creditori: questo perché solo se ci fosse una crisi di solvibilità dell'ente debitore si porrebbe un problema dal momento che, al contrario, la società in bonis potrebbe soddisfare i debiti man mano che gli stessi vengono a scadenza e che sono richiesti.

In conclusione, secondo la concezione "processualistica", il credito da rimborso diventa esigibile alla scadenza naturale del prestito e, pertanto, gli amministratori sono tenuti a dar corso all'adempimento (16), con la conseguenza che il pagamento effettuato diviene irripetibile, salvo che non avvenga entro un anno dalla dichiarazione di fallimento della società. Questo significherebbe che la postergazione non è di per sé idonea ad impedire che la società rimborsi il socio finanziatore alla scadenza naturale del relativo credito.

### Applicabilità della postergazione durante societate: ruolo della giurisprudenza

Nella giurisprudenza di merito (17) si era avvertito un analogo contrasto sulla natura processuale o sostanziale della postergazione.

La Cass. Civ., sent. n. 12994/2019 (18), dopo aver preso in considerazione i precedenti giurisprudenziali e aver analizzato le concezioni dottrinali sopra esposte, aderisce *expressis verbis* alla tesi sostanzialistica (non escludendo, ma anzi confermando, che la postergazione operi anche e soprattutto in caso di procedure). In tale decisione la Corte porta a compimento, approfondendoli, alcuni spunti già emersi nella giurisprudenza di legittimità (19), che aveva

(14) A. Postiglione, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci di S.r.l.: dubbi interpretativi e limiti applicativi*, in *Società*, 2007, 936.

(15) A favore di questa tesi, in dottrina G. Lo Cascio, *La postergazione e la restituzione dei rimborsi dei finanziamenti*, in G. Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 77; E. Fazzuti, *Art. 2467 cod. civ.*, in *Commentario Sandulli-Santoro*, Torino, 2003, 50 ss.; G.B. Portale, *I "finanziamenti" dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, 679; M. Irrera, *Sub art. 2467 c.c.*, in G. Cottino (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 1794; G. Terranova, *Sub art. 2467*, in G. Niccolini - A. Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di Capitali, Commentario*, III, Napoli, 2004, 1463 ss.; S. Bonfatti, *Prestiti dei soci, finanziamenti infragruppo e strumenti "ibridi" di capitale*, in *Il rapporto Banca-Impresa nel nuovo diritto societario*, a cura di S. Bonfatti - G. Falcone, atti del convegno di Lanciano 9-10 maggio 2003, Milano, 2004, 311; L. Mandrioli, *La disciplina dei finanziamenti*, cit., 173; D. Vattermoli, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, 128; L. Vittone, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 939; G. Zanarone, *Sub art. 2467*, in *Della società a responsabilità limitata*, I, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2010, 467; M. Innocenti, *Sub art. 2467 cod. civ.*, in AA.VV., *Codice delle Società*, a cura di N. Abriani, Milano, 2016, 1833; A. Piaccu, *Esigibilità dei finanziamenti postergati ex lege e la loro rilevanza ai fini dello stato di insolvenza della società*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 257 ss.

(16) G. Zanarone, *Sub art. 2467*, in *Della società*, cit., 465, per l'autore il corollario di questa tesi è che "gli amministratori, ove richiesti al pagamento durante societate, non potrebbero opporre al socio alcuna eccezione...anche in ragione del fatto che l'eccezione di postergazione potrebbe essere sollevata esclusivamente dai creditori sociali.". Di contrario avviso è invece M. Prestipino, *Finanziamenti dei soci nella S.r.l.: i presupposti di applicazione*

dell'art. 2467 c.c., in *Giur. comm.*, 2012, II, 136, il quale sostiene che non è convincente l'affermazione per cui se gli amministratori si opponessero alla richiesta di rimborso farebbero valere un'eccezione appartenente solo ai creditori sociali, dal momento che "Il rimborso dei finanziamenti dei soci può, infatti, in determinate situazioni, arrecare pregiudizio anche all'integrità del patrimonio sociale, integrità che gli amministratori hanno l'obbligo di tutelare".

(17) Per la tesi processualistica v. Trib. Milano 2 luglio 2013, in *Vita not.*, 2013, 1283 ss.; Trib. Milano 4 giugno 2013, in *Giur. comm.*, 2015, II, 160, ss.; Trib. Milano 24 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2499 ss. Al di fuori della giurisprudenza di merito v. anche Cass. Civ. 4 febbraio 2006, n. 2706, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 171 ss. Per la tesi sostanzialistica v. Trib. Roma 6 febbraio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018; Trib. Torino 18 marzo 2016, in *Società*, 2016, 900 ss.; Trib. Milano 5 febbraio 2014, in *Società*, 2014, 748 ss.; Trib. Milano 15 gennaio 2014, in *Società*, 2014, 619 ss.; Trib. Milano 11 novembre 2010, in *Giur. comm.*, 2012, II, 123 ss.

(18) Cass. Civ. n. 12994/2019, cit.; v. anche le note a sentenza di S. Pepe, *Il rimborso del finanziamento soci ex art. 2467 c.c.: (in) certezza del diritto per una certezza della pena?*, in *Riv. not.*, 2019, 1305 ss., e di G. Romano, *La natura "sostanziale" del regime della postergazione dei finanziamenti soci*, in *IlSocietario.it*, 2019. A tale orientamento della Cassazione si sono allineati Trib. Milano 14 febbraio 2020, n. 1465, in *DeJure*; Trib. Roma 3 aprile 2020, n. 5753, in *DeJure*. In senso critico a detta impostazione M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su compensazione e postergazione*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2019, 69 ss. e 75.

(19) Alcuni *obiter dicta* si rinvencono, inoltre, in Cass. Civ. 17 ottobre 2018, n. 26004 e Cass. Civ. 13 luglio 2012, n. 12003, entrambe in [www.onelegale.wolterskluwer.it](http://www.onelegale.wolterskluwer.it).

evidenziato la natura sostanziale della postergazione legale, incidente direttamente sugli effetti del negozio di finanziamento.

Consegue che l'integrazione delle fattispecie indicate nel comma 2 produce effetti negoziali sul diritto del socio alla restituzione della somma finanziata: il credito restitutorio, sebbene il termine previsto per l'adempimento sia scaduto, non è esigibile. In questa prospettiva, quindi, la postergazione finisce per operare come una condizione legale integrativa del regolamento negoziale circa il rimborso, che statuisce l'inesigibilità del credito in presenza di una delle situazioni previste dall'art. 2467, comma 2, c.c. con un impedimento solo temporaneo alla restituzione della somma mutuata (20).

La Corte di cassazione avalla quindi quanto già impostato dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito maggioritaria, cioè l'obbligo gravante sugli amministratori di opporre la postergazione al socio che richieda in restituzione il finanziamento, ovviamente al ricorrere dei relativi presupposti. Se, infatti, l'art. 2467 c.c. configura un vero e proprio divieto di adempimento che può cessare solo con la fine della situazione di crisi economico-finanziaria che giustifica la postergazione, gli amministratori sono di conseguenza chiamati a compiere una valutazione prospettica dell'evoluzione della situazione finanziaria della società e della sua compatibilità rispetto all'erogazione a favore dei soci. Nel caso, invece, in cui gli amministratori dovessero comunque procedere alla restituzione del finanziamento soggetto alla postergazione, essi assumerebbero una responsabilità di tipo personale verso la società e verso i creditori sociali per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (21).

La società, e per essa l'organo amministrativo, quindi può, anzi deve, rifiutare il rimborso del prestito sino a quando non siano venute meno le predette condizioni. Evento, quest'ultimo, che rende nuovamente

la società tenuta al pagamento al socio di quanto dovutogli in restituzione (22).

### Orientamento recente del legislatore e le modifiche apportate dal Codice della Crisi

Il legislatore non ha mai preso una posizione netta e dirimente sulla natura sostanziale ovvero processuale della postergazione. Ciononostante è innegabile che, con il Codice della Crisi (23), abbia indirettamente accolto la tesi sostanzialistica. Però, per comprenderne le ragioni, bisogna prima esporre le recenti modifiche apportate all'art. 2467 c.c.

L'art. 383 CCII, rubricato "Finanziamento dei soci", statuisce che "All'articolo 2467, primo comma, del codice civile sono soppresse le parole 'e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito'".

La decisione del legislatore non è stata però quella di eliminare tale regola. Infatti, è stata semplicemente spostata all'art. 164 CCII (24), così da avere una maggiore coerenza di disciplina. Al comma 2 di detto articolo si prevede che "Sono privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore" (25). Inoltre, con il terzo comma si è andato ad ovviare il problema del richiamo effettuato dall'art. 2497-*quinquies* c.c. all'art. 2467 c.c., prevedendo che "La disposizione di cui al comma 2 si applica anche al rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti".

L'esito di tale modifica introdotta dal CCII persegue la *ratio* di distinguere la regola della postergazione vera e propria (prevista ancora nella prima parte dell'art. 2467, comma 1, c.c.) da quella della

(20) G. Romano, *La natura "sostanziale"*, cit.

(21) Così, in giurisprudenza, anche Trib. Bari 5 febbraio 2018, in *ISocietario.it*; Trib. Roma 1° giugno 2016, in *Società*, 2017, 41 ss.

(22) G. Romano, *La natura "sostanziale"*, cit.

(23) D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155, in *G.U.*, 14 febbraio 2019, n. 38. Sul tema finanziamento soci e CCII v. M. Palmieri, *I finanziamenti dei soci alla luce del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 1004 ss.

(24) Art. 164 CCII (rubricato "Pagamenti di crediti non scaduti o postergati"): "1. Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o posteriormente, se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è

seguita l'apertura della procedura concorsuale o nei due anni anteriori. 2. Sono privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore. Si applica l'articolo 2467, comma 2, codice civile. 3. La disposizione di cui al comma 2 si applica anche al rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti".

(25) Ulteriore peculiarità dell'art. 164, comma 2, CCII, è quella di fissare il decorso del termine annuale non più dalla data di apertura della procedura di insolvenza, bensì a quella di deposito della domanda cui quella apertura ha fatto seguito.

restituzione del rimborso già avvenuto (prima prevista nella seconda parte dell'art. 2467, comma 1, c.c., ora invece all'art. 164, comma 2, CCII), che di fatto si concretizzava in una sorta di revocatoria fallimentare. In questo modo solo la seconda regola è stata inserita nella disciplina della crisi d'impresa.

Si evidenzia quindi la scelta del legislatore di costruire l'iniziativa della curatela volta al recupero delle somme non più come un'azione di ripetizione dell'indebitato, bensì come una ipotesi speciale di revoca dei pagamenti.

A conferma di ciò vi è anche la diversa formulazione letterale della regola in esame: non si sottolinea più il momento della "restituzione" delle somme, bensì quello della sterilizzazione dei suoi effetti "rispetto ai creditori", secondo il modo di operare proprio della revoca dei pagamenti nell'ambito della quale l'obbligo restitutorio in capo al terzo revocato si presenta come una conseguenza ulteriore e secondaria (26).

La modifica in questione produce quindi il peculiare risultato di separare la regola "sulla postergazione", la quale continua ad essere prevista nel diritto societario riservato alle S.r.l., dalla regola "sulla restituzione", la quale entra a far parte del diritto concorsuale.

Per quanto riguarda la regola della postergazione, non essendo inserita nel Codice della Crisi, sembrerebbe aver assunto in definitiva una forza autonoma e un suo ambito di applicazione anche *durante societate*, comportando uno specifico dovere di condotta degli amministratori, che non possono più rimborsare i crediti postergati da finanziamento soci neanche durante la normale operatività della società, dovendo sempre e comunque eccepire la postergazione, pena la loro personale responsabilità.

Tale dovere di condotta degli amministratori si relaziona inesorabilmente al nuovo art. 2086 c.c., che prevede il dovere dell'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva (e quindi anche dell'organo amministrativo) di adottare un assetto organizzativo economico e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. La necessità di adottare

adeguati assetti serve anche per capire in che condizione si trovi la società e, quindi, se al momento del finanziamento c'era già lo squilibrio che comporta la classificazione del credito come postergato. Inoltre, per una corretta amministrazione, sarebbe auspicabile che al momento di un finanziamento in situazione di squilibrio, gli amministratori facessero segnalare e verbalizzare in assemblea tale particolare situazione e, conseguentemente, dovrebbero rifiutarsi di concederne il rimborso di tale finanziamento anche *durante societate*, se la situazione di crisi non dovesse risultare superata.

Tutto ciò porta alla inevitabile conclusione di estendere la responsabilità agli amministratori, che hanno rimborsato il credito da finanziamento soci postergato, sia quando hanno volutamente ignorato quanto emergeva dall'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, sia nel caso in cui gli assetti adottati ex art. 2086 c.c. non sono stati idonei e adeguati a rilevare tempestivamente la crisi d'impresa e la perdita della continuità aziendale.

Il dovere di condotta degli amministratori, si ricorda, potrebbe anche consistere nell'attivare tempestivamente una procedura di regolazione della crisi ove la prestazione in favore del socio possa minare l'equilibrio patrimoniale o finanziario della società (27).

### Impatto del Covid-19 sulla postergazione

La recente pandemia causata dal virus Covid-19 ha costretto il Governo italiano a dover fronteggiare una crisi senza precedenti e questo, tra i vari interventi di carattere giuridico, economico e sociale, si è occupato anche della disciplina del finanziamento soci. Il D.L. n. 23/2020 (28) (c.d. Decreto Liquidità), all'art. 8, rubricato "Disposizioni temporanee in materia di finanziamenti alle società", prevede che "Ai finanziamenti effettuati a favore delle società dalla data di entrata in vigore del presente decreto e sino alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano gli articoli 2467 e 2497 *quinquies* del codice civile" (29).

(26) M. Maugeri, *Finanziamenti "anomali" dei soci e riorganizzazione dell'impresa nel codice della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2020, 138 ss.

(27) Come sostiene sempre M. Maugeri, *op. cit.*, appare inoltre ragionevole trattare i presupposti dell'art. 2467, comma 2, c.c. come indici rilevanti dello stato di crisi, ai sensi dell'art. 13 CCII. Plausibile è anche ritenere che la regola di postergazione integri una puntuale applicazione ai rapporti finanziari *causa societatis* del generale obbligo degli amministratori di adottare "senza indugio uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale", ex art. 2086, comma 2, c.c.

(28) D.L. 8 aprile 2020, n. 23, Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40 (in *G.U.*, 6 giugno 2020, n. 143).

(29) Per un'analisi critica in ordine alle modalità di attuazione di questa regola v. V. Sangiovanni, *I finanziamenti dei soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *www.ilsocietario.it*, Focus del 24 aprile 2020.

Questo perché tale normativa codicistica sul finanziamento soci ha come *ratio* quella di sanzionare indirettamente il fenomeno della cosiddetta sottocapitalizzazione, ma nell'attuale situazione emergenziale la perdurante applicazione di questa normativa costituirebbe un evidente disincentivo al coinvolgimento dei soci nella raccolta di risorse finanziarie utili alla continuità aziendale. L'obiettivo dell'art. 8, D.L. n. 23/2020 è invece, al contrario, quello di favorire l'afflusso di risorse, anche mediante un maggior coinvolgimento dei soci (30).

Il legislatore avrebbe potuto incentivare maggiormente i soci a finanziare le loro società per sostenere l'attività d'impresa. Ad esempio non solo limitandosi a sospendere gli effetti della postergazione *ex lege* per i finanziamenti erogati nel periodo dal 9 aprile al 31 dicembre 2020, ma prevedendo una prededuzione di tali crediti simile a quella prevista all'art. 182-*quater*, comma 3, l.fall. Infatti, tale norma prevede una prededuzione all'80% (31) (o anche al 100% nel caso in cui il finanziatore acquisti la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti) per i crediti derivanti da finanziamenti soci (rispettati alcuni passaggi procedurali) in qualsiasi forma effettuati, e concessi a società in concordato preventivo o che abbiano fatto domanda per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (32). Questo significa che l'art. 182-*quater* l.fall. è stato pensato per fronteggiare la situazione di crisi e per sostenere l'imprenditore. Allo stesso modo il legislatore avrebbe potuto estendere una normativa analoga alle situazioni di crisi che inevitabilmente sono conseguenza dell'emergenza Covid-19.

In ogni caso, limitandosi a quanto previsto dal legislatore, la disattivazione della postergazione per i crediti effettuati nel periodo in questione manterrà la propria efficacia anche per gli anni successivi, potendo i finanziamenti dei soci essere restituiti

senza che l'organo amministrativo sia vincolato alle regole della postergazione. Questo significa che anche il concetto di applicabilità della postergazione *durante societate* previsto dalla ormai prevalente tesi sostanzialistica subisce una sospensione, ma ciò è pur sempre legato alla disapplicazione *in toto* dell'art. 2467 c.c. ai finanziamenti erogati nel periodo interessato, dove l'accertamento dei presupposti dell'eccessivo squilibrio e della ragionevolezza del conferimento non sono di facile individuazione.

Il legislatore emergenziale con l'art. 26, D.L. n. 34/2020 (c.d. Decreto Rilancio) ha altresì agevolato gli aumenti di capitale delle S.p.a., S.r.l. e cooperative a determinate condizioni (riduzione complessiva dei ricavi, periodo temporale, fatturato, ecc.) ai fini del rafforzamento patrimoniale concedendo un *bonus* sotto forma di *tax credit* a favore delle conferitarie fino al 50% delle perdite eccedenti il 10% del patrimonio netto, calcolato al lordo delle perdite (a seguito dell'approvazione del bilancio per l'esercizio 2020) fino alla concorrenza del 30% dell'aumento di capitale e comunque nei limiti previsti dal Quadro Temporaneo sugli aiuti di Stato (800.000 euro, ovvero 120.000 euro per le imprese operanti nel settore della pesca e dell'acquacoltura o 100.000 euro per le imprese operanti nel settore della produzione primaria di prodotti agricoli).

L'equiparazione tra aumento di capitale con versamento nelle casse sociali e compensazione dei crediti finanziari vantati dal socio è un percorso valutato positivamente dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Tuttavia non è ben chiaro se ai fini dell'agevolazione in questione, l'aumento di capitale effettuato per il tramite della rinuncia ai finanziamenti soci, possa essere equiparato al "conferimento in denaro" richiesto dall'art. 26, comma 4, D.L. n. 34/2020 per poter beneficiare del *tax credit* del 50%.

Nel silenzio del legislatore, al fine di poter beneficiare del *tax credit* relativo al rafforzamento patrimoniale di

(30) M. Ventrone, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Le Società*, 2020, 525 ss.; A. Busani, *Disattivato l'obbligo di provvedere alle perdite*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 aprile 2020, 24. Inoltre, la crisi provoca nelle imprese una patologica perdita di capitale che non riflette le effettive capacità e potenzialità delle stesse. Pertanto è stata anche prevista all'art. 6, D.L. n. 23/2020 la sterilizzazione delle norme del Codice Civile, di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. (per le S.p.a.), e 2482-*bis* e 2482-*terc*.c. (per le S.r.l.), che ha come obiettivo quello di evitare che la perdita del capitale, dovuta alla crisi in atto, ponga gli amministratori di un vasto numero di imprese nell'alternativa tra l'immediata messa in liquidazione delle società (in mancanza di apporti dei soci a copertura di perdite) e il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa delle società da essi gestite (ai sensi dell'art. 2486 c.c.). In sostanza, si è inteso disattivare l'obbligo dell'adozione di misure

che inevitabilmente produrrebbero l'abnorme risultato di provocare l'interruzione della continuità aziendale di imprese che, senza la contingenza in corso, sarebbero pienamente performanti con termine *ad quem* fissato al 31 dicembre 2020. L'art. 1, comma 266, L. n. 178/2020 (legge di Bilancio 2021), ha poi sospeso la regola del capitale (artt. 2446, 2482-*bis* e 2447, 2482-*terc*.c.) per le perdite maturate nel 2020 fino alla chiusura dell'esercizio 2025.

(31) F. Brizzi, *Il diritto societario della crisi alla prova dell'emergenza Covid-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 877 ss. Comunque il finanziamento erogato per il restante 20% se effettuato nel periodo dal 9 aprile al 31 dicembre 2020 non sarà comunque da considerarsi postergato.

(32) V. A. Guiotto, *La temporanea sospensione del giudizio sulla continuità aziendale nel bilancio d'esercizio*, in questa *Rivista*, 5, 2020, 603 ss.

cui al D.L. n. 34/2020, sarebbe opportuno in via prudenziale passare preventivamente dal rimborso di detti finanziamenti ai soci che poi, a seguito della sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale, potrebbero riversarli quale conferimento in denaro alla Società ottenendo il medesimo risultato finalizzato all'ottenimento del *bonus*.

Una chiosa finale: sia nel diritto societario della crisi d'impresa (33) (artt. 182-*quater* e 182-*sexies* l.fall.) che nel diritto societario emergenziale Covid-19 si rileva una sospensione della regola della postergazione e di quella del capitale (per le perdite maturate nel 2020, addirittura per 5 anni fino 2025 (34)). Quello che era vietato, viene invece rivalutato nell'ambito di una crisi regolamentata (concordato

preventivo e accordi di ristrutturazione) o per gli interventi agevolativi contenuti nel diritto societario emergenziale, con la trasformazione del postergato in prededucibile, con i vantaggi del *tax credit* sopra precisati e con un "salvagente" che sospende la regola del capitale, consentendo la continuità aziendale ed escludendo l'applicazione della causa di scioglimento *ex art. 2484*, comma 1, n. 4, c.c.

Per cui la qualificazione giuridica del finanziamento in presenza delle citate situazioni di crisi, viene mutata proprio da un'azione legislativa, ma sempre con riferimento al criterio temporale dell'erogazione del finanziamento, a riprova della rilevanza del *tempus* sottolineata dall'Ordinanza in commento.

(33) Così come definito da U. Tombari, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Riv. Società*, 2013, 1138 ss.

(34) V. nt. 30.