



**Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Roma**

Il finanziamento dei soci: aspetti legali

Avv. Francesco Brunelli - Partner, Deloitte Legal
Convegno ODCEC Roma, 29 novembre 2018





Il finanziamento dei soci: inquadramento generale

A fronte della necessità di incrementare le disponibilità finanziarie della società, i soci possono ricorrere personalmente a prestiti, versamenti o ad altri mezzi di finanziamento.

- **PRESTITI:** i soci possono concedere prestiti alla società, in misura proporzionale o meno alle loro quote di partecipazione al capitale sociale, garantendo la disponibilità di risorse finanziarie a costi inferiori rispetto a quelli praticati dagli istituti bancari ed evitando di ricorrere ad un formale aumento di capitale.
- **VERSAMENTI:** i soci possono effettuare versamenti di denaro, in misura proporzionale o meno alle loro quote di partecipazione al capitale sociale, incrementando il patrimonio netto della società e conferendo così maggiori garanzie ai terzi creditori. Può trattarsi di versamenti in conto capitale o a fondo perduto, a copertura di perdite, in conto aumento di capitale o futuro aumento di capitale, i quali non comportano di per sé alcuna variazione del valore nominale e del numero delle azioni o delle quote sociali.
- **RINUNCIA AI CREDITI:** i soci possono rinunciare, senza corrispettivo, ad uno o più dei loro crediti verso la società.
- **FINANZIAMENTI INDIRETTI:** i soci possono concedere alla società altre forme di finanziamento c.d. indiretto (es. dilazioni di pagamento, mancata riscossione di crediti pecuniari liberi ed esigibili, dividendi deliberati, canoni di locazione scaduti, compensi per prestazioni erogate alla società, etc.).



Il finanziamento dei soci: i prestiti

Disciplina generale

Il conferimento di denaro effettuato dai soci a titolo di prestito si configura come un **contratto di mutuo** ed è soggetto all'ulteriore disciplina specifica dettata dal codice civile in materia di **finanziamento dei soci** di S.r.l. (art. 2647 c.c.).

Limiti

Le società di capitali possono ricorrere ai prestiti dei soci con alcune **limitazioni** (cfr. provvedimento Banca d'Italia del 16 novembre 2016, viste le delibere CICR del 19 luglio 2005, attuativa dell'art. 11 del TUB, e del 22 febbraio 2006 n. 241):

- lo **statuto** deve prevedere la possibilità per la società di ricevere finanziamenti;
- i soci finanziatori devono essere iscritti nel libro dei soci da almeno **3 mesi**;
- i soci finanziatori devono detenere una partecipazione pari ad almeno il **2% del capitale sociale** risultante dall'ultimo bilancio approvato.

Le società possono raccogliere risparmio, senza alcun limite, presso società controllanti, controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile e presso controllate da una stessa controllante.



Il finanziamento dei soci: i prestiti

Remunerazione

Si presume in generale che i soci che abbiano effettuato un prestito abbiano diritto al pagamento di **interessi** almeno pari al tasso legale. Tuttavia, può essere convenuto con la società un finanziamento a **titolo gratuito** (infruttifero).

Forma (*segue*)

Il contratto di finanziamento **non richiede particolari formalismi**, ad eccezione del contratto fruttifero di interessi che necessita della **forma scritta** ogniqualvolta sia previsto un tasso di interesse superiore a quello legale (art. 1284 c.c.).

Si ritiene tuttavia **consigliabile** la forma scritta, anche per i contratti infruttiferi, sotto diversi aspetti:



Il finanziamento dei soci: i prestiti

Forma (segue)

- ✓ Qualificazione del finanziamento: il contratto di finanziamento sancisce il diritto del socio a vedersi restituire il finanziamento secondo i termini e le condizioni concordati con la società e interamente trascritti all'interno del medesimo documento, evitando che l'apporto di denaro possa essere inteso quale conferimento al patrimonio netto e configurando lo stesso quale credito del socio e debito della società di tipo finanziario.
- ✓ Disposizioni antiriciclaggio: nel caso il prestito sia concesso dal socio mediante versamenti in contanti e in più *tranche*, la produzione del contratto di finanziamento potrebbe essere utile a provare la volontà delle parti di effettuare il finanziamento (o la restituzione del medesimo) a determinate scadenze, evitando che l'operazione sia qualificata come artificiosamente frazionata al fine di aggirare la disciplina antiriciclaggio in materia di circolazione del denaro contante.



Il finanziamento dei soci: i prestiti

Quali modalità di stipula del contratto di finanziamento?

Forma

- **Scrittura privata**
- **Scambio di corrispondenza**
- **Delibera assembleare:** atto formale dell'organo amministrativo di richiesta e/o ricezione del finanziamento, coadiuva la procedura ma non può considerarsi sostitutivo dei precedenti strumenti.



«Perché l'obbligo di finanziamento verso la società, a titolo di mutuo, diventi obbligatorio per il socio non è sufficiente il solo assenso dell'ente, ottenuto con una delibera dell'organo assembleare, ma occorre che vengano costituiti ulteriori e distinti rapporti contrattuali tra la società e il socio. L'assemblea esprime immediatamente la volontà dell'ente, ma in assenza di una successiva manifestazione di volontà del socio non può ritenersi sorta una obbligazione avente ad oggetto il finanziamento e non possono, pertanto, avanzarsi pretese creditorie in caso di lamentato inadempimento dell'obbligo di finanziamento da parte del socio.» (Tribunale Roma, Sez. spec. Impresa, 04.04.2018)



Il finanziamento dei soci: i prestiti

Restituzione

I prestiti effettuati dai soci conferiscono, a determinate condizioni, il **diritto alla restituzione**. Tale diritto si prescrive in **cinque anni**.



«È invero consolidato orientamento di questa Corte che la prescrizione solo quinquennale, che viene dettata nel comma 1 dell'art. 2949, non abbia portata smisurata, bensì ristretta. La stessa riguarda unicamente, cioè, i diritti che derivano da rapporti inerenti all'organizzazione sociale in dipendenza diretta con il contratto sociale, nonché da rapporti relativi alle situazioni propriamente organizzative determinate dal successivo svolgimento della vita sociale.» (**Cass. Civile, sez. I, 14.03.2017 n.6561**)
Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto non applicabile la prescrizione abbreviata all'azione di regresso spettante al socio che, avendo assunto con altri soci un debito per finanziare la società, si rivolga ad un altro socio per il recupero della quota a lui facente carico, posto che il rapporto non trova la sua fonte in un obbligo derivante dal contratto sociale o da una deliberazione della società.



«In presenza di una delibera assembleare che renda indisponibile il finanziamento erogato dal socio in favore della società sino ad una certa data, la prescrizione quinquennale del diritto al rimborso comincia a decorrere soltanto dalla data predetta, in cui la prestazione diviene legalmente esigibile, atteso che l'art. 2935 c.c. correla la decorrenza della prescrizione alla possibilità (giuridica e non di mero fatto) dell'esercizio del diritto...» (**Cass. Civile, sez. I, 23.03.2017 n.7471**)



Il finanziamento dei soci: i prestiti

Restituzione (segue)

Ove il debito della società sia correttamente iscritto a **bilancio**, si considera come riconosciuto e tale riconoscimento impedisce la prescrizione.



«L'iscrizione in bilancio dei su richiamati finanziamenti, e quindi del conseguente debito verso i soci, equivale a riconoscimento di debito, impedendone la prescrizione avendo effetto interruttivo ai sensi dell'art. 2944 c.c., con la conseguenza che i relativi importi non possono costituire una sopravvenienza attiva. Per univoca e costante giurisprudenza, alla quale questa Commissione convintamente aderisce, in materia di scritture contabili, il dato risultante dal bilancio di una s.r.l., come nel caso di specie, ha la stessa efficacia di una ricognizione di debito pur trattandosi di un atto non negoziale (cfr. Cass. Civ. 8248/00, 5324/05).» (CTR Bari, 16.12.2010)

Il diritto alla restituzione non sussiste in capo ai soci che abbiano effettuato apporti di denaro non a titolo di prestito bensì di **versamento**, i quali conferiscono a ciascuno dei predetti soci il solo diritto a partecipare, dopo lo scioglimento della società, alla **ripartizione dell'attivo** ove questo sussista una volta soddisfatti tutti i creditori sociali. Particolarmente rilevante, in concreto, appare quindi capire quando un finanziamento è deliberato ed eseguito a titolo di *prestito* e quando, invece, a titolo di *versamento*.



La postergazione

Art. 2467 Codice Civile (*Finanziamenti dei soci*)

«Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito.

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

[La Legge 27 dicembre 2017, n. 205 ha disposto (con l'art. 1, comma 239) che «L'articolo 2467 del codice civile non si applica alle somme versate dai soci alle cooperative a titolo di prestito sociale»]



«È estensibile ad altri tipi di società di capitali il disposto di cui all'art. 2467 c.c. che, nelle s.r.l., prevede la postergazione del rimborso del finanziamento del socio concesso in situazioni che renderebbero necessario un conferimento, perché la "ratio" della norma consiste nel contrastare i fenomeni di sottocapitalizzazione nominale delle società "chiuse". Tale disciplina deve pertanto trovare applicazione anche al finanziamento del socio di una S.p.A., qualora le condizioni della società siano a quest'ultimo note, per lo specifico assetto dell'ente o per la posizione da lui concretamente rivestita, quando essa sia sostanzialmente equivalente a quella del socio di una S.r.l.» **(Cass. Civile, sez. I, 20.06.2018 n.16291)**



La postergazione

Il prestito può essere rimborsato ai soci, eventualmente alle scadenze previste nelle delibere assembleari con le quali è stato determinato, purché siano rispettate le condizioni previste dall'articolo 2467 c.c.. Il rimborso deve essere quindi **postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori** (ovvero restituito qualora sia effettuato nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento), al ricorrere di almeno uno dei presupposti individuati dal legislatore con riferimento al momento in cui veniva erogato il prestito:

(i) eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, ovvero



Con la sentenza della **Corte di Appello di Milano del 18.04.2014**, sono individuati due presupposti per la valutazione dell'insussistenza dello «squilibrio eccessivo» ovvero: (i) un indice di liquidità – rapporto tra la posizione di liquidità a breve termine e l'ammontare delle passività correnti – pari o di poco inferiore a 1; (ii) un indice di indipendenza finanziaria – rapporto tra patrimonio netto e capitale proprio e di terzi – non superiore al 70%.

(ii) situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.



«Il criterio di ragionevolezza, utilizzato dal legislatore per individuare i finanziamenti dei soci postergati, comporta la necessità di tener conto della situazione della società al tempo del finanziamento **confrontata con i comportamenti che nel mercato sarebbe ragionevole aspettarsi**» (Tribunale di Milano del 24.04.2007).



Qualificazione

Il finanziamento dei soci: i prestiti

La distinzione tra finanziamenti a titolo di mutuo (**prestiti**) e apporti finanziari destinati ad incrementare il patrimonio sociale alla stregua del capitale di rischio (**conferimenti di equity**), seppur astrattamente semplice, può comportare nella pratica notevoli difficoltà. Non esistendo alcuna regola che valga a distinguere le due diverse ipotesi, occorre fare riferimento alle circostanze di fatto che hanno accompagnato l'apporto di denaro per stabilire se esista o meno un diritto alla restituzione in capo al socio e, quindi, un credito nei confronti della società, nonché un eventuale diritto alla remunerazione delle somme erogate.



«L'erogazione di somme che, a vario titolo, i soci effettuano alle società da loro partecipate, può avvenire a titolo di mutuo oppure di apporto del socio al patrimonio della società. La qualificazione, nell'uno o nell'altro senso, dipende dall'**esame della volontà negoziale delle parti**, e la relativa prova, di cui è onerato il socio attore in restituzione, deve trarsi dal **modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto**, dalle **finalità pratiche** cui esso appare essere diretto e dagli **interessi che vi sono sottesi**, dovendosi, inoltre, avere riguardo, in mancanza di una chiara manifestazione di volontà, alla **qualificazione che i versamenti hanno ricevuto nel bilancio**, da reputarsi determinante per stabilire se si tratti di finanziamento o di conferimento, in considerazione della soggezione del bilancio all'approvazione dei soci.» **(Tribunale di Milano, 16.11.2017 n.11552)**



La riqualificazione del finanziamento

Quale *ratio*?

Contrastare fenomeni di sottocapitalizzazione delle società, evitando che i soci riducano il rischio di impresa (a proprio profitto e a scapito dei terzi) apportando nuove risorse nella società sotto forma di finanziamenti rimborsabili anziché sotto forma di conferimento vero e proprio. Sebbene l'istituto della postergazione - che assimila di fatto il trattamento dei finanziamenti erogati dai soci a quello del capitale di rischio, pur non comportandone un'equiparazione vera e propria - appaia già di per sé uno strumento di tutela dei creditori estranei alla compagine societaria, la *riqualificazione* dei finanziamenti dei soci potrebbe legittimarsi ogniqualvolta siano carenti alcuni elementi essenziali per la definizione dei medesimi e, nonostante la volontà delle parti rappresentata negli atti negoziali ovvero in bilancio, sussistano indizi di negozio simulato.

Riqualificazione volontaria (*conversione*)

Necessaria una delibera assembleare (straordinaria in caso di aumento del capitale sociale, ordinaria in caso di copertura di perdite) che espliciti chiaramente la volontà dei soci di utilizzare i finanziamenti a copertura delle perdite o ad aumento del capitale sociale. La riqualificazione del finanziamento da *prestito* a *versamento in conto capitale* implica che tale finanziamento sia attribuito ai soci in proporzione alle quote di partecipazione da essi detenute, indipendentemente dall'originaria partecipazione al finanziamento effettuata dal singolo socio.



La responsabilità di amministratori e sindaci

Art. 2043 Codice Civile (*Risarcimento per fatto illecito*)

«Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

Art. 2394 Codice Civile (*Responsabilità verso i creditori sociali*)

«Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale [...]»

Art. 2476 Codice Civile (*Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*)

«Le disposizioni dei precedenti commi non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori»



«La norma di cui all'art. 2467 c.c., nel fissare la regola della postergazione del rimborso del finanziamento dei soci, ha lo scopo di evitare che società sottocapitalizzate operino con finanziamenti a titolo di capitale di prestito da parte dei soci e che il rischio correlato alla gestione priva di mezzi propri sia traslato ai creditori. Sono **responsabili**, ai sensi degli artt. 2394 c.c. e 146 l. fall., **gli amministratori di una società fallita che abbiano restituito ai soci delle somme in violazione dell'art. 2467 c.c.**»
(Tribunale Bari, sez. IV, 05.02.2018 n. 559)



La responsabilità di amministratori e sindaci

Art. 2407 Codice Civile (*Responsabilità*)

«I **sindaci** devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio.

Essi sono **responsabili solidalmente con gli amministratori** per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero **vigilato** in conformità degli obblighi della loro carica.

[...]»

In quali casi il Collegio sindacale può essere ritenuto responsabile in relazione agli atti compiuti dagli amministratori nell'ambito dei finanziamenti dei soci?



La responsabilità di amministratori e sindaci

I sindaci possono essere chiamati a rispondere laddove non abbiano rilevato una **macroscopica violazione** posta in essere dagli amministratori o non abbiano reagito ad atti di **dubbia legittimità e regolarità**, così da non assolvere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede.



«La **configurabilità dell'inosservanza del dovere di vigilanza**, imposto ai sindaci dall'art. 2407 c.c., co.2, non richiede l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede» **(Cass. Civile, Sez. I, Ordinanza n.16314 (ud. 27.04.2017 - dep. 03.07.2017))**. Nel caso di specie, la responsabilità sociale dei sindaci veniva fondata esclusivamente sul **non avere correttamente vigilato sulla condotta dell'amministratore** di una società fallita e, in particolare, sul **non avere impedito la restituzione a taluni soci di pregressi finanziamenti** erogati alla medesima società, quanto quest'ultima si trovava già in stato di insolvenza.



Grazie dell'attenzione

