

Loredana Nazzicone

Concetti indeterminati nella disciplina della s.r.l.: i finanziamenti anomali

SOMMARIO: 1. Tecnica regolatoria e giurisprudenza – 2. Fatti economici e diritto delle società – 3. Il ruolo del giudice – 4. I finanziamenti ‘anomali’ alla società in crisi – 5. *Ratio* della disciplina – 6. (*Segue*): breve digressione sul capitale sociale – 7. L’opzione in favore di *standards* – 8. Altri elementi della fattispecie – 9. L’effetto – 10. Conclusioni

1. Tecnica regolatoria e giurisprudenza

Nella proclamata accentuazione dell’autonomia contrattuale della nuova società a responsabilità limitata, il legislatore del 2003 non è stato alieno dall’utilizzare concetti indeterminati e clausole generali, che necessariamente assegnano all’interprete un ruolo di primo piano.

Gli elementi indeterminati o vaghi della fattispecie vengono accomunati alle clausole generali quale ‘concetti-valvola’, dispositivi tecnici cui l’ordinamento ricorre quando essa prospetta maggiori vantaggi della scelta di una fattispecie analitica.

Nelle società di capitali, infatti, è centrale l’‘attività’, che mal si presta ad essere ricondotta per intero negli schemi teorici dell’atto giuridico e che è destinata ad incidere, a volte in modo non prevedibile, sugli interessi dei terzi: da qui, talune norme imperative, ma anche il bilanciamento degli interessi, rimesso al giudice.

Da un lato, le attività complesse e protratte nel tempo, come quella dell’impresa societaria, sfuggono a regole di condotta precise: una regola troppo ‘estesa’ potrebbe includere una quantità eccessiva di condotte scoraggiando senza ragione l’iniziativa economica, mentre una regola dal ‘ristretto’ ambito di applicazione potrebbe lasciarsi troppo facilmente aggirare, onde sul piano dell’efficienza economica potrebbe preferirsi lo standard. Dall’altro

lato, questo è di applicazione più incerta rispetto alla *rule*, almeno fino a quando non si sia consolidata una certa interpretazione giurisprudenziale¹.

Il legislatore della riforma ha tentato di trovare un punto di equilibrio tra l'istanza di autonomia ed il mantenimento di regole inderogabili.

La scelta della tecnica normativa involge, invero, questioni teoriche (il ruolo dell'interprete, la completezza dell'ordinamento, il rapporto tra diritto e morale): e la riforma del 2003 ha dichiaratamente inteso favorire la competitività delle imprese, ma attraverso il controllo, in molti punti cruciali, offerto dal giudice. La storia dei concetti-valvola si lega alla fiducia o diffidenza nel ruolo dell'interprete²: essi aprono il diritto positivo verso una normatività derivante da parametri desunti dallo stesso ordinamento, per il tramite di altre norme o dei suoi principi generali, da altre scienze e tecniche extragiuridiche o dai valori genericamente 'sociali'.

Quel che è certo è che le valutazioni, richieste nell'applicazione dei concetti indeterminati, devono essere compiute non nell'interesse dei 'mercanti', ma del 'mercato': occorre cioè aver riguardo a quel che nuoce o a quel che giova al buon funzionamento del mercato medesimo, perché in questo risiede l'interesse generale.

2. *Fatti economici e diritto delle società*

Nel diritto societario, la comprensione dei fatti economici rileva sia nel procedimento logico che conduce alla norma da parte del legislatore, sia nella costruzione della stessa, sia nei criteri d'interpretazione³. È diritto denso di nozioni economiche, le quali compongono le norme che il giudice deve applicare.

Molti elementi indeterminati delle fattispecie di diritto societario e commerciale vanno individuati con riferimento a valutazioni tratte dalla scienza economica o aziendalistica; e lo stesso 'diritto vivente' fa a volte applicazione di tali concetti⁴. Ma, se l'elemento afferente ad altre scienze richiede di essere

¹ C. GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, CEDAM, Padova 2008, p. 275.

² C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in «Giur. comm.», 2001, I, pp. 421 e 431.

³ Si parla di una delicata circolarità di regolamentazione e condizionamento, insita nel rapporto tra diritto e mercato: cfr. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, *op. cit.*, p. 430.

⁴ Il comportamento «inspiegabilmente antieconomico» o «assolutamente contrario ai canoni dell'economia, che il contribuente non spieghi in alcun modo» è assunto a parametro da molte sentenze tributarie per ammettere l'accertamento induttivo del reddito (Cass. 21 aprile 2010, n. 9469, in «Riv. dir. trib.», 2010, II, p. 255, con nota di M. BEGHIN, *La*

specificato in sede interpretativa, tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica: l'opera di concretizzazione svolta dal giudice implica la creazione di 'subnorme', che grazie alla disposizione elastica divengono regole di diritto positivo.

3. *Il ruolo del giudice*

Diffuso il rilievo che il ricorso del legislatore ai concetti-valvola si traduca in un riconoscimento della funzione creativa del diritto, assunta dal giudice mediante i suoi 'precedenti'.

Il tema delle si lega storicamente con quello sui 'poteri del giudice'.

Comunque, nessuno afferma che la clausola generale dia luogo ad una delega al giudizio 'personale' del singolo giudice; al contrario, grande è l'esigenza di stabilizzazione e prevedibilità delle decisioni derivanti dall'applicazione di clausole generali stesse; e a tal fine provvede il 'sistema dei precedenti'⁵.

Le regole che governano le società commerciali sono, così, dettate dal legislatore, ma il giudice concorre nella determinazione di quelle regole con il sistema dei precedenti. Del resto, il contributo al diritto vivente da parte della giurisprudenza è un elemento comune a tutte le complesse società contemporanee.

4. *I finanziamenti 'anomali' alla società in crisi*

La disciplina della rinnovata s.r.l. (art. 2462-2483, c.c.) utilizza una serie di sintagmi indeterminati nella composizione del testo normativo.

Alcuni coincidono con le clausole generali diffuse in tutto il codice civile.

*tassazione degli interessi attivi «da addebitare» nei rapporti commerciali e lo sdruciolevole predominio delle «fondamentali regole di ragionevolezza» economica); in tema di divisione, il criterio dell'assegnazione di porzioni eguali mediante estrazione a sorte, di cui all'art. 729 c.c., è derogabile quando il sorteggio comporti un «frazionamento antieconomico» (Cass. 8 febbraio 2013, n. 3140, in «Foro it.», 2013, I, col. 1947); in tema di vendita sottocosto si va ad esaminare se essa sia 'antieconomica' da parte del soggetto che, godendo di una posizione dominante sul mercato, può praticare il *dumping* dei prezzi per poi operare da monopolista al rialzo (Cass. 26 gennaio 2006, n. 1636, in «Foro it.», 2006, I, col. 687).*

⁵ Oggi è acquisito che «l'interpretazione delle clausole generali si giova dell'*argumentum ab exemplo*, e in particolare del richiamo dei precedenti giudiziari. Sono questi perciò a fornire la regola della decisione», F. ROSELLI, *Le clausole generali, oggi*, in «Dir. romano attuale», 2003, fasc. 10, 37, pp. 49 e 52.

Troviamo la ‘buona fede’ in molte norme, quale limite o regime di opponibilità di un atto giuridico ai terzi (art. 2470, 3° comma, 2475-ter, 2476-bis, 2479) e la ‘giusta causa’ (art. 2473-bis).

Pure numerosi i concetti indeterminati utilizzati, al pari che in altri settori dell’ordinamento: ad esempio, per valutare un lasso di tempo, come ‘senza indugio’ (art. 2478, 2481, 2482-bis, 2482-ter) e ‘tempestivo’ (art. 2479-bis).

Diverse le espressioni tipicamente giuridiche, ma generiche e da concretizzare, come per i ‘particolari diritti riguardanti l’amministrazione’ della società o la distribuzione degli utili (art. 2468), l’aver il soggetto ‘intenzionalmente agito’ a danno della società (art. 2475-bis) o l’amministratore commesso ‘gravi irregolarità’ nella gestione (art. 2476).

Ma vi sono espressioni ‘specifiche’ della nuova s.r.l.: le troviamo negli artt. 2467 sul finanziamento dei soci e 2473 sul recesso. Delle prime vorrei qui trattare.

5. Ratio della disciplina

La disciplina è dettata solo per le s.r.l. (art. 2467) e le società eterodirette (art. 2497-*quinquies*, c.c., di mero rinvio al primo): quei casi, cioè, in cui l’impresa societaria è tipologicamente caratterizzata dalla presenza di soci dotati di informazioni e poteri sulla gestione, in una riproposizione del binomio potere-rischio d’impresa.

La norma intende reagire alla possibile traslazione del rischio d’impresa dalla società al mercato. Il finanziamento è ‘anomalo’ in quanto un creditore sul mercato del credito non lo avrebbe concesso, o non a quelle condizioni. Sono entrambe situazioni in cui quindi l’impresa viene finanziata in circostanze che fanno emergere il cd. «rilievo organizzativo del prestito»⁶.

In contraddizione con l’intento negoziale delle parti, a tutela dei creditori della società la formale collocazione di una situazione giuridica sul piano extrasociale viene condizionata, nel suo esercizio, in conseguenza del significato che assume con riferimento all’assetto societario (così come avviene nelle costruzioni della società di fatto e della società apparente). Allora: solo in presenza di un abuso – le condizioni di squilibrio – si

⁶ N. BACCETTI, *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in «Giur. comm.», 2012, I, p. 804 nota 13.

legittima il superamento della formale separazione tra diritto extrasociale e rapporto sociale⁷.

Il principio sotteso è, pur sempre, quello della buona fede, in quanto in concreto l'esercizio del diritto extrasociale al rimborso non sarebbe con quello coerente.

6. (Segue): *breve digressione sul capitale sociale*

L'ordinamento considera il capitale sociale uno strumento di tutela contro la tendenza alla traslazione del rischio ai terzi: si pensi al divieto di distribuire utili in presenza di perdite (art. 2433, c.c.) o alle norme sulla riduzione del capitale (artt. 2445-2447, c.c.).

Occorre prendere atto, peraltro, di una tendenza legislativa del legislatore comunitario e nazionale degli ultimi anni. Si pensi ai conferimenti senza stima, alla significativa riduzione del capitale minimo della s.p.a., alle s.r.l. semplificata e a capitale ridotto (di cui residua l'art. 2463-bis, c.c. sul capitale minimo di 1 euro), alle start up innovative, all'art. 182-*sexies*, l.f. sulla possibilità di evitare la riduzione per perdite, ecc.

Sono segnali che ridimensionano la funzione del capitale sociale, secondo l'idea che il patrimonio e l'attivo patrimoniale non siano in sé idonei a garantire direttamente i creditori sociali: la teoria aziendalistica presta attenzione, piuttosto, alla capacità di reddito⁸. Il fulcro della tutela del ceto creditorio risiede nel corretto funzionamento dell'impresa quale garanzia di conservazione delle condizioni di equilibrio e di solvibilità; rileva il venir meno della prospettiva della continuità aziendale per effetto della situazione di disequilibrio finanziario: la regola «ricapitalizza o liquida» viene oggi riformulata in quella «ripristina l'equilibrio finanziario (risana) o liquida»⁹.

⁷ C. ANGELICI, *Diritti extrasociali e obblighi sociali*, in «Giur. comm.», 2009, II, p. 655, pp. 658 s.

⁸ F. NIEDDU ARRICA, *La rilevanza dell'equilibrio finanziario nelle opposizioni dei creditori alle riduzioni del capitale sociale*, in «Riv. società», 2014, p. 1358. Ma si segnalano i rischi, che potrebbero superare i benefici attesi (N. ABRIANI, *Il capitale sociale dopo la «nuova» seconda direttiva e il d.leg. 4 agosto 2008 n. 142: sulla c.d. «semplificazione» della disciplina dei conferimenti in natura, dell'acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza finanziaria*, in «Riv. dir. impresa», 2009, pp. 227 e 258).

⁹ C. MONTAGNANI, *Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale*, in «Riv. dir. comm.», 2013, I, 245, p. 247; G. OLIVIERI, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, in «Riv. dir. comm.», 2013, I, pp. 515 e 524.

E dell'art. 2445, c.c. si dà una lettura coordinata con l'art. 2467, c.c.: se ricorre almeno uno dei presupposti di quest'ultimo, la scelta di ridurre il capitale deve ritenersi contraria ai criteri di un principio generale di diritto dell'impresa riconducibile ai canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale¹⁰.

7. *L'opzione in favore di standards*

La fattispecie dell'art. 2467, c.c. contempla due situazioni alternative, che palesano la sottocapitalizzazione nominale: la società ha adeguati mezzi, ma è sproorzionata la percentuale fra quelli propri ed altrui.

Invece di una fattispecie determinata riferita a circostanze e valori precisi, il legislatore ha prescelto una fattispecie indeterminata, ma con l'uso di concetti delle scienze economiche; peraltro, ha sottoposto al medesimo trattamento i prestiti di tutti i soci, per la certezza del diritto ed evitando che il giudice di volta in volta debba valutare l'esistenza di effettivo potere imprenditoriale.

La norma richiede la situazione di crisi: «eccessivo» squilibrio, «ragionevole» conferimento. Pur nella dicotomia formale, le due fattispecie esprimono lo stesso principio.

La situazione di «eccessivo squilibrio» rimanda alle discipline aziendalistiche: mediante gli indici di bilancio si dovrà verificare se l'indebitamento sia eccessivo, o meglio il rapporto relativo tra debiti e patrimonio netto. In concreto, si suggerisce il riferimento al rischio d'insolvenza¹¹; ai requisiti dell'indebitamento nella disciplina del prestito obbligazionario di s.p.a. ex art. 2412, c.c., norma che conterrebbe «un criterio di adeguata proporzionalità dell'indebitamento delle imprese rispetto alla loro garanzia patrimoniale»¹²; all'art. 2, 1° comma, lett. b), d.lgs. n. 270 del 1999 sull'amministrazione straordinaria, dato che si tratta sempre di imprese insolventi¹³.

Queste tesi danno un ausilio alla valutazione discrezionale del giudice. Peraltro, si reputa inesistente nella stessa finanza aziendale una definizione

¹⁰ NIEDDU ARRICA, *La rilevanza dell'equilibrio finanziario nelle opposizioni dei creditori alle riduzioni del capitale sociale*, op. loc. cit.

¹¹ OLIVIERI, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, op. cit., p. 526.

¹² V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in «Riv. dir. impresa», 2005, 1079, condiviso da A. POSTIGLIONE, *Note sulla postergazione dei finanziamenti dei soci di spa*, id., 2011, 467, p. 474.

¹³ G. BALP, *I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in «Riv. società», 2007, pp. 345 e 401.

aritmetica esatta di squilibrio eccessivo dell'indebitamento rispetto ai mezzi propri.

Si può convenire che nel secondo parametro – la situazione in cui sarebbe stato «ragionevole» un conferimento – sia ricompresa la predetta situazione di squilibrio finanziario notevole. Alla clausola di 'ragionevolezza' è però affidato il delicato compito di selezionare le ipotesi in cui scattano gli effetti collegati alla fattispecie.

Invece che volgere senz'altro questo standard in clausole generali più familiari al giurista italiano (buona fede, diligenza), il legislatore ha infatti preferito utilizzare il termine di *common law*, ove implica il riferimento ad un comportamento medio, ordinario, abituale, proporzionato, dunque proprio di una persona dotata di buon senso ed equilibrio, che uniformi la sua condotta ai dettami del raziocinio e ai parametri sui quali si fonda la vita di una collettività determinata¹⁴. Si tratta di una valutazione del comportamento di natura prettamente oggettiva.

La nozione, che ha origine in altri ordinamenti, compare in leggi speciali¹⁵ e nel codice civile, compresa la disciplina delle società¹⁶; il diritto vivente ne fa pure applicazione¹⁷.

Nell'art. 2467, c.c. si tratta di 'ragionevolezza economica'. La complicazione data dall'acquisita certezza secondo cui l'*homo oeconomicus* spesso è soggetto ad errori ed autoinganni (come ci ha insegnato la psicologia cognitiva): uno per tutti, il cd. effetto dei costi affondati (*sunk-cost effect*) e dei tempi affondati (*sunk-time effect*): una decisione razionale non

¹⁴ Ragionevolezza come misura della congruità del mezzo allo scopo diviso (C. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224*, in «Quadrimestre», 1992, p. 65); «comportamento che sia espressione di percezioni, valutazioni e scelte improntate al canone della razionalità» (R. RORDORF, *Tutela dei diritti e ragionevolezza economica*, in «Questione giustizia», 2013, fasc. 6, pp. 20 e 24).

¹⁵ Cfr. art. 5 d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224 sulla responsabilità da prodotti difettosi

¹⁶ Art. 2501-*bis*, c.c., ove si parla di verifica di «ragionevolezza» del progetto di fusione nell'attestazione degli esperti; art. 67, comma 3, lett. *d)-e)*, 182-*bis*, l.f., ove la relazione del revisore deve attestare la «ragionevolezza» del piano di risanamento e l'«attuabilità» dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, «con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei»; art. 39 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, sulle relazioni finanziarie tra società e revisore contabile, da cui «un terzo informato, obiettivo e ragionevole» dedurrebbe il conflitto di interessi.

¹⁷ Si pensi alla misura del compenso dell'amministratore, che deve essere «ragionevole» e non sproporzionato rispetto ai compiti (Arb. Milano, 30 marzo 2009, in «Riv. dir. comm.»., 2010, II, p. 87) o al ragionevole affidamento nell'apparente rappresentante (Cass. 27 gennaio 2015, n. 1451, in «Foro it.»., Rep. 2015, voce *Associazione non riconosciuta*, n. 2; e v. ora l'art. 348-*bis*, c.p.c.

dovrebbe mai considerare gli esiti delle scelte fatte prima, ma gli individui manifestano la tendenza a continuare nella condotta precedentemente tenuta, anche se non più proficuo, in ragione del costo e del tempo già spesi (è una delle principali cause per cui non si abbandona un giudizio, dopo averne sostenuto costi, anche quando è probabilmente perdente)¹⁸.

Si può comunque osservare che non è così chiaro quando è 'ragionevole' un finanziamento e quando un conferimento.

Gli stessi risultati delle scienze aziendali ancorano la scelta tra le due modalità di apporto all'impresa a numerosi fattori: in particolare, potrebbe ben dirsi che, in una situazione di crisi, sarebbe assai poco ragionevole anche continuare ad investire nell'impresa capitali di rischio¹⁹.

Ciò che pare senz'altro potersi affermare è che, secondo l'*id quod plerumque accidit* nelle scelte economiche, un soggetto razionale – un buon operatore finanziario – non presta danaro all'impresa in crisi, in ragione di una valutazione negativa della meritevolezza del credito; mentre, invece, in quelle situazioni lo farebbe soltanto chi avesse ragioni diverse per effettuarlo, perché si ripromette di spingere la società verso la ripresa e trarne utili mediante un azzardo (*moral hazard*), in tal modo però inducendo artificialmente la società a rimanere sul mercato a scapito degli altri creditori.

Dunque, la situazione è quella in cui si effettua il finanziamento quando la società finanziata versa in condizioni economico-finanziarie tali che un ipotetico terzo esterno, operante nel rispetto degli ordinari criteri di razionalità economica ed efficiente gestione dei rischi creditizi, avrebbe ritenuto non prudente né conveniente l'erogazione del prestito²⁰. Occorre chiedersi quale sarebbe il comportamento «socialmente tipico» di apporti di terzi alla società in queste situazioni²¹. Verificando se un terzo disinteressato avrebbe fatto credito alla società alle normali condizioni di mercato e senza garanzie²².

Il momento rilevante in cui verificare le condizioni predette è quello della concessione del finanziamento (per ricostruire la situazione finanziaria dell'epoca, si suggerisce agli amministratori di attestare la situazione

¹⁸ C. BONA, C.E. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto*, il Mulino, Bologna 2013, *passim*.

¹⁹ OLIVIERI, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, *op. cit.*, p. 525.

²⁰ G. PERONE, *La postergazione dei finanziamenti ascendenti infragruppo*, in «Giur. comm.», 2012, I, p. 883 nota 18.

²¹ C. ANGELICI, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, in «Riv. dir. comm.», 2011, I, pp. 49 e 59.

²² E. MARCHISIO, *I «finanziamenti anomali» tra postergazione e prededuzione*, in «Riv. not.», 2012, p. 1295.

patrimoniale e finanziaria del momento ed il tipo di contratto). Non rileva, invece, se la difficoltà sia successiva al momento della concessione del finanziamento; mentre sembra doversi tener conto del venir meno di quello squilibrio iniziale.

8. Altri elementi della fattispecie

Naturalmente i problemi non finiscono qua, perché poi occorre determinare cosa intenda la norma per 'finanziamento' soci²³, ossia se, come pare, la nozione vada intesa in senso stretto, per evitare di pervenire ad applicazioni troppo ampie.

La qualità di socio di s.r.l. è requisito necessario e sufficiente per applicare la disposizione, né sono poste soglie minime di partecipazione. Sia la lettera della legge, sia la 'ratio'²⁴ convincono che si applica ai finanziamenti di tutti i soci di s.r.l. e non solo a quelli titolari di partecipazioni rilevanti. A ciò si aggiunga l'esigenza di certezza del diritto, che sarebbe compromessa ove, in mancanza di indicazioni legislative, si chiedesse all'interprete di volta in volta di fissare la soglia della partecipazione rilevante nella situazione del caso concreto (con le connesse difficoltà di prova, valutazione, ecc.)²⁵. Poiché il diritto al rimborso sorge già postergato, esso permane con tale caratteristica pure ove il socio esca dalla società²⁶.

²³ Fermo restando che la norma lascia del tutto impregiudicata la questione della concreta qualificazione dell'apporto del socio (su cui es. Cass. 30 marzo 2007, n. 7980, in «Foro it.», 2008, I, col. 1237, con nota di C.G. CORVESE; Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, *id.*, 2008, I, col. 2244): onde, dinanzi ad un apporto di danaro alla società, il giudice dovrà verificare se si tratta di versamento o di finanziamento attraverso un'analisi volta ad individuare la causa del negozio.

²⁴ Il socio, tanto di maggioranza quanto di minoranza, può parimenti contribuire a tenere in vita un soggetto finanziandolo in via sostitutiva al conferimento di capitale di rischio: OLIVIERI, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, *op. cit.*, p. 521; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Giuffrè, Milano 2005, p. 218.

²⁵ Altri, ravvisando invece nella norma un segmento dello 'statuto' del socio di controllo, ritengono implicito il requisito di una partecipazione di maggioranza (C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali - Lezioni di diritto commerciale*, CEDAM, Padova 2007², p. 48); per alcuni, dipende dall'atteggiarsi della concreta operazione, potendo anche il finanziamento del socio di minoranza essere postergato in presenza di una continuità di simili operazioni, partecipazione alla gestione dell'impresa, particolari condizioni del finanziamento, ecc. (G. TERRANOVA, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Jovene, Napoli 2004, pp. 1449 e 1477).

²⁶ POSTIGLIONE, *Note sulla postergazione dei finanziamenti dei soci di spa*, *op. cit.*, p. 477, ove altre citazioni.

L'espressione del finanziamento 'in qualunque forma erogato' induce ad ampliare la tipologia degli atti sottoposti alla disciplina ai finanziamenti indiretti, ossia quelli concessi non direttamente dal socio, ma da altro soggetto interposto (in via fittizia o reale). Più dubbi quanto ai soggetti distinti e senza interposizione, ma solo riconducibili al socio come parte correlata, a meno che si possa allora riconoscere il presupposto dell' "interesse per conto altrui" in capo al finanziatore diretto²⁷.

Non rileva se l'apporto sia a titolo oneroso o gratuito²⁸.

Di altri elementi, non direttamente collegati a nozioni o concetti indeterminati, non è dato ora trattare²⁹.

9. L'effetto

La norma intende trovare una soluzione al fenomeno della sottocapitalizzazione nominale, nel quale devono essere bilanciati l'interesse individuale del socio e quello più ampio della comunità dei creditori, in ispecie di quelli involontari o deboli.

Delle due tecniche possibili, il legislatore ha scelto la seconda: non la riqualificazione (come nel diritto tedesco), ma la mera degradazione nell'ordine di soddisfazione o postergazione legale, che rende il finanziamento non più discrezionalmente, ma solo subordinatamente restituibile, onde la causa resta quella di finanziamento³⁰.

Per taluni aspetti, la condizione del socio finanziatore risulta addirittura peggiore rispetto a quella del socio che abbia conferito anche formalmente

²⁷ Si deve superare il requisito della necessaria identità formale del socio e del finanziatore, non solo nei casi in cui si ravvisi un fenomeno di interposizione fittizia o reale, ma in tutti i casi di finanziamenti erogati da parti correlate o comunque riconducibili al socio, secondo Trib. Padova 16 maggio 2011, in «Fallimento», 2012, p. 219, con nota di R. CALDERAZZI; in «Banca, borsa ecc.», 2012, II, p. 222, con nota di G. BALP. Si afferma l'applicabilità ai finanziamenti operati dalla società fiduciaria per conto del fiduciante: A. ZOPPINI, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da «terzi» (con particolare riguardo alle società fiduciarie)*, in «Riv. dir. privato», 2004, p. 417; MAUGERI, *Finanziamenti «anormali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, *op. cit.*, p. 230.

²⁸ Trib. Padova 16 maggio 2011, cit.

²⁹ Così: se la medesima *ratio* sussista quando il socio presta fideiussione o altra garanzia per favorire il finanziamento della società (in quelle condizioni di crisi) da parte di terzi; e se ricomprenda la concessione di beni in godimento o la prestazione di servizi alla società.

³⁰ Al riguardo, cfr. C. ANGELICI, *I finanziamenti dei soci nel tempo e nello spazio*, in «Riv. dir. comm.», 2013, II, p. 93.

capitale di rischio, perché, per quest'ultimo, il principio di postergazione rispetto alle ragioni dei creditori non è assoluto, potendosi invece dare situazioni (riduzione del capitale e casi di recesso) nelle quali, pur con certe garanzie per i creditori sociali, il socio è in grado di conseguire in tutto o in parte la restituzione anticipata del proprio conferimento³¹.

Sempre nel rispetto dei limiti del lavoro, non si esaminano altre questioni³².

10. Conclusioni

È indicativo che il ricorso a concetti indeterminati, che confidano nell'integrazione giudiziaria, sia avvenuto con un comun denominatore: la tutela dei soggetti – soci di minoranza e creditori – non partecipi alla gestione del potere imprenditoriale.

Nei casi ricordati, non è prevista l'invalidità o l'inefficacia dell'atto: le forme di controllo non consistono in ciò, ma nella facoltà del socio di recedere, nella postergazione del credito del socio finanziatore o nelle azioni contro gli amministratori.

La disciplina mediante concetti indeterminati in materia societaria ed economica ha diversi vantaggi: permette l'adeguamento del diritto ai fatti concreti della controversia ed avrebbe, inoltre, miglior effetto dissuasivo.

Al giudice, dunque, il legislatore ha assegnato il ruolo di fondare le linee guida di comportamento dei soci e degli amministratori nelle società a responsabilità limitata. L'attenzione vira, così, sul procedimento decisorio e motivazionale del giudice; ed il ragionamento decisorio assume caratteri particolari, quando occorre decidere applicando concetti giuridici indeterminati: è il fatto che orienta il giudice (allora, sempre più specializzato) all'adozione della regola concreta.

³¹ Così R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in «Società», 2004, p. 547.

³² Quali: se la postergazione operi nella società *in bonis*, nella fase di liquidazione o solo in sede fallimentare; se sia reversibile; l'esenzione da revocatoria fallimentare, a certe condizioni; la prededucibilità; le classi di creditori nel concordato preventivo. Soprattutto, l'ambito di applicazione, con riguardo a finanziamenti *ante* riforma e del socio di minoranza, alla S.p.A. non eterodiretta, alle società di persone; nonché, nel gruppo, il finanziamento anomalo dalla controllata alla controllante (c.d. *upstream*) e nei controlli non partecipativi.

Abstract

La nuova s.r.l., pur nel richiamato intento del legislatore della riforma di accentuare l'autonomia dei soci, è regolata da numerose clausole generali o norme a fattispecie indeterminata, sovente a contenuto economico.

Infatti, si guardi al mercato come luogo artificiale, creato dalle regole e identificabile con il suo statuto giuridico, oppure si affermi che il diritto rincorre il mercato per ordinarlo, il diritto societario, e commerciale in generale, è intriso di nozioni economiche.

Molte di queste entrano nelle norme mediante elementi indeterminati della fattispecie, accomunati alle clausole generali quale 'concetti-valvola', dispositivi tecnici cui l'ordinamento ricorre quando non è in grado di prescegliere, oppure non si rivela utile farlo, la tecnica della fattispecie analitica.

Ai concetti indeterminati è affidato dunque il delicato compito di offrire la soluzione più razionale dei casi concreti; e al giudice di interpretarle ed applicarle.

Il saggio esaminato, in particolare, i contenuti indeterminati della fattispecie dei cc.dd. finanziamenti anomali dei soci di s.r.l.