

Il commercialista telematico

I FINANZIAMENTI DEI SOCI DI S.R.L.: LA “POSTERGAZIONE” CIVILISTICA E PROFILI FISCALI

di Sandro Cerato –

dottore commercialista e revisore contabile, docente alla Scuola Superiore di Economia e Finanze

PREMESSA E QUADRO NORMATIVO

La riforma del diritto societario, nell'intento di prevedere diverse fonti di finanziamento della società di capitali,¹ ha introdotto una peculiare disciplina dedicata ai finanziamenti dei soci (art. 2467 c.c.). possono

In linea generale, salvo gli approfondimenti che di seguito saranno esposti, l'art. 2467 prevede che il rimborso dei finanziamenti eseguiti dai soci a favore della società è postergato rispetto al soddisfacimento degli altri creditori. Come opportunamente precisato dalla Circolare Assonime n. 40/2007, tale disposizione si prefigge un duplice risultato:

- da un lato, legittima definitivamente il rapporto creditizio sorto tra società e socio, quale strumento flessibile per l'accrescimento delle risorse finanziarie della società;²
- dall'altro, intende evitare che i soci ricorrano a tale forma di finanziamento, diverso dall'apporto di capitale di rischio, per trarre vantaggio dal minor rigore del regime dei prestiti rispetto a quello dei versamenti a capitale, con possibili ripercussioni negative nei confronti dei diritti dei creditori sociali, soprattutto in situazioni di crisi dell'impresa.³

L'art. 2467, co. 1, c.c., stabilisce che *“il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno antecedente alla dichiarazione di fallimento, deve essere restituito”*.

¹ L'art. 2483 c.c. prevede la possibilità per le s.r.l. di emettere titoli di debito, i quali possono però essere sottoscritti solo da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale.

² Tuttavia, già la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità di tale strumenti di finanziamento (si veda, Tribunale di Milano 5.12.1988).

³ In tali situazioni, infatti, i soci tendono a rientrare del capitale prestato alla società, operazione che non sarebbe possibile laddove le risorse finanziarie fossero imputate al capitale o comunque al patrimonio netto della società.

www.commercialistatelematico.com

E' vietata ogni riproduzione totale o parziale di qualsiasi tipologia di testo, immagine o altro.
Ogni riproduzione non espressamente autorizzata è violativa della Legge 633/1941 e pertanto perseguibile penalmente

Il commercialista telematico

Tuttavia, per effetto di quanto stabilito dal successivo co. 2, non tutti i finanziamenti soci sono soggetti a tale obbligo di postergazione, in quanto vi rientrano solamente quelli che sono 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”;*
- ovvero quando vi sia *“una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”*.

Pertanto, come risulta dalla lettura dell’art. 2467 c.c., la norma non intende in alcun modo riquilificare il finanziamento in conferimento di capitale, ma impone la postergazione dei crediti dei soci concessi in presenza di una delle circostanze sopra evidenziate.⁴

AMBITO OGGETTIVO

Una questione che deve essere affrontata riguarda la modalità di lettura dell’art. 2467, co. 2, c.c., in quanto deve chiarirsi se i due criteri richiamati dal legislatore, di “indipendenza finanziaria” e “ragionevolezza” del finanziamento, vadano letti come cumulativi o alternativi.

La dottrina sul punto è divisa:

- una parte⁵ ritiene che i due criteri vadano letti come cumulativi, nel senso che assume un ruolo centrale il criterio della ragionevolezza, mentre l’indipendenza finanziaria, ossia l’eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto, svolgerebbe la funzione di definire con maggior chiarezza il contenuto del criterio di ragionevolezza;
- un’altra parte⁶, invece, ritiene che i due criteri debbano essere letti come tra loro autonomi, non solo per il dato letterale della norma, ma anche perché l’eccessivo squilibrio è cosa ben diversa dalla ragionevolezza. Infatti, l’esistenza di una situazione di eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto non può escludere che la società possa godere di credito presso terzi.

Ulteriore aspetto da evidenziare è riferito al fatto che l’art. 2467, co. 2, c.c., non contiene alcun riferimento quantitativo per definire quando sussiste un eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto, né quando si possa ritenere ragionevole un conferimento. Né, d’altro canto, vi sono altre disposizioni nel nostro ordinamento che possono definire tali situazioni, salvo quanto di dirà appresso per i prestiti obbligazionari.

⁴ La disciplina della postergazione si applica anche nell’ambito dei gruppi, per effetto del richiamo contenuto nell’art. 2497-quinquies c.c. (finanziamenti nell’ambito dell’attività di direzione e coordinamento).

⁵ G. Presti, *“Codice commentato delle s.r.l., art. 2467”*, Torino, 2006, pag. 98.

⁶ Vassalli, *“Diritto fallimentare”*, 1994, Torino e D. Scano, *“I finanziamenti dei soci”*, in AA.VV., *La nuova s.r.l.*, Milano, 2004.

Il commercialista telematico

Relativamente alla prima situazione, ossia l'eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto, non v'è dubbio che la dottrina aziendalistica che si occupa di analisi di bilancio, ed i principi contabili, hanno elaborato dei parametri di riferimento per valutare se l'impresa si trovi in una situazione di "normalità". Tuttavia, appare altrettanto indubitabile che il punto critico non possa esser individuato a priori ed in maniera identica per tutte le società, ragion per cui dovrà aversi riguardo alla singola realtà, tenendo conto della situazione soggettiva in cui ciascuna impresa, anche in base alle dimensioni ed al settore in cui opera ed alle condizioni in cui essa si trovi ad operare.

Nell'ambito delle disposizioni civilistiche che disciplinano rapporti di debito, l'art. 2412 c.c., in tema di obbligazioni per le s.p.a., pone un limite quantitativo all'emissione del prestito obbligazionario, precisando che l'importo del debito non può eccedere il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili. Tale disposizione, peraltro dettata solo per le s.p.a., potrebbe costituire un valido punto di riferimento per l'interprete o il giudice, anche se, a parere di chi scrive, non può essere assunto a principio di carattere generale, in quanto, come detto sopra, la valutazione deve avvenire tenendo conto della specifica situazione della società.

Passando ad esaminare la seconda situazione tipizzata dall'art. 2467, co. 2, ossia la "ragionevolezza", nella valutazione si dovrà tener conto di situazioni oggettive della società, e quindi prescindere dall'animus del socio, che debbono essere valutate dall'imprenditore nella decisione di finanziare la società.

Pertanto, ogni qualvolta un terzo investitore, quindi il mercato, troverebbe irragionevole finanziare la società perché questa non presenta i requisiti di certezza nella restituzione del credito, deve ritenersi che quel finanziamento sia in realtà un capitale di rischio. In altre parole, l'irragionevolezza sussiste laddove un terzo estraneo, in presenza di certe condizioni, non avrebbe effettuato quel determinato finanziamento.

Sempre relativamente al requisito della "ragionevolezza", si segnala la sentenza del Tribunale di Monza del 13.11.2003 in cui si esprime un principio di carattere generale relativamente alla misura del capitale sociale, il quale deve essere congruo per il raggiungimento dell'oggetto sociale, con la conseguenza che gli amministratori devono intervenire laddove sia insufficiente per il raggiungimento dello scopo. Ma tale tesi giurisprudenziale rafforza quanto è stato espresso fino ad ora, ossia la soggettività di ciascuna singola fattispecie, in quanto l'adeguatezza della misura del capitale sociale non può che essere soggettiva e variabile in funzione dell'oggetto sociale della singola società.

Il commercialista telematico

AMBITO SOGGETTIVO

Poiché l'art. 2467 c.c. fa riferimento ai finanziamenti dei soci, occorre chiarire, come precisato da Assonime nella Circolare n. 40/2007, se il prestito concesso da un terzo poi divenuto socio in un momento successivo costituisca o meno ipotesi di finanziamento "monitorato" dall'art. 2467 c.c., così come se ricadano in tale ambito i finanziamenti concessi da società fiduciarie.

Secondo Assonime, che richiama parte della dottrina,⁷ in simili ipotesi l'art. 2467 c.c. non può trovare applicazione, in quanto condizione necessaria per l'applicazione della postergazione è che il finanziamento sia erogato da chi in quel momento è titolare del rapporto associativo. Al contrario, il fiduciario o il "futuro" socio, non vantando tale qualifica, i finanziamenti da loro concessi devono considerarsi estranei all'ambito applicativo della disposizione in esame.⁸

Ulteriore questione da chiedersi è se si renda applicabile la postergazione anche ai finanziamenti concessi dai soci di minoranza, normalmente estranei alla gestione societaria. Sul punto, poiché la norma non opera alcuna distinzione, si ritiene che l'art. 2467 c.c. si applichi anche ai finanziamenti concessi da tali soci, i quali pur non avendo un controllo diretto della gestione sociale, hanno gli strumenti per ottenere informazioni sull'andamento della gestione sociale.⁹

Forme di finanziamento

Il co. 2 dell'art. 2467 c.c., assoggetta alla regola della postergazione i finanziamenti dei soci "*in qualsiasi forma effettuati*". L'ambito applicativo dovrebbe quindi riguardare tutti i rapporti patrimoniali in cui sia previsto un obbligo di rimborso delle somme trasferite al debitore. Conseguentemente, rientrano non solo le somme concesse in esecuzione di un contratto di mutuo, ma anche altre forme giuridiche di finanziamento, quali la dilazione di pagamento, l'apertura di credito, il leasing finanziario, il factoring e l'acquisto pro solvendo di crediti della società verso terzi.

Questione più complessa è invece quella relativa alle garanzie prestate dai soci. Sovente, infatti, si assiste alla prestazione di garanzie personali da parte dei soci finalizzate all'ottenimento di un finanziamento da parte di un istituto di credito (cd. *outside collateral*). Assonime, sul punto, pur evidenziando che la concessione di garanzia realizza un finanziamento del socio indiretto, se la

⁷ Zoppini, "La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da terzi", in Rivista di diritto privato n. 2/2004, pag. 15.

⁸ Nella Circolare n. 40/2007, Assonime correttamente evidenzia che la riforma fiscale sul punto ha seguito una strada diversa rispetto alla norma civilistica, in quanto, ai fini dell'applicazione della cd. *thin cap* di cui all'art. 98 del TUIR, equipara ai finanziamenti dei soci qualificati quelle concessi da "parti correlate".

⁹ L'art. 2476, co. 2, c.c., infatti, prevede che "*i soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione*".

Il commercialista telematico

garanzia è prestata in una delle due condizioni previste dal co. 2 dell'art. 2467 (eccessivo squilibrio o irragionevolezza), si dovrebbe applicare la regola della postergazione.¹⁰

Tuttavia, anche ragioni di ordine pratico inducono parte della dottrina¹¹ a negare l'applicabilità in tali casi dell'art. 2467, in quanto sul bene concesso in garanzia a fronte del finanziamento erogato sussiste un diritto di escussione della garanzia da parte del terzo.

Infine, un cenno merita la questione relativa all'eventuale postergazione anche degli interessi riconosciuti al socio in presenza di un finanziamento fruttifero. Si ritiene che nella postergazione siano inclusi anche gli interessi maturati e maturandi, in quanto la ratio della norma è appunto quella di ottenere la postergazione dell'intera posizione del socio, quindi sia per "quota capitale", sia per la "quota interessi".

Applicabilità alle s.p.a.

Come anticipato, l'art. 2467 c.c. è una disposizione prevista per le società a responsabilità limitata. Tuttavia, si pone la questione dell'applicabilità analogica anche alle società azionarie.

Secondo parte della dottrina, richiamata da Assonime nella Circolare n. 40/2007, la disciplina speciale contenuta nell'art. 2467 c.c. per le s.r.l. non è applicabile, per analogia, anche alle s.p.a. "chiuse", in quanto i due modelli societari, dopo la riforma, perseguono obiettivi differenti, in quanto nelle s.r.l. prevale l'aspetto personalistico, mentre nelle s.p.a. il legislatore ha voluto dare rilievo al "capitale" e non alla figura del socio.

Tuttavia, ragioni di ordine sistematico, inducono altra parte della dottrina¹² a ritenere applicabile anche alle s.p.a. il precetto normativo in argomento. Infatti:

- l'art. 2467 c.c. si applica, per espresso richiamo normativo contenuto nell'art. 2497-quinquies c.c., anche ai finanziamenti infragruppo ricevuti da società per azioni soggette ad attività di direzione e coordinamento;
- per ragioni di ordine sistematico, non vi sono motivazioni per trattare in modo differente finanziamenti eseguiti dai soci di una s.r.l. in situazione di squilibrio finanziario rispetto agli stessi versamenti eseguiti da soci di s.p.a. che si trovi nelle stesse condizioni di squilibrio.

Tuttavia, come osservato da altra dottrina,¹³ l'applicabilità dell'art. 2467 c.c. anche alle s.p.a. che realizzino le condizioni di cui al co. 2 del medesimo art. 2467 deve limitarsi alle sole società

¹⁰ Tale conclusione, secondo Assonime, sarebbe rafforzata dalle disposizioni fiscali, ed in special modo dall'art. 98 del TUIR, secondo cui i finanziamenti garantiti personalmente o realmente dai soci qualificati sono equiparati a quelli erogati direttamente dagli stessi.

¹¹ A. Lolli, "Il Nuovo diritto delle società", commento all'art. 2467 c.c., Cedam, vol. III, pag. 1809

¹² G.B. Portale, "I finanziamenti dei soci nelle società di capitali", in Banca, borsa, titoli di credito, 2003, vol. I, pag. 691; G.B. Portale – A. Zoppini, "Disciplina finanziaria all'europea", Il Sole 24 Ore del 9 gennaio 2003, pag. 21.

¹³ A. Lolli, "Il Nuovo diritto delle società", commento all'art. 2467 c.c., Cedam, vol. III, pag. 1809.

Il commercialista telematico

“chiuse”, in cui i soci decidono di effettuare la ricapitalizzazione nella forma del finanziamento in luogo del versamento a capitale, in quanto unici gestori della società e consapevoli di essere i soli soggetti disposti a fornire alla società le risorse ed i mezzi necessari per la sopravvivenza. Al contrario, tale applicazione analogica non può avvenire per le s.p.a. “aperte”, in cui il socio è un investitore, il quale sceglie di finanziare la società nella consapevolezza di vedersi restituite le somme alla naturale scadenza.

LE REGOLE DELLA POSTERGAZIONE

E' necessario verificare se le regole della postergazione siano applicabili “tout court” in qualsiasi momento della vita sociale, ovvero solo nella fase della liquidazione del patrimonio sociale. A tale proposito, sono possibili due differenti interpretazioni:

- la prima, cd. “sostanzialistica”,¹⁴ secondo cui la postergazione si applica per qualsiasi finanziamento erogato dai soci, fermo restando i requisiti di cui al co. 2 dell'art. 2467, anche se l'impresa si trova in un periodo di normale funzionamento;
- la seconda, cd. “processualistica”, considera la postergazione come una regola posta a tutela della parità di trattamento tra i creditori sociali nell'ambito delle procedure concorsuali.

A supporto della prima tesi, depone il tenore letterale dell'art. 2467 in cui manca qualsiasi riferimento alla necessità di uno stato di insolvenza, con la conseguenza che la postergazione troverebbe applicazione ogni qualvolta la società non sia meritevole di credito. Ciò, evidentemente, coinvolge anche profili di responsabilità degli amministratori ogni qualvolta procedano alla restituzione ai soci dei finanziamenti, in quanto chi gestisce la società dovrà preoccuparsi di valutare se sussistano o meno, al momento della concessione del finanziamento, i presupposti di cui all'art. 2467, co. 2. Tuttavia, tale postergazione per così dire “assoluta”, non significa che gli amministratori non possano mai procedere in alcun modo alla restituzione ai soci dei finanziamenti eseguiti in una delle ipotesi di cui al co. 2 dell'art. 2467. Infatti, qualora si proceda al rimborso dopo aver soddisfatto tutti gli altri creditori sociali (non postergati), nessun tipo di problematica può evidentemente sorgere.

¹⁴ Si veda la Circolare Assonime n. 40/2007.

Il commercialista telematico

Più delicata, invece, è la questione se possano sorgere profili di responsabilità in capo agli amministratori di una società finanziata dai soci in presenza di un eccessivo squilibrio, ovvero qualora fosse stato più ragionevole un conferimento, nell'ipotesi in cui la società, al momento della restituzione abbia riacquisito il proprio equilibrio finanziario e sia quindi, in quel momento, in grado di attingere dalle ordinarie fonti di finanziamento. Sul punto, la dottrina è divisa, in quanto vi è chi sostiene che comunque anche in tali ipotesi l'amministratore possa incorrere nella responsabilità ex art. 2476 c.c.¹⁵, mentre altri Autori¹⁶ sostengono che il successivo verificarsi di una condizione di riequilibrio finanziario faccia venire meno qualsiasi profilo di responsabilità.

Secondo la tesi "processualistica", invece, poichè l'art. 2467 prevede espressamente una revocatoria nei confronti del rimborso effettuato nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, ciò starebbe a significare che la postergazione non sarebbe applicabile nella fase fisiologica della vita sociale. Inoltre, secondo tale tesi, non vi sarebbero ragioni di applicare la postergazione anche al di fuori di una procedura di liquidazione ordinaria o concorsuale, atteso che il rimborso del finanziamento non intaccherebbe in alcun modo il patrimonio sociale, con la conseguenza che gli amministratori non potrebbero nemmeno opporre ai soci creditori validi ragioni in opposizione alla richiesta di restituzione.

Pertanto, secondo i sostenitori di tale tesi, la postergazione è applicabile solo in presenza di un conflitto tra creditori e socio finanziatore, il che può avvenire nelle ipotesi di crisi o insolvenza della società, ovvero nel caso di esecuzione individuale da parte di un creditore. In altre parole, l'applicazione della postergazione richiederebbe l'esistenza di un danno per i creditori sociali, e tale danno vi potrebbe essere solo nell'ambito di procedure concorsuali, poichè solo in tali momenti l'incapienza del patrimonio sociale potrebbe arrecare danno ai creditori sociali.

ASPETTI FISCALI

L'art. 46, co. 1, del TUIR, dispone che *"le somme versate alle società commerciali e agli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera b), dai loro soci o partecipanti si considerano date a mutuo se dai bilanci o dai rendiconti di tali soggetti non risulta che il versamento è stato fatto ad altro titolo"*.

Tale disposizione introduce una presunzione relativa secondo cui i finanziamenti eseguiti dai soci di società commerciali, di persone e di capitali, ovvero da parte di soggetti partecipanti ad enti pubblici e privati che svolgono attività commerciale, si presumono date a mutuo (fruttifero, secondo

¹⁵ C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *"La riforma della società a responsabilità limitata"*, Ipsoa, 2003, pag. 130.

¹⁶ A. Lolli, op. cit.

Il commercialista telematico

il co. 2 del precedente art. 45 del TUIR), a meno che la società o ente non dimostri che dal bilancio tali versamenti siano stati eseguiti a diverso titolo (e quindi destinati ad incrementare il patrimonio netto della società).

Relativamente alla presunzione di fruttuosità, si segnala che la sentenza della C.T.C. 21.3.1990, n. 2757, ha precisato che tale presunzione può essere vinta se si dimostra che il finanziamento è stato concesso senza corresponsione di interessi. Sarà pertanto opportuno che dai documenti comporvanti l'avvenuta erogazione, sia specificato che il soggetto che eroga le somme non pretenda la corresponsione di interessi.

17/10/2007