

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

Il Tribunale di Udine,

sezione civile,

riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati

dott. Alessandra Bottan Griselli

Presidente;

dott. Gianfranco Pellizzoni

Giudice;

dott. Mimma Grisafi

Giudice rel.;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n° 742/07 R.A.C.C. promossa con ricorso depositato il 23/1/07, da

- **A** con l'avv. per procura a margine della comparsa di costituzione di nuovo procuratore di data 26/9/08

ricorrente;

contro

- **FALLIMENTO "B SPA"**, in persona del Curatore dott. con il proc. e dom. avvocato per procura speciale a margine della comparsa di risposta,

resistente;

avente ad **oggetto**: ammissione tardiva di credito .

Causa iscritta a ruolo il 6/2/07.

CONCLUSIONI:

per parte ricorrente: "Chiede di essere ammesso al passivo del fallimento della società B spa in via chirografaria per la somma di euro 362.705,71 di cui euro

84.889,28 in surroga del credito già ammesso al passivo a favore della Banca C. Spese rifuse.”

-per parte convenuta Curatela: “Nel merito: ritenuto che le somme di cui il ricorrente chiede l’insinuazione ai sensi dell’art. 101 lf. in via di regresso o di surroga costituiscono rimborso del finanziamento del socio a favore della società agli effetti dell’art. 2467 cc, ammettersi il relativo credito al passivo del fallimento B spa con collocazione postergata all’integrale pagamento di tutti gli altri creditori chirografari, diversi da quelli per rimborso di finanziamenti soci ai sensi della richiamata disposizione di legge. Spese rifuse. In eventualità istruttoria: disporsi ove ritenuto necessario, l’espletamento di CTU per accertare se, nel momento in cui il ricorrente ha rilasciato alle banche le fidejussioni dalla cui escussione trae titolo la domanda di insinuazione per cui è causa, la società poi fallita presentasse o no un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto ovvero una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento dei soci.”

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 23/1/07 A ha chiesto di essere ammesso in via tardiva in chirografo al passivo del fallimento “B spa” per complessivi euro 362.705,71, di cui euro 84.889,28 in surroga del credito già ammesso al passivo a favore della Banca C. A sostegno della pretesa il ricorrente ha esposto: di aver prestato in data 5/2/04 a favore della Banca C fideiussione bancaria per euro 260.000,00 a garanzia della totalità delle obbligazioni contratte dalla società B spa e in data 5/8/04 altra fideiussione per euro 100.000,00 a garanzia del mutuo chirografario concesso alla medesima società; che in virtù di tali garanzie era stato chiamato pagare i seguenti importi: euro 84.889,28 a saldo

del residuo debito, compreso nel credito già insinuato ed ammesso al passivo dalla Banca C, per scoperto di conto corrente e per residuo debito del mutuo chirografario n. 190219 (credito nel quale l'istante era stato surrogato dalla suddetta banca a norma dell'art.1949 cc); euro 103.286,21 a rimborso di quanto pagato in data 2/5/06 dalla stessa banca D spa per canoni insoluti del contratto di locazione finanziaria n.2033440024; euro 113.380,79 a rimborso di quanto pagato in data 11/10/06 dalla Banca C a favore della Banca D a titolo di penale ex art. 19 per la risoluzione anticipata del medesimo contratto di leasing, fino a concorrenza del residuo ammontare garantito con la fideiussione n. 35/04; di avere altresì prestato fideiussione a favore della Banca E in data 19/12/03 a garanzia del mutuo chirografario di originari euro 100.000,00 erogato alla società B Spa in data 19/12/03; che in virtù di tale garanzia in data 22/8/05 e in data 20/9/05 il ricorrente era stato chiamato a rimborsare alla banca la somma di euro 64.653,33 di cui era debitrice principale la società fallita per rate scadute e per residuo debito del mutuo chirografario; che, in mancanza di tempestivo pagamento, a parziale deconto del suddetto debito, in data 30/11/05 la banca aveva incamerato la somma di euro 61.149,43, ottenuto dalla vendita coattiva di n.1.200 azioni della medesima banca di cui il ricorrente era intestatario.

All'udienza fissata davanti al Giudice Delegato, stante l'opposizione all'ammissione del credito, alla Curatela è stato concesso un termine per costituirsi.

La Curatela si è costituita opponendosi all'ammissione del credito in via chirografaria. Assumendo che le somme per cui il ricorrente si è insinuato in via di regresso o di surroga, se riconosciute rappresenterebbero rimborso del finanziamento dallo stesso effettuato nella sua qualità di socio agli effetti dell'art.

2467 cc, ha chiesto che le somme siano ammesse al passivo del fallimento con collocazione postergata all'integrale pagamento di tutti i creditori chirografari diversi dai soci finanziatori.

Assegnati i termini per il deposito delle memorie ex art. 183-VI co cpc, senza istruttoria, la causa è stata rimessa al Collegio per la decisione sulle conclusioni precisate dalle parti come in epigrafe con assegnazione dei termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In linea di fatto vanno premessi alcuni dati documentalmente provati e comunque non contestati. Il ricorrente, socio e presidente del consiglio di amministrazione (poi nominato liquidatore) della B spa (di seguito: B), quando la società era "in bonis" ebbe a prestare tre fideiussioni bancarie a garanzia di obbligazioni contratte dalla società: a) in data 19/12/03 una fideiussione a favore della Banca E s.c.p.a. a garanzia di un mutuo chirografario di euro 100.000,00 contestualmente erogato alla società B; b) in data 5/2/04 una fideiussione bancaria a favore della Banca C. sino all'importo di euro 260.000,00 a garanzia della totalità delle obbligazioni contratte dalla B; in pari data la Banca C a sua volta prestò fideiussione per pari importo in favore della Banca D a garanzia dell'adempimento degli obblighi della B conseguenti a contratto di locazione finanziaria dalla stessa sottoscritto; c) in data 5/8/04 un' ultima fideiussione per euro 100.000,00 a favore della Banca C soc. Coop. a garanzia di un mutuo chirografario contestualmente erogato nella misura di euro 70.000,00 all' B

E' parimenti provato e non contestato che il A, escusso dagli istituti bancari, in adempimento di tali fideiussioni ha corrisposto a tacitazione di corrispondenti debiti della B i seguenti importi: in data 30/11/05, in virtù della

prima fideiussione (sub a), la somma di euro 61.149,43 (ottenuta dall'istituto bancario dalla vendita coattiva di n. 1.200,00 azioni della medesima banca di cui il ricorrente era intestatario); in data successiva al fallimento della B (dichiarato il 18/1/06), e in esecuzione delle restanti due fideiussioni (sub b e sub c), l'importo di euro 84.889,28 a saldo del credito per scoperto di conto corrente e per residuo debito del mutuo chirografario n. 190219, nonché gli importi di euro 103.286,21 ed euro 113.380,79 a rimborso di quanto pagato dalla Banca C in esecuzione della fideiussione da quest'ultima prestata nell'interesse della società fallita e a favore della D spa, a titolo di canoni insoluti e di penale per l'anticipata risoluzione dovuta ad inadempimento dell'utilizzatore.

Chiede il ricorrente, in via di regresso e in parte (per euro 84.889,28) in surroga del credito già ammesso al passivo a favore della Banca C soc. coop., di essere ammesso al passivo del fallimento *"in via chirografaria"* per quanto versato in adempimento di dette fideiussioni, ossia per complessivi euro 362.705,71. La curatela - la quale dopo le produzioni documentali in sede di deposito di memorie ex art. 183 VI co cpc non ha contestato l'ammontare del credito - chiede che il credito sia collocato in via *"postergata"* all'integrale pagamento di tutti i creditori chirografari diversi dai soci finanziatori. Invoca, in particolare, l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 2467 del *"nuovo"* codice civile che così testualmente recita: *"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. (primo comma). Ai fini del precedente comma s'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. (secondo comma).

Orbene, si oppone il ricorrente all'applicabilità (in linea astratta) di tale norma alla fattispecie in esame, sulla base essenzialmente di tre argomenti: 1) non estensibilità della norma dell'art. 2467 cc, dettata per le società a responsabilità limitata, alle società per azioni, quale è la società fallita; 2) non applicabilità della postergazione ai finanziamenti "indiretti" e, in particolare, alle fidejussioni per finanziamenti bancari concessi a titolo oneroso, e comunque alle garanzie rilasciate dal socio A per l'acquisto in leasing di attrezzature, o per aperture di credito da valere su conto corrente, le quali non rappresenterebbero propriamente dei "finanziamenti" da parte del terzo; 3) non applicabilità dell'art. 2467 cc ai finanziamenti operati in data anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs 6/2003 (un tanto da valere relativamente solo alla prima fideiussione, essendo le altre due successive all'1/1/04).

Le questioni sollevate, sulle quali per la recente introduzione della normativa non si rinvencono precedenti giurisprudenziali di legittimità, presentano aspetti di indubbia complessità e delicatezza. Pur con tale premessa, ritiene il Collegio che un esame della "ratio" della disciplina, oltre che della fattispecie in oggetto, conduce ad un esito conforme a quanto preteso dalla Curatela, in quanto soluzione senz'altro più corretta da un punto di vista "sistematico", oltre che più aderente ad una lettura "costituzionalmente orientata" della norma.

Prendendo le mosse dalla prima obiezione sollevata da parte ricorrente, va effettivamente rilevato che la norma di cui all'art. 2467 cc si colloca tra le disposizioni relative alle società a responsabilità limitata, mentre nulla viene espressamente stabilito dal legislatore per gli altri tipi societari, siano essi società di persone, ovvero e soprattutto società per azioni. Per quanto qui interessa, con riferimento in particolare all'applicabilità in via analogica della norma alle società per azioni, la dottrina e giurisprudenza di merito maggioritarie propendono per la soluzione affermativa – temperata da un'applicazione non indifferenziata, ma limitata alle s.p.a. e ai finanziamenti con certe caratteristiche - in base ad una serie di argomentazioni che, ad avviso del Collegio, sono convincenti e meritano adesione.

Il primo argomento a favore della tesi estensiva si fonda sull'analisi della "ratio" della disciplina. La disposizione, come quella parallela dell'art. 2497 quinquies cc, mira a contrastare la c.d. sottocapitalizzazione nominale delle società a responsabilità limitata, ossia quella pratica diffusa, tipica nelle società caratterizzate da ristrette compagini sociali (c.d. società chiuse), di "sostituire" i (doverosi in determinate situazioni di crisi) versamenti dei soci in conto capitale con versamenti a titolo di finanziamento (cioè extra capitale), che presentano per i soci l'evidente vantaggio di "scaricare" di fatto il "rischio di impresa" sui creditori esterni alla società. La postergazione e la revoca del rimborso (se effettuato nell'anno anteriore al fallimento) previsti dalla norma in esame non fanno altro che ripristinare ex lege, come si legge in dottrina, "un rapporto di equilibrio tra i benefici e il rischio associati alla partecipazione alla società imponendo ai soci la sopportazione prioritaria del rischio rispetto ai creditori". Come si è ancora osservato, *"con la "postergazione obbligatoria" dei*

finanziamenti dei soci si è attuata, avendo riguardo agli effetti, una sorta di aumento mascherato del capitale di rischio, con accrescimento della responsabilità del socio: che non è più limitata al capitale sottoscritto, ma che si estende anche all'ammontare dei finanziamenti apportati. È chiara la finalità della tutela dei terzi: il socio resta responsabile non soltanto per il capitale sottoscritto, ma anche per i finanziamenti apportati alla società nella maniera descritta.”

Ciò posto si è però evidenziato dai primi commentatori che tale regola mira a porre rimedio ad una problematica che in concreto si può presentare in tutte le società di capitali ove può esserci il rischio che il “prestito” del socio in situazioni di precario equilibrio finanziario della società, sia in realtà sostitutivo del capitale di rischio. Perché allora la norma è stata dettata solo nell’ambito delle società a responsabilità limitata? Secondo il citato orientamento, che si condivide, la “postergazione” è stata imposta espressamente, e soprattutto “obbligatoriamente” solo nell’ambito delle s.r.l. (o delle società soggette ad altrui direzione e coordinamento, art. 2497 quinquies) in quanto per esse è maggiore e più frequente il pericolo di “sottocapitalizzazione nominale”; per tale tipo di società ogni finanziamento effettuato dai soci in determinate condizioni di crisi della società porta ad una “*presunzione di abuso*”. Trattandosi però in realtà dell’espressione di un principio generale necessario, a tutela dei terzi creditori, per il corretto finanziamento di tutte le società con soci a responsabilità limitata, deve ritenersi possibile (e doveroso in una lettura costituzionalmente orientata) la sua applicazione in via analogica, ogni qualvolta la s.p.a. (ma anche l’accomandita per azioni), presenti una struttura “chiusa” analoga a quella delle s.r.l.: ossia una società con base azionaria ristretta, con soci partecipi all’attività

economica e comunque coinvolti nella sua gestione, non meri “investitori”, soci quindi che per la “misura”, o anche solo la “qualità”, della loro partecipazione siano assimilabili a quelli di srl.

A tale riguardo, per quanto si tratti ovviamente di un argomento non decisivo, certo appare al riguardo interessante ricordare che tale orientamento è del tutto consolidato nell’ambito comunitario, e che in particolare nell’ordinamento tedesco l’estensione del principio a tutte le società di capitali, oltre i confini entro i quali anche lì era stato codificato (prima della riforma), è stato giustificato con la vigenza nella disciplina di tutte le società di capitali di un principio di “corretto finanziamento dell’impresa”, alla luce del quale, in caso di crisi della società, viene imposto a tutti i soci il conferimento di “capitale di rischio” quale unica modalità *legittima* di finanziamento.

Vi è poi anche un argomento di tipo sistematico a sostegno dell’applicabilità in via analogica dell’art. 2467 cc alle spa, o meglio a quelle spa e a quei soci che presentano caratteristiche sovrapponibili a quelle di una tipica srl (base azionaria ristretta, socio gestore e non mero investitore). Il legislatore infatti con la norma dell’art.2497 quinquies cc ha esteso la disciplina dell’art. 2467 cc, a prescindere dal tipo societario, e pertanto anche se la società finanziata è una spa, ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti, ovvero sia ai finanziamenti c.d. infragruppo. Né, a ben vedere, come taluna dottrina ha osservato, appare corretto affermare che la norma non avrebbe “ragione di esistere se la disciplina dei finanziamenti s’intendesse applicabile alla società per azioni estranea al gruppo, risultando le sue disposizioni espressive piuttosto di una norma di deroga rispetto alla

disciplina comune della società per azioni.” Perché, invero, se si ritiene, come appare sistematicamente più corretto, che l'applicazione dell'art. 2497 quinquies, a differenza dell'art. 2467 cc, prescinde dalla necessaria esistenza di un rapporto di partecipazione al capitale dell'ente finanziato, è evidente che la norma in tale ipotesi conserva una sua autonoma rilevanza. E' certo comunque che l'estensione della disciplina dei finanziamenti postergati alla fattispecie di “società di gruppo” (senza differenziazione di tipo societario) dimostra che ciò che rileva non è tanto il modello formale di società adottato, quanto il concreto assetto di interessi con esso realizzato. Va assoggettata pertanto a postergazione ogni operazione finanziaria che, per la posizione di chi l'effettua (socio di controllo o comunque “gestore”, azionista di maggioranza, società capo gruppo, società controllate anche in via diretta e così via) non si risolve in un mero “investimento”, ma rappresenta essa stessa esercizio di impresa, che in quanto tale deve essere soggetta al rischio tipico a tutela dei terzi creditori, che estranei invece all'impresa stessa non possono essere posti sullo stesso piano dell'imprenditore.

Un ulteriore conforto alla tesi della estensibilità della disciplina alla società per azioni, viene dalla stessa Relazione accompagnatoria del D.Lgs n 6/2003 nella quale testualmente si legge *“il problema più difficile è senza dubbio quello di individuare criteri idonei a distinguere tale forma di apporto rispetto ai rapporti finanziari tra soci e società che non meritano di essere distinti da quelli con un qualsiasi terzo. E la soluzione indicata dal secondo comma dell'art. 2467 c.c. ... è stata quella di un approccio tipologico con il quale si deve ricercare se la causa di finanziamento è da individuare nel rapporto sociale (e non in un generico rapporto di credito): in tal senso l'interprete è invitato ad un criterio di*

ragionevolezza, con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe ragionevole attendersi".

Il che dimostra che l'intento del legislatore era proprio quello di creare – come si è detto – una disposizione “transtipica” che ponesse rimedio a fenomeni di abuso dello schermo offerto dalla responsabilità limitata e la cui applicazione, automatica per le s.r.l., fosse possibile anche per le altre società di capitali ogni qualvolta si accerti, per l'appunto, che la causa di finanziamento è da individuare nel rapporto sociale, tenendo conto della situazione della società...

Ne consegue che, verificandosi l'illegittima situazione in cui soci della s.p.a., privi della qualifica di titolari di poteri di coordinamento e/o direzione ma comunque con situazione in concreto analoga a quella di una “tipica” s.r.l., effettuino “meri” finanziamenti ben conoscendo lo stato di “crisi” dell'ente finanziato, è possibile l'applicazione in via analogica del medesimo principio (conversione del finanziamento in “conferimento”). Con l'unica differenza, sul piano processuale, del diverso regime probatorio: dal regime della presunzione assoluta implicita di cui all'art. 2467 cc si passa, infatti, all'onere (per colui che sostiene la “postergazione”) di fornire la prova in concreto, seppur ricorrendo ad elementi indiziari e presunzioni semplici, della sussistenza dei presupposti sopra descritti per l'applicazione analogica della norma.

Passando ora all'esame della fattispecie concreta, alla luce di questi principi, ad avviso del Collegio, nel caso della B sussistono senz'altro i presupposti per l'applicazione della disciplina dell'art. 2467 cc in via analogica con riferimento ai “finanziamenti” (la cui natura verrà di seguito esaminata) effettuati dal ricorrente. Infatti, quanto alla composizione sociale, si ricava dalla Visura camerale prodotta che la B era società le cui azioni erano di proprietà di

soli tre soci, il A (7,5%), la srl F (47,5%), e G (45%). Se si tiene presente che, in particolare, il A, oltre che socio, era anche Presidente del Consiglio di amministrazione della B, e soprattutto che il capitale sociale della seconda socia, la srl F, era quasi interamente posseduto dallo stesso A (quota di nominali euro 47.500,00 su 50.000,00 euro di capitale), e che in quest'ultima il A rivestiva anche il ruolo di amministratore unico, pare evidente che ci si trova di fronte ad una società di capitali che presentava caratteristiche del tutto analoghe e sovrapponibili alla S.r.l. "tipo" cui aveva pensato il legislatore . Si trattava invero di società caratterizzata da una compagine sociale ristretta (solo tre soci, e nella sostanza due), stabile (in quanto presidiata da patto di prelazione presente nello statuto sociale), avente le dimensioni di piccola impresa (dai bilanci prodotti degli esercizi 2003 e 2004 emerge un fatturato di circa 3 milioni di euro). In pratica una società in cui, come nel tipo "s.r.l." immaginato dal legislatore, i soci si trovavano nella stessa posizione privilegiata di un socio di s.r.l., sia per quanto riguarda i poteri di controllo e di gestione , sia in relazione all'accesso alle informazioni sulla situazione finanziaria della società. Nello specifico, appare assolutamente evidente che il A, proprio per la sopradescritta posizione "dominante" all'interno della società B, non poteva non essere perfettamente a conoscenza della situazione di forte indebitamento della società all'epoca in cui ebbe a rilasciare le fidejussioni (19/12/03, 5/2/04 e 5/8/04), così come appare evidente che nel prestarle non intese fare un "investimento", bensì far ottenere alla società da terzi (istituti bancari) quei mezzi finanziari di cui la società aveva assoluta necessità e che il A non ritenne conveniente introdurre personalmente mediante un (doveroso) conferimento di capitale di rischio.

La seconda eccezione che il ricorrente oppone all'applicazione alla fattispecie in esame della postergazione del credito insinuato, come sopra detto, consiste nell'asserita non applicabilità della postergazione ai finanziamenti "indiretti" e, in particolare, alle fidejussioni per finanziamenti bancari concessi a titolo oneroso, e comunque alle garanzie rilasciate dal socio A per l'acquisto in leasing di attrezzature, o per aperture di credito da valere su conto corrente della società, le quali non rappresenterebbero propriamente dei "finanziamenti" da parte del terzo. In comparsa conclusionale e in replica il nuovo difensore del ricorrente, sul punto, aggiunge l'argomento che "il finanziamento postula una dazione diretta di denaro dal socio alla società".

Ritiene il Collegio che anche questo ordine di contestazioni non valga ad escludere nel caso in esame la "postergazione" del credito insinuato ai sensi dell'art.2467 cc dal ricorrente, come recentemente la Suprema Corte (Cass. 4/2/09 n.2706) ha dato per scontato nella soluzione di una problematica in tema di classi di creditori in concordato preventivo .

L'art. 2467cc ha una formulazione volutamente ampia che esclude ogni tentativo di "elusione". Al secondo comma, infatti, precisa che *"s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati".* Sotto questo profilo la dottrina, assolutamente prevalente, concorda sul fatto che la "postergazione" debba essere indistintamente applicata sia ai finanziamenti direttamente erogati dal socio sia a quelli "indiretti", ossia in buona sostanza anche ai finanziamenti erogati da terzi ma garantiti dal socio. Né – si osserva – ha nessuna importanza che il socio non effettui una "dazione diretta di denaro" direttamente alla società. E' qualificabile come finanziamento non solo, infatti, ogni apporto del socio da cui derivi un debito della società, e non abbia una

diversa causa giuridica. Anche le varie garanzie prestate dal socio nell'interesse della società rientrano nel concetto normativo di "finanziamento in qualsiasi forma effettuato" poiché è evidente che proprio la prestazione di garanzie reali o personali rilasciate dal socio è ciò che consente alla società di ricorrere a prestiti, o anche a garanzie di terzi, altrimenti non ottenibili. A tale proposito basti riflettere sul fatto che, diversamente opinando, ossia in ipotesi di una stretta interpretazione del dettato normativo, nel senso di intendere riferita l'espressione "*in qualsiasi forma*" solo alle diverse "forme contrattuali", ma esigendo sempre che esista una dazione diretta di denaro dal socio alla società, la disposizione sarebbe invero facilmente eludibile. Il socio, tanto per fare uno dei tanti possibili esempi, anziché effettuare direttamente il finanziamento, potrebbe ricorrere a triangolazioni, mediante un terzo non socio, di solito un familiare, che effettui il finanziamento o potrebbe effettuare forniture con dilazioni di pagamento, che rendono il credito sostanzialmente inesigibile e così via. Ne consegue che la norma, proprio al fine di evitare facili elusioni, dovrà applicarsi ad *ogni forma di sostegno finanziario* reso dal socio alla società (ovviamente in momenti in cui sarebbe esigibile un conferimento), anche indiretto o "camuffato" che implichi, alla fine, un suo *diritto alla restituzione*. Debbono essere comprese tutte le fattispecie negoziali che comportano una successione del socio in una preesistente posizione creditoria di un terzo nei confronti della società, estendendo l'applicazione della norma ai casi dei "finanziamenti sostitutivi indiretti", ossia a quelli erogati in qualsiasi modo da soggetti estranei all'impresa che ricevono dai soci vari tipi di garanzie come fidejussioni o pegni. In caso di insolvenza i finanziatori, infatti, si avvarranno, in forza delle garanzie ricevute, sui soci e questi ultimi potranno rivendicare il

rimborso delle somme finanziate al pari degli altri creditori sociali, proprio come avvenuto nella fattispecie oggetto del presente giudizio.

“Ad abundantiam” vale la pena sottolineare che, nell'ambito della normativa fiscale (art. 98 dpr 22/12/1986 n.917-t.u.i.r.- come sostituito dall'art. 1 dlgs.12/12/2003 n.344), le disposizioni finalizzate appunto a contrastare le pratiche di sottocapitalizzazione delle imprese (cosiddette "*thin capitalization*") prevedono proprio l'applicabilità delle relative norme di contrasto in presenza di finanziamenti dei soci sia erogati, che garantiti, che erogati da "parti correlate" dei soci. Il che rende ancor più certo che questo era il pensiero del legislatore della riforma societaria quando ha utilizzato l'espressione "in qualsiasi forma effettuati".

Ciò posto, non riveste alcun rilievo che la "surroga" per una parte, e il "regresso" per l'altra, esercitate dal A con la sua insinuazione tardiva al passivo della società, siano riferite all'estinzione di debiti della società verso gli istituti bancari a fronte di concessione di linee di affidamento bancario o in forza di adempimento di garanzie prestate a favore della società di leasing; né – tanto meno – che parte dei pagamenti ad opera del socio siano avvenuti dopo la dichiarazione di fallimento della società. Rimane infatti il dato incontestabile che i pagamenti da parte del socio A sono avvenuti in adempimento di fidejussioni che sono state prestate durante la vita della società e, soprattutto, in un particolare momento di indebitamento della società. Per verificare la sussistenza delle condizioni deve guardarsi, invero, al momento della prestazione della garanzia e a quello successivo in cui il terzo eroga il credito (o se del caso, a sua volta, la garanzia perché altro terzo fornisca) e non certamente al momento del pagamento da parte del socio in adempimento della garanzia prestata e del

successivo regresso. Così come è importante che l'operazione, complessivamente considerata, abbia una causa di sostegno finanziario alla società che si trova "sottocapitalizzata" e non invece la "forma" in cui l'operazione viene posta in essere: non ha pertanto alcun rilievo distinguere fra le fideiussioni (quella del 5/8/04 e del 19/12/03) prestate per la concessione di "mutui chirografari", e quella concessa in data 5/2/04 (da valere per tutte le obbligazioni assunte dalla società) e contestualmente utilizzata dall'istituto bancario per debiti derivanti da un rapporto di conto corrente affidato e per prestare una garanzia (poi escussa) per un contratto di leasing .

L'ultima eccezione, peraltro solo accennata in ricorso e poi non ribadita dalla difesa di parte attrice nei successivi atti, è quella della asserita non applicabilità dell'art. 2467 cc alla fideiussione prestata in data anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. 6/2003 (1/1/04), ossia quella prestata in data 19/12/03.

L'eccezione è priva di pregio. Il Collegio invero ritiene più aderente alla natura dell'istituto, l'orientamento interpretativo maggioritario (che ha trovato, seppur implicita, conferma giurisprudenziale nel Tribunale di Milano, sentenza n.11498 n25/10/05 in Le. Società n.10/2006 pag.1267) che, in assenza di disposizioni transitorie, reputa applicabile l'art. 2467 cc a tutti i finanziamenti che alla data dell'1/1/04 sono ancora in corso e da rimborsare, purchè ovviamente al momento del finanziamento sussistano i presupposti applicativi della disciplina. Il che, a ben vedere, nel caso non di rimborso già effettuato nell'anno anteriore il fallimento, ma – come nella fattispecie in esame – nel caso di mera fideiussione da parte del socio (ove la "fattispecie legale" in un certo senso non può dirsi interamente perfezionata sino all'inadempimento della società garantita) non

renderebbe la norma propriamente “retroattiva”, essendosi l’inadempimento della società B realizzato ben dopo l’entrata in vigore della riforma societaria. In termini generali, del resto, a sostegno della efficacia immediatamente applicativa anche per finanziamenti già resi al momento dell’entrata in vigore della norma, va osservato che la norma introdotta dal legislatore non ha propriamente il carattere della novità perchè nella sostanza codifica un principio (giurisprudenziale) già presente nel nostro sistema. E la conferma che l’intento del legislatore fosse quello di recepire un orientamento giurisprudenziale, si trova sempre nella relazione di accompagnamento al D.lgs 6/2003 dove, tra l’altro, si dice che la soluzione offerta dalla norma è quella *“comune alla maggior parte degli ordinamenti e sostanzialmente già affermata in giurisprudenza”* .

Da ultimo, come si è più volte ricordato nell’esaminare le varie problematiche sollevate dal ricorrente, la “postergazione” del credito di restituzione del socio (o l’obbligo di restituzione del rimborso ottenuto nell’anno anteriore al fallimento) presuppone, sul piano oggettivo, che il “finanziamento” sia stato effettuato *“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 una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.”*

Orbene, deve rilevarsi che il ricorrente non ha per nulla contestato la ricorrenza di detto presupposto, sicchè al riguardo basteranno solo alcune brevi considerazioni. Dalla documentazione prodotta (docc. da 5 a 8 di parte resistente), e in particolare dai bilanci al 31/12/03 – quale riapprovato nel novembre 2005 - e al 21/12/04, appare indubitabile che la società, nel momento in cui il ricorrente prestò le fideiussioni per consentire alla stessa di avere credito

e liquidità, si trovava già in una situazione di gravissimo squilibrio finanziario. Il bilancio al 31/12/03, rettificato dagli amministratori in seguito ai rilievi del collegio sindacale e approvato dall'assemblea del 12/12/05, evidenzia un capitale residuo di appena 101.000,00 euro a fronte di un indebitamento complessivo di oltre 3,2 milioni di euro. A fine 2003, quindi, la quota del patrimonio netto contabile riferita al Ai e alla società da lui (quasi) interamente posseduta F srl , era di circa 50.000,00 euro , mentre tra il dicembre del 2003 e l'agosto del 2004 il ricorrente, con le sue fideiussioni ha consentito che la società ricevesse "credito" bancario per oltre 510.000,00 euro. L'ammontare poi dell'indebitamento verso terzi a fine 2003 (oltre 3.200.000,00 di euro) superava addirittura l'intero fatturato di quell'esercizio. Basta questo, evidentemente, per rendersi conto che nel periodo in cui il socio A ha prestato le fideiussioni, per il cui adempimento oggi si insinua in via di surroga e regresso, era non solo "ragionevole" (come richiede la norma) ma era senz'altro "obbligatorio" un "conferimento" per consentire la continuazione della gestione della società, visto che il capitale della stessa a fine 2003 si era ridotto sotto il minimo legale e nei mesi successivi era andato del tutto perduto.

La domanda di insinuazione tardiva proposta da A va pertanto ammessa al passivo del fallimento B spa, ma con collocazione "postergata" all'integrale pagamento di tutti gli altri crediti chirografari, dovendosi ritenere che le somme di cui il ricorrente chiede l'insinuazione, in via di regresso, o di surroga, costituiscono rimborso di "finanziamento" da lui effettuati quale socio a favore della B agli effetti dell'art. 2467 cc. Ciò significa che la soddisfazione del credito del ricorrente, per la connotazione della postergazione ad esso attribuita, è subordinata all'integrale soddisfo di tutti gli altri crediti.

Le spese di lite, solo in considerazione della novità delle questioni trattate, vengono compensate per metà, con condanna del ricorrente al pagamento a favore della Curatela della restante metà, liquidata come in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nella causa civile iscritta al n° 742/07 R.A.C.C. promossa, con ricorso notificato unitamente al pedissequo decreto l'1/2/07 da A contro il Fallimento "B spa", disattesa l'istanza di ammissione del credito in via "chirografaria" così decide:

1. Ammette A al passivo del fallimento B spa, ma con collocazione "postergata" all'integrale pagamento di tutti gli altri crediti chirografari, per il complessivo importo di euro 362.705,71;
2. Condanna il ricorrente al pagamento di metà delle spese di lite a favore della curatela fallimentare che, per l'intero, liquida in complessivi euro 10.897,76, di cui euro 2.746,00 per diritti, euro 6.765,00 per onorari, euro 1.386,76 per spese, oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Udine, nella camera di consiglio del 21/2/09.

Il Presidente

Il Giudice estensore

Sentenza n. 324/09 pubblicata in data 3 marzo 2009