

IL PROBLEMA DELLA SOTTOCAPITALIZZAZIONE NELLE S.R.L.

ANDREA PENTA

1. Rappresenta principio generale del diritto societario quello per cui i soci non sono obbligati ad effettuare conferimenti ulteriori rispetto a quelli iniziali.

L'ordinamento giuridico è, di regola, indifferente rispetto alle scelte di finanziamento, limitandosi a prescrivere l'esistenza di un capitale sociale minimo al momento della costituzione della società e durante la sua vita (nel caso delle s.r.l. il limite minimo è rappresentato dall'importo di euro 10.000,00). Non sussiste una disposizione che obbliga le società ad avere un capitale sociale adeguato, congruo al conseguimento dell'oggetto sociale intrapreso. Ciò, però, non esclude che gli stessi possano spontaneamente effettuare dei versamenti ulteriori (cc.dd. prestiti o apporti). In particolare, è prassi diffusa, soprattutto nelle società a ristretta compagine sociale, che i soci apportino mezzi finanziari, al di fuori di un procedimento formale di aumento del capitale sociale, al fine di favorire il perseguimento dell'oggetto sociale consentendo, tra l'altro, ad una società sottocapitalizzata di continuare ad operare. Le alternative in tal senso percorribili sono i finanziamenti, fruttiferi o infruttiferi, ed i versamenti in conto capitale.

Mentre i conferimenti tecnici iniziali vengono imputati a capitale, i versamenti non sono finalizzati all'acquisto di una quota di partecipazione al capitale sociale.

Riguardo alla disciplina degli apporti dei soci, la nuova regola dell'art. 2467 c.c. affronta un tema da tempo noto sul piano comparatistico, ma che nel nostro sistema non aveva fin qui trovato un esplicito inquadramento legislativo: il tema cioè dei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società che formalmente si presentano come capitali di credito, ma nella sostanza economica costituiscono parte del capitale proprio.

La soluzione è stata quella (sostanzialmente già affermata in giurisprudenza) di una postergazione dei relativi crediti rispetto a quelli degli altri creditori.

L'art. 2467 c.c. intende frustrare l'eventuale intento elusivo di coloro che celano sotto forma di crediti apporti di capitale di rischio.

Gli artt. 2467e 2497 *quinquies* presuppongono che la fattispecie concreta riguardi “prestiti”, atteso che, per postergare il rimborso di “versamenti in conto capitale”, non vi sarebbe stato alcun bisogno di una specifica disciplina, essendo la postergazione conseguenza necessaria della natura del versamento stesso. Pertanto, la postergazione dei finanziamenti effettuati dai soci non vuole generalmente corrispondere all'assimilazione di questi ultimi al capitale di rischio.

In proposito, il problema più difficile è quello di individuare criteri idonei a distinguere tale forma di apporto rispetto ai rapporti finanziari tra soci e società che non meritano di essere distinti da quelli con un qualsiasi terzo. La soluzione indicata dal 2° co., non potendosi in via generale individuare parametri quantitativi, è quella di adottare (al fine di ricercare se la causa del finanziamento è da individuare nel rapporto sociale, anziché in un generico rapporto di credito) un criterio di ragionevolezza, con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe appunto ragionevole aspettarsi (cfr. Relazione ministeriale).

All'esito della riforma del diritto societario, in tema di SpA, l'**art. 2427** (intitolato “Contenuto della nota integrativa”), al **n.19-bis** stabilisce che la nota integrativa deve indicare i finanziamenti effettuati dai soci alla società, ripartiti per scadenze e con la separata indicazione di quelli con *clausola* di postergazione rispetto agli altri crediti. La formulazione normativa lascia intendere che, a tal fine, occorra una pattuizione espressa, non essendo previsto in via generalizzata (come, invece, avviene per le s.r.l.) l'obbligo di postergare i crediti dei soci rispetto a quelli vantati dai terzi. Nell'ambito della frattura interpretativa che si sta delineando in dottrina in ordine alla possibilità di estendere la norma alle società per azioni, vi è chi sostiene che la stessa ha una valenza trasversale esprimendo un principio generale dell'ordinamento statutario.

In sostanza, il nuovo art. 2467 prevede che il rimborso dei debiti ai soci, per finanziamenti da questi erogati in particolari condizioni economico-finanziarie, debba essere postergato rispetto agli altri diritti vantati dai creditori estranei alla compagine societaria.

La postergazione dei crediti finanziari vantati dai soci consente di rafforzare la tutela dei creditori, scoraggiando altresì il fenomeno della sottocapitalizzazione societaria, il cui *genus* va suddiviso nelle *species* della sottocapitalizzazione nominale (la società è dotata di dei mezzi necessari al

suo esercizio, ma questo si realizza non attraverso l'apporto di mezzi propri - capitale proprio, di rischio; che, anzi, è apportato in misura del tutto inadeguata -, ma con la concessione di prestiti - capitale di credito - da parte dei soci) e della sottocapitalizzazione materiale (quando il fabbisogno finanziario di una società, dotata di un capitale del tutto sproporzionato rispetto all'oggetto sociale, non è coperto nemmeno con prestiti dei soci o di terzi).

Il legislatore ha inteso evitare che con finanziamenti formalmente diversi dai conferimenti il socio possa sottrarsi al proprio tipico rischio. Ciò rende meno vantaggioso per i soci il ricorso alle forme di finanziamento alternative al conferimento di capitale proprio, poiché disconosce il diritto ad esigere il rimborso con lo stesso grado di prelazione attribuito alle altre categorie di creditori.

2. In termini generali è possibile operare una *summa divisio* tra :

a) i versamenti effettuati a titolo di capitale di rischio (“conferimenti atipici di capitale”), i quali sono permanentemente vincolati alle sorti della società (in quanto destinati a sostenere durevolmente l'attività imprenditoriale) e rimborsabili generalmente solo in sede di scioglimento – liquidazione - della società stessa (cioè solo dopo aver preventivamente soddisfatto tutti i creditori sociali);

b) i versamenti effettuati dai soci a titolo di capitale di credito (“finanziamenti”; di regola finalizzati a sopperire al fabbisogno momentaneo della società), i quali sono liberamente rimborsabili nei tempi e secondo le modalità concordate tra le parti (con rimborso prioritario rispetto al capitale di rischio).

In base al **documento n. 28** (Patrimonio Netto) **dei principi contabili nazionali**, le tipologie di versamenti possono distinguersi in versamenti a titolo di finanziamento (1); versamenti a fondo perduto (2); versamenti in conto futuro aumento di capitale (3); versamenti in conto aumento di capitale (4).

In estrema sintesi, le caratteristiche di ciascun versamento sono le seguenti:

1) Trattasi di veri e propri prestiti (art. 1813 c.c.), autonomamente erogati dai soci, a fronte dei quali sorge un obbligo di rimborso ad una data scadenza generalmente prestabilita. Non incide sulla natura di tali versamenti la pattuizione o meno di interessi da corrispondere ai soci, né è necessaria la

partecipazione di tutti i soci in misura proporzionale alla quota di capitale sociale detenuta.

In bilancio vanno iscritti nel passivo dello stato patrimoniale sotto la voce “debiti verso soci per finanziamenti”.

In dottrina si distingue tra i finanziamenti di capitale di credito effettuati da soggetti estranei all’azienda (nel qual caso la remunerazione è certa, sotto forma di interesse – tasso di interesse concordato tra le parti – per la durata del contratto, che si aggiunge alla restituzione del finanziamento a scadenza) ed i versamenti a titolo di finanziamento effettuati da uno o più soci (in relazione ai quali non è richiesta la partecipazione di tutti i soci, non sussiste alcun vincolo di partecipazione con riferimento alla quota di capitale sociale detenuta ed è possibile non prevedere interessi sul capitale; unico obbligo esistente è quello del rimborso del capitale, per cui generalmente si stabiliscono scadenze prefissate).

La conversione del debito di finanziamento in capitale di rischio (che può essere destinato ad aumentare gratuitamente il capitale sociale – di tale aumento beneficerebbero tutti i soci in proporzione alle quote di partecipazione detenute all’interno della società, compresi quelli che non hanno effettuato il versamento - o a coprire le perdite) è possibile solo previa rinuncia di ciascun socio al diritto di restituzione (remissione di debito ex art. 1236 c.c.). La procedura richiede che, per la copertura delle perdite, venga esplicitamente espressa la volontà dei soci alla conversione con delibera in sede di assemblea ordinaria, mentre occorre l’assemblea straordinaria per gli aumenti di capitale sociale.

2) Non sussiste alcun obbligo di rimborso, se non al momento della liquidazione della società. Entrano, una volta effettuati, nella piena disponibilità (*recte*, proprietà) di quest’ultima.

Nel bilancio vanno collocati nel passivo dello stato patrimoniale nel patrimonio netto sotto la voce “Altre riserve – facoltative -”.

Tali apporti danno luogo alla costituzione di riserve disponibili utilizzabili per la copertura di perdite o per un aumento gratuito di capitale. In caso di distribuzione di tali riserve, ciò avverrà in proporzione alla partecipazione al capitale sociale di ciascun socio. Per trasferirli a capitale (vincolo di destinazione), la società deve deliberare un aumento gratuito del capitale di cui beneficranno tutti i soci (compresi quelli che non hanno effettuato versamenti o li hanno effettuati in misura minore).

Sono caratterizzati da quattro elementi: volontarietà da parte dei soci; infruttuosità; assenza di vincoli inerenti la proporzione delle quote; assenza di obbligo di rimborso.

Non devono, pertanto, rispettare necessariamente il vincolo della proporzionalità rispetto alla partecipazione al capitale sociale e generalmente sono il frutto di autonome iniziative dei singoli soci.

La loro eventuale restituzione (al momento della liquidazione della società) avverrà in misura proporzionale al capitale sociale detenuto da ciascun socio ed indipendentemente, quindi, dall'ammontare dei contributi effettivamente erogati da ciascuno di essi.

Le erogazioni concesse dai soci per coprire le perdite (in corso di formazione o già rilevate negli esercizi precedenti) vengono denominate “riserve in conto capitale” o “riserve per copertura perdite” e solo occasionalmente vengono iscritte nello stato patrimoniale; di solito, infatti, sono immediatamente compensate con le perdite accertate a fine esercizio.

3 + 4) Si riferiscono ad erogazioni destinate ad un successivo aumento del capitale sociale. La distinzione è connessa alla presenza o meno della delibera assembleare di aumento del capitale.

I primi (versamenti in conto futuro aumento di capitale) configurano conferimenti risolutivamente condizionati alla mancata successiva delibera assembleare di aumento del capitale nominale della società; è possibile (ed, anzi, doverosa), quindi, la restituzione se poi tale deliberazione non sia intervenuta entro il termine stabilito dalle parti o fissato dal giudice (ex art.1183 c.c.). Il giudice adito in tal caso fisserà un termine per la tenuta di un'assemblea che sarà comunque libera di aumentare o meno il capitale sociale. Peraltro, i soci che hanno effettuato tale tipo di versamento non avranno diritto al rimborso sino a quando non sia stato accertato che non si procederà all'operazione sul capitale sociale o, nel caso in cui per essa sia previsto un termine, fino a quando quest'ultimo non sarà decorso.

I versamenti in conto futuro aumento del capitale rappresentano dei fondi vincolati ad uno specifico scopo (il futuro, eventuale aumento di capitale che i soci hanno previsto o si sono addirittura accordati di deliberare, talvolta entro un termine stabilito) perfezionabile solo con la successiva approvazione dell'assemblea straordinaria. Di conseguenza, entrambi tali versamenti non si collocano tra le riserve disponibili, a differenza dei versamenti a fondo perduto.

Ovviamente, l'aumento di capitale poi deliberato va attribuito ai soli soci che effettuarono tali versamenti ed in proporzione degli stessi e non a tutti i soci, come avverrebbe se l'aumento di capitale fosse gratuito.

Non possono essere utilizzati dalla società per coprire eventuali perdite, a meno che non risulti una diversa volontà dei soci o del socio che li hanno effettuati.

La mancata adozione della delibera di aumento del capitale (o la sua mancata iscrizione nel registro delle imprese) comporta la nascita in capo alla società di un obbligo di restituzione dell'apporto patrimoniale ricevuto, fermo restando che i soci che effettuano tale versamento non possono pretenderne la restituzione fino a quando non viene accertato che non si procederà più all'operazione sul capitale.

I versamenti in conto aumento capitale corrispondono ad erogazioni, contestuali alla delibera dell'assemblea straordinaria di aumento del capitale, per aumenti a pagamento del capitale sociale la cui delibera assembleare, seppure già sia stata approvata, non risulta ancora iscritta nel registro delle imprese (ex art.2444 c.c.).

Anche in questo caso si tratta di fondi patrimoniali indisponibili (in attesa di 'conversione' in capitale sociale, che avverrà una volta perfezionata l'intera operazione), vincolati ad uno specifico scopo, la cui eventuale restituzione è possibile solo in caso di mancato perfezionamento della procedura di aumento del capitale sociale.

In bilancio vanno riportati fra le "Altre riserve" del patrimonio netto. Per i versamenti in conto futuro aumento, secondo alcuni, sarebbe preferibile creare un apposito fondo per rischi ed oneri.

Dall'esame delle varie tipologie emerge come non sia indifferente la qualificazione di un apporto come finanziamento, versamento a fondo perduto o in conto aumento capitale, per quanto attiene l'applicazione dell'art. 2467 c.c. , per l'iscrizione delle poste in bilancio, per il rimborso ai soci e per l'individuazione corretta dei dividendi distribuibili a tutti i soci, nonché per la copertura delle perdite.

3. Spesso nella pratica si è al cospetto di fattispecie di dubbia classificazione, soprattutto quando i soci effettuano i versamenti a favore della società, senza esplicitarne la causa sottostante.

In termini generali, i versamenti operati dai soci in conto capitale (o con altra analoga dizione indicati), pur non incrementando immediatamente il capitale sociale, e pur non attribuendo alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale (onde non occorre che siano conseguenti ad una specifica deliberazione assembleare di aumento dello stesso), hanno tuttavia una causa che, di norma, è diversa da quella del mutuo ed è assimilabile a quella del capitale di rischio. Essi, pertanto, non danno luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società, e possono essere chiesti dai soci in restituzione solo per effetto dello scioglimento della società, e nei limiti

dell'eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione. Ciò non esclude, tuttavia, che tra la società ed i soci possa viceversa essere convenuta l'erogazione di capitale di credito, anziché di rischio, e che i soci possano effettuare versamenti in favore della società a titolo di mutuo (con o senza interessi), riservandosi in tal modo il diritto alla restituzione anche durante la vita della società.

Alla stregua della precedente giurisprudenza, esisteva una presunzione semplice favorevole alla configurabilità dei versamenti quali conferimenti atipici di capitale di rischio (cfr., *infra alios*, Cass. n. 6315/80). Di contrario avviso era la dottrina.

In base alla giurisprudenza più recente, l'interprete deve tener conto, caso per caso, sia delle circostanze in cui sono stati effettuati i versamenti, sia dell'eventuale fine perseguito attraverso l'operazione oggetto del contenzioso (secondo Cass. n. 2314/96, ad esempio, non è sufficiente la mera denominazione - qualificazione nominale - adoperata nelle scritture contabili della società). Occorre, in definitiva, accertare quale sia stata la reale intenzione – volontà negoziale – delle parti (società e soci) tra le quali il rapporto si è instaurato.

Talvolta viene deliberatamente utilizzata una terminologia equivoca, al fine dapprima di iscrivere il versamento tra le riserve e consentire alla società di esibire un patrimonio netto più elevato, per poi pretendere la restituzione (ad es., nel caso di insolvenza della società), riqualificandolo come finanziamento.

La Suprema Corte (Cass. n. 12539/98) ha, peraltro, precisato che “ *se, tuttavia, manca una chiara manifestazione di volontà, la chiave di lettura della qualificazione non può che essere ricercata nella terminologia adottata dal bilancio*” approvato dall'assemblea ordinaria (Cass. 9471/00 condivide la prevalenza accordata al dato letterale emergente dalla classificazione contabile, ma solo ove esso sia esente da lacune o ambiguità). L'approvazione del bilancio può, invero, rappresentare un comportamento del socio posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362° co. 2, c.c.). Ovviamente trattasi di una presunzione relativa, come tale suscettibile di prova contraria (Cass. n. 12539/98). Stabilire se, in concreto, un determinato versamento tragga origine da un mutuo, o se invece sia stato effettuato quale apporto del socio al patrimonio dell'impresa collettiva, è questione di interpretazione della volontà delle parti, riservata al giudice di merito (Cass. civ. 31 marzo 2006, n. 7692, in Giust. civ. Mass. 2006, 3).

In mancanza di una espressa dichiarazione di volontà, o in presenza di una manifestazione di volontà ambigua, spetterà al socio che richieda la

restituzione di quanto versato l'onere di provare che l'erogazione sia stata effettuata non quale apporto di capitale proprio, ma a titolo di finanziamento (Cass. n.7427/2002). Se la società si rifiuta di restituire un presunto finanziamento effettuato da un socio, quest'ultimo è cioè tenuto a dare la prova, oltre che dell'avvenuta consegna del denaro, anche che questa è stata effettuata per un titolo che ne comporti l'obbligo alla restituzione.

Secondo un orientamento rigoroso, la mancata indicazione di un termine di scadenza per il rimborso rappresenta, in concomitanza di altri eventuali indizi, un fondato motivo per disconoscere il diritto al rimborso rivendicato dal socio.

Indizi contrari alla configurabilità di finanziamenti sono: l'assenza di un predeterminato termine preciso di restituzione ai soci (tuttavia, a tal riguardo, non può dimenticarsi che, ai sensi del primo comma dell'art. 1817, cod. civ., se non è fissato un termine per la restituzione, questo è stabilito dal giudice, avuto riguardo alle circostanze); la proporzionalità rispetto alle quote sociali (tuttavia va rilevato che i versamenti possono anche non essere proporzionali alle quote di capitale o essere effettuati solo da alcuni soci); la mancata previsione della corresponsione di interessi (ma, in senso contrario, vedasi l'art. 1815, co.1, c.c. che prevede la possibilità di una diversa volontà delle parti, contemplando di fatto anche il mutuo gratuito; anche se, tecnicamente, la produttività o meno di interessi è una caratteristica del mutuo, laddove il conferimento - in conto capitale -, semmai, produrrà utili).

Parte della giurisprudenza di merito (Trib. Roma 21.05.01) individua quali elementi di valutazione la circostanza che la società è sottocapitalizzata (o comunque carente di mezzi propri), per cui l'attività d'impresa non potrebbe essere utilmente proseguita se i soci chiedessero il rimborso del finanziamento; la mancanza di previsione di una remunerazione; la mancanza di fissazione di un termine per la restituzione; il difetto di prestazione di garanzie; la spontaneità e proporzionalità, quando si tratta di società a ristretta base azionaria (di contro, va evidenziato che i versamenti possono anche non essere proporzionali alle quote di capitale o essere effettuati solo da alcuni soci). Non manca chi (Trib. Milano 05.12.1988) identifica un sintomo dei finanziamenti nella destinazione delle somme al finanziamento della gestione corrente dell'impresa (trattandosi di previsione antitetica rispetto a quella del capitale di rischio)

Gli atti da cui dedurre la manifestazione della effettiva volontà dei soci sono la delibera assembleare, le dichiarazioni rese in sede di delibera dai soci, un eventuale atto di natura parasociale che vincoli tutti i soci (o solo una parte di essi), rispetto al quale la società è terza beneficiaria, la spiegazione

della relativa voce operata dall'organo amministrativo nella nota integrativa o nella relazione sulla gestione.

4. Finora ai soci era concesso di effettuare versamenti destinati a sopperire alle necessità dell'azienda di capitale di rischio, mantenendo però la sicurezza del rimborso del capitale poiché figuranti come finanziamenti di credito. Si era così formata una prassi lesiva della *par condicio creditorum* e dannosa, in quanto permetteva di mantenere una pericolosa sottocapitalizzazione dell'impresa. Invero, si era in presenza di finanziamenti effettuati dai soci a favore della società che formalmente si presentavano come capitale di credito (finanziamenti), ma nella sostanza economica costituivano parte del capitale proprio – di rischio.

L'art. 2476, primo comma, c.c. prevede che il rimborso dei debiti ai soci, per i finanziamenti erogati in particolari situazioni, debba essere postergato rispetto agli altri diritti vantati da creditori estranei alla compagine societaria e sancisce il principio della revocabilità assoluta di qualsiasi rimborso effettuato a favore dei soci nell'anno precedente alla data di fallimento, introducendo di fatto una presunzione assoluta di revocabilità (la quale, come tale, non ammette la prova contraria, da parte del socio, della mancata esistenza dello stato d'insolvenza della società, dell'ignoranza di tale stato e, in genere, dell'assenza di un intento fraudolento; una sorta di revocatoria fallimentare *ex lege*). Per l'effetto, il curatore fallimentare, provando semplicemente l'intervenuto pagamento a favore del socio, la condizione temporale dell'effettuazione del rimborso nell'anno precedente la sentenza dichiarativa di fallimento e, secondo alcuni, l'esistenza delle condizioni indicate nel secondo comma dell'art.2467 c.c. (al fine di far configurare il credito rimborsato come nato da un finanziamento sospetto), ha titolo ad ottenere, anche coattivamente, la restituzione delle somme oggetto di rimborso. Il socio finanziatore, a sua volta, avrà poi diritto ad insinuare il proprio credito al passivo fallimentare, ma con collocazione postergata rispetto a tutti gli altri creditori ammessi.

L'art.2497 *quinquies*, nell'ambito dei gruppi di società, disciplina i finanziamenti effettuati a favore della società (anche diversa dalla s.r.l.) da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altre società facenti parti del medesimo gruppo. Questa previsione ripropone i dubbi, già esposti *antea*, in ordine alla estensibilità della disposizione in esame anche ai finanziamenti concessi dai soci di una s.p.a., pur al di fuori del fenomeno dei gruppi.

Il rimborso dei prestiti erogati dai soci non rappresenta di per sè un illecito, ma è considerata un'operazione sospetta.

La *ratio* della previsione è all'evidenza quella di contrastare il fenomeno della sottocapitalizzazione nominale - che riguarda principalmente le società di capitale di piccole e medie dimensioni -, riducendo gli elementi di convenienza propri dei versamenti aventi causa di mutuo.

Talvolta i soci effettuano versamenti destinati apparentemente ad operazioni di futuro aumento del capitale sociale con l'intento di mascherare (*recte*, dissimulare) la reale causa della contribuzione, che è quella del finanziamento a credito. In siffatta evenienza, invero, qualora poi non si proceda all'aumento di capitale preventivato, la società dovrebbe restituire tali contributi ai soci.

I finanziamenti dei soci, restando comunque tali (e, quindi, dovendo essere esposti in bilancio tra le passività reali), vanno sempre iscritti in bilancio nelle passività reali, pur essendo ad essi applicabile una differente disciplina giuridica relativamente al rimborso, a seconda che al momento della loro concessione ricorressero o meno le condizioni indicate dall'art. 2467 c.c.. Nell'intenzione del legislatore la postergazione (da riferirsi non solo ai creditori sociali garantiti, ma anche a quelli chirografari) dovrebbe rendere meno conveniente per il socio il ricorso a prestiti, incentivando veri e propri aumenti di capitale.

Anche se il legislatore presuppone, ai fini del rimborso del finanziamento al socio, che gli altri creditori siano stati "soddisfatti", in realtà anche in alcuni casi di estinzione di crediti senza soddisfazione tale requisito deve ritenersi realizzato, in quanto la società debitrice viene liberata dagli obblighi assunti e, pertanto, non deve più alcunchè al creditore non postergato (si pensi ai casi di remissione del debito o di sopravvenuta impossibilità della prestazione). D'altra parte, deve essere esclusa altresì la possibilità per i creditori postergati di compensare i loro crediti con eventuali debiti maturati nei confronti della società, pena l'aggiramento del divieto normativo.

L'ambito di applicazione della norma è rappresentato dal finanziamento da parte dei soci in qualsiasi forma effettuato (e, quindi, a titolo sia oneroso che gratuito, in denaro o in natura), nell'ipotesi in cui sia rimborsato (anche solo parzialmente) prima della dichiarazione di fallimento dei soci ed allorquando al momento del fallimento vi era un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto ovvero una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole, semmai, un conferimento (piuttosto che un finanziamento rimborsabile).

Pertanto si deve essere al cospetto di finanziamenti straordinari effettuati in condizioni patologiche, laddove quelli ordinari contratti in condizioni finanziarie fisiologiche hanno lo scopo, di per sé non censurabile, di evitare che la società ricorra all'indebitamento presso terzi (in particolare, a quello bancario) o che debba mutare la compagine societaria con l'ingresso di terze persone.

L'espressione “*in qualsiasi forma effettuati*” (cc.dd. finanziamenti sostitutivi indiretti) mira, a ben vedere, a ricomprendere sia i prestiti effettuati direttamente dal socio (mediante dazione di denaro) sia i finanziamenti erogati da soggetti estranei alla società i quali, a fronte del loro impegno finanziario, ricevono, di regola, garanzie (fideiussioni personali, pegni, ecc.) da parte dei soci (secondo alcuni, rientrerebbe in questo ambito anche il finanziamento erogato alla s.r.l. da altra società controllata – cd. “parte correlata” del socio - da un socio della stessa s.r.l., pur in mancanza di garanzie prestate dal socio). Trattasi di finanziamento indiretto dei soci in quanto, in caso di insolvenza della società, i terzi finanziatori potranno soddisfarsi direttamente sui soci, avvalendosi delle garanzie precedentemente ottenute. Gli stessi soci, una volta soddisfatte le istanze creditorie di cui si sono fatti garanti, subentreranno nella medesima posizione dei finanziatori garantiti e potranno rivendicare, a titolo di regresso, la restituzione del loro “apporto indiretto”, incorrendo nei limiti di cui all'art.2467 c.c.. Ovviamente, di regola, si incontreranno maggiori difficoltà in ordine alla prova dell'effettiva natura di finanziamento indiretto del socio di quello che, *prima facie*, apparirà come un mero finanziamento erogato da parte di un soggetto terzo. Dubbi sussistono in ordine alla sussumibilità nell'ambito della previsione in oggetto di forme indirette di finanziamento utilizzate spesso per garantire liquidità alla società, quali la concessione di marchi o brevetti ed i contratti di *leasing* finanziario.

Alla stregua della lettera della norma (concepita per operare in contesti quali quelli di una procedura concorsuale – ivi compresa la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e, secondo alcuni, l'esecuzione individuale - che agisce in revocatoria), i rimborsi effettuati in un periodo antecedente il termine annuale non sono più ripetibili (cioè, trascorso l'anno, la restituzione resta ferma anche in presenza di fallimento della società), anche in presenza di tangibili manifestazioni del dissesto della società. Per i rimborsi effettuati oltre tale termine (palese è la discrasia rispetto al termine di sei mesi del periodo sospetto ora previsto dall'art.67, co.2, l.f.), ma entro i due anni anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento, troverà, tuttavia, probabilmente applicazione l'art.65 l.f., in quanto comunque si sarebbe al

cospetto di un pagamento anormale eseguito in via anticipata rispetto alla naturale scadenza del debito. Inoltre sembra che i creditori non possano far valere la postergazione (al fine di conseguire la restituzione delle somme) se non dopo la dichiarazione di fallimento della società (o, secondo alcuni, la sua messa in liquidazione volontaria) e, quindi, che sia a loro precluso farlo quando la società è ancora operativa. A tal punto che, qualora la s.r.l. tornasse *in bonis*, gli amministratori potrebbero procedere alla restituzione dei finanziamenti. Questa interpretazione dovrebbe indurre i creditori a voler anticipare il fallimento (o la liquidazione) della società, onde evitare che gli eventuali rimborsi già effettuati a favore dei soci si consolidino per decorrenza del termine annuale.

Senza dubbio il finanziamento preso in considerazione dalla norma deve essere effettuato da chi è già socio al momento dell'esecuzione dell'apporto, con la conseguenza che non rileva l'assunzione di tale qualità in un momento successivo (ivi compreso quello della restituzione del finanziamento). E', peraltro, configurabile una interposizione fittizia nel caso in cui si dimostri che, in realtà, il socio continuava ad avere la disponibilità del denaro versato (o del bene trasferito) alla società.

Rappresenta una questione dubbia se i versamenti in oggetto debbano essere postergati ai soli debiti esistenti al momento del finanziamento (nell'ottica che i creditori sorti successivamente avrebbero la possibilità di conoscere l'entità dei debiti finanziari contratti dalla società e di valutare i rischi connessi) o a tutti i debiti esistenti al momento del rimborso o, almeno, al momento in cui il credito dei soci finanziatori diventi esigibile (tenuto conto che l'art. 2467 non distingue tra debiti sorti prima o dopo il finanziamento).

Il finanziamento resta liberamente rimborsabile (non è possibile, infatti, una equiparazione *tout court* al capitale di rischio), a meno che la situazione (*rectius*, capacità patrimoniale; salvo valutare se siffatta valutazione debba basarsi sul valore contabile o reale degli elementi dell'attivo patrimoniale) della società sia tale da non garantire il soddisfacimento integrale degli altri creditori sociali (*recte*, di coloro che risultino tali al momento del rimborso e non all'atto del finanziamento). Ove sussistano comunque le disponibilità finanziarie sufficienti a soddisfare tutti gli altri creditori, infatti, non si realizza alcun danno ai restanti creditori. E' preferibile cioè ritenere che il rimborso al socio di un finanziamento sia comunque effettuabile durante la vita della società qualora venga dimostrato che il patrimonio della società sia capiente rispetto alla sommatoria dei debiti della società verso gli altri creditori sociali, non potendosi ragionevolmente consentire il rimborso solo dopo che siano stati soddisfatti tutti gli altri

creditori. Invero, alla stregua di tale ultima interpretazione, il finanziamento sarebbe rimborsabile solo nel momento in cui la s.r.l. non avesse più alcun debito verso terzi. D'altra parte, diversamente opinando, non avrebbe ragion d'essere la previsione della revocabilità del rimborso solo se avvenuto nell'anno antecedente alla eventuale dichiarazione di fallimento. In ogni caso, l'opposizione ad un eventuale rimborso a favore di un socio può essere fatta valere solo nel momento in cui l'insolvenza della società non consenta di soddisfare le pretese degli altri creditori estranei alla compagine societaria.

La restituzione dei finanziamenti operata dagli amministratori in spregio al dettato normativo (cioè in violazione della previsione di postergazione del credito del socio rispetto a quello degli altri creditori sociali e in presenza delle condizioni indicate dal 2° co. dell'art.1467) comporta una responsabilità degli stessi (oltre che in via solidale, ai sensi dell'art.2476, co.7, c.c., degli eventuali soci che abbiano deciso o autorizzato il rimborso) verso la società e verso i creditori sociali (per violazione degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale). In particolare, la restituzione effettuata in dispetto della previsione di postergazione del credito del socio rispetto a quello degli altri creditori sociali e in presenza delle condizioni indicate dal 2° co. dell'art.2467 comporta la responsabilità degli amministratori che, al fine di non incorrervi, potrebbero consentire il rimborso previo rilascio da parte del socio di una garanzia in merito alla possibile restituzione della somma rimborsata in caso di fallimento della società. E' dubbio se, al di fuori del caso di fallimento, ai terzi creditori sia comunque concessa tutela attraverso l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c. , al fine di ottenere una dichiarazione di inefficacia dei rimborsi effettuati durante la vita della società.

Il nuovo art. 2467 fa riferimento a tutti i rimborsi effettuati a favore dei soci, indipendentemente dal momento in cui sono originati i relativi titoli di debito, fermo restando che la nuova disciplina dovrebbe applicarsi (in difetto di una norma transitoria) ai soli finanziamenti erogati dopo l'entrata in vigore della riforma societaria (ex art. 11 disp. prel. c.c.), anche se non è mancato chi, sul piano del diritto intertemporale, ha posto il problema della disciplina applicabile anche ai finanziamenti eseguiti a qualsiasi titolo a favore della società prima della entrata in vigore della riforma e non ancora restituiti al 1° gennaio 2004. *Ante* riforma poteva, semmai, ricorrersi alla tutela offerta dall'art.2280 c.c., richiamato dall'art.2452, a tenore del quale il liquidatore non può ripartire tra i soci, neppure parzialmente, i beni sociali, finchè non siano pagati i creditori della società.

Non vi è dubbio, invece, che rilevi, ai fini dell'accertamento della sussistenza dei presupposti indicati dalla norma, la situazione esistente al momento (*ex ante*) in cui il socio ha erogato il finanziamento e non quella attuale (*id est*, al momento del rimborso) dell'azienda. Con la conseguenza che il finanziamento non potrebbe diventare postergato a causa del successivo deteriorarsi delle condizioni della società.

Nel sottolineare negativamente come il 2° comma contempli nozioni molto generiche, che sicuramente saranno causa di frequenti contenziosi tra i soci e gli altri creditori (anche se è, al contempo, a rilevarsi che parametri meno elastici avrebbero probabilmente impedito di considerare situazioni *border line*), va segnalato che gli amministratori dovranno ora valutare attentamente la condizione finanziaria in cui versa l'impresa per stabilire se sia ragionevole invitare i soci ad apportare nuovo capitale di rischio, piuttosto che finanziare l'impresa stessa con ulteriori prestiti. In quest'ottica, l'“*eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto*“ equivale ad una sproporzione fra il capitale di credito e quello di rischio (vale a dire, tra i debiti ed il patrimonio netto della società beneficiaria) e si traduce, in concreto, in una eccessiva dipendenza finanziaria dal capitale di terzi. Il criterio, a differenza dell'altro, sembra far riferimento ad una situazione di squilibrio già in atto che potrebbe spingersi sino allo stato di insolvenza. Secondo parte della dottrina, il limite quantitativo potrebbe essere rappresentato dal criterio evidenziato nell'art. 2412 c.c. (pur trattandosi di una norma relativa ad un tipo societario diverso da quello della s.r.l., contiene un principio generale suscettibile, secondo alcuni, di applicazione generalizzata) che indica, quale limite all'emissione di un prestito obbligazionario per le S.p.A, il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato. In tale ottica potrebbe essere considerato sospetto, in una S.r.l., il finanziamento erogato da soci che superi il limite indicato.

Per quanto concerne la fattispecie della “*situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*“, parte della dottrina ritiene che, mentre una situazione di *protratta* illiquidità rappresenta un valido elemento per considerare ragionevole un conferimento (per evitare che la società, ricorrendo al credito anziché capitalizzarsi, cada in uno stato di squilibrio), una situazione di *temporanea* illiquidità giustificerebbe, invece, un finanziamento. In base alla relazione ministeriale (vedasi *antea*), occorre accertare se un terzo, a conoscenza di quella determinata situazione economica, patrimoniale e finanziaria nella quale versava la società, avrebbe ragionevolmente concesso un finanziamento, anche alla luce degli usi commerciali del settore di attività della società interessata. Secondo parte

della dottrina, mentre per un investimento di natura strutturale sull'azienda sarebbe più adeguato un aumento del capitale, per un investimento in operazioni temporanee si può giustificare un indebitamento.

Nella pratica particolare rilevanza è stata attribuita alla categoria dei creditori postergati nell'ambito dei concordati preventivi, prevedendosi che gli stessi debbano necessariamente inclusi in un'apposita classe, da soddisfarsi in via subordinata rispetto agli ulteriori creditori chirografari.

Resta il dato inconfutabile secondo cui il ricorso al prestito non può perdurare all'infinito perché oltre certi limiti di indebitamento il prestito è scarsamente garantito, per cui i finanziatori non sono propensi a concedere ulteriori sovvenzioni all'azienda.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Abbadessa, *Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. Comm.*, 1988, I, 497 ss.

Cenni, *I “versamenti fuori capitale” dei soci e la tutela dei creditori sociali*, in *Contr. Impr.*, 1995, 1136.

De Angelis-Feriozzi, *S.r.l., a rischio i finanziamenti dei soci*, in *Italia Oggi* del 18.9.2003, 34.

Fazzutti, *La riforma delle società*, Commento all'art.2467 c.c., a cura di Santoro-Sandulli, 2003, 48.

Ferro Luzzi, *I versamenti in conto capitale*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 895 ss..

Fico, *Finanziamento dei soci e sottocapitalizzazione della società*, in *Le società*, 2006, 1372 ss.

Lamandini, *Società di capitali e struttura finanziaria: spunti per la riforma*, in *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2000, 96 ss.

Mandrioli, *Disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali tra revoca e postergazioni*, su www.ipsoa.it/lesocieta.

Olivieri, *I versamenti “in conto futuro aumento di capitale” in favore degli Istituti di credito di diritto pubblico tra legge speciale e diritto comune societario*, nota a Trib. Napoli 25 febbraio 1998, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 199.

Parrella, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano 2000, 99 ss.

Portale, *Appunti in tema di “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” eseguiti da un solo socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 93.

Portale, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, 666.

Rescigno, *Problemi aperti in tema di s.r.l.: i finanziamenti dei soci, la responsabilità*, in *Le società*, 2005, 1, 14.

Salafia, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Le società*, 2005, 1081.

Salvatore, *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contratto e impresa*, 2003, I, 234.

Scano, *I finanziamenti dei soci*, in AA.VV., *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina, Ibba, Racugno, Serra, Milano, 2004, 377 ss.

Spaltro, *Vecchie e nuove problematiche in materia di finanziamenti dei soci*, in *Le società*, 2006, 1268-1269.

Tantini, *I versamenti in conto capitale tra conferimenti e prestiti*, Padova, 1990.

Zoppini, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da “terzi” (con particolare riguardo alle società fiduciarie)*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 426 ss.