

Finanziamenti

Tribunale di Livorno 20 novembre 2018 - Est. F. Pastorelli

Fallimento - Effetti per il debitore - Rapporti processuali - Finanziamento soci - Rimborso in favore del curatore - Presupposti

(Legge fallimentare artt. 55, 64, 65, 69-bis; codice civile artt. 2424, 2427, 2467, 2476, 2497-quinquies e 2901)

Il curatore che intenda far valere, ai sensi dell'art. 2467, comma 1, c.c., la restituzione del rimborso di un finanziamento avvenuto entro l'anno dalla dichiarazione di fallimento, deve dimostrare che i finanziamenti sono stati concessi in una condizione di squilibrio e che il rimborso è stato effettuato in tale arco temporale.

Fallimento - Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori - Pagamenti ex art. 65 l.fall. - Declaratoria di inefficacia - Presupposti

(Legge fallimentare artt. 55, 64, 65, 69-bis; codice civile artt. 2424, 2427, 2467, 2476, 2497-quinquies e 2901)

Il curatore fallimentare che intenda ottenere la declaratoria di inefficacia del rimborso ai sensi dell'art. 65 l.fall., provare deve fornire la prova che la condizione di squilibrio di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c. si è protratta sino alla data del fallimento, rendendo in tal modo inesigibile l'obbligazione restitutoria.

Il Tribunale (*omissis*).

1. Con atto di citazione ritualmente notificato la Curatela del Fallimento Costruzioni s.r.l. Unipersonale in persona del Curatore dott. Michele conveniva in giudizio F. chiedendo l'accoglimento delle conclusioni trascritte in epigrafe.

A fondamento della propria domanda, deduceva in estrema sintesi:

- che con sentenza n. 43/2014 il Tribunale di Livorno dichiarava il fallimento della Costruzioni, dopo che la stessa in data 10.4.2013 aveva presentato domanda di concordato preventivo con riserva ex art. 161, 6° comma, l.fall., poi dichiarato inammissibile il 6.11.2013 per mancato deposito della proposta concordata nei termini legalmente richiesti;

- che già dal 2010 la società si trovava in difficoltà economiche, necessitando dell'apporto di nuovi finanziamenti, come risultava dall'appostazione in bilancio di aumenti di capitale, mai deliberati né versati e che in particolare nell'anno 2011 i ricavi conseguiti si erano ridotti quasi alla metà rispetto a quelli dell'anno precedente con parallela ulteriore riduzione (di circa euro 53.000,00) del patrimonio netto, già negativo (- euro 30.125) nell'esercizio precedente;

- che dall'analisi della documentazione contabile della società era emerso che negli anni 2011 e 2012 erano stati effettuati cospicui finanziamenti da parte del socio convenuto, risultando in particolare dal bilancio di verifica 2012 un debito nei confronti dello stesso pari a euro 230.241,76 e rimborsi verso il medesimo effettuati nel periodo maggio-dicembre 2011 per euro 40.000,00, nonché per euro 5.000,00 in data 18.1.2012;

- che dovevano ritenersi sussistenti nel caso di specie i presupposti per dichiarare l'inefficacia di tali restituzioni operate dalla società al convenuto ex art. 65 l.fall., essendo il prestito effettuato dal socio postergato ex art. 2467 c.c. e dunque sospensivamente condizionato alla scadenza

dell'obbligazione di restituzione permanente sino al venir meno dello squilibrio economico;

- che l'entità complessiva del debito della società per finanziamenti soci esposto nel bilancio 2012 (pari a euro 342.336,76) unitamente all'appostazione dei promessi aumenti di capitale rappresentavano chiaro indice del fatto che la società versava ormai da tempo in situazione di sottocapitalizzazione nominale, così da ritenere sussistenti i presupposti cui l'art. 2467 c.c. subordina la postergazione del credito per il relativo rimborso;

- che, essendosi le condizioni economiche della società aggravate, così permanendo la condizione sospensiva di esigibilità del credito, il debito restitutorio doveva considerarsi scaduto ex art. 55 l.fall. al momento del fallimento rendendo il relativo pagamento revocabile ex art. 65 l.fall. [...].

2. Si costituiva in giudizio F., contestando integralmente la domanda attorea e chiedendone il rigetto [...].

4. Passando al merito occorre, dunque, esaminare preliminarmente la domanda spiegata in via principale dalla curatela attrice ex art. 65 l.fall., avente ad oggetto i pagamenti effettuati, nel periodo compreso tra il 6.5.2011 e il 18.1.2012 per un totale di euro 45.000,00, dalla società a favore del convenuto a titolo di rimborso dei finanziamenti precedentemente fatti dallo stesso a favore della società.

Prima di passare all'esame della stessa appare, tuttavia, opportuno ricordare, in via generale, che sebbene il fenomeno del finanziamento da parte dei soci alla società sia fenomeno del tutto lecito e ben presente al legislatore civilistico che prevede che nel passivo del bilancio sia specificamente prevista la voce "debiti verso soci per finanziamenti" (cfr. art. 2424 c.c.) e che la nota integrativa debba 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 creditori" (cfr. art. 2427 n. 19 bis c.c.), tuttavia lo stesso sia "mal visto" dal legislatore (della riforma del diritto

societario del 2003) in quanto con tale strumento si dà vita al fenomeno delle società cd. sottocapitalizzate, e cioè di quelle società che si dotano di capitale preso a credito dai soci invece che operare naturalmente con mezzi propri, cioè con capitale di rischio versato da soci a titolo di conferimenti. Accade cioè che in luogo dei conferimenti, che sarebbero necessari perché la società possa operare con capitale di rischio, i soci versino alle società somme a prestito, così assumendo la posizione di creditori sociali, che consente loro, considerata anche la loro posizione privilegiata, di ottenere normalmente la restituzione di quanto versato prima che la società giunga allo scioglimento, così traslando sui creditori sociali il rischio d'impresa derivante dalla prosecuzione dell'attività. Tale fenomeno ricorrente nella prassi è stato visto negativamente dal legislatore, del resto seguendo un *trend* presente in altre legislazioni europee, che, pertanto, nel tentativo di disincentivare il fenomeno della sottocapitalizzazione nominale, soprattutto nell'ottica di tutelare gli altri creditori sociali, con la riforma del diritto societario del 2003 ha introdotto l'art. 2467 c.c., che prevede al primo comma che "Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito" ed al comma 2° precisa che il principio vale solo per i finanziamenti "in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento" e cioè appunto nei casi di finanziamenti fatti da soci in presenza di sottocapitalizzazione della società.

4.1. È pacifico che il socio avesse prestato alla società le somme di denaro risultanti dai bilanci della stessa versati in atti ed in particolare, per quanto qui interessa, in data 9.3.2011 euro 78.816,76 ed in data 27.4.2011 euro 15.000 (cfr. anche doc. 4 di parte attrice). È altresì pacifico che la società abbia restituito al le seguenti somme (cfr. peraltro doc. 4 e 5 di parte attrice):

- euro 10.000,00 in data 6.5.2011;
- euro 15.000,00 in data 15.6.2011;
- euro 10.000,00 in data 18.7.2011;
- euro 5.000,00 in data 29.12.2011;
- euro 5.000,00 in data 18.1.2012;

e quindi complessivamente euro 45.000,00 oggetto della domanda di restituzione di parte attrice.

Essendo la domanda di concordato proposta dalla Costruzioni S.r.l., prima della successiva sentenza di fallimento emessa all'esito della dichiarazione di inammissibilità del concordato, stata pacificamente pubblicata nel registro delle imprese il 22.4.2013 è data tale data, ex art. 69 bis comma 2° l.fall., che deve essere calcolato il periodo sospetto.

Pertanto, alla luce di ciò, si deve rilevare che tutti i suddetti pagamenti si collocano nei due anni antecedenti la presentazione della domanda di concordato, seppure oltre l'anno previsto dall'art. 2467 comma 1° c.c.

Pertanto non potendo operare l'inefficacia automatica dei rimborsi dei finanziamenti effettuati nell'anno antecedente alla dichiarazione di fallimento (o alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per concordato preventivo ex art. 69 bis l.fall.) prevista dall'art. 2467 comma 1° c.c., per verificare la fondatezza della domanda proposta in via principale da parte attrice occorre interrogarsi se, alla luce di tale disposizione normativa, rimangono rispetto ai rimborsi di finanziamenti a favore di soci, margini di applicabilità dell'art. 65 l.fall. (posto a fondamento della domanda attrice) ai sensi del quale "sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento".

4.2 Occorre pertanto interrogarsi in ordine alla compatibilità dell'obbligo di restituzione del rimborso del finanziamento del socio, finanziamento avvenuto in presenza dei presupposti di cui all'art. 2467 comma 2° c.c., con l'art. 65 l.fall. ed in caso positivo individuare i presupposti della sua applicabilità.

Il presupposto applicativo dell'art. 65 l.fall. è rappresentato dall'esecuzione nel periodo sospetto di due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento da parte dell'imprenditore di un pagamento di un credito che aveva scadenza successiva o contestuale alla dichiarazione di fallimento, consentendo così di ottenere una declaratoria di inefficacia di quei pagamenti di debiti, non ancora esigibili, posti in essere dal debitore con l'effetto di alterare la *par condicio creditorum*.

Come messo in luce dalla migliore dottrina, tra tali pagamenti e dunque nell'ambito applicativo dell'art. 65 l.fall., rientrano anche i rimborsi dei finanziamenti dei soci, ove avvenuti in presenza dei presupposti di cui all'art. 2467 comma 2° c.c.

Deve ritenersi infatti che la postergazione condizioni l'esigibilità del credito (cfr. Trib. Milano 4.12.2014). Pertanto essendo tale credito esigibile solo ove siano venuti meno i presupposti di cui all'art. 2467 comma 2° c.c., ed essendo la sua esigibilità condizionata a tale evento, ne consegue che la postergazione opera come condizione sospensiva dell'esigibilità del credito e implica la degradazione del socio a creditore "subchirografario", secondo un'efficace espressione dottrina, con la conseguenza che in assenza di ciò tale credito viene a scadenza alla data del fallimento, con conseguente applicazione dell'art. 65 l.fall., poiché tale norma si applica pacificamente ai crediti condizionali per i quali la condizione non si è verificata alla data del fallimento. La regola della postergazione è, dunque, destinata proprio ad incidere sulla disciplina sostanziale del rapporto di finanziamento, operando come condizione sospensiva dell'esigibilità del credito (cfr. Cass. 2758/2012 ove è stato affermato il principio per il quale in caso di erogazione di somme, che a vario titolo i soci effettuano alle società da loro partecipate, può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure di versamento

destinato ad essere iscritto non tra i debiti, ma a confluire in apposita riserva "in conto capitale", o altre simili denominazioni, il quale dunque non dà luogo ad un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, ed è più simile al capitale di rischio che a quello di credito, connotandosi proprio per la postergazione della sua restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali e per la posizione del socio quale "residual claimant").

Prevedendo che il rimborso del finanziamento è "postergato alla soddisfazione" degli altri creditori, l'art. 2467 c.c. ha, dunque, inteso graduare l'operatività della funzione di garanzia del patrimonio sociale tra diverse classi di creditori, al fine di assicurare che la soddisfazione di taluni di essi (i soci o le società di gruppo che abbiano operato finanziamenti anomali), non pregiudichi quella degli altri (i creditori non postergati). Tale principio vale dunque a precludere alla società finanziata il rimborso del finanziamento al socio ogni qualvolta il finanziamento sia stato "concesso in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento" ed il suo rimborso metta a repentaglio la possibilità per la società di soddisfare regolarmente i creditori non postergati. Sicché, in presenza dei suddetti presupposti, il credito postergato è destinato a rimanere inesigibile, indipendentemente dalla intervenuta scadenza contrattuale del termine pattuito.

Tuttavia, mentre ai fini della applicabilità della revocatoria automatica di cui all'art. 2467 comma 1 c.c. è sufficiente che il finanziamento sia stato effettuato in presenza delle condizioni di cui al comma 2° di tale norma, essendo irrilevanti le successive vicende, invece, perché possa operare l'art. 65 l.fall. è necessario che la situazione di postergazione permanga sino alla data di dichiarazione di fallimento e che, pertanto, il credito del socio sino a tale data sia inesigibile.

L'esigibilità del credito risulta dunque condizionata non già al venir meno di altre obbligazioni sociali, pena evidentemente la natura pressoché permanentemente postergata dei suddetti finanziamenti, ma al venir meno dell'originario eccessivo squilibrio, così da risultare influente il rimborso del credito postergato rispetto alla capacità della società di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

Di fronte alla apparente contraddittorietà dell'art. 2467 c.c. con l'art. 65 l.fall., potendo il curatore colpire ora nel termine di un anno ora entro il termine di due anni dal fallimento (o come nel caso di specie dalla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese) i pagamenti descritti nelle disposizioni citate, il suddetto contrasto deve essere risolto, nonostante alcune minoritarie contrarie voci dottrinali, del resto richiamate dalla attenta difesa del convenuto, proprio per non tradire la ratio della novella del 2003, coordinando lo strumento previsto dalla norma civilistica con l'art. 65 l.fall., così realizzando un armonico quadro di tutela per disciplinare i

rimborsi patologici dei finanziamenti dei soci (cfr. sull'applicabilità dell'art. 65 l.fall. in caso di restituzioni avvenute nel biennio anteriore al fallimento Trib. Salerno 6.6.2013; Trib. Napoli 1131/2004; Corte d'Appello Roma 3476/2008).

Qualora il curatore intenda avvalersi dell'art. 2467, 1° comma, c.c., e ottenere la restituzione del rimborso di un finanziamento avvenuto entro l'anno dalla dichiarazione di fallimento, dovrà dimostrare soltanto che i finanziamenti sono stati concessi in una condizione di squilibrio e che il rimborso è stato effettuato in tale arco temporale. Invece, laddove il curatore fallimentare intenda ottenere la dichiarazione della declaratoria di inefficacia prevista dall'art. 65 l.fall., dovrà dimostrare, unitamente alla natura di finanziamento postergato del credito, derivante dalla condizione di squilibrio alla data di concessione del finanziamento, anche che tale circostanza si sia protratta sino alla data del fallimento, in modo da dimostrare che l'obbligazione restitutoria non è mai divenuta esigibile.

Solo se interpretato in questo senso l'art. 65 l.fall. è in grado di trovare applicazione rispetto ai rimborsi dei finanziamenti dei soci, da una parte non avendo un ambito di applicazione sovrapponibile all'art. 2467 comma 1° c.c. e dall'altro evitandosi di ritenere non revocabili nel biennio sospetto proprio quei pagamenti di crediti, scadenti alla data del fallimento, più lesivi della *par conditio creditorum* in quanto avvenuti a favore di creditori particolari e cioè di soggetti che avrebbero dovuto fornire alla società capitale di rischio e non finanziamenti.

Non appare persuasiva, infatti, la tesi, pur sostenuta da autorevolissima dottrina, secondo la quale l'applicazione della revoca ex art. 2467 comma 1° c.c. escluderebbe l'operatività dell'art. 65 l.fall. in quanto con la prima norma, nell'ottica di un equilibrato temperamento degli interessi coinvolti, il legislatore avrebbe voluto limitare l'operatività temporale della revoca dei rimborsi dei finanziamenti poiché gli stessi sono debiti della società che in base agli accordi fra le parti dovrebbero essere esigibili, dipendendo l'inesigibilità da un intervento coercitivo della legge sull'autonomia privata a tutela degli altri creditori. Proprio perché il legislatore ha, per le ragioni sopra dette, limitato la autonomia privata imponendo la postergazione dei crediti dei soci in presenza delle condizioni di cui all'art. 2467 comma 2° c.c., non può ritenersi che lo stesso abbia poi voluto, rispetto ai rimborsi di tali crediti, dettare una disposizione di favore limitando dal punto di vista temporale la possibilità di revoca degli stessi, rispetto a tutti gli altri pagamenti scadenti alla data del fallimento. Pertanto l'art. 2467 comma 1° deve essere interpretato come disposizione che rafforza la tutela degli altri creditori sociali in quanto, ferma la generale applicazione dell'art. 65 l.fall. rispetto ai pagamenti di crediti che scadono alla data del fallimento (quale quello di cui trattasi in caso di permanenza delle condizioni di cui all'art. 2467 comma 2° c.c.), ha previsto la automatica inefficacia dei rimborsi avvenuti entro l'anno dal fallimento anche ove, per ipotesi, lo stesso sia divenuto esigibile prima del fallimento per essere transeuntemente venute meno le

condizioni di cui all'art. 2467 comma 2° c.c. dipendendo l'insolvenza che ha portato al fallimento da fatti sopravvenuti.

4.3. Alla luce dei superiori canoni di interpretazione, la domanda ex art. 65 l.fall. risulta fondata e deve essere accolta, stante la prova sia della natura postergata dei finanziamenti effettuati dal (il rimborso dei quali è oggetto della domanda attrice) sia della protrazione dell'inesigibilità del credito sino al 22.4.2013. Alla luce della documentazione prodotta da parte attrice risultano infatti, anzitutto, provati entrambi i requisiti di cui all'art. 2467, 2° comma, c.c. ovvero l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto e una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento, dovendo considerarsi che, in via generale, entrambe le suddette ipotesi si realizzano quando, secondo un giudizio di prognosi postuma, nel momento in cui venne concesso il finanziamento, era altamente probabile che la società (perché sottocapitalizzata e perché il finanziamento era troppo elevato o perché già in situazione di crisi per pregresso squilibrio tra indebitamento e patrimonio), rimborsandolo, non sarebbe stata in grado di soddisfare regolarmente gli altri creditori (cfr. Trib. Torino 15.7.2016).

Occorre premettere che gli aumenti di capitali (cfr. doc. 7 e 8 di parte attrice) appostati nei bilanci 2010 (per euro 50.000) e 2011 (per euro 22.000), debbono ritenersi pacificamente ex art. 115 c.p.c. mai deliberati e mai versati, in assenza di contestazione sul punto da parte convenuta. Del resto, evidentemente tale aumento di capitale non si è mai perfezionato, dovendo ai sensi dell'art. 2481 c.c. la relativa decisione risultare da verbale redatto da notaio, depositata ed iscritta ai sensi dell'art. 2436 c.c., non potendo ritenersi sufficiente una mera appostazione in bilancio. Ora nel caso di specie, risultava già nel bilancio del 2010 un patrimonio netto di euro 19.875, errato (risultando dallo stesso che il bilancio 2010 riportava un aumento di capitale di euro 50.000 mai deliberato) e dunque da rettificarsi in euro - 30.125. Più precisamente, la situazione patrimoniale della società presentava al momento del versamento da parte del in data

9.3.2011 di euro 78.816,76 e in data 27.4.2011 di euro 15.000 (cfr. il richiamato doc. 4 di parte attrice) un rilevante squilibrio tra patrimonio netto e indebitamento, risultando ancora 31.12.2011 una ulteriore diminuzione del patrimonio netto, già negativo nel 2010 di euro 22.000,00, a seguito dell'ulteriore aumento di capitale (cfr. doc. 8), come il precedente mai deliberato e mai eseguito e di euro 31.181,00 per la perdita d'esercizio 2011 (cfr. doc. 1 e 6 di parte attrice). L'effettivo patrimonio netto al 31.12.2011 era quindi pari - euro 83.306,00 (così composto - euro 30.125 - euro 22.000,00 - euro 31.181,00). Infatti il patrimonio netto erroneamente identificato in bilancio al 31.12.2011 in euro 10.695 deve essere, in conclusione, inteso in - euro 83.306,00.

A fronte di ciò e dunque a dimostrazione dello squilibrio patrimoniale, si deve ancora evidenziare che dai bilanci depositati risulta che al 31.12.2010 vi fosse un indebitamento per euro 2.366,832 ed al 31.12.2011 per euro 2.232.681,00.

Parimenti, a fronte di tali dati risulta provata una situazione finanziaria della società fallita nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento, come peraltro emerge anche dagli stessi aumenti di capitale suindicati per complessivi euro 72.000, mai deliberati né tantomeno versati. Ebbene in tale situazione sarebbero stati necessari effettivi conferimenti da parte dei soci, e non invece finanziamenti da parte del convenuto che al 31.12.2012 avevano raggiunto l'importo pari a euro 230.241.76 (cfr. doc. 3 di parte attrice), che erano pertanto evidentemente destinati ad incrementare la liquidità della società sottocapitalizzata. Ancora, risulta provato che il suddetto squilibrio economico fosse presente alla data dei rimborsi e si sia protratto sino alla data del fallimento, quando si aveva una perdita di esercizio pari a euro 1.259.373,12, un totale attività di euro 1.555.715,46 ed un totale passività di euro 2.815.088,54 (cfr. doc. 1 parte attrice).

Pertanto alla luce di quanto suddetto i rimborsi per cui è causa debbono essere considerati postergati e come tali, pertanto, dichiarati inefficaci ex art. 65 l.fall., in quanto avvenuti nel periodo sospetto [...].

(*omissis*).

Inefficacia dei rimborsi dei finanziamenti soci ex art. 65 l.fall. e correlazione con il dettato dell'art. 2467 c.c.

di Federico Canazza ()*

Il Tribunale di Livorno ha affrontato la questione dell'inefficacia dei rimborsi dei finanziamenti effettuati antecedente alla dichiarazione di fallimento - o, più precisamente (*ex art. 69 bis l.fall.*), per quanto attiene il caso di specie, alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per concordato preventivo - e, non potendo trovare applicazione il dettato dell'art. 2467, comma 1, c.c., in tema di restituzione dei finanziamenti postergati, alla luce del fatto che i rimborsi sono stati effettuati oltre l'anno, si è interrogato sulla sussistenza, o meno, di margini di applicabilità dell'art. 65 l.fall. ai

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

sensi del quale “sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento” e sulla sussistenza di un’eventuale relazione tra la norma fallimentare ed i presupposti di cui all’art. 2467, comma 2, c.c., che sanciscono la postergazione dei finanziamenti dei soci qualora concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulti un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto, ovvero in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

Brevi cenni introduttivi

Ai sensi - a seconda dei casi - degli artt. 2253, 2342 e 2464 c.c., i soci sono tenuti ad eseguire i conferimenti determinati nel contratto sociale, che costituiscono il capitale della società e che rappresentano un debito della società medesima verso i propri soci (cfr. art. 2424 c.c.).

Il capitale sociale così costituito può essere oggetto, nel corso degli anni, di aumento in maniera formale, tanto da condurre alla modificazione dello statuto, ma, parallelamente o alternativamente, come evidenziato dalla pronuncia in commento, i soci possono optare per l’effettuazione di finanziamenti in favore della società, tanto che tale fenomeno viene espressamente contemplato dalle norme afferenti la redazione del bilancio contenute nel codice civile.

L’art. 2424 c.c. prevede, infatti, che - nel passivo del bilancio - sia specificamente prevista la voce “debiti verso soci per finanziamenti” così come l’art. 2427, n. 19 bis c.c. impone l’indicazione - nella nota integrativa - dei “finanziamenti effettuati dai soci alla società, ripartiti per scadenze e con la separata indicazione di quelli con clausola di postergazione rispetto agli altri creditori”.

La prassi in parola implica - come meglio si evidenzierà in seguito -, per un verso, che la società venga dotata di capitale di credito anziché di mezzi propri e, per altro verso, che i soci acquisiscano, considerata (anche) la loro posizione privilegiata, un potenziale titolo alla restituzione prima dello scioglimento della società, così traslando sui creditori sociali il rischio d’impresa derivante dalla prosecuzione dell’attività. Il Legislatore, con l’intervento di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (ed entrato in vigore il 1° gennaio 2004), ha inteso circoscrivere quanto più possibile gli effetti conseguenti alla scelta operata dai soci di iniettare, in luogo dei conferimenti, che sarebbero

necessari perché la società possa operare con capitale di rischio, somme a prestito, introducendo nel nostro sistema normativo l’art. 2467 c.c. (1).

La predetta norma contiene la disciplina concernente il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società, dettando, al suo primo comma, una regola di carattere sostanziale, che dispone la postergazione del rimborso *de quo*, rispetto al soddisfacimento degli altri creditori chirografari (2), e prevedendo contestualmente un “rimedio” di carattere fallimentare, che pone a carico dei soci l’obbligo di restituire i rimborsi ottenuti nell’anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società (3).

L’inefficacia sostanziale del rimborso dei finanziamenti di cui il socio ha beneficiato, che conduce al consequenziale obbligo di restituzione del medesimo, è destinata quindi ad operare esclusivamente in caso di fallimento della società (4) e (può) comporta(re) la necessità di valutare - come avvenuto nel giudizio che ha condotto alla sentenza in commento - l’esistenza di eventuali correlazioni tra la norma civilistica e la disciplina relativa agli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori *ex art. 64 ss. l.fall.*

L’art. 2467 c.c.: la regola di diritto sostanziale

L’art. 2467 c.c. non si limita a prevedere che il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società sia postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, ma, al comma 2, precisa che, ai fini della postergazione, debbono intendersi finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati (5), che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria

(1) Cfr. G.B. Portale, *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 665 ss.

(2) Trib. Messina 30 dicembre 2005, in *Dir. fallim.*, 2007, II, 77.

(3) O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2007, 98.

(4) Cass. 24 ottobre 2017, n. 25163, in *Foro it.*, 2018, I, 233.

(5) G. Laurini, *La società a responsabilità limitata post-riforme*, Padova, 2014, 57, e E. Desana, *La sollecitazione all’investimento, i finanziamenti dei soci, i titoli di debito*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. Sarale, Bologna, 2008, 180, la quale rileva come non vi sia univocità nel caso di conferimenti in natura.

della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento (6).

Prima di passare all'analisi degli elementi essenziali dell'art. 2467 c.c. è bene evidenziare come esso sia dettato per le società a responsabilità limitata, ma, considerato il richiamo operato dall'art. 2497-*quinquies* c.c. trovi applicazione anche nel caso di finanziamenti a società di qualunque tipo sottoposte ad attività di direzione e coordinamento (7).

Non mancano, in realtà, pronunce secondo le quali l'art. 2467 c.c. esprimerebbe un principio generale del diritto dell'impresa (8), come tale applicabile a tutte le situazioni nelle quali il finanziatore si trovi in una relazione tale da permettergli di beneficiare di asimmetrie informative rispetto ai normali creditori (9), ossia, volendo utilizzare le parole della Suprema Corte, "tutte le volte in cui l'organizzazione della società finanziata consenta al socio di ottenere informazioni paragonabili a quelle di cui potrebbe disporre il socio di una società a responsabilità limitata ai sensi dell'art. 2476 c.c." stesso (10).

Il tipo di società non può, pertanto, essere di per sé ostativo all'applicazione dell'art. 2467 c.c. (11), dovendo l'interprete verificare in concreto se una determinata società esprima un assetto dei rapporti sociali idoneo a giustificarne l'applicazione e ciò - ragionevolmente - si verifica ogniqualvolta società costituite in forma di società per azioni presentino, in concreto, situazioni organizzative che riecheggino quelle tipiche delle società a responsabilità limitata, ossia si distinguano per avere una base azionaria familiare o, comunque, ristretta, ovvero per la coincidenza tra le figure dei soci e quelle degli amministratori, così da consentire al socio di apprezzare compiutamente una situazione di adeguata capitalizzazione, o meno, della società (12).

La considerazione dell'art. 2467 c.c. come principio generale è altresì avvalorata dal sopra rammentato "rimando" operato dall'art. 2497 *quinquies* c.c. in tema di postergazione dei finanziamenti *infra-gruppo*, il quale trascura il dato formale della forma societaria per collegare la postergazione ad altra situazione ove il socio finanziatore, quale esercente attività di direzione e coordinamento rispetto alla

società finanziata, è in grado di valutare la situazione di capitalizzazione della società (13).

Il motivo per il quale l'art. 2467 c.c. ha assunto una tale rilevanza - in via estensiva rispetto al tipo societario al quale risulta formalmente associato - è da rinvenirsi nella necessità di soddisfare esigenze di tutela dei creditori che non possono ragionevolmente essere circoscritte alla sola ipotesi della società a responsabilità limitata: nello specifico, il Legislatore, con l'introduzione del principio della postergazione, ha inteso evitare la possibile traslazione del rischio di impresa sui creditori circoscrivendo (quanto più possibile) l'elusione dell'obbligo di immissione da parte dei soci di capitale di rischio e il rinnovo di tale immissione nel caso di perdita del capitale originario.

L'analisi della disposizione codicistica porta, in primo luogo, ad evidenziare come, l'aspetto soggettivo sia dato dalla qualità di socio che riveste il soggetto che ha effettuato il finanziamento oggetto di successivo rimborso, senza che assuma alcuna rilevanza la circostanza che lo stesso sia titolare di una partecipazione di maggioranza, ovvero di minoranza.

Sotto il profilo temporale, ciò che rileva - rispetto alla qualità soggettiva - è che il finanziatore sia socio al momento dell'erogazione, mentre non assume carattere distintivo la circostanza che tale qualità permanga, o meno, al momento della restituzione (14). Il requisito oggettivo richiesto dalla norma è costituito dalla situazione di crisi - da valutarsi alla luce di un giudizio di prognosi postuma -, in cui versa la società e che, sotto il profilo temporale, a differenza di quanto testé osservato per il requisito soggettivo, deve sussistere sia nel momento dell'erogazione del finanziamento che nel momento della restituzione del medesimo: invero, qualora la società superi lo stato di crisi, ripristinando il proprio equilibrio finanziario, nulla osterebbe a procedere con il rimborso dei finanziamenti eseguiti dai soci.

La rilevanza temporale del requisito oggettivo porta con sé uno specifico corollario logico-giuridico dato dal porsi la soddisfazione degli altri creditori come condizione sospensiva del diritto al rimborso (15), idonea, in particolare, a produrre l'effetto di prorogare

(6) Cfr. L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2015, 171.

(7) R. Rosapepe, *L'inefficacia ex lege*, in AA.VV., *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, Milano, 2008, 230.

(8) Trib. Venezia 10 febbraio 2011, in *Riv. not.*, 2011, 1442.

(9) Trib. Treviso 12 marzo 2019, in *Il Caso.it*.

(10) Cass. 20 giugno 2018, n. 16291, in *Foro it.*, 2018, I, 2750.

(11) Trib. Pistoia 8 settembre 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 191, precisa che l'esigenza di protezione dei creditori - e, in definitiva, della stessa società che potrebbe accedere a

condizioni di finanziamento meno onerose, nella misura in cui la regola della postergazione riducesse i costi di controllo e monitoraggio che il creditore dovrebbe altrimenti sostenere - ricorrono quale che sia il tipo sociale in concreto adottato.

(12) Cass. 7 luglio 2015, n. 14056, in *Società*, 2016, 543.

(13) Trib. Milano 28 luglio 2015, in *Il Caso.it*.

(14) Trib. Milano 15 gennaio 2014, in *Società*, 2014, 619.

(15) Trib. Milano 11 novembre 2010, in *Giur. comm.*, 2012, I, 123.

ex lege - stante la prevalenza della postergazione legale sull'eventuale regolamento negoziale - la scadenza del finanziamento sino al momento di suo avveramento e ad impedire, quindi, l'esigibilità del credito del socio (16).

La natura postergata di un credito deve affermarsi ai sensi e per gli effetti dell'art. 2467 c.c. non solo qualora esso tragga origine da (meri) trasferimenti di danaro, ma altresì a fronte di finanziamenti "in qualsiasi forma effettuati", ossia qualora il credito sia sorto in favore del socio in conseguenza di forniture di beni o servizi in un periodo in cui la società versava in situazione di squilibrio finanziario, tanto che sarebbe stato ragionevole un conferimento, ovvero in una situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto (17), ossia qualora si accerti in concreto che le forniture di beni, di servizi, o l'erogazione di altre utilità abbiano assolto - sotto il profilo finanziario - alla stessa funzione della dazione di danaro (18).

La previsione contenuta nell'art. 2467 c.c. deve considerarsi come uno strumento correttivo degli effetti distorsivi generati da situazione di (cronica) sottocapitalizzazione della società (19), ossia di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto (20): in tale contesto, la *ratio* ispiratrice della norma deve rinvenirsi nella volontà di regolare i predetti fenomeni di sottocapitalizzazione nominale (21), determinati dalla convenienza dei soci a ridurre l'esposizione al rischio d'impresa, ponendo i capitali a disposizione della società nella forma del finanziamento, ammortizzando così il rischio della

propria partecipazione, anziché in quella del conferimento (imputato a capitale) e, quindi, di capitale di rischio, ossia di mezzi propri (22).

L'interpretazione della norma ha subito, peraltro, un'evoluzione, in quanto, se, in un primo momento, si è ritenuto di considerare preminenti le finalità alle quali il finanziamento appare essere diretto e gli interessi che vi sono sottesi (23), successivamente, soprattutto in dottrina, si è sottolineato come la norma non lascerebbe alcun "margin" per operare una qualsivoglia indagine in ordine all'effettiva volontà delle parti, dovendosi, per contro, far ricorso ad elementi interpretativi di economia aziendale, i quali conducono a considerare - attraverso una riqualficazione imperativa del prestito (24) - tutte le operazioni idonee a garantire i mezzi necessari per l'attività (compresi i finanziamenti in conto capitale, in quanto i soci potrebbero "ritornarne" con distribuzione straordinaria di riserve) come postergate in presenza delle condizioni definite dall'art. 2467 c.c. (25).

I presupposti della norma - che devono intendersi come alternativi (26) - sono l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio e la situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento: essi, pur potendo consistere operativamente nelle situazioni più diverse, considerato il fatto che il Legislatore ha (ragionevolmente) inteso individuare una nozione unitaria, finiscono per identificarsi - sostanzialmente - in una situazione di insolvenza o di crisi della società finanziata nel senso previsto dall'art. 160, comma 3,

(16) Trib. Roma 6 febbraio 2017, in *Giur. it.*, 2017, 1139.

(17) Cfr. Trib. Padova 28 ottobre 2015, in *Il Caso.it*, per il quale le forniture eseguite dal socio in prossimità dell'accertamento della perdita del capitale sociale della società beneficiaria assurgono a finanziamenti indiretti effettuati dai soci e, quindi, i relativi crediti sono da considerarsi postergati ex art. 2467 c.c.

(18) Trib. Milano 4 giugno 2013, in *Giur. comm.*, 2015, I, 160, precisa che l'art. 2467 c.c. trova applicazione anche in caso di garanzie prestate in favore della società, cui sia seguito il pagamento da parte del socio e la conseguente acquisizione, da parte di questi, della posizione di creditore della società; parimenti, Trib. Padova 16 maggio 2011, in questa *Rivista*, 2012, 219, ha chiarito che, ai fini dell'applicazione prevista dall'art. 2467 c.c., l'elemento decisivo è quello funzionale e causale dell'operazione, cosicché vi rientrano sia le operazioni di credito tipiche, sia, tra le altre, le prestazioni di garanzie, reali o personali, dei soci.

(19) B. Petrazzini, *La s.r.l.: struttura finanziaria*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, Bologna, 2014, 401.

(20) Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, in *Foro it.*, 2008, I, 2244.

(21) E. Desana, *La sollecitazione all'investimento, i finanziamenti dei soci, i titoli di debito*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. Sarale, Bologna, 2008, 167.

(22) Cfr. M.G. Paolucci, *Art. 2467. (Finanziamento dei soci)*, in A.L. Santini - L. Salvatore - L. Benatti - M.G. Paolucci, *Società a responsabilità limitata*, Bologna, 2014, 282.

(23) Cfr. Cass. 23 febbraio 2012, n. 2758, in *Foro it.*, 2012, I, 3436, per la quale l'erogazione di somme, che a vario titolo i soci effettuano alle società da loro partecipate, può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure di versamento destinato ad essere iscritto non tra i debiti, ma a confluire in apposita riserva "in conto capitale", o altre simili denominazioni, il quale dunque non dà luogo ad un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, con la precisazione che la qualificazione, nell'uno o nell'altro senso, dipende dall'esame della volontà negoziale delle parti; Cass. 31 marzo 2006, n. 7692, in *Foro it.*, 2007, I, 3217, e Trib. Milano 30 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2499.

(24) F. Vassalli, *Sottocapitalizzazione delle società e finanziamento dei soci*, in *Riv. dir. impr.*, 2005, 264, ritiene che la qualificazione del credito, alla luce del testo normativo, sia aspetto residuale della questione; cfr. altresì A. Zoppini, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da terzi*, in *Riv. dir. priv.*, 2/2004, 15.

(25) E. Desana, *La sollecitazione all'investimento, i finanziamenti dei soci, i titoli di debito*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. Sarale, Bologna, 2008, 179.

(26) M.G. Paolucci, *Art. 2467. (Finanziamento dei soci)*, in A.L. Santini - L. Salvatore - L. Benatti - M.G. Paolucci, *Società a responsabilità limitata*, Bologna, 2014, 294.

del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (27), idonea quindi a fondare una sorta di “concorso potenziale” tra tutti i creditori della società (28).

Tale assunto è peraltro coerente col tenore dell'art. 182 *quater*, comma 3, l.fall., dal quale si desume - a contrario - che ai finanziamenti effettuati dai soci al di fuori di un piano concordatario, quando la società è in condizioni economiche o finanziarie identificabili con l'insolvenza o la crisi, si applica il disposto dell'art. 2467 c.c.

La condizione di inesigibilità del credito ai sensi della predetta norma è connaturata pertanto alla circostanza che il finanziamento sia stato erogato - e il rimborso richiesto - in presenza di una situazione di specifica crisi della società, che può manifestarsi sia in fase di *start-up* che in seguito, a fronte di perdite, la quale impone che il socio finanziatore resti assoggettato alla inesigibilità prescritta dall'art. 2467 c.c., destinato, da un lato, ad evitare che il rischio di impresa sia trasferito in capo agli altri creditori e, dall'altro, che l'attività sociale prosegua in danno di questi ultimi (29).

Detta interpretazione assicura carattere oggettivo ai presupposti indicati dalla norma medesima, posto che l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio risulterebbe altrimenti di opinabile lettura e che in tal modo viene adeguatamente chiarito il riferimento a situazioni nelle quali sarebbe stato ragionevole un conferimento, locuzione, questa, che evoca un comportamento socialmente tipico del socio finanziatore, il quale - evidentemente -, in presenza di una crisi dell'impresa, non sarebbe normalmente disposto a finanziarla (30).

Volendo esaminare maggiormente nello specifico le condizioni di inesigibilità poste dall'art. 2467 c.c., occorre considerare l'“*eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto*” in termini patrimoniali - e non finanziari - e, quindi, come una situazione di sbilanciamento patrimoniale negativo (31), dato dalla sproporzione tra indebitamento e capitale di rischio (c.d. “*debt-equity ratio*”) (32), tenuto espressamente conto del tipo di attività

esercitata dalla società, da accertare attraverso una valutazione *ex post* del tasso di indebitamento di indebitamento della società (33).

Al fine di valutare l'eventuale eccessivo squilibrio tra indebitamento e capitale netto, il *leverage*, pari al rapporto tra il totale delle fonti di finanziamento e i mezzi propri, costituisce sicuramente un indicatore significativo, il quale deve però essere confortato e valutato unitamente ad ulteriori elementi, tra i quali riveste particolare importanza la struttura del debito: in quest'ottica, se è vero che una componente di debito a medio-lungo termine incide sullo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto in misura inferiore di una componente di debito a breve termine, è anche vero che la necessità di utilizzare i finanziamenti erogati da terzi per il pagamento dei debiti di imminente scadenza costituisce un indice di sottocapitalizzazione della società (34).

Si è altresì puntualizzato che il senso della nozione di eccessivo squilibrio andrebbe ricercato, piuttosto che nei meri dati di bilancio, nel patrimonio netto rettificato e rivalutato, posto che in tali poste rettifiche risiederebbe la garanzia per i creditori terzi di vedere soddisfatte le proprie ragioni in sede di liquidazione, tenuto conto che trattasi di una stima della reale consistenza patrimoniale nota a qualsiasi intermediario finanziario impegnato in una valutazione della solidità patrimoniale della società in sede di istruttoria del fido, con la precisazione che la stima non può comunque limitarsi ad una disamina statica, ma deve porsi anche in un'ottica liquidatoria futura, dovendosi quindi valutare anche, su un ragionevole orizzonte temporale, se l'impresa possa prospetticamente operare in condizioni di equilibrio economico finanziario, venendo meno le quali anche l'attuale equilibrio potrebbe apparire del tutto effimero ed apparente (35).

In giurisprudenza, si è precisato che non ricorre il requisito dell'eccessiva sproporzione nel rapporto tra indebitamento e patrimonio netto qualora l'indice di liquidità dell'impresa - e, cioè, il raffronto della posizione di liquidità a breve termine dell'azienda con

(27) Si rammenta come l'art. 2, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 definisca la “crisi” come “lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”.

(28) Trib. Milano 10 gennaio 2011, in *Società*, 2011, 635, per il quale la condizione di inesigibilità del credito del socio finanziatore e, quindi, la sua postergazione si verifica laddove il finanziamento sia stato disposto e il rimborso richiesto proprio in presenza di una situazione di specifica crisi della società.

(29) Trib. Milano 4 dicembre 2014, in *Società*, 2015, 839.

(30) Trib. Milano, 4 febbraio 2015, in *Il Caso.it*.

(31) Trib. Udine, 16 aprile 2011, in *Il Caso.it*.

(32) G. Figà-Talamanca - R. Novello, *I finanziamenti dei soci nelle s.r.l.*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, diretto da M. Campobasso - V. Cariello - V. Di Cataldo - F. Guerrera - A. Sciarone Alibrandi, II, Torino, 2014, 1765 e 1766.

(33) C. Cavallini - B. Armeli, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 64-123*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 97.

(34) Trib. Venezia 14 aprile 2011, in *Società*, 2012, 19.

(35) Trib. Vicenza 13 luglio 2015, in *Il Caso.it*.

l'ammontare delle passività correnti - sia di poco inferiore, uguale o superiore a 1 (36).

Ulteriori elementi numerici che potrebbero essere presi in considerazione per valutare la sussistenza, o meno, dello squilibrio richiamato dalla norma potrebbero rinvenirsi:

(i) nel valore dato dalla “*somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato*” che il primo comma dell'art. 2412 c.c. indica quale limite della società per l'emissione di obbligazioni;

(ii) in un indebitamento superiore di quattro volte il valore del patrimonio netto, come desumibile in tema di cooperative dall'art. 2545 *quinquies* c.c.;

(iii) in un rapporto di quattro a uno tra finanziamenti e patrimonio netto contabile *ex art.* 98 T.U.I.R. (operante in tema di c.d. “*thin capitalisation*”).

Quanto, poi, al concetto di “*situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un finanziamento*”, in tal caso, la nozione ha contorni per certi versi meno definiti e combacia con l'ipotesi nella quale un terzo investitore indipendente troverebbe irragionevole finanziare la società sul mercato (37), in quanto non presenta - *ex ante* - condizioni “rassicuranti” per il rimborso.

Il criterio di ragionevolezza comporta la necessità di tener conto della situazione della società al tempo del finanziamento confrontata con i comportamenti che nel mercato sarebbe ragionevole aspettarsi: in un certo qual modo, quindi, ciò che rilevarebbe sarebbe la “causa” del finanziamento, trovando applicazione la disciplina della postergazione ogniqualvolta il finanziamento assolva ad una funzione di sostegno patrimoniale per la società riconducibile al rapporto sociale, anziché ad un generico rapporto di credito (38).

(Continua) L'art. 2467 c.c.: la regola di diritto fallimentare

La seconda parte del comma 1 dell'art. 2467 c.c., in maniera quanto mai “essenziale”, prevede che, qualora il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società avvenga nell'anno precedente la

dichiarazione di fallimento della società, esso debba essere oggetto di restituzione.

Si tratta di un'ipotesi di inefficacia automatica, operante quindi *ex lege*, costituente - secondo alcuni (39) - un'ipotesi di revocatoria “speciale”.

Il diritto di credito che deriva dalla norma in favore della curatela è tale per cui, una volta intervenuta la pronuncia di fallimento, l'indagine in ordine alla sussistenza, o meno, dello stato di squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto al momento della restituzione perde qualsivoglia rilevanza sino a divenire superflua, in quanto, la vicinanza temporale tra l'intervenuta restituzione e la dichiarazione di fallimento lascia presumere la sussistenza del presupposto richiesto dal secondo comma dell'art. 2467 c.c. Ciò detto, dovendo la restituzione intervenire a favore della curatela, il curatore avrà comunque l'onere di dover documentare l'elemento oggettivo, ossia l'intervenuto rimborso nel periodo sospetto, così come di dover dimostrare la condizione di squilibrio all'atto dell'erogazione del finanziamento, mentre non sarà tenuto a provare la *scientia decoctionis* in capo al socio, presumendosi la stessa *iuris et de iure* (40).

In dottrina non è mancato chi ha sottolineato come, a ben vedere, l'onere gravante sul curatore, ossia la dimostrazione che il finanziamento sia stato effettuato in una situazione di squilibrio, potrebbe essere estremamente impegnativo e come, comunque, lo stesso risulti ben più gravoso di quello sotteso alla prova - come detto non richiesta dalla norma - della *scientia decoctionis* in capo al socio (41).

Il socio, una volta operata la restituzione, ha sì diritto di insinuarsi al passivo del fallimento (42), ma, qualora - come nella prassi - il pagamento dei creditori chirografari sia solo parziale, il soddisfacimento del suo credito sarà integralmente escluso (43).

La disciplina degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori: l'art. 65 l.fall. in tema di pagamenti

Il Tribunale di Livorno, nell'esaminare il caso di specie, non ha potuto che osservare come i rimborsi

(36) App. Milano 18 aprile 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, 997.

(37) G. Balp, *Articolo 2467. Finanziamento dei soci*, in AA.VV., *Commentario alla riforma delle società. Società a responsabilità limitata. Artt. 2462-2483 c.c.*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 293.

(38) Trib. Milano 24 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2500.

(39) G. Tantini, *I versamenti dei soci alla società*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 2004, vol. I ***, 799.

(40) M. Barbuto, *La società a responsabilità limitata*, Napoli, 2005, 114.

(41) G. Cottino, *Diritto societario*, Padova, 2011, 639.

(42) S. Papini, *Art. 2467. Finanziamenti dei soci*, in AA.VV., *Codice delle società a responsabilità limitata*, a cura di O. Cagnasso - A. Mambriani, Roma, 2015, 262.

(43) Cfr. Trib. Reggio Emilia 10 giugno 2015, in *Il Caso.it*, per il quale vanno collocati al passivo in via chirografaria e con postergazione i crediti derivanti da finanziamenti dei soci effettuati quando la società finanziata e poi fallita era in stato di insolvenza, e, nell'ambito del concordato preventivo, Trib. Messina 30 dicembre 2005, in *Dir. fallim.*, 2007, II, 77.

dei finanziamenti soci operati dalla società poi fallita siano intervenuti oltre l'anno dalla dichiarazione di fallimento - o, meglio, per quanto attiene il caso di specie, ex art 69 bis l.fall. dalla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per concordato preventivo -, dovendo, pertanto, escludere l'applicabilità dell'art. 2467, comma 1, c.c., in tema di inefficacia e, conseguentemente, di obbligo alla restituzione.

In tale contesto, il Giudice livornese si è interrogato sulla sussistenza, o meno, di margini di applicabilità dell'art. 65 l.fall. ai sensi del quale "sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento".

Prima di analizzare la soluzione accolta dalla pronuncia in esame, è bene preliminarmente rammentare i tratti caratterizzanti la predetta norma di diritto fallimentare, evidenziando, in primo luogo, come gli interventi di natura strutturale che hanno caratterizzato la revisione del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, riguardando anche gli strumenti finalizzati a ricostruire il patrimonio del fallito secondo una visione c.d. "debtor-oriented", riducendo, in particolar modo, per alcuni atti, il c.d. "periodo sospetto" nel quale trova applicazione l'azione revocatoria ed introducendo una serie di esenzioni rispetto agli atti assoggettati alla predetta azione (44), hanno lasciato inalterato l'art. 65 l.fall. (45) - unitamente all'art. 64 l.fall., del quale è sempre stato naturale "prosecuzione concettuale" (46) -, il quale continua, pertanto, a sancire l'inefficacia nei confronti della massa dei creditori concorsuali dei pagamenti dei debiti che

scadono il giorno della dichiarazione di fallimento, ovvero successivamente (47), effettuati dal fallito nel biennio anteriore alla dichiarazione di fallimento stessa.

Premesso che, nell'ambito di applicazione dell'art. 65 l.fall., la dizione "pagamento" non deve ritenersi circoscritta alle ipotesi di mero trasferimento da una persona ad un'altra della proprietà di una somma di denaro al fine di estinguere un'obbligazione, ma va estesa ad ogni mezzo atto a soddisfare l'obbligazione stessa, così riferendosi quindi, a titolo esemplificativo, ai casi di compensazione convenzionale, ovvero di *datio in solutum* ex art. 1197 c.c. o, ancora, di cessione di credito ai sensi dell'art. 1198 c.c. (48), ciò che contraddistingue la fattispecie in esame è il fatto che si tratta di un'ipotesi di inefficacia *de jure* connotata da un carattere di automaticità, ossia di inesorabilità (49), che interviene ogniqualvolta si verifichi la circostanza - di natura meramente oggettiva - portata dall'effettuazione di un pagamento da parte del fallito nel periodo temporale richiamato dalla norma e in via anticipata rispetto alla scadenza originaria del debito, qualora tale scadenza sia da rinvenirsi nel giorno della dichiarazione di fallimento o successivamente (50).

La disposizione dell'art. 65 l.fall. esige, ai fini della sua applicabilità, soltanto il fatto oggettivo dell'anticipazione del pagamento rispetto alla sua scadenza originaria, sia essa convenzionale o legale (51), mentre non richiede la sussistenza di nessun'altra condizione soggettiva od oggettiva: in particolar modo, l'inefficacia interviene indipendentemente dalla condizione soggettiva in cui versavano vuoi il *solvens* vuoi l'*accipiens* al momento in cui il pagamento è

(44) Cfr. S. Ronco, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole per i creditori*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, tomo I, Torino, 2016, 1159 e 1160.

(45) Cfr. A. Patti, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo I, Bologna, 2006, 883, e A. Haupt - A. Jarach, *La revocatoria fallimentare degli atti a titolo oneroso*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali. Guida operativa interdisciplinare*, a cura di P.G. Demarchi - C. Giacomazzi, Milano, 2008, 134.

(46) D. Colombini, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori*, in L. Panzani - D. Colombini, *Il fallimento. Profili applicativi*, Torino, 1999, 226.

(47) Cass. 30 marzo 1981, n. 1816, in questa *Rivista*, 1981, 641, precisa che il pagamento del debito effettuato con mezzi normali prima della sua scadenza, fissata in data anteriore alla dichiarazione di fallimento del *solvens*, esula dalla sanzione di automatica inefficacia, prevista dall'art. 65, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 con riguardo al diverso caso dei debiti che scadono il giorno del fallimento o successivamente, ed è impugnabile con azione revocatoria fallimentare, ai sensi del secondo comma dell'art. 67 l.fall., mentre Cass. 12 maggio 2004, n. 8980, in *Mass. Foro it.*, 2004, chiarisce che "la norma di cui all'art. 67, 1° comma, n. 2, l.fall.

(*revocabilità degli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili effettuati con mezzi anormali di pagamento*) deve ritenersi legittimamente applicabile, in via di interpretazione estensiva, anche ai debiti non ancora scaduti, purché aventi scadenza anteriore alla dichiarazione di fallimento; se la legge sancisce, difatti, la revocabilità degli adempimenti "anormali" di debiti scaduti, a più forte ragione devono considerarsi revocabili i medesimi atti estintivi (sempre compiuti con mezzi anormali) prima della scadenza del debito, risultando in tal caso ancor più fondato il sospetto della consapevolezza, ex latere creditoris, del carattere pregiudizievole dell'atto".

(48) C. Cavallini - B. Armeli, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 64-123*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 86.

(49) S. Bonfatti, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori*, in AA.VV., *Le riforme della legge fallimentare*, tomo I, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 629, e S. Bonfatti - P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 155.

(50) Cfr. A. Patti, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo I, Bologna, 2006, 884.

(51) Cass. 8 agosto 2016, n. 16618, in *Mass. Foro it.*, 2016, 554.

intervenuto (52), così come alcuna specifica rilevanza assume il fatto che il pagamento stesso sia avvenuto con mezzi normali o anormali.

A differenza dell'art. 64 l.fall., il successivo art. 65 l.fall. non è volto ad impedire atti di disposizione anormali sotto il profilo della valutazione del rapporto sinallagmatico di *do ut des*, ma è diretto a neutralizzare atti di disposizione anomali sotto il profilo meramente temporale (53).

La fattispecie si fonda sostanzialmente su una presunzione assoluta (54), che non consente al giudice alcuna valutazione non solo in ordine alla "buona fede", ma neppure all'eventuale giustificata e/o convenienza del pagamento (55), tant'è che l'inefficacia potrebbe colpire i pagamenti effettuati a seguito della decadenza del beneficio del termine di cui all'art. 1186 c.c. (56), ovvero quelli eseguiti per effetto dell'esercizio di facoltà originariamente previste, come nel caso delle clausole che, in deroga al disposto dell'art. 1816 c.c. - in base al quale il termine per la restituzione della somma mutuata si presume stipulato a favore di entrambe le parti -, attribuiscono al mutuatario la facoltà di anticipare la restituzione di detta somma rispetto al termine originariamente pattuito (57).

In deroga - sostanzialmente - a quanto precede, la Suprema Corte ha precisato che l'art. 65 l.fall. non trova applicazione quando il diritto di conseguire

l'estinzione anticipata del debito è accordato al debitore direttamente ed inderogabilmente da specifiche disposizioni di legge (58).

Sotto altro profilo, la presunzione di cui trattasi è tale da prescindere - in ambito applicativo - dalla necessità di effettuare qualsivoglia indagine in merito alla sussistenza, o meno, dello stato di insolvenza del debitore così come alla conoscenza, o meno, di un tale stato in capo al soggetto che beneficia dell'intervenuto pagamento (59).

Il principio in virtù del quale risulta impossibile procedere ad un sindacato di merito è stato - a quanto consta - disatteso in una sola, isolata, occasione, nella quale i Giudici di prime cure hanno affermato che (anche) ai fini dell'azione di inefficacia dei pagamenti di crediti non scaduti, eseguiti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento del debitore, il curatore deve dimostrare il pregiudizio arrecato alla massa (60).

La pronuncia emessa ai sensi dell'art. 65 l.fall. ha natura meramente dichiarativa - a differenza di quanto accade nel caso delle revocatorie, ove le sentenze hanno natura costitutiva poiché dirette a modificare *ex post* una situazione giuridica preesistente (61) - di inefficacia *ex lege* e, pertanto, la relativa azione risulta imprescrittibile (62), in parallelo con quella di nullità e con quelle di c.d. "accertamento negativo", non trovando applicazione

(52) Cass. SS.UU., 13 giugno 1996, n. 5443, in *Foro it.*, 1996, I, 2734, precisa che "l'inopponibilità dei singoli atti alla massa dei creditori viene data per presupposta al semplice realizzarsi della fattispecie".

(53) S. Ronco, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli per i creditori*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, tomo I, Torino, 2016, 1168.

(54) B. Fondacaro (- G.G. Sandrelli), *Le azioni di reintegrazione del patrimonio*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 232.

(55) Trib. Mantova 15 aprile 2013, in *Il Caso.it*.

(56) P. Bosticco, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa Transfrontaliera. Normativa Tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 732, e C. Cavallini - B. Armeli, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 64-123*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 84 ed 85.

(57) Cass. 29 luglio 2009, n. 17552, in *Mass. Foro it.*, 2009, 1104; Cass. 5 aprile 2002, n. 4842, in questa *Rivista*, 2002, 1322; Trib. Napoli 11 ottobre 2005, in *D&G*, 2006, 139, e Trib. Venezia 2 aprile 1993, in questa *Rivista*, 1993, 777; *contra* Trib. Milano 17 maggio 2004, in *Corr. giur.*, 2004, 951, per il quale "[L] art. 65 l.fall. non si applica al caso di pagamento di debito scaduto ante fallimento per effetto dell'esercizio da parte del debitore della facoltà di anticipare la scadenza originaria, qualora il contratto di finanziamento preveda fin dall'origine una clausola che attribuisca al debitore la facoltà di determinare in via unilaterale l'anticipazione della predetta scadenza". In dottrina, P. Pajardi - M. Bocchiola, *La revocatoria fallimentare*, Milano, 1993, 316, non escludono che il

caso della riserva contrattuale di pagamento anticipato si possa espungere dalla previsione dell'art. 65 l.fall., perché il debitore quando scioglie la riserva paga un debito scaduto, ma evidenziano come tale fattispecie potrebbe comunque rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 67 l.fall.

(58) Cass. 18 luglio 2008, n. 19978, in questa *Rivista*, 2008, 1385, ha statuito che, con riguardo ad un mutuo fondiario assistito da garanzia ipotecaria, ove il debitore si avvalga della facoltà di estinzione anticipata attribuita al mutuatario ai sensi degli artt. 12 e 13, R.D. 16 luglio 1905, n. 646 e dell'art. 7, d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 (applicabili *ratione temporis*), siffatto pagamento costituisce esercizio di un diritto potestativo di cui il mutuante non può che subire gli effetti, per cui, al momento in cui la clausola diviene operativa, il debito originariamente dilazionato diventa scaduto e la garanzia ipotecaria è cancellata, con la conseguenza che, in caso di fallimento del debitore, il predetto pagamento non è colpito dall'inefficacia statuita dall'art. 65 l.fall., tenuto conto dei connotati di spiccata specialità assegnati alla disciplina del credito fondiario, in ragione della rilevanza degli interessi perseguiti dalla legislazione di settore.

(59) A. Pasquini, *Art. 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, Padova, 2013, 385, e R. Rosapepe, *L'inefficacia ex lege*, in AA.VV., *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, Milano, 2008, 227.

(60) Trib. Verbania 13 agosto 1999, in questa *Rivista*, 2000, 1047.

(61) R. Rosapepe, *L'inefficacia ex lege*, in AA.VV., *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, Milano, 2008, 227.

(62) A. Jorio, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in S. Ambrosini - G. Cavalli - A. Jorio, *Il fallimento*, Padova, 2009, 402.

pertanto il dettato del primo comma dell'art. 69 bis l. fall. (63).

La *ratio* sottesa all'art. 65 l.fall. e che determina l'ineluttabilità dell'inefficacia dei pagamenti ivi contemplati è stata individuata in molteplici fattori, il primo dei quali è dato dalla comparazione di ciò che costituisce la fattispecie in esame con la generalità dei casi: invero, è un'osservazione comune quella per la quale il pagamento di un debito non scaduto effettuato in via anticipata si contraddistingue per una intrinseca "anormalità" (64).

Altre interpretazioni evidenziano gli elementi costituiti dal depauperamento del patrimonio del fallito (65) e quindi del danno patito dalla massa dei creditori (66), mettendo in risalto, quindi, quegli aspetti della norma maggiormente correlati alla regola della *par condicio creditorum* (67): per alcuni, invero, si è ritenuto doveroso estendere ai creditori soddisfatti in anticipo - e, pertanto, in via preferenziale (68) - il peso delle perdite che derivano dal fallimento (69), per altri l'inefficacia ripristinerebbe lo *status quo*, ponendo nel nulla gli effetti di un pagamento di un credito, che, nel caso di rispetto del termine, sarebbe stato destinato a diventare concorsuale e, quindi, oggetto di falcidia (70).

Tale ultima lettura lascia emergere una certa correlazione - in termini di applicazione anticipata - tra il

disposto dell'art. 65 l.fall. e le previsioni dell'art. 42 (71), per il quale la pronuncia di fallimento priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, e dell'art. 44 l.fall., che sancisce, a sua volta, l'inefficacia rispetto ai creditori degli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti dal medesimo eseguiti successivamente alla dichiarazione di fallimento (72): invero, il pagamento inefficace ai sensi dell'art. 65 l.fall., qualora ipoteticamente effettuato alla sua naturale scadenza e, quindi, solo dopo l'intervenuto fallimento, sarebbe ricaduto nell'ambito di applicazione del menzionato art. 44 l.fall. (73).

L'applicazione dell'art. 65 l.fall. nel caso di rimborso finanziamento soci

Nel contesto applicativo dell'art. 65 l.fall., il cui testo - come sopra rilevato - è rimasto immutato nel tempo, antecedentemente all'introduzione dell'art. 2467 c.c., i Giudici di merito avevano avuto modo di affermare doversi considerare pagamento di debito non scaduto, soggetto, come tale, alla sanzione di inefficacia prevista dalla predetta norma fallimentare, avuto riguardo alla natura del rapporto e all'interesse perseguito dalle parti, il rimborso che dei versamenti eseguiti dai soci in conto finanziamento avesse operato una società nel biennio anteriore alla sua dichiarazione di fallimento (74).

(63) P. Bosticco, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa Transfrontaliera. Normativa Tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 732, e P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 392.

(64) A.M. Angiolino, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Codice del fallimento*, a cura di M. Bocchiola - A. Paluchowski, Milano, 2009, 657, e M. Fabiani - G.B. Nardecchia, *Formulario commentato della legge fallimentare*, Milano, 2007, 499. In tale ottica, pare assumere valore l'osservazione di B. Quatraro - A. Fumagalli, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, tomo I, Milano, 2002, 713, per i quali la fattispecie presupporrebbe il coinvolgimento - in qualche modo - (anche) del terzo destinatario del pagamento nel compimento dell'atto pregiudizievole.

(65) A. Patti, *Le azioni di inefficacia*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio - M. Fabiani, Bologna, 2010, 254.

(66) D. Colombini, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori*, in L. Panzani - D. Colombini, *Il fallimento. Profili applicativi*, Torino, 1999, 226.

(67) P. Pajardi - M. Bocchiola, *La revocatoria fallimentare*, Milano, 1993, 315, già al tempo parlavano di "una troppo "smaccata" violazione della regola paritaria proporzionale", mentre G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, 395 e 396, ritiene che l'inefficacia comminata dalla legge sia ricollegabile al fatto che l'atto solutorio sarebbe assimilabile ad una ipotesi di arricchimento senza causa.

(68) A. Patti, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole per i creditori*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2006, 186.

(69) M. Simeon, *Degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori (artt. 64-71)*, in AA.VV., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2012, 126, e S. Bonfatti - P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 155, che parlano di "funzione genericamente 'solidaristica'" connessa alla necessità di implementare il patrimonio del debitore divenuto insolvente.

(70) S. Ronco, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole per i creditori*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, tomo I, Torino, 2016, 1167 e 1168, e P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 390.

(71) C. Cavallini - B. Armeli, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 64-123*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 81.

(72) R. Rosapepe, *L'inefficacia ex lege*, in AA.VV., *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, Milano, 2008, 229 e 230, e A. Patti, *Le azioni di inefficacia*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio - M. Fabiani, Bologna, 2010, 256 e 257.

(73) Cfr. E. Bertacchini, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori*, in AA.VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, tomo II, Torino, 2016, 1406, e A. Patti, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo I, Bologna, 2006, 885.

(74) Trib. Napoli 8 gennaio 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 72, e Trib. Catania 15 gennaio 1987, in *Nuovo dir.*, 1987, 558.

Orbene, sebbene non manchino posizioni che affermano una (sostanziale) differenziazione tra l'inefficacia dei rimborsi contemplata dall'art. 2467 c.c. e quella disciplinata dall'art. 65 l.fall., in quanto la prima disporrebbe per la sola, particolare, categoria degli atti di restituzione dei finanziamenti postergati dei soci avvenuti nell'anno anteriore al fallimento, colpendo esclusivamente la specifica categoria dei depauperamenti patrimoniali occorsi in presenza di uno stato di crisi (tramutatosi, col tempo, in insolvenza), prescindendo dall'esigibilità del credito, mentre per l'art. 65 l.fall. è richiesta la natura anticipata del pagamento (75), con la riforma operata con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, si è venuta a creare una "sovrapposizione" con le norme di natura fallimentare.

L'art. 2467 c.c., invero, non preclude l'applicabilità dei tradizionali rimedi previsti dalla legge fallimentare, come, ad esempio, qualora il rimborso del finanziamento intervenga nei sei mesi antecedenti alla pronuncia di fallimento, nel qual caso potrà trovare applicazione la revocatoria ex art. 67, comma 2, l.fall., a condizione che il curatore dimostri che il socio era a conoscenza dello stato di insolvenza (76).

Nonostante quindi (come sopra rilevato) la fattispecie di cui all'art. 2467 c.c. costituisca un'ipotesi di revocatoria "speciale" (77) e malgrado alcune differenze vertenti soprattutto sull'aspetto temporale (78), sulle quali si tornerà nel prosieguo, la stessa è stata ritenuta assimilabile - quanto al meccanismo operativo - a quella di cui all'art. 65 l.fall. (79) o, comunque, come si è scritto, essa non pare precludere l'esperibilità delle normali azioni revocatorie fallimentari (80).

Le affinità che costituiscono il "minimo comune denominatore" tra la norma codicistica e quella fallimentare possono rinvenirsi, oltre che nell'"anormalità" che è tratto saliente sia del pagamento cui si

riferisce l'art. 65 l.fall. che del rimborso del finanziamento del socio ex art. 2467 c.c., (i) nel fatto che il predetto rimborso è riferito ad un credito non scaduto così come il pagamento colpito dall'art. 65 l.fall., (ii) nell'automatica inefficacia del rimborso di cui alla norma civilistica e del pagamento sanzionato dalla norma fallimentare, (iii) nell'obbligo di restituzione in capo al percettore delle somme corrisposte dal soggetto poi fallito e (iv) nell'onere in capo al creditore di insinuarsi al passivo (81).

Tali comunanze - e, in particolar modo, la circostanza che i trasferimenti di denaro da parte del fallito abbiano ad oggetto il pagamento, ovvero la restituzione, di crediti postergati, ossia non scaduti (o con scadenza successiva alla dichiarazione di fallimento), considerato che la postergazione proroga ex lege la durata del prestito fino al recupero dell'equilibrio finanziario da parte della società debitrice (o al fallimento della stessa) (82) - portano la dottrina a riconoscere la possibilità per la curatela di optare - in sede giudiziale - per far valere l'una o l'altra forma di inefficacia.

Qualora il curatore optasse per la disciplina prevista dall'art. 65 l.fall., lo stesso avrebbe l'onere di provare non solo che i crediti in relazione ai quali agisce sono postergati - e, quindi, relativi a finanziamenti aventi i caratteri previsti dal secondo comma dell'art. 2467 c.c., ma dovrebbe altresì dimostrare che i caratteri di "anormalità" in parola erano presenti sia al tempo della concessione del finanziamento che al momento del rimborso (in quanto, nell'ipotesi in cui la società fosse tornata in una situazione di equilibrio economico, non si potrebbe riconoscere presente la condizione di postergazione ed il credito sarebbe conseguentemente divenuto esigibile) (83). In dottrina, si è sottolineato come l'elemento differenziatore della norma civilistica da quella di natura fallimentare sia costituito - in maniera evidente - dal

(75) G. Balp, *Articolo 2467. Finanziamento dei soci*, in AA.VV., *Commentario alla riforma delle società. Società a responsabilità limitata. Artt. 2462-2483 c.c.*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 257 e 258.

(76) Al di fuori della normativa fallimentare, nel caso di violazione del divieto di rimborso, per la declaratoria di inefficacia dei rimborsi dei prestiti eseguiti durante società, ben potrebbe essere esercitata l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c., come, peraltro, avvenuto, seppur in via subordinata, nel caso di specie, dal fallimento attore.

(77) G. Tantini, *I versamenti dei soci alla società*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 2004, vol. I ***, 799.

(78) M. Campobasso, *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 451, sottolinea come l'inefficacia di cui all'art. 65 l.fall. retroagisca fino a due anni prima della dichiarazione di fallimento, mentre il periodo considerato dalla norma civilistica sui

finanziamenti sia limitato al solo anno antecedente alla predetta pronuncia.

(79) G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata. Artt. 2462-2474*, in AA.VV., *Il codice civile. Commentario*, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010, 471.

(80) E. Desana, *La sollecitazione all'investimento, i finanziamenti dei soci, i titoli di debito*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. Sarale, Bologna, 2008, 189.

(81) M. Rubino De Ritis, *Art. 2467. Finanziamenti dei soci*, in AA.VV., *Commentario del codice civile. Artt. 2452-2510*, a cura di U. Santosuosso, Torino, 2015, 288.

(82) M. Campobasso, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in AA.VV., *S.r.l. Commentario*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 254.

(83) E. Desana, *La sollecitazione all'investimento, i finanziamenti dei soci, i titoli di debito*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. Sarale, Bologna, 2008, 189, e O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2007, 117.

profilo temporale, in quanto, se, da un lato, l'art. 2467 c.c. qualifica come inefficaci le restituzioni dei finanziamenti effettuate entro l'anno dalla dichiarazione di fallimento, dall'altro, l'art. 65 l.fall. colpisce i pagamenti di debiti non scaduti avvenuti nei due anni anteriori alla pronuncia di fallimento (84).

Tale caratterizzazione delle fattispecie in esame è stata evidenziata anche dal Tribunale livornese, il quale ha osservato che l'art. 2467 prevede la revocatoria dei rimborsi effettuati entro l'anno dalla dichiarazione di fallimento, mentre, oltre l'anno, per i rimborsi effettuati nei due anni anteriori al fallimento, potrà invocarsi l'applicazione dell'art. 65 l.fall. qualora i pagamenti reputati inefficaci dalla curatela si riferiscano a crediti scaduti nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente (85).

L'assenza della previsione di automaticità dell'inefficacia oltre il termine dell'anno previsto dal primo comma dell'art. 2467 c.c. conduce alla necessità di applicare, qualora si vogliano colpire i pagamenti di debiti, non ancora esigibili, posti in essere dal debitore con l'effetto di alterare sostanzialmente, laddove posti in essere nel periodo sospetto, la *par condicio creditorum*, la norma fallimentare in aderenza al secondo comma del predetto art. 2467 c.c.: ciò significa che, una volta appurato che le restituzioni dei finanziamenti soci sono intervenute oltre l'anno, ma nei due anni dalla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per concordato preventivo dichiarato inammissibile, per il curatore - come evidenziato dal Tribunale livornese - non sarà sufficiente provare la natura postergata del finanziamento, ossia la presenza di un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto e/o il verificarsi di una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

Invero, alla luce del fatto che la postergazione condiziona sospensivamente l'esigibilità del credito (86), così che quest'ultimo potrà ritenersi esigibile solo qualora siano venuti meno i presupposti di cui all'art. 2467, secondo comma, c.c., ne consegue, che, in caso

contrario, tale credito verrà a scadenza alla data del fallimento, con conseguente possibilità di applicazione dell'art. 65 l.fall., poiché tale norma si applica pacificamente ai crediti condizionali per i quali la condizione non si è verificata alla data del fallimento (87).

Se è vero, infatti, che la postergazione rende inesigibile la pretesa restitutoria, ciò significa che tale "condizione sospensiva", per rendere operativo l'art. 65 l.fall. debba permanere sino al momento del fallimento e, pertanto, la curatela dovrà provare che i presupposti di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c. non solo erano attuali al momento della concessione del finanziamento, ma si sono protratti sino al momento del fallimento (88).

Tale aspetto costituisce elemento di differenziazione rispetto al caso in cui la curatela agisca ai sensi del primo comma dell'art. 2467 c.c. per colpire i pagamenti avvenuti nell'anno: in tale ipotesi, infatti, come riferito in precedenza, il curatore dovrà dimostrare *sic et simpliciter* che i finanziamenti sono stati concessi in una condizione di squilibrio e che il pagamento è stato effettuato nell'anno, non dovendosi tener conto delle condizioni presenti alla data del rimborso.

Ogniquale volta, quindi, il socio finanzi la società in una delle ipotesi contemplate al secondo comma dell'art. 2467 c.c., il suo credito potrà considerarsi esigibile solo a seguito dello scioglimento della società e, comunque, nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione: la postergazione della restituzione del predetto credito al soddisfacimento dei creditori sociali rende il socio un "residual claimant" (89) e, al contempo, in ambito concorsuale, degrada il socio stesso a creditore "subchirografario" (90).

L'obiettivo dell'art. 2467 c.c., che, in caso di applicazione dell'art. 65 l.fall., dev'essere salvaguardato è, pertanto, quello di graduare l'operatività della funzione di garanzia del patrimonio sociale tra diverse classi di creditori, al fine di assicurare che la soddisfazione di taluni di essi (i soci), non pregiudichi quella degli altri (i creditori non postergati).

(84) P. Gobio Casali, *Finanziamenti dei soci tra postergazione e azioni revocatorie*, in <http://www.ilcaso.it/articoli/960.pdf>, e M.G. Paolucci, Art. 2467. (Finanziamento dei soci), in A.L. Santini - L. Salvatore - L. Benatti - M.G. Paolucci, *Società a responsabilità limitata*, Bologna, 2014, 301, e G. Presti, Art. 2467. *Finanziamenti dei soci*, in AA.VV., *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo - S. Patriarca, Torino, 2006, 117.

(85) C. Esposito, *Il "sistema" delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, in *Società*, 2006, 563, e L. Vittone, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 929.

(86) Trib. Milano 4 dicembre 2014, in *Società*, 2015, 839.

(87) G.U. Tedeschi, *Gli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 16, II, Torino, 2011, 180.

(88) P. Vella, *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi d'impresa*, Milano, 2012, 139.

(89) Cass. 23 febbraio 2012, n. 2758, in *Foro it.*, 2012, I, 3436.

(90) E. Bertacchini, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AA.VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, tomo II, Torino, 2016, 1437.

Così operando si attribuisce all'art. 65 l.fall. un ambito operativo - rispetto ai rimborsi dei finanziamenti dei soci -, da un lato, non sovrapposto all'art. 2467, primo comma, c.c. e, dall'altro, essenziale per rendere revocabili (nel biennio sospetto) quei pagamenti di crediti, scadenti alla data del fallimento, più lesivi della *par conditio creditorum*, in quanto avvenuti a favore dei soci, ossia di quei creditori che avrebbero dovuto fornire alla società capitale di rischio (e non effettuare meri finanziamenti).

Nel caso di specie, il Tribunale di Livorno non ha avuto difficoltà, peraltro, a riconoscere la sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 2467 c.c.: l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto risultava dal fatto che quest'ultimo, una volta rettificato (in considerazione di una serie di aumenti di capitale mai deliberati, ma formalmente iscritti a bilancio), risultava pari a - 30.125 euro nel bilancio al 31 dicembre 2010 e a - 83.306 euro nel bilancio al 31 dicembre 2011, mentre l'indebitamento, nei predetti esercizi, era rispettivamente di euro 2.366.832 e di euro 2.232.681; quanto alla sussistenza di una situazione finanziaria della società fallita nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento, in tal senso deponevano gli aumenti di capitale (per complessivi 72.000 euro) appostati a bilancio, ma mai deliberati (né versati).

Quanto all'aspetto temporale, il Tribunale toscano ha evidenziato che lo squilibrio economico fosse presente alla data dei rimborsi così come alla data di dichiarazione di fallimento quando vi era una perdita di esercizio per oltre un milione di euro.

Brevi considerazioni finali

La conclusione cui giunge il Tribunale di Livorno in ordine alla necessità per la curatela che voglia ottenere la declaratoria di inefficacia del rimborso ai sensi dell'art. 65 l.fall. di dover provare la sussistenza dei presupposti di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c. nonché il loro protrarsi sino alla data del fallimento, rendendo in tal modo inesigibile l'obbligazione restitutoria, è certamente coerente con un sistema nel quale la norma civilistica assume funzione complementare rispetto al complesso delle azioni di inefficacia (e revocatorie) di cui alla legge fallimentare (91).

L'apparato normativo di cui sopra, che prevede l'inefficacia dei rimborsi dei finanziamenti dei soci in

presenza dei presupposti della postergazione, a discapito di soggetti i cui interessi sono comparativamente considerati più deboli e quindi sacrificabili all'esigenza di implementazione del patrimonio del fallito (92), così come la soluzione interpretativa adottata dalla Tribunale toscano non risultano intaccati dalla futura entrata in vigore del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

Se è vero, infatti, che l'art. 382 del c.d. "codice della crisi e dell'insolvenza" stabilisce che - a partire dal 15 agosto 2020 - all'art. 2467, comma 1, c.c. siano soppresse le parole "e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito", è altrettanto vero che la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155 chiarisce che la medesima previsione è stata inserita, per ragioni di coerenza sistematica con l'articolo 164, il quale, a sua volta, al primo comma, riprende il dettato dell'odierno art. 65 l.fall., sancendo che "[S]ono 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", e, al secondo prevede - così come oggi l'attuale primo comma dell'art. 2467 c.c. - che "[S]ono 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, secondo comma, codice civile".

In maniera "simmetrica" al disposto dell'art. 164 - e, comunque, in linea con l'attuale art. 2497 *quinquies* c.c. - l'art. 292, comma 1, c.d. "codice della crisi e dell'insolvenza" stabilisce che i crediti che la società o l'ente o la persona fisica esercente l'attività di direzione o coordinamento vanta, anche a seguito di escussione di garanzie, nei confronti delle imprese sottoposte a direzione e coordinamento, o che queste ultime vantano nei confronti dei primi sulla base di rapporti di finanziamento contratti dopo il deposito della domanda che ha dato luogo all'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore, sono postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori e, se tali crediti sono stati rimborsati nell'anno anteriore alla domanda che ha dato luogo all'apertura

(91) C. Cavallini - B. Armeli, *Articolo 65. Pagamenti*, in AA.VV., *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 64-123*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 93.

(92) S. Ronco, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole per i creditori*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, tomo I, Torino, 2016, 1168.

della liquidazione giudiziale, si applica il predetto art. 164.

La nuova collocazione della norma sull'inefficacia dei rimborsi dei finanziamenti soci pare, peraltro, confermare la tesi secondo la quale l'attuale art. 2467 c.c., nell'affermare il principio della postergazione, sarebbe intesa ad evitare la possibile traslazione

del rischio di impresa sui creditori (93), circoscrivendo (quanto più possibile) l'elusione dell'obbligo di immissione da parte dei soci di capitale di rischio e il rinnovo di tale immissione nel caso di perdita del capitale originario, così esprimendo un principio generale del diritto dell'impresa, applicabile a tutte le tipologie di società (94).

(93) Cfr. Trib. Ravenna 20 maggio 2014, in *Il Caso.it*, per il quale la postergazione ex artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. è finalizzata alla tutela dei creditori terzi e ciò vale a maggior ragione quando i finanziamenti siano erogati dai soci di società sottocapitalizzate e con compagini ristrette. L'apporto di capitale di rischio, ancorché *sub specie* mutui, non attribuisce, infatti, ai soci finanziatori di una società in crisi il diritto di concorrere in pari grado con gli altri creditori sociali, poiché, diversamente opinando, il rischio d'impresa verrebbe trasferito di fatto su costoro, il che dimostra, ulteriormente, come il credito del socio finanziatore sia, all'interno

di una procedura fallimentare, non già e non tanto un credito semplicemente condizionato, quanto un credito del tutto eventuale, al più ammissibile al passivo con postergazione e senza alcun diritto agli accantonamenti a riserva, come invece disposto per i creditori effettivamente condizionali.

(94) Cfr. Cass. 20 giugno 2018, n. 16291, in *Foro it.*, 2018, I, 2750; Trib. Treviso 12 marzo 2019, in *Il Caso.it*; Cass. 7 luglio 2015, n. 14056, in *Società*, 2016, 543; Trib. Venezia 10 febbraio 2011, in *Riv. not.*, 2011, 1442, e Trib. Pistoia 8 settembre 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 191.