

DEBITI INFRAGRUPPO E CONCORDATO PREVENTIVO: TRA POSTERGAZIONE E COMPENSAZIONE (*)

SOMMARIO: 1. I quesiti. — 2. Le questioni di diritto e i riferimenti normativi. — 3. La postergazione legale dei finanziamenti infragruppo: le ragioni ispiratrici degli artt. 2467 e 2497-*quinques* c.c. — 4. Sull'ambito applicativo della postergazione legale: *a*) crediti da finanziamento e crediti "commerciali". — 5. *Segue. b*) la situazione di squilibrio della società finanziata. — 6. *Segue. c*) il presupposto soggettivo. — 7. Compensabilità dei crediti e soggezione a procedura concorsuale. — 8. Postergazione del credito e compensazione legale. — 9. *Segue.* Sulla compensazione di crediti chirografari verso società del gruppo in procedura concorsuale con crediti postergati verso società del gruppo *in bonis*. — 10. *Segue.* Compensazione e condizioni di esigibilità del credito postergato. — 11. Le risposte ai quesiti.

1. La SOCIETÀ ALFA (d'ora in avanti, anche "*la Società*" o "*la Holding*") è al vertice di un gruppo di società (d'ora in avanti, anche "*il Gruppo*" o "*il Gruppo ALEA*"), direttamente o indirettamente controllate, sulle quali esercita attività di direzione e coordinamento, ai sensi degli art. 2497 ss. c.c., e tra le quali sono sussistenti rapporti di credito e di debito, in molti casi reciproci (d'ora in avanti, anche "*i crediti infragruppo*").

La Società e alcune tra le principali società del Gruppo hanno depositato ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., presso il tribunale competente, il quale ha concesso termini, successivamente prorogati e tuttora pendenti, ai fini della presentazione del piano di concordato.

Alla luce di tali premesse, e in vista della redazione della proposta concordataria, viene richiesto di esprimere un Parere *pro veritate* avente ad oggetto: *a*) la qualificazione dei diversi crediti infragruppo e, in particolare, quali tra essi debbano considerarsi come postergati; *b*) quali tra i crediti e i debiti reciprocamente vantati tra le società del Gruppo si debbano considerare compensati (o suscettibili di essere compensati) e, in quanto tali, estinti (o suscettibili di essere estinti).

(*) Lo scritto riproduce, con minimi adattamenti, un *Parere pro veritate* reso in data 12 gennaio 2013.

2. La soluzione dei due quesiti sopra delineati presuppone una preliminare verifica dell'applicabilità — e dei corollari dell'eventuale applicazione — al caso di specie delle seguenti disposizioni: quanto al quesito *sub a*), gli artt. 2467 e 2497-*quinqüies* c.c.; quanto al quesito *sub b*), gli artt. 1243 c.c. e 56 l. fall.

L'art. 2497-*quinqüies* c.c. estende, come noto, « 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 » la duplice regola della postergazione e della restituzione del rimborso operato nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, enunciata nell'art. 2467 c.c. con riferimento ai crediti derivanti da finanziamenti effettuati « in qualsiasi forma » dai soci di società a responsabilità limitata a favore di quest'ultima « 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 ».

L'art. 1243 c.c. disciplina la compensazione legale, prevedendo che tale fattispecie estintiva si verifica, per le quantità corrispondenti alle reciproche obbligazioni, « solo tra due debiti che hanno per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere e che sono ugualmente liquidi ed esigibili ». L'art. 56 l. fall. regola infine l'istituto della compensazione dei crediti nel fallimento, riconoscendo ai creditori il « diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento », e precisando che « per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore ». Quest'ultima disposizione trova applicazione anche in ipotesi di concordato preventivo in forza dell'espresso richiamo ad essa operato dall'art. 169 l. fall.

Alla luce dei dati normativi ora richiamati, è possibile enucleare le due principali questioni di diritto sottese ai quesiti sottoposti alla mia attenzione: *a*) occorre procedere, in primo luogo, alla verifica della sussistenza, nella fattispecie in esame, dei presupposti soggettivi ed oggettivi richiesti dagli artt. 2467 e 2497-*quinqüies* c.c. ai fini della postergazione dei crediti infragruppo, per poi *b*) considerare se e in quale misura la (eventuale) natura postergata di tali crediti sia destinata ad incidere sull'applicazione dell'istituto della compensazione legale, quale disciplinato dagli artt. 1243 c.c. e 56 l. fall.

3. Ai fini di una corretta impostazione di entrambe le questioni di diritto pare opportuno prendere le mosse dalla lettera degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. e dalle ragioni ispiratrici sottese alla regola, introdotta in tali disposizioni dalla riforma del diritto societario, che impone la postergazione dei crediti derivanti da finanziamenti dei soci e infragruppo.

Ai sensi del primo comma dell'art. 2467 c.c., « 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 ». Il riferimento al rimborso — com'è stato osservato in dottrina (1) — si rivela peraltro doppiamente impreciso, giacché: *i*) ad essere postergato è *il diritto di credito* derivante in capo al socio dal finanziamento e *ii*) oggetto dell'obbligo di restituzione sono *le somme rimborsate* nell'anno anteriore al fallimento. Il precetto normativo va dunque attendibilmente “corretto” e “riletto” in questi termini: « *Il diritto di credito* derivante da finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori; se il rimborso è avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, *le relative somme* devono essere restituite alla curatela fallimentare ».

Il capoverso della norma delimita peraltro l'ambito dei finanziamenti oggetto di postergazione, precisando — come già si è ricordato — che « 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 ».

L'art. 2497-*quinquies* c.c., come già si è ricordato, dispone infine che « 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 si applica l'articolo 2467 ».

Come si evince dalla collocazione sistematica e dalla lettera delle norme sopra richiamate, il principio della postergazione è testualmente dettato con riferimento ai finanziamenti effettuati dai soci di società a responsabilità limitata e da società del medesimo gruppo; e, in entrambi i casi, riguarda i finanziamenti che siano stati concessi nelle situazioni

(1) PORTALE, *I « finanziamenti » dei soci nelle società di capitali*, in questa *Rivista*, 2003, I, 663 ss.

critiche — o, come suol dirsi, « anomale » — di cui al già ricordato secondo comma dell'art. 2467 c.c..

I due presupposti — soggettivo ed oggettivo — ora richiamati sono rivelatori, nel nesso logico che li unisce, della *ratio* ispiratrice di una regola la cui applicazione sembra presupporre la conoscenza dello stato di crisi in capo a finanziatori che godono di pregnanti poteri di controllo e di intervento, e per così dire di immanenza, sulla gestione dell'impresa finanziata: l'eventualità che, in forza di tali asimmetrie informative, essi ricorrano allo schema del prestito e ne chiedano poi il rimborso in caso di conclamata insolvenza della società presenta infatti un grado d'intensità direttamente proporzionale ai poteri di cui i soci dispongono per acquisire informazioni sull'andamento dell'attività e per orientare le scelte degli amministratori concernenti la struttura finanziaria dell'impresa (2).

Alla luce di tali premesse si spiega la diffusa ricostruzione del precetto in esame come una reazione contro una « scorrettezza compiuta dai soci ai danni dei creditori sociali », rappresentata dall'« aver fornito nella forma

(2) MAUGERI, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 139; ID., *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio delle società di capitali*, Milano, 2005, 23-38 e 224; ABRIANI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella s.r.l.*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, a cura di Benazzo, Cera e Patriarca, Milano, 2011, 322; M. CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l. Commentario*, Milano, 2011, 243; BALP, *I finanziamenti dei soci "sostitutivi" del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2007, 351 ss.; EAD., *Commento all'art. 2467*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti (e altri), *Società a responsabilità limitata* (a cura di L. A. Bianchi), Milano, 2008, p. 227 ss.; EAD., *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, in questa *Rivista*, 2009, II, 193 ss.; VATTERMOLI, *La subordinazione equitativa (Equitable subordination)*, in *Riv. soc.*, 2009, 1390 ss. Sulla recente evoluzione del diritto tedesco, di cui è nota l'influenza sulla riforma italiana nella materia in esame, v. per tutti PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in questa *Rivista*, 2007, I, 373 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti. Com'è noto, a seguito dell'entrata in vigore, il 1° novembre del 2008, della legge sulla modernizzazione e repressione degli abusi (« *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* », c.d. « *MoMiG* »), le disposizioni concernenti i finanziamenti dei soci sono state espunte dalla legge sulla società a responsabilità limitata (*GmbHG*) e collocate nella legge fallimentare (*Insolvenzordnung*), il cui § 39 prevede la postergazione di tutti i finanziamenti concessi dai soci alla società fallita, ad eccezione di quelli *i*) prestati da soci che non rivestono cariche gestorie e titolari di partecipazioni inferiori al dieci per cento e *ii*) effettuati da soggetti che hanno acquisito una partecipazione nel capitale sociale nell'ambito di un piano di risanamento della società (c.d. *Sanierungsprivileg*, contemplato dal § 39 Abs. 4 S. 2, ai sensi del quale l'acquisto di partecipazioni della società debitrice operato da un creditore a scopo di risanamento « *bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit* » oppure « *bei Überschuldung* » non determina la postergazione dei crediti preesistenti all'acquisto né di quelli erogati successivamente). E v. anche i §§ 44a, 135 e 143 dello stesso *Insolvenzordnung*, nonché i §§ 6 e 6a del *Anfechtungsgesetz*.

di capitale di credito le risorse che avrebbero dovuto mettere a disposizione nella forma del capitale di rischio » (3). E si comprende altresì la ragione per la quale la disciplina in esame sia ormai assurda, nell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, a principio generale di corretto finanziamento dell'impresa esercitata in forma di società di capitali, configurandosi in essa una tecnica di riallocazione del rischio d'impresa dai creditori sociali "normali" a quei finanziatori che godevano di asimmetrie informative tali da consentire loro di percepire lo stato di eccessivo squilibrio in cui versava la società finanziata (4).

La portata generale della regola della postergazione viene riconosciuta dalla più recente giurisprudenza di merito, che ha colto la funzione dell'istituto in un'istanza di tutela dei terzi creditori a fronte di « situazioni che possono in concreto presentarsi in tutte le società di capitali, ovvero

(3) TERRANOVA, *Commento all'art. 2467*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, III, 1470 s.

(4) ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 47 ss.; PORTALE (nt. 1), 663 ss.; SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2005, 1077 ss.; OLIVIERI, *Investimenti e finanziamenti nelle società di capitali*, Torino, 2008, 84 ss.; PRESTI, *Commento all'art. 2467*, in *Codice commentato della s.r.l.* diretto da Benazzo e Patriarca, Torino, 2006, 99 ss.; ID., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata. Il punto di vista del giurista*, in *La riforma delle società di capitali, Aziendalisti e giuristi a confronto*, a cura di Abriani e Onesti, Milano, 2004, 119 ss.; M. CAMPOBASSO (nt. 2), 243 ss.; ID., voce « *Finanziamento del socio* », in *Dizionari di diritto privato* diretti da IRTI, *Diritto commerciale* a cura di Abriani, Milano, 2010, 405 ss.; CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, V, Padova, 2007, 109 ss.; BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in *Anal. giur. econ.*, 2003, 387 ss.; FERRI jr, *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 975 ss.; GUIZZI, *Il passivo*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 291 ss.; TOMBARI, « *Apporti spontanei* » e « *prestiti* » dei soci nelle società di capitali, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, I, 553 ss.; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010, 439 ss.; ABRIANI (nt. 2), 319 ss.; BIONE, *Note sparse in tema di finanziamenti dei soci e apporti di patrimonio*, in *Studi in onore di Zanarone* (nt. 2), 22 ss.; PANZANI, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 682 ss.; MAUGERI (nt. 2), 78 ss.; ID., *Sul regime concorsuale dei finanziamenti dei soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 805 ss.; BALP (nt. 2), 351 ss.; EAD., *Commento all'art. 2467*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti (e altri), *Società a responsabilità limitata* (a cura di L. A. Bianchi), Milano, 2008, p. 227 ss.; EAD., *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, in questa *Rivista*, 2009, II, 193 ss.; IRRERA, *Commento all'art. 2467*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario* diretto da Cottino e a., Bologna, 2004, 1789 ss.; LOCORATOLO, *Postergazione dei crediti e fallimento*, Milano, 2010; VATTERMOLI, *Creditori subordinati e concorso fra creditori*, Milano, 2012, 137 ss.; CALDERAZZI, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, Milano, 2012.

che il prestito del socio a favore della società in precario equilibrio finanziario abbia una finalità sostitutiva del capitale di rischio » (5).

In tale direzione si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, che ha ravvisato la *ratio* ispiratrice della regola della postergazione in un principio di portata generale, trascendente rispetto all'interesse dei soci e da loro indisponibile, di tutela preventiva dei creditori sociali, con il quale « si è inteso vietare, attraverso il meccanismo della postergazione, il pagamento in pregiudizio degli altri creditori, assimilandosi in tal modo ai fini in esame i finanziamenti ai conferimenti nel capitale di rischio » (6).

Tali acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali pongono le premesse per una lettura della regola della postergazione quale principio generale di corretto finanziamento e di equilibrata gestione dell'impresa societaria in situazione di crisi, o comunque di squilibrio, destinato ad informare al contempo la condotta dei soci e degli amministratori delle società di capitali. A favore di questa conclusione si è opportunamente valorizzato — da parte di uno dei più autorevoli componenti della Commissione che ha elaborato la riforma del diritto societario — il richiamo operato all'istituto in esame dall'art. 2497-*quinquies* c.c. per i finanziamenti infragruppo, nei quali « si presentano molti dei dati che sono parsi alla base dell'art. 2467 c.c: l'individuazione in particolare di un'operazione finanziaria che, per la posizione di chi l'effettua, non si risolve in un mero investimento, ma costituisce un momento *di esercizio dell'impresa*, se si vuol dire del suo governo; e che perciò non può essere sottratta al rischio tipico di tale posizione » (7).

4. Le conclusioni cui si è giunti in ordine alle ragioni ispiratrici degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. consentono di mettere a fuoco i presupposti applicativi di tali precetti normativi e di procedere alla verifica della sussistenza degli stessi nella fattispecie in esame.

In ordine all'ambito *oggettivo* di applicazione della postergazione, il legislatore riferisce testualmente la regola in esame ai crediti che *a)* derivano da finanziamenti *b)* concessi nelle particolari situazioni critiche (o anomale) sopra ricordate.

Quanto ai finanziamenti da cui origina il credito, la norma ricorre ad

(5) Così Trib. Venezia, 10 febbraio 2011, in *Fallimento*, 2011, 1349, con nota di ABRIANI; Trib. Padova, 16 maggio 2011, in questa *Rivista*, 2012, 246, con nota di BALP.

(6) Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Fallimento*, 2009, 792, con nota di PANZANI. A tale impostazione si richiama anche Trib. Firenze, 26 aprile 2010, in *Fallimento*, 2009, 873.

(7) C. ANGELICI (nt. 4), 47 s..

una locuzione quanto mai lata, assegnando rilievo a tutti i « *finanziamenti, in qualsiasi forma effettuati* » (art. 2467, comma 2, c.c.). Tale dato testuale induce, unitamente alla richiamata *ratio* ispiratrice, a ritenere irrilevante la forma giuridica prescelta dalle parti e a ricondurre pertanto alla nozione di « finanziamento » ogni negozio tra socio e società che sia volto a procurare a quest'ultima valori o utilità in vista della soddisfazione di una determinata esigenza attinente alla attività produttiva esercitata, fermo restando l'obbligo per la società di restituire quanto ricevuto dal socio (8).

La finalità antielusiva della formula impiegata dal codice induce l'interprete a privilegiare un approccio esegetico che lasci prevalere la sostanza sulla forma dell'operazione. Nella nozione di « finanziamento » devono pertanto farsi rientrare non soltanto i contratti che prevedono il trasferimento o la messa a disposizione della società di una somma di denaro con obbligo di rimborso (come il mutuo, l'apertura di credito e le anticipazioni di vario genere), ma più in generale tutti i negozi giuridici nei quali sia individuabile una prevalente finalità creditizia, quali, a titolo esemplificativo, il *leasing* finanziario, il *lease-back*, la vendita con patto di retrocessione a termine, il contratto di riporto (9).

Una parte della dottrina ha ritenuto di poter equiparare al finanziamento anche la mancata riscossione di somme liquide ed esigibili di cui il socio è creditore verso la società, la concessione di dilazioni di pagamento, il pagamento di debiti della società nei confronti di terzi quando l'azione di rivalsa del socio adempiente non venga immediatamente esercitata, o si convenga di non esercitarla per un certo termine (10). Lungo questa linea interpretativa si è giunti a ricondurre nell'alveo applicativo delle norme in esame anche i crediti derivanti dalla mancata riscossione del prezzo relativo a forniture di merci alla società o da altri rapporti « commerciali ».

L'equiparazione ai « finanziamenti » della mera dilazione accordata

(8) Per tutti CAGNASSO (nt. 4), 120 ss.

(9) M. CAMPOBASSO (nt. 2), 245, ove la precisazione che in tali ipotesi « i criteri per individuare la natura finanziaria dell'operazione dovranno essere mutuati da principi contabili generalmente accettati, ed in particolare per quanto riguarda il *leasing* dallo IAS 17 »; VATTERMOLI (nt. 4), 139 ss.

(10) Così F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 255; ZANARONE (nt. 4), 456 e gli autori ivi citati; MAUGERI (nt. 2), 152; VATTERMOLI (nt. 4), 140 ss. ove in nota ampi riferimenti; Trib. Padova, 16 maggio 2011 (nt. 5). In senso conforme, con riguardo al diritto tedesco, v. BGH 28 novembre 1994, in *NJW*, 1995, 457; TRONTI, *Finanziamenti dei soci alla società: problemi e prospettive*, Torino, 2007, 158 ss., ove ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca.

alla società per il pagamento del prezzo derivante da fornitura di merci o da prestazione di servizi non pare tuttavia postulabile in termini generali. In particolare, non sembra potersi qualificare alla stregua di « un finanziamento in qualunque forma effettuato » il mero comportamento omisivo della società del Gruppo rispetto al rapporto creditizio sorto anteriormente alla crisi e mantenuto in essere con la società finanziata nonostante il sopravvenuto squilibrio patrimoniale o finanziario.

L'art. 2467 c.c. sembra invero presupporre che il credito destinato alla postergazione abbia fonte in un atto *negoziale*: come si desume chiaramente dal riferimento operato dalla norma alla « *concessione* » dei finanziamenti (11). Da tale angolo prospettico pare opportuno richiamare l'insegnamento della nostra più autorevole dottrina civilistica, secondo la quale il « silenzio semplice » non assurge, di per sé solo, a condotta espressiva di una volontà negoziale in ordine ad una certa situazione, potendo assumere tale rilievo solo in presenza di determinate circostanze (12). Sembra dunque potersi concludere nel senso che il semplice silenzio — il mero “lasciar stare” (*Stehenlassen*) evocato dalla dottrina tedesca — non esprime alcuna volontà negoziale idonea ad integrare gli estremi della fattispecie di cui all'art. 2467 c.c.

Il credito derivante da dilazione di pagamento del prezzo relativo a forniture di merci alla società o da altri rapporti « commerciali » può semmai farsi rientrare nella nozione di « finanziamento » in quelle peculiari ipotesi in cui, « tenendo conto delle condizioni economiche della società, della sua struttura finanziaria e patrimoniale, un terzo fornitore “indipendente” non avrebbe previsto alcuna dilazione (o comunque non di quella consistenza temporale) senza cautelarsi contrattualmente » (13).

In tale direzione si è espressa anche la giurisprudenza che ha sì ricondotto all'ambito di applicazione dell'art. 2467 c.c. « l'effettuazione di forniture a credito da parte del socio », ma soltanto ove « i crediti in tal modo maturati assumano connotazioni anomale ed incompatibili con un'ordinaria attività commerciale, nell'ambito della peculiare situazione

(11) ZANARONE (nt. 4), 453; TRONTI (nt. 10), 163.

(12) SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004, 246 s.

(13) COSÌ MAUGERI, voce *Finanziamenti dei soci*, in *Il diritto, Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 2007, VI, 435 ss., per il quale potrebbe ravvisarsi finanche una « anomalia » intrinseca in quei crediti commerciali derivanti da rapporti contrattuali nei quali siano contemplati termini di pagamento sensibilmente più dilatati rispetto a quelli normalmente concessi alla clientela, nel qual caso il credito commerciale verrebbe a trascolorare sin dalla sua genesi, assumendo *ab origine* funzione finanziaria.

economico-finanziaria in cui versava la società sovvenuta » (14). Ed invero è unicamente in queste ultime fattispecie che, nella ricordata prospettiva sottesa al precetto normativo, si potrebbe « rimproverare al socio di non aver immediatamente percepito la somma dovutagli, per metterla eventualmente a disposizione della società come conferimento, e aver preferito invece, nonostante la situazione di crisi, lasciarla a disposizione della società come finanziamento in un momento in cui nessun terzo, data la predetta situazione, avrebbe concesso una dilazione » (15).

Va peraltro sottolineato che in queste fattispecie, com'era stato puntualmente osservato ancor prima della riforma societaria, il momento finanziario dell'operazione consiste nella rinuncia all'immediata esigibilità del credito (16). La sussistenza delle condizioni di « anomalia » del finanziamento richieste ai fini dell'applicazione della regola della postergazione va pertanto accertata non già nel momento della genesi del rapporto contrattuale e neppure dell'effettuazione della prestazione di servizi (o latamente "commerciale") da cui il credito origina, bensì nel momento successivo in cui il socio o la società del gruppo abbiano posto in essere la condotta omissiva qualificata nei termini sopra richiamati, e in quanto tale espressiva della volontà di concedere dilazioni di pagamento, ovvero abbiano espressamente concesso la proroga.

Al di fuori di queste ipotesi, si deve senz'altro ribadire che, nel disegno di politica legislativa delineato dal legislatore della riforma societaria, ad essere sottoposti alla regola della postergazione « sono finanziamenti in qualsiasi forma effettuati, ma non contratti privi di natura finanziaria » (17). I crediti di origine non finanziaria devono pertanto considerarsi alla stregua degli altri finanziamenti ricevuti dalla società, con il conseguente riconoscimento del diritto alla loro restituzione *durante societate* e del rango di crediti chirografari (o finanche privilegiati), in base ai principi generali e alle concrete previsioni negoziali.

5. Non tutti i crediti infragruppo sorti in conseguenza di « finanziamenti in qualunque forma effettuati » sono peraltro soggetti alla postergazione legale: infatti, come già si è anticipato, la sanzione normativa colpisce « esclusivamente (...) i cosiddetti prestiti "anomali" », essendo tali

(14) Trib. Messina, 4 marzo 2009, in *Fallimento*, 2009, 795.

(15) ZANARONE (nt. 4), 456. Conf. MAUGERI (nt. 2), 153.

(16) G. FERRI jr, *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 467, nt. 82.

(17) M. CAMPOBASSO (nt. 2), 246 s..

solo quelli concessi in un momento in cui ricorra una delle ricordate situazioni contemplate dall'art. 2467, comma 2, c.c. (18).

In difetto di tali presupposti, il prestito operato dalla società del gruppo non lede il principio del corretto finanziamento dell'impresa societaria, con conseguente inapplicabilità della postergazione quale sanzione per la sua violazione (19). I prestiti che si collocano in una fase fisiologica dell'attività d'impresa devono pertanto equipararsi ai finanziamenti ricevuti da soggetti estranei alla compagine della società finanziata e al gruppo cui questa appartiene, con riconoscimento del loro diritto alla restituzione, che rimane fuori discussione al pari degli altri crediti, non legalmente (o convenzionalmente) postergati, che concorrono a costituire il capitale di debito (20).

Con riferimento alla fattispecie in esame, per accertare la natura postergata o meno dei crediti infragruppo occorre pertanto verificare se, al momento della concessione di tali finanziamenti (21), ricorressero o meno i presupposti oggettivi che, ai sensi del capoverso dell'art. 2467 c.c., rendono anomalo il finanziamento del socio: *i*) l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto ovvero *ii*) la presenza di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento.

i) Il primo indice di anormalità del finanziamento non pone problemi interpretativi ed applicativi legati alle nozioni di indebitamento e patrimonio netto, corrispondenti pressoché letteralmente ad altrettante voci del passivo dello stato patrimoniale. Pertanto, per l'applicazione del parametro in esame è sufficiente calcolare il rapporto fra debiti (macroclasse del passivo sub lett. « D ») e patrimonio netto (macroclasse « A » del passivo dello stato patrimoniale *ex* art. 2424 c.c.) (22) al momento dell'erogazione del finanziamento del socio (23).

(18) Cass., 24 luglio 2007, n. 16393, in *RDS*, 2009, 288. In senso conforme v. anche Trib. Biella, 17 giugno 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, 717; Trib. Milano, 24 aprile 2007, in questa *Rivista* 2007, II, 610, con nota di BALP.

(19) Cass., 24 luglio 2007, n. 16393 (nt. 18); M. CAMPOBASSO (nt. 2), 243 ABRIANI, (nt. 2), 324.

(20) Trib. Nocera, 23 febbraio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 1, 137.

(21) Trib. Milano, 24 settembre 2007 e Trib. Messina, 4 marzo 2009, in *Fallimento*, 2009, 795.

(22) ZANARONE (nt. 4), 458; da ultimo DRISALDI, *Indici di anormalità dei finanziamenti ex art. 2467 c.c. dei finanziamenti soci*, in *Società*, 2012, 25.

(23) Per una più compiuta individuazione dei valori da considerare nel calcolare il rapporto previsto all'art. 2467, comma 2, c.c., alla luce degli insegnamenti delle scienze aziendalistiche, v. RUTIGLIANO, *Eccessivo squilibrio e ragionevolezza del conferimento nella*

La difficoltà di applicazione di tale parametro deriva, piuttosto, dalla necessità di stabilire la sussistenza di un « eccessivo squilibrio », costituendo questo sintagma una clausola generale, la determinazione del cui contenuto è rimessa all'interprete (24).

Al fine di quantificare lo squilibrio eccessivo fra indebitamento e patrimonio netto occorre tener conto delle regole tecniche elaborate dalla scienza economico-aziendale, secondo cui il rapporto indicato dal legislatore all'art. 2467, comma 2, c.c. è eccessivamente squilibrato quando tende ad avvicinarsi al rapporto di tre a uno (25) ovvero, secondo un'impostazione più rigorosa, al rapporto di due a uno (26). In tale prospettiva possono assumere rilievo anche alcune indicazioni fornite dallo stesso legislatore, sia pure ad altri e peraltro non univoche, quali i parametri per l'emissione dei prestiti obbligazionari (2412, 1 co., c.c.) (27), per l'assoggettamento alla procedura di amministrazione straordinaria (l'art. 2 del

disciplina dell'art. 2467 c.c. La prospettiva della finanza d'azienda, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 119 ss.; FAVINO, *La nuova disciplina dei finanziamenti erogati dai soci. Considerazioni economico-aziendali*, consultabile in http://www.dseagmeg.unifg.it/dwn/pubblicazioni/04_07_favino.pdf.

(24) In tal senso si esprime la *Relazione* al d.lgs. n. 6/2003, § 11, ove si invita l'interprete ad adottare, a tal fine « un criterio di ragionevolezza, con il quale si tenga conto della situazione della società... » e dove si specifica che l'uso di clausole generali nell'art. 2467 è dovuto all'impossibilità in via generale « di individuare parametri quantitativi ».

(25) Così DRISALDI (nt. 22), 25, che considera eccessivo lo squilibrio quando il rapporto sia superiore all'intervallo 2,85 e 3,33.

(26) Si tratta del rapporto *debt/equity* impiegato nella formula Modigliani-Miller della leva finanziaria (c.d. *leverage*): v. per tutti FR. GIUNTA, *Analisi di bilancio*, Firenze, 2006, 422. Tale rapporto è il reciproco dell'indice di indipendenza finanziaria ricorrente nell'analisi di bilancio italiana (capitale netto/totale finanziamenti), rapporto che indica una situazione di « eccessivo squilibrio » quando compreso nell'intervallo 0 - 0,33 (FR. GIUNTA, *op. cit.*, 419 ss.; FERRERO, *Le analisi di bilancio. Indici e flussi*, Milano, 1998, 173 ss.). Per il ricorso alle indicazioni della finanza aziendale ai fini dell'accertamento dei requisiti in esame, v. ZANARONE (nt. 4), 459; ABRIANI, *Finanziamenti « anomali » e postergazione: sui presupposti di applicazione dell'art. 2467*, in *Fallimento*, 2011, 1361; PRESTI (nt. 4), 111; IRRERA (nt. 4), 1791; DE LUCA PICIONE, *Operazioni finanziarie nell'attività di direzione e coordinamento*, Milano, 2008, 62 e 68. In giurisprudenza v. Trib. Venezia, 21 aprile 2011, in *Fallimento*, 2011, 1351.

(27) La norma consente l'emissione di obbligazioni per somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato. Essa sarebbe rilevante al fine dell'art. 2467, comma 2, c.c. (SALAFIA (nt. 4), 931; ABRIANI (nt. 26), 1361; BALP, *Commento all'art. 2467*, in *Commentario alla riforma delle società, Società a responsabilità limitata*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2008, 291) in quanto, pur riferendosi a un tipo sociale diverso (la s.p.a.), affronta il medesimo problema che si pone in caso di finanziamento soci dell'equilibrio fra mezzi propri e capitali di credito. Il ricorso a tale criterio è stato, tuttavia, criticato da altri autori: DI AMATO, *Le srl*, Padova, 2011, 164; ZANARONE (nt. 4), 47, nt. 459.

d.lgs 270/1999) (28) o, infine, per la distribuzione di utili nelle società cooperative (2545-*quinquies* c.c.) (29).

Per accertare l'eccessivo squilibrio l'indice numerico deve essere comunque valutato in termini (non già assoluti, ma) relativi, in considerazione del « tipo di attività esercitata dalla società », come prescritto dallo stesso art. 2467 c.c.. Tale espressione si riferisce alla possibilità di confrontare il rapporto indebitamento/patrimonio netto rilevato in relazione alla società considerata con quello delle imprese operanti nel medesimo settore e di dimensioni equiparabili alla stessa (30).

Il riferimento al « tipo di attività esercitata » è comunque fatto dalla legge in modo esemplificativo (« anche »); deve dunque reputarsi legittimo, sempre al fine di accertare la situazione di eccessivo squilibrio, un confronto del rapporto indebitamento/patrimonio netto con ulteriori parametri, quali la struttura dell'attivo e del passivo (31) o la c.d. « leva operativa » (32).

In giurisprudenza è dato peraltro registrare un orientamento secondo il quale il *leverage* che misura la proporzione fra totale delle fonti di finanziamento e capitali propri della società, pur costituendo un indicatore significativo dell'eventuale eccessivo squilibrio tra capitale e indebitamento netto, non sempre si rivelerebbe « idoneo a rappresentare fedelmente la situazione di equilibrio patrimoniale di una società », per valutare la quale, invero, non si potrebbe prescindere « dall'analisi della concreta struttura del debito », sulla base del quale, nonostante nella fattispecie concreta il livello complessivo di indebitamento della società non destasse particolari preoccupazioni, si è concluso per il carattere

(28) ABRIANI (nt. 26), 1361; BALP (nt. 27), 291.

(29) SANGIOVANNI, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in *Giur. mer.*, 2008, 432.

(30) ABRIANI (nt. 26), 1361; BALP, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, in questa *Rivista*, 2012, II, 246 s. Sottolineano l'importanza di relativizzare il dato numerico sia FAVINO (nt. 23), 23 (proprio prendendo in considerazione i dati delle imprese operanti nel medesimo settore), sia DE LUCA PICIONE (nt. 26), 65 ss., per il quale il rapporto aritmetico è solo il dato di partenza. V. da ultimo sul punto VATTERMOLI (nt. 4), 142 ss., ove anche ampi riferimenti alla giurisprudenza teorica e pratica statunitense.

(31) Al riguardo la scienza aziendale postula tradizionalmente l'esigenza di una correlazione fra gli elementi dell'attivo e del passivo: l'attivo a breve deve essere finanziato con passività a breve e l'attivo immobilizzato con passività a medio lungo termine: DRISALDI (nt. 22), 25; e v. anche PRESTI, *Commento all'art. 2467*, cit., 111; BALP (nt. 30), 247; Trib. Venezia, 21 aprile 2011 (nt. 25). V. ancora, nella dottrina aziendalistica, FR. GIUNTA (nt. 26), 420.

(32) DRISALDI (nt. 22), 25 ss.; RUTIGLIANO (nt. 23), 119 ss.; BALP (nt. 30), § 6; in generale ABRIANI (nt. 26), 1362. Per ulteriori parametri che potrebbero rilevare al fine della valutazione imposta dall'art. 2467, comma 2, c.c., v. DE LUCA PICIONE (nt. 26), 65 ss.

postergato del credito derivante da finanziamenti concessi da alcuni soci al prevalente scopo di pagare debiti della società per fornitura in scadenza e, quindi, al fine di riequilibrare la situazione finanziaria della società a breve termine (33).

ii) Quanto al secondo indice di anormalità del finanziamento, rappresentato dall'essere stato quest'ultimo concesso « *in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento* », in dottrina è autorevolmente rappresentata la tesi che tende ad escluderne una valenza autonoma, ritenendo che esso valga a integrare, formando una sorta di endiadi, il criterio generale dell'eccessivo indebitamento (34).

Secondo un'altra, e non meno autorevole, corrente di pensiero i due indici sarebbero invece autonomi (35), sicché l'esistenza di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento andrebbe accertata facendo riferimento al comportamento che avrebbe tenuto un terzo disinteressato e debitamente informato in ordine alla concessione di credito alla società alle normali condizioni di mercato (36). Dunque, il finanziamento del socio deve ritenersi irragionevole quando si valuti che la società non è in grado di generare flussi di cassa positivi sufficienti al rimborso del capitale e al pagamento degli interessi (37).

Sempre sul presupposto di una distinzione concettuale e fenomenologica tra i due criteri di « anomalia » del finanziamento effettuato ai sensi dell'art. 2467, comma 2, c.c., si soggiunge che, ai fini della postergazione, si deve:

- a) dapprima verificare se ricorra un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto;
- b) qualora tale operazione dia esito negativo, accertare se il pre-

(33) Trib. Venezia, 10 febbraio 2011 (nt. 2).

(34) Così, pur forzando consapevolmente il dato letterale del capoverso dell'art. 2467 c.c. (« oppure »), ANGELICI (nt. 4), 44 ss.; PRESTI (nt. 4), 110; M. CAMPOBASSO (nt. 2), 241 ss.; RUTIGLIANO (nt. 23), 119 ss.

(35) PORTALE (nt. 1), cit., 680; ZANARONE (nt. 4), 460; TERRANOVA (nt. 3), 1459; (nt. 4), 106 ss.; MAUGERI (nt. 2), 159 ss.

(36) ANGELICI, *Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 59; M. CAMPOBASSO (nt. 2), 240; ZANARONE (nt. 4), 460. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 24 aprile 2007 (nt. 18); e v. anche la *Relazione*, § 11, ove il criterio della ragionevolezza viene definito come quello « con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe appunto ragionevole aspettarsi ». Da ultimo, sul punto, VATTERMOLI (nt. 4), 144.

(37) M. CAMPOBASSO, in questa *Rivista*, 2008, 1, 443; ESPOSITO, *Il « sistema » delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, in *Fallimento*, 2006, 561; DRISALDI (nt. 22), 27 ove ulteriori precisazioni e riferimenti.

stato, pur effettuato in una situazione di equilibrio fra indebitamento e patrimonio netto, appaia suscettibile di dar vita a tensioni finanziarie future (38).

Con riguardo alle fattispecie in esame, occorrerà pertanto applicare i criteri sopra indicati al fine di operare una preliminare valutazione in merito all'esistenza dell'eccessivo squilibrio fra indebitamento e patrimonio netto previsto all'art. 2467, comma 2, c.c.. A tal fine si potranno utilizzare i prospetti contabili a disposizione: in particolare il bilancio relativo all'esercizio precedente a quello nel quale i finanziamenti sono stati erogati, accogliendo la soluzione proposta negli unici due precedenti giurisprudenziali pronunciatisi sull'argomento (39), o anche il bilancio relativo all'esercizio nel quale il prestito è stato effettivamente concesso, ove si consideri che il rapporto di gruppo avrebbe consentito un'immediata percezione della situazione economico-finanziaria esistente in quel momento.

La postergazione potrà affermarsi qualora dai dati di bilancio emerga un rapporto fra indebitamento e patrimonio netto che, interpretato alla luce dei ricordati criteri aziendalistici, debba considerarsi « eccessivamente squilibrato » ai sensi del capoverso dell'art. 2467 c.c. (40).

A questo proposito va ancora ricordato, da un lato, che, ai fini del giudizio relativo allo squilibrio tra indebitamento e patrimonio deve « tenersi conto non soltanto delle passività già esistenti al momento della concessione del finanziamento, ma altresì di quelle aggiuntive che la società viene ad assumere a seguito dell'operazione creditizia posta in essere con il socio » finanziatore (41); dall'altro, che è comunque onere della parte interessata a far valere la postergazione provare che il finan-

(38) ZANARONE (nt. 4), 461; CAGNASSO (nt. 4), 106 ss.; DRISALDI (nt. 22), 28, ove un utile schema riepilogativo di applicazione dei due criteri in esame.

(39) Sui dati del bilancio relativo all'esercizio precedente a quello nel corso del quale i prestiti sono stati concessi hanno infatti fondato le proprie valutazioni le citate decisioni del Trib. Venezia, 3 marzo 2011, 1350 e 21 aprile 2011 (nt. 25); conf. anche DE LUCA PICIONE (nt. 26), 68. Tale modo di procedere, tuttavia, è contestato da RUTIGLIANO (nt. 23), 119 ss., secondo il quale "l'esistenza di un eventuale squilibrio patrimoniale non potrà appiattirsi sui valori esposti in bilancio (...) bensì dovrà basarsi su una situazione patrimoniale esposta a valori correnti, che valorizzi anche eventuali attività e passività non iscritte a bilancio... e che sia depurata delle attività immateriali derivanti dalla capitalizzazione di costi o da avviamento".

(40) L'eccessivo squilibrio andrà dunque valutato per ciascuna società finanziata, con riguardo alla situazione esistente al momento genetico del credito derivante dal finanziamento ed anche facendo riferimento ad altri indici legislativi, quali l'art. 2412 c.c. e l'art. 2 della l. 270/1999.

(41) Così, per tutti, BIONE (nt. 4), 33.

ziamento è stato effettuato in presenza delle condizioni di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c. (42).

6. Di più agevole accertamento è invece il presupposto soggettivo previsto dalla legge ai fini dell'applicazione della postergazione legale. Con riferimento alla fattispecie in esame risulta infatti fuori discussione l'appartenenza al medesimo gruppo delle società finanziatrici e, in particolare, la comune soggezione a direzione e coordinamento delle società finanziate.

Al riguardo, l'art. 2497-*quinquies* c.c. delinea una fattispecie soggettivamente più ampia rispetto a quella oggetto della norma rinviata di cui all'art. 2467 c.c., nella quale risultano pacificamente sussumibili sia i prestiti effettuati dalla capogruppo a favore della società eterodiretta, sia quelli fra società "sorelle" (c.d. « *cross-stream* »), sia infine quelli erogati da una "controllata inferiore" ad una "controllata superiore" (c.d. « *up-stream intermedi* »). E ciò indipendentemente dal tipo rivestito dalla società finanziata (che può dunque essere non soltanto una società a responsabilità limitata) e dalla sussistenza di un rapporto di partecipazione diretta a quest'ultima della società finanziatrice.

Secondo la dottrina maggioritaria, l'ambito di applicazione della disposizione sui finanziamenti infragruppo non comprenderebbe invece i prestiti concessi dalle società del gruppo a favore dell'ente che su di esse esercita attività di direzione e coordinamento (c.d. « *up-stream diretti* »).

Pur avendo in altra sede sottolineato l'esigenza di un supplemento di riflessione in ordine alla (asserita) scelta di politica legislativa di non estendere la regola della postergazione anche ai finanziamenti in esame, e di una più attenta verifica dei presupposti ai fini di un'eventuale interpretazione correttiva, analogica o anche soltanto estensiva, della norma in esame, a presidio delle istanze di tutela dei creditori della società capogruppo (43), non si può non constatare come nel nostro panorama dottrinale risulti ad oggi assolutamente prevalente l'opinione restrittiva, fondata su un'interpretazione strettamente letterale del dettato normativo che,

(42) Così ancora Cass., 24 luglio 2007, n. 16393, cit., che ha posto tale onere in capo alla parte interessata a far valere la postergazione, nel caso di specie ai fini dell'impugnativa della deliberazione assembleare che aveva disposto il rimborso dei finanziamenti asseritamente « anomali ».

(43) In tal senso mi sono espresso in ABRIANI (nt. 26), 1363 e più diffusamente Id., *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Nuovo Diritto Societario*, 2012, 11, 93 ss.. Conforme IRRERA (nt. 4), 2215, secondo il quale la norma in esame si applica a tutte le fattispecie che vedono coinvolte le società appartenenti ad un gruppo.

come si è ricordato, fa esclusivo riferimento ai « finanziamenti effettuati a favore della società » del gruppo dalla *holding* posta al suo vertice o « da altri soggetti (...) sottoposti » all'attività di direzione e coordinamento (44).

Per questa ragione, e in assenza di precedenti giurisprudenziali sul punto, con riferimento alla fattispecie in esame appare preferibile, in una logica prudenziale, escludere l'applicazione dell'art. 2497-*quinquies* c.c. ai finanziamenti concessi alla società posta al vertice del Gruppo da parte di società soggette alla sua attività di direzione e coordinamento, riconoscendo conseguentemente ai relativi crediti il rango chirografario.

Sempre con riferimento al presupposto soggettivo di applicazione dell'art. 2467 c.c., va sottolineata l'irrilevanza di eventuali vicende inerenti al credito ovvero alla posizione delle società finanziatrici e finanziate, successive al momento della concessione del finanziamento. L'eventuale cessione del credito postergato, al pari dell'eventuale uscita della società finanziatrice o finanziata dal perimetro del Gruppo, risulta comunque inidoneo ad incidere sulla regola imperativa della subordinazione del credito, che, proprio in virtù della sua fonte legale, riveste efficacia « reale » e continua pertanto a produrre effetti tanto nei confronti del successivo cessionario del credito quanto nei riguardi della società eventualmente uscita dal perimetro di gruppo, con la conseguente perdurante qualificazione di credito postergato ai sensi degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. (45).

Tale assunto trova fondamento nei principi in materia di cessione di credito (acquisto a titolo derivativo implicante il subentro nella posizione del cedente) e nella considerazione che « ai fini della “riqualificazione” è determinante la situazione della società al momento della concessione del “finanziamento” » (46). Non pare dunque condivisibile la diversa e più restrittiva interpretazione che fonda la regola della postergazione sulla permanente coincidenza fra socio e finanziatore, ricavandone il corollario

(44) Fra i molti v. MAUGERI (nt. 2), 251 ss.; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 66.

(45) Per tale conclusione e un più diffuso esame degli argomenti a suo sostegno, v. ABRIANI, *Finanziamenti anomali infragruppo e successiva rinegoziazione: tra postergazione legale e privilegio convenzionale (due pareri pro veritate)*, in *RDS*, 2009, 731 ss. Nel senso « che la c.d. cessione del “finanziamento” ad un terzo e la cessazione della qualità di socio non incidono sulla (ri)qualificazione del “prestito” » v. già PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, I, 2, Torino, 2004, 164.

(46) Così, incisivamente, PORTALE (nt. 45), 164. Sempre in senso conforme v. altresì BALP (nt. 2), 413; MAUGERI (nt. 2), 139.

che « essa non dovrebbe applicarsi quando la concomitanza delle due posizioni viene meno » (47). Questa posizione sembra invero sottendere una sovrapposizione tra i due piani della fattispecie e della disciplina, che paiono viceversa chiaramente distinti nell'impianto normativo. La qualificazione della fattispecie come « finanziamento anomalo » è infatti operata dal legislatore con riferimento alla situazione esistente nel momento genetico del rapporto di finanziamento: e ciò tanto per i suoi presupposti oggettivi (la situazione di squilibrio finanziario) quanto per i suoi presupposti soggettivi (la qualifica del finanziatore come socio o società soggetta alla medesima attività di direzione e coordinamento). Il momento del rimborso assume, per contro, rilievo unicamente ai fini dell'applicazione della disciplina, e segnatamente ai fini della verifica dell'esigibilità del credito, che rimane comunque postergato e che potrà pertanto essere rimborsato dagli amministratori soltanto se, in considerazione della situazione economico-finanziaria della società, tale pagamento non pregiudichi la possibilità per l'ente di soddisfare integralmente i creditori non postergati.

Se l'applicazione della regola della postergazione è condizionata dalla concreta evoluzione della situazione economico-finanziaria della società debitrice (48), la qualificazione giuridica del finanziamento come « anomalo » — che di tale disciplina costituisce il *prius* logico e il presupposto applicativo — è, all'opposto, invariabilmente cristallizzata al momento in cui il negozio di finanziamento è stato perfezionato (49).

L'interpretazione qui criticata permetterebbe del resto una troppo agevole elusione del precetto normativo, mediante una cessione strumentale del solo credito oppure della sola partecipazione sociale (nella società finanziata o nella società consorella che aveva effettuato il finanziamento), addossando sui creditori l'onere di dimostrare la configurabilità nella specie di un negozio in frode alla legge. Sotto questa angolatura, al fine di salvaguardare gli interessi (di dubbia meritevolezza e tutti comunque

(47) In tal senso PRESTI, (nt. 4), 109 s., per il quale in tale ipotesi scomparirebbe « la ragione di sospetto per imporre al credito una disciplina particolare » in quanto il creditore non cumulerebbe più « la pretesa fissa creditoria con quella residuale di socio ».

(48) E v. *infra*.

(49) A conferma di tali conclusioni milita anche il dato comparatistico che segnala come nel modello di riferimento dal quale è stata dichiaratamente importata dal nostro legislatore la nuova regola sui finanziamenti anomali di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* (rappresentato, come è noto, dal sistema tedesco, prima della ricordata riforma operata dal *Momig*) la sopravvenuta cessazione della qualità di socio sia unanimemente considerata irrilevante ai fini dell'applicazione della disciplina sulla postergazione: per gli opportuni riferimenti, v. PORTALE (nt. 1), e MAUGERI (nt. 2).

suvvalenti) dell'ex socio o del cessionario estraneo alla compagine sociale, verrebbero ingiustificatamente e illegittimamente pretermesse le esigenze di tutela della posizione del ceto creditorio, che il legislatore mostra chiaramente di considerare prevalente.

Anche alla luce di tale rilievo, sembra dunque trovare conferma la conclusione che l'eventuale perdita della qualità di socio o di società del gruppo in un momento successivo alla concessione del credito, al pari della cessione dello stesso, non priva il finanziamento delle proprie note di anomalia e non permette al creditore di sottrarsi alla postergazione legale (50).

7. Le considerazioni sin qui svolte consentono di affermare la tendenziale applicabilità della regola della postergazione enunciata dal primo comma dell'art. 2467 c.c. ai crediti di natura finanziaria derivanti da prestiti infragruppo concessi in una delle situazioni di « anomalia » indicate dal secondo comma di tale disposizione: questi crediti devono considerarsi come *postergati*, ad eccezione soltanto dei crediti che, pur avendo detta origine finanziaria ed essendo sorti in condizioni di squilibrio, siano vantati (*recte*, sorti *ab origine*) direttamente nei confronti della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento nei confronti delle finanziatrici.

Devono invece qualificarsi, in linea di principio, come *chirografari* tutti i crediti infragruppo che non abbiano origine in rapporti di finanziamento, derivando, tra l'altro, da prestazione di servizi, canoni di locazione, fornitura di merci, o ancora costituendo il corollario dell'adesione al consolidato fiscale nazionale.

Venendo dunque all'esame del secondo quesito, relativo alla compensazione dei crediti reciprocamente vantati, è necessario verificare, preliminarmente, i presupposti dell'istituto quali delineati dal codice civile.

A tal fine occorre fare riferimento in primo luogo all'art. 56 l. fall., che, alla luce del ricordato rinvio operato dall'art. 169 l. fall., risulta applicabile alle società in concordato preventivo (51).

In forza delle disposizioni ora richiamate l'istituto della compensa-

(50) In tal senso ZANARONE (nt. 4), 451 s.; ABRIANI (nt. 45), 731.

(51) Per tutti, PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, 323 s., il quale desume dal richiamo operato all'art. 56 l. fall. « che il creditore del debitore concordatario — nei limiti del 2° comma dello stesso art. 56 — può compensare con i suoi debiti i crediti che (benché non scaduti alla data della presentazione della domanda di concordato) vanta nei confronti del debitore concordatario ».

zione è pertanto destinato a operare fra crediti *anteriori* al provvedimento di omologazione del concordato (52), laddove l'anteriorità si intende riferita al fatto genetico dei contrapposti diritti (53). Nel caso di specie tutti i crediti della cui compensazione si discute hanno tale caratteristica.

Espressamente richiesto dall'art. 56 l. fall., è altresì il requisito della *reciprocità* dei crediti, anch'esso pacificamente esistente nelle fattispecie in esame.

Si ritiene inoltre che anche in ambito concorsuale, sebbene non specificamente richiamati, valgano gli ulteriori presupposti della compensazione legale — di cui la previsione di cui all'art. 56 l. fall. costituisce « una particolare ipotesi » (54) — rappresentati, come noto, dalla *omogeneità*, *liquidità* ed *esigibilità* dei crediti reciprocamente vantati, previsti dal codice civile all'art. 1243 c.c.

Se la presenza dei primi due requisiti ora ricordati è nella specie fuori discussione, trattandosi di crediti pecuniari e determinati nel loro ammontare (55), qualche precisazione supplementare merita, invece, l'ultimo presupposto della compensazione legale come disciplinata dall'art. 1243 c.c., ovvero *l'esigibilità* dei crediti reciproci.

A questo proposito occorre distinguere a seconda che le società del Gruppo reciprocamente debentrici siano entrambe o meno in concordato preventivo.

Per quanto concerne i crediti verso le società ammesse alla procedura concorsuale, tale presupposto è espressamente derogato dall'art. 56 l. fall., il cui primo comma, come già si è ricordato, dispone che « i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, *ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento* ». Irrilevante, pertanto, per la compensazione è il termine di scadenza dei crediti nei confronti delle società in concordato (ad essi,

(52) PERLINGIERI (nt. 51), 324. Richiede che il credito sia anteriore all'udienza di omologazione FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, 280, nt. 2. In ogni caso per accertare l'anteriorità occorre far riferimento alla data in cui si è verificato il fatto che costituisce il titolo del credito (Cass., 22 gennaio 1998, n. 559, in *Fallimento*, 1999, 156).

(53) Cass., SS.UU., 19 novembre 1996, n. 10097, in *Fallimento*, 1997, 199; Cass., 22 gennaio 1998, n. 559, cit.; FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, cit., 278 ss.; LAMANNA, *Commento all'art. 56*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2006, 807 ss.; BENEDETTI, *Il concorso dei creditori*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2012, 350 ss.

(54) Cass. SS.UU., 26 luglio 1990, n. 7562, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1942.

(55) Sul punto, per tutti, TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, 389 s.; PERLINGIERI (nt. 51), 295 ss.

peraltro, applicandosi, la regola della scadenza anticipata *ex art. 55*, comma 2, anch'esso oggetto di rinvio ad opera dell'*art. 169 l. fall.*)

Nulla prevede, invece, la legge fallimentare in relazione ai crediti del soggetto sottoposto a procedura concorsuale. Al riguardo, mentre fino alla fine del secolo scorso la giurisprudenza prevalente riteneva necessaria l'esigibilità del credito del fallito al momento dell'apertura della procedura concorsuale, nella più recente giurisprudenza, a partire da una nota sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione (56), si è imposto il principio secondo cui unico presupposto per l'applicazione dell'*art. 56 l. fall.* è l'antiorità del fatto genetico dei crediti contrapposti alla dichiarazione di fallimento. Pertanto, alla luce di tale interpretazione, già consolidatasi (57), la compensazione può trovare applicazione quando, al momento dell'apertura della procedura, non sia scaduto (e dunque non sia esigibile) non solo il credito del terzo, ma anche quello del soggetto sottoposto a procedura concorsuale.

Da tale premessa discende che tutti i crediti reciprocamente vantati da società del Gruppo aventi identica natura sono destinati a compensazione legale, con conseguente proporzionale estinzione degli stessi ai sensi degli *artt. 1243 c.c. e 56 l. fall.*, indipendentemente dalla circostanza che siano o meno scaduti.

Tale conclusione non pare invece suscettibile di una meccanica trasposizione alle ipotesi in cui i crediti reciprocamente vantati abbiano natura eterogenea, risultando alcune società del Gruppo titolari di crediti postergati a fronte di debiti di natura chirografaria.

8. Le conclusioni cui si è giunti in ordine alla distinzione all'interno dei rapporti infragruppo tra crediti di natura finanziaria, *postergati*, e crediti di natura commerciale (o comunque non finanziaria), *chirografari*, impone di verificare i corollari che tale qualificazione può determinare sulla compensazione degli stessi con i controcrediti vantati da altre società del Gruppo. La regola della postergazione sembra infatti costituire un elemento sistematicamente ostativo alla compensazione con crediti di rango superiore, quanto meno nell'ipotesi in cui il credito postergato sia vantato nei confronti di società in procedura concorsuale.

(56) Cass., SS.UU., 16 novembre 1999, n. 775, in *Giur. comm.*, 2000, 345; Cass., 25 maggio 2003, n. 8042, in *Fallimento*, 2004, 658; Cass., 24 luglio 2000, n. 9678, in *Fallimento*, 2001, 658; Cass., 5 novembre 1999, n. 12318, in *Fallimento*, 2000, 1144; LAMANNA (nt. 53), 812; Benedetti (nt. 53), 352 ss.

(57) E v. infatti LAMANNA (nt. 53), 812.

Se è vero che la giurisprudenza prevalente tende ad ammettere, come già si è ricordato, la compensazione anche del credito del debitore sottoposto a procedura concorsuale, ancorché non scaduto prima della procedura, tale conclusione non pare riferibile all'inesigibilità conseguente alla postergazione *ex art. 2467 c.c.*, che è imposta dalla legge al fine di tutelare i creditori sociali e pare pertanto collocarsi su un diverso piano assiologico.

Al ricorrere della fattispecie prevista dall'art. 2467 c.c., la finalità di protezione dei creditori sociali sembra invero destinata a prevalere rispetto alle ragioni poste a fondamento della possibilità per il creditore *in bonis* di compensare il proprio diritto con quello del debitore in procedura concorsuale non ancora scaduto (e dunque non esigibile) al momento della dichiarazione di fallimento. La regola imperativa della posposizione dei crediti postergati non sembra pertanto superabile in applicazione dell'orientamento giurisprudenziale affermatosi con riferimento all'art. 56 l. fall.; e continua, in quanto tale, a costituire un potenziale ostacolo alla compensazione fra credito ordinario e controcredito postergato.

La compensazione costituisce, del resto, secondo risalente e pacifico insegnamento, uno dei modi *satisfattivi* di estinzione dell'obbligazione, diversi dall'adempimento (58). In questo quadro, consentire la compensazione del credito postergato significherebbe ammetterne la soddisfazione preferenziale rispetto agli altri crediti non postergati, così tradendo la funzione di tutela di questi ultimi per assolvere la quale l'istituto della postergazione legale è stato introdotto (59).

In questo quadro sistematico il meccanismo compensatorio si porrebbe in evidente contrasto con la finalità precipua della postergazione che è, appunto, quella di collocare il diritto alla ripartizione del creditore postergato in una fase successiva rispetto all'*integrale* soddisfacimento degli altri creditori (60).

(58) Secondo la tratatizia distinzione dottrinarica fra modi di estinzione diversi dall'adempimento *satisfattivi* e non *satisfattivi*: PERLINGIERI (nt. 51), 2 ss. e, più recentemente, MOSCATI, *I modi di estinzione fra surrogati dell'adempimento e vicende estintive liberatorie*, in *Modi di estinzione*, a cura di Burdese e Moscati, Padova, 2009, 6; LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto e il fatto illecito. Corso di diritto civile*, Milano, 2012, 53.

(59) Sul punto, con riferimento alla società già fallita e dunque all'applicazione dell'art. 56 l. fall., v. MAUGERI (nt. 2), 136 ss. e PRESTI (nt. 4), 114.

(60) Così, in forza del rilievo che il presupposto da cui dipende il diritto dei creditori postergati di concorrere al riparto è che tutti i creditori, anche chirografari, siano stati interamente pagati, GUIZZI (nt. 4), 293, il quale esclude coerentemente la possibilità di assimilare il credito postergato ai crediti da ammettere al passivo con riserva, ovvero come credito condizionato, e conseguentemente esclude qualsiasi accantonamento a loro favore,

In relazione al rapporto tra tutela dei creditori e rispetto dell'ordine di priorità nell'ordine del loro soddisfacimento, la dottrina ha da tempo sottolineato come, in linea di principio, le procedure concorsuali dovrebbero porsi quale proiezione ed attuazione del sistema di regole ordinario, del quale il rispetto dell'ordine di priorità è un caposaldo (61). Sotto altro, ma convergente, versante, si è poi rilevato come l'esistenza dei requisiti necessari ai fini dell'applicazione dell'istituto della compensazione debba essere valutata astraendo dalle regole del concorso, guardando, cioè, « ai crediti come si configurano sul terreno sostanziale » (62). Tale conclusione trova del resto, conferma nella « circostanza che per consentire la compensabilità anche di crediti non scaduti alla data del fallimento il legislatore avverta il bisogno di dettare una norma *ad hoc*: precisazione, questa, che non sarebbe stata necessaria se la verifica sull'esistenza delle condizioni di compensazione fosse destinata a compiersi guardando a come i crediti rilevano ai fini del concorso, atteso che essi sotto questo profilo sono sempre tutti scaduti ai sensi dell'art. 55 » (63).

Ed è proprio la funzione della postergazione come fenomeno che incide sulla graduazione del credito ad aver indotto da tempo dottrina e giurisprudenza ad affermare la non compensabilità del credito postergato con un controcredito del soggetto sottoposto a procedura concorsuale, ritenendo inapplicabile alla fattispecie le disposizioni contenute nell'art. 56 l. fall.

Tali conclusioni, già enunciate anteriormente alla riforma del diritto societario del 2003 con riguardo alla postergazione convenzionale (64),

posto che « gli accantonamenti sono (...) funzionali a soddisfare un'esigenza — conservare integra la possibilità del riparto rispetto a quei crediti che, sebbene di esistenza o esigibilità ancora incerta, hanno pure sempre titolo, ove si verifichi l'evento dedotto in condizione, per concorrere proporzionalmente con gli altri — tipicamente estranea all'area della postergazione legale. Anzi, a ben riflettere, la previsione di "riserve" risulta logicamente contraddittoria con la prospettiva del soddisfacimento dei creditori postergati; non v'è chi non veda come eventuali accantonamenti avrebbero come effetto solo di ritardare, ovvero di impedire, l'avverarsi di tale presupposto ».

(61) Per tutti, STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 59.

(62) GUIZZI (nt. 4), 293.

(63) Così ancora GUIZZI (nt. 4), 293.

(64) MAFFEI ALBERTI, *Prestiti postergati e liquidazione coatta amministrativa*, in questa *Rivista*, 1983, I, 25 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 145 s.; PORTALE, « *Prestiti subordinati* » e « *prestiti irredimibili* » (*Appunti*), in questa *Rivista*, 1996, I, p.13 ss. In giurisprudenza l'operatività della compensazione fallimentare con riferimento al credito sottoposto a condizione è stata esclusa da Trib. Milano, 24 ottobre 2008, in *Giustizia a Milano*, 2008, 70 e Cass., 2 agosto 1994, n. 7181, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 1047.

valgono *a fortiori* nell'ipotesi di postergazione legale di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. (65).

Com'è stato infatti puntualmente rilevato, ove si permettesse al creditore postergato di eccepire l'intervenuta compensazione — e conseguentemente l'estinzione del controcredito chirografario del soggetto in procedura concorsuale — si finirebbe per « sottra[rr]e un bene dell'attivo alla soddisfazione degli altri creditori per "attribuirlo" in funzione della soddisfazione del creditore postergato, ponendo in essere così, in una prospettiva necessariamente anticipatoria rispetto a quello che poi, in concreto, potrà essere l'effettivo esito della distribuzione dell'attivo di liquidazione, un fatto comunque impeditivo dell'integrale soddisfacimento degli altri creditori, che costituisce presupposto ed essenza dell'istituto postergativo » (66).

Anche la più recente ricostruzione dottrinale, secondo la quale « la subordinazione extraconcorsuale determin[erebbe]...uno spostamento in avanti del termine di adempimento », ha cura di precisare che tale effetto « è destinato a mutare nel momento in cui si apra il concorso tra i creditori del debitore comune »; e ciò proprio in quanto la postergazione può agire sul termine di adempimento dell'obbligazione in situazione extraconcorsuale, ma non dopo l'apertura del concorso, atteggiandosi sempre la postergazione in tale ambito concorsuale come arretramento del rango originario del credito, a prescindere dalla tesi che si accolga circa gli effetti da essa prodotti prima dell'apertura del concorso (67). Ed invero, quando la legge impone la degradazione del rango di un determinato credito rispetto a tutti gli altri creditori concorrenti, « esprime una chiara volontà: intende, cioè, impedire che il debitore (o l'organo della procedura, in caso di apertura del concorso) possa soddisfare il creditore postergato con anteriorità rispetto ai beneficiari della subordinazione privando, conse-

(65) MAUGERI (nt. 2), 136.

(66) LOCORATOLO (nt. 4), 139 s.

(67) VATTERMOLI (nt. 4), 26 e 371 s. Del resto, si ritiene che, anche in ambito concorsuale, la compensazione non operi nei casi di cui all'art. 1246 c.c., con la conseguenza che la preventiva rinuncia alla compensazione ex art. 1246, n. 4 c.c., varrebbe a paralizzare l'effetto estintivo ai sensi dell'art. 56 l. fall. (FOSCHINI (nt. 52), 96); sicché ad identica conclusione sembra doversi pervenire per la subordinazione convenzionale e, *a fortiori*, per la postergazione legale imperativa di cui all'art. 2467 c.c. La *ratio* della introduzione della clausola di rinuncia alla compensazione anche in sede concorsuale, ricorrente nella prassi contrattuale dei crediti subordinati, viene ravvisata nel fatto che il meccanismo compensatorio comporterebbe il venir meno dal punto di vista economico della subordinazione, in quanto il creditore postergato vedrebbe estinto il proprio credito in via soddisfattoria, in maniera preferenziale rispetto ai creditori non postergati (CAPUTO NASETTI, *Del debito subordinato delle banche*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 267 s.).

guentemente, il creditore subordinato del diritto di ottenere il pagamento del proprio credito attingendo le risorse a ciò necessarie dal patrimonio del debitore (rappresentato, nel caso di specie, dal credito da quest'ultimo vantato nei confronti del primo) » (68).

A favore di tale conclusione depone chiaramente la generale finalità di politica legislativa sottesa all'introduzione dell'istituto in esame, che consiste — come pure riconosciuto da tutti gli interpreti — nell'« ampliare e dunque [nell']integrare, ... la garanzia patrimoniale [della finanziata] ma, prima ancora, [nel] graduarla, ed a farlo in una fase logicamente precedente a quella, processuale ed esecutiva, del concorso, e dunque in una dimensione schiettamente sostanziale » (69). La postergazione deve essere invero intesa come un meccanismo « volto ... a consentire che la funzione di garanzia ... operi innanzitutto a favore dei creditori non postergati, e solo subordinatamente a favore di quelli postergati », la cui funzione « non deve tanto individuarsi, in positivo, [nel] garantire la soddisfazione del creditore non postergato, ma, appunto, in negativo, nell'impedire che tale soddisfazione sia comunque pregiudicata da quella dei creditori postergati » (70).

Sempre in tale direzione sembrano indirizzare le conclusioni cui è giunta la nostra giurisprudenza in ordine alla *ratio* ispiratrice della regola della postergazione, ravvisata in un principio, trascendente rispetto all'interesse dei soci e da loro indisponibile, di tutela preventiva dei creditori sociali, con il quale si è inteso « vietare, attraverso il meccanismo della postergazione, il pagamento in pregiudizio degli altri creditori, assimilandosi in tal modo ai fini in esame i finanziamenti ai conferimenti nel capitale di rischio » (71) ovvero, come si è più correttamente precisato, operare una « riqualificazione imperativa » del « “prestito” in “prestito postergato” rispetto alla soddisfazione degli altri creditori » (72).

Tali obiettivi, perseguiti dalla legge con l'introduzione della regola della postergazione legale, si pongono in evidente ed insanabile contrasto con la funzione soddisfattoria che caratterizza l'istituto della compensa-

(68) VATERMOLI (nt. 4), 377.

(69) In tal senso si esprime uno dei più autorevoli assertori della tesi che pure nega l'incidenza della postergazione sull'esigibilità del credito: FERRI *jr* (nt. 4), 981 ss.

(70) Così ancora FERRI *jr* (nt. 4), 981 ss.

(71) Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Giur. comm.*, 2011, II, 247.

(72) Così Cass., 24 luglio 2007, n. 16393, cit., secondo la quale con la norma in esame « è stato, quindi, introdotto, per le imprese che siano entrate o stiano per entrare in una situazione di crisi, un principio di corretto finanziamento la cui violazione comporta una riqualificazione imperativa del “prestito” in “prestito postergato” ».

zione, e il conseguente effetto di antergazione del creditore della procedura che quest'ultimo altrimenti sarebbe destinato a produrre. Sicché paiono sussistere i presupposti per la configurabilità nella specie di un « divieto stabilito dalla legge » all'operatività del meccanismo compensatorio, in applicazione estensiva dell'art. 1246, n. 5, c.c.

Pare comunque fuori discussione che, in presenza dell'espresso dettato normativo di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., non potrebbe nella specie « ravvisarsi alcun affidamento "incolpevole" (circa l'operatività della compensazione) del creditore-debitore *in bonis*, degno di tutela » (73).

9. Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente conducono a escludere la possibilità che crediti chirografari vantati da una delle società del Gruppo in concordato preventivo possano essere compensati con crediti postergati di cui sia reciprocamente titolare altra società del Gruppo; e ciò indipendentemente dalla circostanza che quest'ultima sia anch'essa o meno sottoposta al concordato preventivo o ad altra procedura concorsuale.

Il problema assume una diversa connotazione nell'ulteriore ipotesi in cui ad essere postergato sia il credito vantato dalla società in procedura concorsuale e quest'ultima risulti a sua volta debitrice chirografaria di altra società del gruppo *in bonis*.

In tale fattispecie assume un rilievo decisivo l'interpretazione che viene data in ordine agli effetti che la regola enunciata dall'art. 2467, primo comma, c.c., produce sull'esigibilità del credito postergato.

Al riguardo va ricordato che una parte significativa degli interpreti circoscrive la sfera applicativa della postergazione al solo ambito processuale (74) o comunque alle sole società in fase di liquidazione volontaria o concorsuale (75). Secondo tale impostazione ermeneutica la postergazione legale non influirebbe sulla disciplina sostanziale del rapporto di finanziamento, rappresentando semplicemente una forma di « integra-

(73) VATTERMOLI (nt. 4), 378 s.

(74) TERRANOVA (nt. 3), 1463 ss.; PORTALE (nt. 1), 681; ZOPPINI, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella responsabilità limitata e i prestiti provenienti da « terzi » (con particolare riguardo alle società fiduciarie)*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 417; FAZZUTTI, *Commento all'art. 2467*, in *La riforma delle società, Commentario* diretto da Sandulli e Santoro, Torino, 2003, II, 48 ss.; v. inoltre, con riferimento ai finanziamenti infragruppo, FIGÀ TALAMANCA - GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, 1222.

(75) FERRI jr (nt. 4), 987 ss.; GUIZZI (nt. 4), cit., 292; ID., *I gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2012, 360.

zione straordinaria della responsabilità patrimoniale », destinata a trovare applicazione in sede di esecuzione collettiva e individuale, non potendo viceversa la società opporre al socio finanziatore, in assenza di creditori concorrenti, l'insufficienza del residuo patrimoniale a soddisfare le pretese degli altri creditori.

In questa prospettiva, la regola enunciata dall'art. 2467 c.c. sarebbe destinata ad operare unicamente in sede esecutiva, precludendo ai creditori postergati « il concorso con ogni altro creditore » (76), ma non inciderebbe sulla esigibilità del credito. Ed invero è proprio muovendo dal presupposto che il credito rimarrebbe comunque esigibile alla scadenza, che si è ulteriormente rilevato come il creditore postergato che abbia ricevuto il pagamento diventerebbe *ex lege* « garante della società nei limiti del ricevuto, nei confronti di coloro che, risultando creditori della società al momento del rimborso, siano rimasti insoddisfatti », riconoscendosi specularmente ai creditori non postergati il diritto di esercitare, in ipotesi di incapienza del patrimonio sociale (e dunque anche al di fuori di un procedimento di liquidazione), un'azione diretta, nei limiti di quanto ricevuto, nei confronti del socio il quale abbia ottenuto il rimborso del credito postergato (77).

L'accoglimento dell'interpretazione che riconosce la perdurante esigibilità dei crediti postergati *durante societate* — autorevolmente rappresentata in dottrina (78) e non priva di riscontro in giurisprudenza (79) — consentirebbe di riconoscere la possibilità di eccepire nella fattispecie in esame l'intervenuta compensazione dei crediti reciproci, non potendosi revocare in dubbio l'esigibilità di entrambi e la conseguente sussistenza dei già richiamati presupposti richiesti dalla legge ai fini dell'operatività dell'istituto della compensazione legale.

(76) FAZZUTHI (nt. 74), 48 ss.

(77) FERRI *jr* (nt. 4), 987 ss.

(78) Al proposito merita di essere segnalata che la tesi della perdurante esigibilità dei crediti postergati *durante societate* è stata da ultimo ripresa e sviluppata da ZANARONE (nt. 4), 467 ss. Per uno spunto in tal senso, si veda anche l'*Orientamento* elaborato dalla Commissione del diritto delle società del Consiglio Notarile di Firenze, che, muovendo dalla premessa che « è sempre possibile liberare l'aumento di capitale sottoscritto mediante compensazione con un credito del socio da finanziamento, anche nel caso in cui il termine per il rimborso non sia ancora scaduto », ha precisato che « non osta a tale operazione neppure il fatto che ricorrano le condizioni per la postergazione dei crediti dei soci stabilite dall'articolo 2467 codice civile, posto che la conversione del credito da finanziamento in capitale di rischio concorre alla protezione degli interessi dei creditori terzi tutelati da tale disposizione ».

(79) Trib. Milano, 24 aprile 2007 (nt. 18).

10. Si tratta ora di considerare se ad analoga conclusione possa pervenirsi anche nell'ipotesi di adesione al diverso orientamento dottrinale che riconosce una più lata sfera applicativa alla regola della postergazione, imponendone l'osservanza anche durante l'ordinario funzionamento della società finanziata.

Secondo questa interpretazione, la postergazione, a differenza di una normale condizione, non inciderebbe sull'esistenza della pretesa, ma imporrebbe « un vincolo di destinazione sulle somme oggetto del finanziamento a vantaggio dei creditori non subordinati », postulando pertanto l'inesigibilità del credito postergato quale « espressione di un vero e proprio divieto legale di effettuare il rimborso finché la società è a rischio di insolvenza »: divieto che sarebbe destinato ad operare « anche nella fase ordinaria di funzionamento della società » (80).

Quest'ultima tesi parrebbe più aderente alla *ratio* ispiratrice e alla lettera della legge. Quanto al dato testuale, va osservato che il primo comma dell'art. 2467 c.c. afferma incondizionatamente la regola della postergazione per ogni finanziamento concesso nelle situazioni di « anomalia » evocate dal capoverso della norma. Se è vero infatti che la norma disciplina espressamente solo la sorte del prestito rimborsato nell'anno precedente il fallimento della società, è parimenti vero che essa non stabilisce che questa sia la sola conseguenza ricavabile dalla subordinazione. La stessa lettera della legge ha piuttosto cura di precisare che il rimborso del finanziamento è « postergato alla soddisfazione » degli altri creditori: in tal modo intendendosi graduare l'operatività della funzione di garanzia del patrimonio sociale tra diverse classi di creditori, al fine di assicurare che la soddisfazione di taluni di essi (i soci o le società di gruppo che abbiano operato finanziamenti « anomali » ai sensi del capoverso della norma), non pregiudichi quella degli altri (i creditori non postergati) (81).

Oltre alle indicazioni offerte dal tenore letterale dell'art. 2467 c.c., a

(80) M. CAMPOBASSO, (nt. 2), 251 ss. che, sulla base di tale premesse, perviene alla conclusione che « la società possa ripetere dal socio l'importo pagato in violazione del divieto, onde far profittare tutti i creditori del risultato utile dell'azione recuperatoria anziché il solo creditore agente in revocatoria ». In senso conforme, PRESTI (nt. 4), 119; MAUGERI (nt. 2), 114; BALP (nt. 2), 373.

(81) Al riguardo va peraltro richiamata anche la diversa valorizzazione del dato testuale della norma suggerita dagli autori per i quali la postergazione opererebbe soltanto in caso di liquidazione concorsuale o volontaria: tale conclusione viene infatti fondata anche su un'interpretazione *a contrario* della disposizione di cui all'art. 2467, primo comma, c.c. per cui il rimborso deve essere restituito se avvenuto *nell'anno precedente* la dichiarazione di fallimento: dato dal quale viene tratto il corollario che il rimborso sarebbe di per sé perfettamente esigibile alla scadenza stabilita dal contratto di finanziamento, e il relativo

favore di una più lata interpretazione degli effetti della subordinazione legale del credito postergato militano anche le considerazioni sopra svolte in ordine alle ragioni ispiratrici della norma, posto che, com'è stato osservato, la limitazione degli effetti della postergazione ai soli casi di fallimento o di liquidazione volontaria condurrebbe « ad un ingiustificato diniego di tutela dei creditori ogniqualevolta, pur essendo la società insolvente, il fallimento non venga dichiarato » (82).

Da tali premesse sembra potersi evincere che la regola della postergazione è destinata ad incidere innanzitutto *sulla disciplina sostanziale* del rapporto di finanziamento, operando come condizione sospensiva dell'esigibilità del credito postergato, che è pertanto destinato a rimanere inesigibile, indipendentemente dalla intervenuta scadenza contrattuale del termine pattuito, sino a tanto che non si verifica la predetta condizione di esigibilità (83).

Con riguardo alla fattispecie in esame, tale impostazione — ove condivisa — implicherebbe un supplemento di riflessione onde verificare la sussistenza o meno di detta condizione di esigibilità, configurandosi il relativo scrutinio con esito positivo quale premessa indefettibile ai fini della compensazione legale che, ai sensi del più volte ricordato disposto dell'art. 1243 c.c., « si verifica solo fra due debiti (...) ugualmente (...) esigibili ». Il punto cruciale, da tale angolo visuale, è rappresentato dalla identificazione della condizione che, secondo la prospettiva interpretativa prescelta, è richiesta dall'art. 2467 c.c. ai fini dell'esigibilità del credito.

Al riguardo va preliminarmente sottolineato che tale condizione non può ravvisarsi nell'integrale soddisfazione di tutti i creditori non postergati, come pure è stato affermato da una dottrina minoritaria, per quanto autorevole. Non sembra invero sostenibile né che alla società finanziata sia negato il rimborso sino a tanto che non siano state soddisfatte tutte le posizioni di credito diverse da quelle dei soci o delle società infragruppo postergati (84), né la necessità di subordinare il rimborso dei creditori-soci al « preventivo pagamento dei creditori sociali od all'accantonamento delle somme all'uopo necessarie » (85).

pagamento irripetibile, purché avvenuto a distanza di oltre un anno dalla dichiarazione di fallimento o in mancanza di quest'ultima: così ZANARONE (nt. 4), 467; FERRI *jr* (nt. 4), 975.

(82) M. CAMPOBASSO (nt. 37), 449.

(83) In tal senso v. OLIVIERI (nt. 4), 84 ss.; ID., *Capitale e patrimonio nella riforma delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 267; ABRIANI (nt. 2), 330; M. CAMPOBASSO (nt. 2), 251.

(84) Così GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto comm. pubbl. econ.* diretto da Galgano, XXIV, Padova, 2003, 474.

(85) In tal senso BARTALENA (nt. 4), 397.

Tali conclusioni risultano invero incompatibili rispetto alla disciplina del patrimonio netto, e segnatamente alla regola contabile che impone l'iscrizione di detti finanziamenti, ancorché postergati, fra i debiti della società, alla voce D3 del passivo, «debiti verso soci per finanziamenti» (86).

Pare d'altro canto sistematicamente inaccettabile una ricostruzione della posizione dei soci finanziatori in termini più gravosi e penalizzanti addirittura di chi ha conferito capitale di rischio, che potrebbe vedersi restituito l'apporto anche durante la vita fisiologica della società a seguito e per effetto di una riduzione del capitale deliberata ai sensi dell'art. 2445 c.c. (87).

Può dunque ribadirsi, nel solco della nostra più autorevole dottrina, che « il finanziamento postergato dei soci non è parificato al conferimento di capitale », traducendosi la postergazione « in una tecnica giuridica a mezzo della quale graduando fra classi si mira a conservare, per alcuni creditori, il patrimonio del debitore indenne dalle pretese di altri creditori » (88). La riqualificazione del finanziamento in una pretesa postergata, operata dall'art. 2467 c.c., non vale dunque a trasformare il rapporto giuridico sottostante in un rapporto sociale, ma si limita a precludere il rimborso delle somme apportate a titolo di finanziamento « anomalo », rendendo inesigibile i relativi crediti dei soci fino a quando le risorse da questi approntate non risultino più necessarie, secondo la valutazione degli amministratori, al fine di assicurare la capacità della società di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

La condizione di esigibilità del credito postergato va pertanto ravvisata nel superamento della situazione di originario squilibrio finanziario che ha reso « anomalo » il finanziamento, ai sensi del capoverso dell'art.

(86) Si vedano sul punto i puntuali e convergenti rilievi di PRESTI (nt. 4), 112 ss.; M. CAMPOBASSO (nt. 37), 449; GUERRERA, *Le soluzioni concordatarie*, in AA. VV., *Diritto fallimentare* (nt. 4), 167.

(87) Così, da ultimo, BIONE (nt. 4), 35. E v. anche il citato *Orientamento* della Commissione del diritto delle società del Consiglio Notarile di Firenze, nella cui motivazione si legge: « I finanziamenti rimangono soggetti alla disciplina loro propria, ma vengono retrocessi rispetto agli altri rapporti di credito; non viene introdotto un generico divieto di rimborso dei finanziamenti e loro esigibilità viene subordinata, non alla preventiva soddisfazione degli altri creditori, né al venir meno di un eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto, ma alla verifica da parte degli amministratori dell'irrelevanza di tale rimborso rispetto alla capacità della società di far fronte alle proprie obbligazioni ».

(88) LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, 515.

2467 c.c. e ne ha determinato la postergazione (89); ovvero, secondo una prospettiva non del tutto coincidente (e a parere di chi scrive, più corretta), nel preventivo riscontro da parte degli amministratori dell'influenza del rimborso del credito postergato rispetto alla capacità della società di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni (90).

In tal senso depone il già ricordato riconoscimento alla curatela del diritto di ottenere la restituzione del rimborso effettuato nell'anno anteriore al fallimento, che appare espressione di un più generale principio di inesigibilità dei crediti postergati in presenza di una situazione di (rischio prospettico di) insolvenza, da cui consegue il dovere degli amministratori di verificare se, al momento in cui il rimborso è richiesto dal socio (o dalla società che esercita la direzione e il coordinamento o è sottoposta a comune direzione e coordinamento), la società finanziata sia o meno dotata di mezzi propri sufficienti per garantire il soddisfacimento, alle rispettive scadenze, degli altri creditori sociali (91).

La prospettiva interpretativa qui condivisa, in entrambe le varianti sopra delineate, vale comunque a confermare che « la postergazione legale è una condizione potenzialmente temporanea e reversibile del prestito », che « può essere rimborsato se vengono meno le condizioni di squilibrio patrimoniale della società e sia quindi possibile farlo senza pregiudizio per le ragioni dei creditori esterni » (92).

L'organo amministrativo è pertanto chiamato ad operare una valuta-

(89) Così Cass., 24 luglio 2007, n. 16393 (nt. 18), nella cui motivazione si osserva che la condotta degli amministratori che abbiano provveduto al rimborso dei finanziamenti potrà esporre questi ultimi a responsabilità qualora « il rimborso del finanziamento *durante societate* sia avvenuto in presenza di un eccesso di indebitamento rispetto al patrimonio netto ..., o di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento, ovvero, in altre parole, in una fase in cui la società, in relazione all'attività in concreto esercitata, aveva la necessità delle risorse messe a disposizione dai soci finanziatori e non sarebbe stata in grado di rimborsarli »; in dottrina, nel senso che il finanziamento non sarebbe rimborsabile « fintanto che permangono, durante la vita della società, le situazioni che la legge prevede come presupposti per la qualificazione del finanziamento come postergato », v. M. RESCIGNO, *Problemi aperti in tema di s.r.l.: i finanziamenti dei soci, la responsabilità*, in *Società*, 2005, 15; M. CAMPOBASSO, (nt. 2), 251; BIONE (nt. 4), 35 secondo il quale « le somme erogate dai soci dovranno essere restituite *durante societate* qualora, alla data della pattuita scadenza ed esigibilità del credito, siano venuti meno quei parametri dalla cui sussistenza discende la postergazione dei soci agli altri creditori sociali ».

(90) VASSALLI, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 269 s.; ABRIANI, *I conferimenti*, in ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, IV, 1, Padova, 2010, 213 s.

(91) ABRIANI (nt. 90), 213 ss..

(92) M. CAMPOBASSO (nt. 2), 251.

zione prospettica, assistita dalla insindacabilità del merito delle scelte gestorie, in ordine alla capacità della società di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, nonostante il rimborso ai soci delle risorse da questi apportate a titolo di finanziamento nelle situazioni di crisi evocate dal secondo comma dell'art. 2467 c.c..

Qualora tale scrutinio dia esito positivo — e dunque qualora il rimborso del finanziamento postergato non metta a repentaglio la possibilità per la società di soddisfare con mezzi normali di pagamento gli altri creditori — il credito postergato dovrà ritenersi esigibile e gli amministratori dovranno procedere senz'altro al relativo pagamento; in caso negativo, il credito rimarrebbe invece inesigibile, nonostante la sopravvenuta scadenza del termine pattuito.

L'adesione all'orientamento da ultimo delineato implicherebbe pertanto che nella fattispecie in esame la compensazione potrà aver luogo, purché gli amministratori della società del gruppo *in bonis* titolare del credito chirografario accertino, con una valutazione assistita dalla *business judgement rule*, che, nonostante la soddisfazione del credito postergato della società del gruppo in concordato, la società sarà in grado di soddisfare, prospetticamente e alle rispettive scadenze, i creditori sociali non postergati.

Nel compiere la valutazione prospettica di cui si è appena detto, un ulteriore elemento da considerare deriva dalla circostanza che, nel caso in esame, il socio finanziatore risulta sottoposto a concordato preventivo. Come si è ricordato, l'art. 56 l. fall. costituisce una norma dettata a vantaggio del creditore del soggetto sottoposto a procedura concorsuale, in quanto permette, tramite la compensazione, di soddisfare il proprio credito per l'intero importo che trova copertura nel controcredito del fallito, sottraendosi alla falce. Questa constatazione potrebbe indurre a concludere che, in quanto vantaggiosa per il patrimonio del creditore del soggetto sottoposto a procedura concorsuale, la compensazione lo sia altrettanto, sempre e comunque, anche per i creditori (del primo) che su quel patrimonio hanno diritto di soddisfarsi ai sensi dell'art. 2741 c.c. Nel caso di specie, pertanto, si potrebbe essere portati a ritenere che, stante il carattere vantaggioso per i creditori della società *in bonis* della compensazione *ex art. 56 l. fall.*, questa sarebbe applicabile nonostante la postergazione del credito della società in concordato, non sussistendo l'esigenza di tutela dei creditori non postergati che ispira la regola di cui all'art. 2467 c.c.

Per chiarire la questione è opportuno proporre un esempio numerico.

Si ipotizzi che una società *in bonis* vanti una pretesa di 100 verso una società del medesimo gruppo, sottoposta a concordato preventivo, che, a propria volta, sia titolare di un controcredito postergato *ex lege* di pari importo.

L'operatività del meccanismo della compensazione determinerebbe, in questo quadro, l'automatica estinzione dei due crediti reciproci. Tramite l'estinzione del proprio debito verso il socio, la società a responsabilità verrebbe a soddisfare il proprio credito per 100, ossia per l'intero.

Se la compensazione non si ritenesse invece applicabile, in ragione della natura postergata del credito del socio, la società riscuoterebbe il proprio credito in moneta concordataria, percependo come creditore chirografario l'importo falcidiato previsto nella proposta di concordato (supponiamo il 20%, ovvero, nell'esempio, 20), rimanendo debitrice della società in concordato (ovviamente) per l'intero.

Risulta evidente dall'esempio come la compensazione *ex art. 56 l. fall.* verrebbe a comportare un saldo per il patrimonio della società *in bonis* [che vede soddisfatto il proprio credito per 100, cioè per l'intero, tramite l'estinzione del suo debito verso il socio: dunque saldo nel patrimonio = 0 (100-100)] migliore rispetto all'ipotesi in cui questa non abbia luogo [posto che in tal caso, la società riscuoterebbe 20 dal socio (credito originario di 100 falcidiato) e rimarrebbe debitrice di 100 verso il socio stesso: dunque saldo nel patrimonio della s.r.l. = - 80 (20-100)]. Ad una prima lettura si potrebbe dedurre che la compensazione avvantaggia anche i creditori della società, con la conseguenza sopra delineata.

La premessa del ragionamento appena esposto merita tuttavia di essere riconsiderata ove si rifletta che la compensazione presa in esame, se è certamente vantaggiosa per la società *in bonis*, potrebbe non risultare tale anche *per i suoi creditori non postergati*, a presidio dei quali è posta la disposizione in esame.

Da tale angolo prospettico, risulta evidente che la compensazione sopra esemplificata implica comunque l'utilizzo del credito della società — cioè di un bene dell'attivo suscettibile di essere destinato prioritariamente a beneficio dei creditori privilegiati e chirografari — per la soddisfazione del creditore postergato.

Nell'esempio, la somma acquisita a seguito del pagamento del credito sarebbe infatti destinato, pur nella percentuale di recupero imposta dalla falcidia concordataria, al pagamento dei suoi creditori non postergati. Qualora invece operasse la compensazione, il credito sarebbe estinto per intero; con il corollario che detto credito (*recte*, la percentuale dello stesso che si avrebbe diritto a riscuotere dal concordato) verrebbe utilizzato per

pagare un creditore la cui pretesa è subordinata a quella di tutti gli altri. Tale approdo verrebbe in tal modo a determinare, rispetto al caso di mancata applicazione del meccanismo della compensazione, una riduzione dell'attivo destinato al soddisfacimento dei creditori non postergati (pur circoscritta dalla falcidia concordataria).

Da tali premesse si evince che i creditori non postergati della società *in bonis* potrebbero essere pregiudicati dal fatto che la stessa, a seguito della compensazione, perderebbe il diritto al pagamento della percentuale del proprio credito verso il socio in concordato, che, diversamente, avrebbe potuto essere destinata alla loro soddisfazione.

Alla luce di tali premesse, si può concludere che nelle ipotesi da ultimo considerate, la qualificazione della postergazione come condizione sospensiva dell'esigibilità del credito non preclude in termini assoluti la compensazione dei crediti reciproci che, nonostante la natura eterogenea degli stessi, può avvenire legittimamente (cioè senza contrastare con l'art. 2467 c.c.) se ed in quanto gli amministratori della società del gruppo *in bonis* ritengano prospetticamente che l'operazione non incida in misura determinante sulla capacità della società di pagare regolarmente (alla rispettiva scadenza) i propri debiti non postergati.

A tal fine gli amministratori della società *in bonis* devono appurare se la percentuale del credito che essa ha diritto di riscuotere dal socio in concordato preventivo risulti o meno necessaria al fine di garantire il regolare pagamento delle obbligazioni non postergate della stessa. Ed è soltanto qualora tale scrutinio riveli che la società diverrebbe insolvente in difetto della riscossione di detta percentuale concordataria che la compensazione rimarrebbe preclusa, imponendosi la preventiva soddisfazione del credito falcidiato e subordinandosi al ripristino della solvibilità della società il futuro (ed eventuale) rimborso del finanziamento. Per contro, qualora il mancato introito del credito da fornitura, nella ricordata percentuale concordataria, non sia tale da determinare l'insolvenza della società, il credito della società in concordato rimarrebbe esigibile e, come tale compensabile, con quello della società del medesimo gruppo *in bonis*.

11. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, e nonostante il quadro interpretativo caratterizzato da perduranti incertezze dottrinali e giurisprudenziali, è possibile rispondere ai quesiti sottoposti al mio esame nei termini che seguono.

11.1. Con riferimento al primo quesito, relativa alla qualificazione dei crediti infragruppo, devono considerarsi postergati tutti i crediti deri-

vanti da finanziamenti, nella lata accezione che si è sopra delineata, che siano stati concessi da una delle società del Gruppo ad altra società sottoposta a direzione e coordinamento della *Holding*, nel momento in cui la società finanziata versava nelle situazioni di squilibrio di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c..

Da tale regola generale restano peraltro esclusi i crediti vantati dalle società del Gruppo direttamente nei confronti della *Holding*, che conservano la natura di crediti chirografari.

Parimenti chirografari devono qualificarsi in linea di principio tutti i crediti infragruppo che non abbiano origine in rapporti di finanziamento, derivando, tra l'altro, da prestazione di servizi, canoni di locazione, fornitura di merci, o ancora costituendo il corollario dell'adesione al consolidato fiscale nazionale.

Con riferimento a queste fattispecie, la natura del credito potrà trascolorare da chirografario in postergato soltanto nelle ipotesi in cui si constati l'effettuazione di forniture a credito o la concessione di dilazioni di pagamento che assumano connotazioni anomale ed incompatibili con un'ordinaria attività commerciale, anche alla luce della peculiare situazione economico-finanziaria in cui versava la società debitrice.

Resta, per contro, irrilevante in ordine alla qualificazione dei crediti come postergati o chirografari la circostanza che gli stessi siano stati oggetto di cessione ovvero che una delle società creditrici o debtrici sia uscita dal perimetro del Gruppo.

11.2. Con riguardo al secondo quesito, occorre distinguere a seconda che i crediti reciprocamente vantati dalle società del Gruppo abbiano diversa o identica natura.

In questa seconda ipotesi i crediti — entrambi chirografari o postergati — sono destinati a compensazione legale, con conseguente proporzionale estinzione degli stessi ai sensi degli artt. 1243 c.c. e 56 l. fall., indipendentemente dalla circostanza che siano o meno scaduti.

Qualora invece i crediti reciprocamente vantati abbiano natura eterogenea, occorre ulteriormente distinguere a seconda che il credito non postergato sia vantato da una delle società sottoposta del Gruppo attualmente in concordato preventivo o da società del Gruppo *in bonis*.

Nel primo caso deve escludersi che il credito chirografario possa essere compensato con crediti postergati di cui sia reciprocamente titolare altra società sottoposta a comune attività di direzione e coordinamento (o la stessa *Holding*), indipendentemente dalla circostanza che anche que-

st'ultima si trovi o meno in concordato preventivo o altra procedura concorsuale.

Nella seconda ipotesi, la compensazione tra il credito chirografario della società *in bonis* e il credito postergato di cui sia titolare la società del Gruppo in procedura concorsuale può considerarsi senz'altro ammissibile per chi aderisca alla diffusa interpretazione dottrinale secondo la quale la postergazione non opererebbe *durante societate* e non inciderebbe pertanto sull'esigibilità del credito.

Qualora invece si condivida il più rigoroso orientamento che anticipa l'operatività della postergazione durante la vita della società, con conseguente assoggettamento dell'esigibilità del relativo credito a condizione sospensiva, la compensazione dei crediti in esame rimarrebbe subordinata al preventivo riscontro, ad opera dell'organo amministrativo della società *in bonis*, della ricorrenza dei presupposti più analiticamente delineati nel precedente paragrafo 9. La compensazione dovrebbe pertanto ritenersi operante — con conseguente estinzione dei crediti reciproci — qualora la percentuale del credito che la società *in bonis* avrà diritto di riscuotere dal socio in concordato preventivo non risulti necessaria al fine di garantire il regolare adempimento delle obbligazioni non postergate della stessa. Qualora invece si accerti che la mancata riscossione del credito chirografario, nella percentuale concordataria, sia tale da mettere a repentaglio la capacità della società di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni non postergate, la compensazione rimarrebbe preclusa, imponendosi la preventiva soddisfazione del credito falciato.

NICCOLÒ ABRIANI

*Prof. ord. di Diritto commerciale
nell'Università di Firenze*