

L'ART. 2467 C.C.: LIMITI DI APPLICAZIONE DI UNA NORMA TRANSTIPICA AD UNA “S.R.L. TRANSTIPICA” (*)

ABSTRACT: A transtypical rule is a provision that is directly applicable beyond and regardless of the cases the rule is laid down for; an example of transtypical rule is the art. 2467 of Italian Civil code (c.c.), provided for Italian limited liability company (s.r.l.). According to such rule, the repayment of shareholder loans granted in a situation of financial stress of the company is postponed after other creditors' repayment. Despite its placing under s.r.l. set of rules, art. 2467 c.c. is applicable not only to s.r.l. but also to all small and close companies (which are similar to s.r.l.). Recently, the Italian legislator has provided some exceptional rules for SME and start-up companies which adopt the form of s.r.l. Pursuant to these exceptional provisions, such companies can derogate the common rules of s.r.l. and open up to the capital market themselves to receiving investments. The Author, considering – on one hand – that SME and start-up s.r.l. hasn't the characteristics of a “common” s.r.l. (few shareholders and close structure), and – on the other hand – the nature of transtypical rules, concludes that art. 2467 c.c., even though it's provided for s.r.l., is not applicable to “open” SME and start-up s.r.l.

KEYWORDS: Transtypical Rule – S.r.l. – 2467 c.c. – Shareholder Loans – SME and Start-up s.r.l.

SOMMARIO: 1. La nozione di transtipicità e le sue ricadute applicative. – 2. L'art. 2467 c.c.; una norma transtipica sul corretto finanziamento delle società lucrative “chiuse”. – 3. Rapporti fra l'art. 2467 c.c. e gli artt. 164 e 383, Cod. crisi. – 4. La P.M.I. in forma di S.r.l. e i suoi profili di trans-tipicità. – 5. I limiti applicativi dell'art. 2467 c.c. alla P.M.I. in forma di S.r.l.

1. Nella sua monografia sulla concessione di vendita, Oreste Cagnasso, nello sforzo di ricostruire in modo unitario la disciplina applicabile a tale modello contrattuale, ha elaborato per primo la categoria interpretativa della transtipicità, che – come ricordato in un suo recente intervento da Gastone Cottino – è un criterio ermeneutico oggi generalmente accolto dagli studiosi e dagli operatori del diritto¹.

(*) Il presente contributo è altresì destinato agli Studi in onore di Oreste Cagnasso, che verranno raccolti nel volume AA. Vv., *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, in corso di pubblicazione per i tipi di Giappichelli.

(1) Cfr. G. COTTINO, *Un saluto speciale*, in AA. Vv., *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico*, cit., p. 1 ss. bozze di stampa

Oreste Cagnasso aveva infatti osservato, da un lato, che le scarse disposizioni sulla concessione contenute nell'ambito della somministrazione non regolavano integralmente la fattispecie; dall'altro lato, che le peculiari caratteristiche della concessione di vendita non consentivano di ricondurla ad una sotto-specie del contratto di somministrazione, costituendo la concessione «un fenomeno per un verso più ricco di connotati, per un altro verso più ampio ²». Con la conseguenza che non si sarebbe potuto integrare la disciplina della di quest'ultima ricorrendo esclusivamente alle regole relative alla somministrazione.

Per completare il quadro normativo della concessione, quindi, Oreste Cagnasso propose di attingere a regole previste per altri tipi contrattuali; «regole che» – osservò – «non solo valgono con riferimento al modello in cui sono inserite, ma trovano applicazione in relazione a più tipi contrattuali o ad una categoria di contratti ³». Si trattava (e si tratta), in altri termini, di norme destinate ad avere un ambito di operatività autonomo rispetto a quello corrispondente alla collocazione delle norme stesse. Rinvenendo norme “transtipiche” nella disciplina dei contratti di somministrazione, mandato, agenzia ed appalto di servizi, riuscì ad offrire una ricostruzione della disciplina della concessione.

Come insegnato da Oreste Cagnasso, la caratteristica principale delle disposizioni “transtipiche” è di avere un fondamento comune a più fattispecie e, quindi, di essere direttamente applicabili a tali fattispecie, prescindendo dalla loro appartenenza al tipo contrattuale o all'istituto ⁴.

Proprio l'applicabilità diretta a contesti diversi da quelli da quelli in cui esse sono inserite mi pare che sia la caratteristica che consente di distinguere il criterio ermeneutico della transtipicità da quelli dell'interpretazione analogica e dell'interpretazione estensiva.

(2) O. CAGNASSO, *La concessione di vendita*, Milano, 1983, pp. 50 ss.

(3) Così O. CAGNASSO, *La concessione*, cit., p. 51.

(4) O. CAGNASSO, *La concessione*, cit., pp. 55 ss. e, in particolare, per un'enunciazione completa delle caratteristiche della transtipicità, i *Rilievi conclusivi*, ove Oreste Cagnasso afferma: «è quindi possibile «disancorare» le singole norme dall'area di applicazione definita dal tipo, individuare norme comuni a più contratti, risalire da singole disposizioni a principi comuni a più contratti e da essi ricavare ulteriori regole idonee al settore in cui vengono inserite. Tale tecnica interpretativa permette, a mio avviso, di costruire una disciplina adeguata dei contratti atipici e di completare quella dei modelli tipici. I vantaggi che tale soluzione presenta consistono, da un lato, nella utilizzazione della disciplina dei contratti tipici (senza percorrere la via, scarsamente praticabile sotto il profilo operativo, del ricorso alle clausole generali), dall'altro nel superamento delle forzature, derivanti dalla riconduzione di ogni contratto atipico ad un determinato tipo legale, e dall'inadeguatezza dell'appello all'analogia in presenza di norme eccezionali».

Diversamente dall'interpretazione analogica, infatti, non soffre il limite dato dall'art. 14 prel., che ne vieta l'applicabilità alle norme eccezionali.

D'altra parte, mi pare che le norme transtipiche si differenzino altresì da quelle interpretate estensivamente poiché in quest'ultimo caso si persegue l'obiettivo di ampliare nel massimo grado possibile la portata applicativa di una norma; di contro, le norme transtipiche hanno un'area di operatività distinta ed autonoma, che sarà generalmente più ampia, ma – come cercherò di dimostrare nel prosieguo – potrebbe altresì essere più ristretta rispetto a quella definita dal perimetro del tipo in cui sono collocate.

Un esempio di norma transtipica è l'art. 2265 c.c., che sancisce il divieto del c.d. "patto leonino". Tale norma, difatti, pur essendo inserita nel capo dedicato alla società semplice, è pacificamente ritenuta applicabile non solo a tale tipo di società o alle società di persone, ma anche alle società di capitali, essendo espressione di una delle condizioni essenziali del contratto di società in generale, ossia la suddivisione dei risultati dell'attività economica intrapresa in comune dai soci⁵.

In un mio studio monografico, dedicato all'impugnativa delle delibere del Consiglio d'amministrazione prima della riforma del diritto societario, ho tentato di dimostrare la natura transtipica della disciplina dell'impugnazione delle delibere assembleari, la quale mi pareva enunciasse le regole generali di invalidità e impugnativa delle deliberazioni di organi collegiali⁶.

E natura transtipica, a ben vedere, ha altresì l'art. 2388, comma 4, c.c., come novellato dal d.lgs. n. 6/2003 che, colmando le lacune della disciplina previgente, regola le modalità di impugnazione delle delibere viziate del Consiglio d'amministrazione della Società per azioni, plasmandole sul procedimento per l'annullabilità delle delibere assembleari. Poiché tale norma non è riprodotta, né richiamata, nella disciplina della s.r.l. (che all'art. 2475 *ter* c.c. contempla solo l'ipotesi di impugnazione delle delibere assunte dall'amministratore in conflitto

(5) In questo senso, da ultimo, Cass. 4 luglio 2018, n. 17498, in *Giur. it.*, 2019, p. 366 ss., con nota di A. PETRUZZI, *Opzioni put & call, finanziamento partecipativo e divieto del patto leonino*; in *Società*, 2019, pp. 13 ss., con nota di A. BUSANI, *È valida l'opzione put utile ad attrarre capitale di rischio*. V. anche Cass. 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Giur. comm.*, 1995, II, pp. 478 ss., con nota di A. CIAFFI, *Finanziaria regionale e patto leonino*. Sul patto leonino, in dottrina, v. per tutti N. ABRIANI, *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994, *passim*.

(6) Cfr. M. IRRERA, *Le delibere del Consiglio di amministrazione. Vizi e strumenti di tutela*, Milano, 2000, pp. 84 ss.

di interessi), si è dibattuto in merito alla possibilità di applicarla anche a tale tipo di società. Per una dottrina minoritaria, il fatto che il legislatore si fosse limitato a disciplinare l'impugnativa delle delibere in conflitto di interessi – senza dettare una regolamentazione generale in merito all'annullabilità delle delibere consiliari – sarebbe stato sintomatico della precisa volontà di limitare l'impugnabilità delle delibere degli amministratori di s.r.l. all'ipotesi di conflitto di interessi, precludendo così l'applicabilità dell'art. 2388, comma 4, c.c.⁷.

Di contro, sin dal momento dell'introduzione della norma, avevo osservato come la stessa avesse la capacità di travalicare i limiti della s.p.a. per essere applicata anche alle s.r.l. (o quantomeno a quelle che avessero scelto un modello di *governance* nel quale fosse contemplato un Consiglio d'amministrazione)⁸. Ed è tuttora prevalente l'opinione secondo cui la disciplina di cui all'art. 2388, comma 4, c.c., può trovare applicazione anche per le delibere degli amministratori di s.r.l., essendo ravvisabile in tale norma «un principio generale dell'ordinamento circa la sindacabilità delle decisioni dell'organo collegiale amministrativo⁹». Il che, come anticipato, mi sembra un'espressa conferma della natura transtipica della disposizione, di cui viene riconosciuta l'applicabilità a tutte le delibere amministrative.

Ancora, in tempi più recenti, alcuni interpreti hanno riconosciuto natura transtipica (ancorché in un'accezione differente da quella di cui si è precedentemente parlato¹⁰) al contratto di rete: in particolare,

(7) Cfr. F. PARRELLA, Sub art. 2475-ter c.c., in AA.VV., *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. Sandulli-V. Santoro, Torino, 2003, p. 119; G. MANZO, Sub art. 2475-ter c.c., in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, vol. VIII, Milano, 2003, p. 178; M. VENTORUZZO, Sub art. 2475-ter c.c., in AA.VV., *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2004, p. 653 ss. In giurisprudenza, Trib. Genova 2 maggio 2013, in *Società*, 2013, p. 744 ss.; Trib. Palermo 25 marzo 2014, in *Società*, 2014, p. 1398 ss.

(8) M. IRRERA, *La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 1142 s.

(9) Così Trib. Milano 5 luglio 2017, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; nello stesso senso, Trib. Milano 27 febbraio 2017, *ibidem*; Trib. Milano 12 settembre 2012, in *Vita not.*, 2013, p. 339; Trib. Campobasso 31 ottobre 2007, in *Società*, 2008, p. 1138. In dottrina, *ex multis*, S. AMBROSINI, Sub art. 2475-ter, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1581 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario Schlesinger*, vol. I, Milano 2010, p. 971; M. RANIELI, *L'impugnazione delle decisioni degli amministratori nella s.r.l.*, Milano, 2013, p. 211 ss.

(10) Si vedano sul punto le condivisibili osservazioni di G. SPOTO, *I contratti di rete tra imprese*, Torino, 2017, p. 44, nt. 20.

si è sottolineato come esso si ponga in una posizione intermedia fra la disciplina generale dei contratti e quella dei singoli contratti tipici, divenendo così idoneo sia ad “attraversare” differenti tipi di contratti, connotandoli in senso reticolare, sia a creare reti di imprese complesse, combinando fra loro differenti elementi ricavabili dai rispettivi modelli tipici¹¹.

È del tutto evidente, peraltro, che l'individuazione della natura transtipica di una norma (o di un modello contrattuale) richieda un'attenta ed approfondita attività di indagine da parte dell'interprete, proprio in considerazione della loro trasversalità, intesa come capacità di ritagliarsi un'area applicativa autonoma e distinta rispetto a quella desumibile dalla loro collocazione tipologica. Anche perché, come dimostrato dal vivace dibattito che si è creato intorno al tema della applicabilità dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a., non è sempre chiaro il confine fra le categorie ermeneutiche dell'analogia, dell'interpretazione estensiva e della transtipicità.

2. Come noto, l'art. 2467 c.c., dispone la postergazione del rimborso dei finanziamenti, in qualunque forma effettuati¹², erogati

(11) Cfr. F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: learning by doing?*, in *Contratti*, 2010, p. 1143 ss. La tesi della transtipicità del contratto di rete, peraltro, non è incontestata. Ritengono, infatti, che la relativa disciplina delinea un nuovo tipo contrattuale, fra gli altri, G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, n. 6, p. 944 ss.; G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm.*, 2010, n. 1, p. 848. Per altra dottrina, la disciplina della rete di imprese configurerebbe una nuova fattispecie negoziale e non un nuovo tipo contrattuale (v. ad esempio V. DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, in *Società*, 2011, p. 1429 ss.). Per un interessante sunto delle principali problematiche interpretative riguardanti la rete di imprese v. P. SACCOMANNO, *Il contratto di rete: profili di un'indagine aperta*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 673 ss.

(12) Secondo alcuni, tale nozione avrebbe latitudine tale da ricomprendere al proprio interno tutte le operazioni idonee a garantire alla società i mezzi necessari per la realizzazione della propria attività, a prescindere dal fatto che a tali operazioni sia collegato l'obbligo della società di rimborsare il socio finanziatore: rientrerebbero così nella categoria dei finanziamenti non solo le operazioni di mutuo, ma anche – a titolo esemplificativo – i versamenti in conto futuro aumento di capitale ed a copertura delle perdite (G. TERRANOVA, *Sub art. 2467 Cod. civ.*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, cit., 1474; F. TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in C. CACCAVALE-F. MAGLIULO-M. MALTONI-F. TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, II ed., Milano, 2007, p. 151; L. VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 934; A.M. MANCINI, *Partecipazioni non proporzionali ai conferimenti, finanziamenti dei soci e adempimento del terzo*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 1168 s.). Di contro, l'opinione maggioritaria, che condivido anche perché più aderente al tenore letterale dell'art.

dai soci di società alla s.r.l., in una situazione di eccessivo squilibrio rispetto dell'indebitamento¹³ oppure in una situazione finanziaria tale da rendere ragionevole un conferimento¹⁴ (nonché la restituzione *tout*

2467 c.c., ritiene che rientrino nell'ambito di operatività della disposizione tutte quelle attribuzioni effettuate dai soci, che comportino un obbligo di rimborso a carico della società. In questo senso, cfr. G. ZANARONE, *Op. cit.*, p. 451 ss.; M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 441; U. TOMBARI, «*Apporti spontanei*» e «*prestiti*» dei soci nelle società di capitali, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, vol. I, Torino 2007, p. 567; G. BALP, *Sub art. 2467 Cod. civ.*, in AA.VV., *Società a responsabilità limitata*, cit., 281; E. FAZZUTTI, *Sub art. 2467 Cod. civ.*, in AA.VV., *La riforma delle società. Commentario*, cit., p. 48; E. DESANA, *La sollecitazione all'investimento, i finanziamenti dei soci, i titoli di debito*, in AA.VV., *Le nuove S.r.l.*, diretto da M. Sarale, Bologna, 2008, p. 177 s. e p. 192 ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, vol. V, Padova, 2007, pp. 104 e 351. Secondo gli ultimi due Aa. menzionati, inoltre, la disposizione troverebbe applicazione anche nel caso di emissione di titoli di debito emessi dalla società nella situazione contemplata dall'art. 2467, comma 2, c.c. e riservati esclusivamente ai soci. In senso contrario, peraltro, v. M. DOLZANI-E. CORSO, *Titoli di debito: regime di responsabilità e limiti nella circolazione*, in *Studio*, n. 5957/I del Consiglio Nazionale del Notariato, in www.notariato.it, secondo i quali in tal caso la norma non potrebbe trovare applicazione, non sussistendone il presupposto soggettivo (vale a dire che il prestito sia concesso dal socio).

(13) Tale requisito consiste in una valutazione in concreto delle condizioni di equilibrio – *rectius*, di squilibrio – finanziario sussistenti al momento dell'erogazione del prestito. A tal fine, si ritiene comunemente che possano essere impiegate le regole derivanti dalle scienze economico-aziendalistiche, nonché mediante l'applicazione analogica di criteri desumibili da altre norme dell'ordinamento, quali ad esempio l'art. 2412 c.c. – che indica come limite per l'emissione di obbligazioni da parte della s.p.a. il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato (V. SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2007, p. 1079, secondo cui «potrà giudicarsi squilibrato, e quindi sospetto, l'indebitamento contratto dalla società con i propri soci quanto fosse superato il limite sopra indicato»), oppure l'art. 98 Tuir, che considera indeducibili gli interessi passivi relativi a finanziamento erogati o garantiti dai soci qualificati o loro parti correlate per gli importi complessivamente superiori ai rapporti di quattro a uno tra l'indebitamento complessivo, nei confronti dei soci qualificati e delle loro parti correlate, e la quota complessiva di patrimonio netto di pertinenza dei soci medesimi e delle relative parti correlate (E. DESANA, *op. cit.*, p. 183, la quale conclude che «adottando tale criterio quantitativo, il finanziamento dei soci potrebbe essere considerato postergato rispetto al soddisfacimento degli altri creditori nei casi in cui l'indebitamento della società sia superiore, di quattro volte, al valore del suo patrimonio netto»).

(14) Si ritiene che il criterio della ragionevolezza del prestito consista nel giudizio che un ipotetico terzo investitore darebbe laddove fosse chiamato ad erogarlo in luogo del socio. In altri termini dovrà ritenersi irragionevole il finanziamento concesso quando, a giudizio di un terzo investitore di media diligenza – vale a dire il mercato – la

court del rimborso di tali finanziamenti, nell'ipotesi in cui esso sia stato rimborsato nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento¹⁵). La norma trova un suo *pendant* nell'art. 2497-*quinquies* c.c., che – nell'ambito della disciplina delle società per azioni – estende l'applicazione dell'art. 2467 c.c. ai finanziamenti concessi dalla società che esercita attività di direzione e coordinamento (o da altri soggetti ad essa sottoposti) alle altre società appartenenti al gruppo.

Da subito, la disposizione ha attirato l'attenzione degli interpreti, che si sono interrogati sulla possibilità di estenderne l'applicazione ai finanziamenti concessi dai soci di s.p.a. "monade". Prima che la Cassazione si esprimesse sulla questione, vi erano sostanzialmente tre orientamenti.

Secondo una dottrina minoritaria, la norma non sarebbe stata suscettibile di applicazione analogica, in quanto sarebbe stata *lex specialis*, inapplicabile al di fuori dei casi previsti dalla legge¹⁶. Ma la tesi non mi pareva – e non mi pare – persuasiva, non fosse altro per il fatto che la stessa regola era stata richiamata anche per i finanziamenti infragruppo nelle società per azioni, a riprova della trasversalità della stessa.

Ed infatti, secondo l'opinione largamente prevalente, che anch'io ho condiviso e condivido, e che aveva trovato ampio consenso anche

società non potrebbe essere finanziata in quanto non presenterebbe *ex ante* le condizioni finanziarie per restituire l'importo ricevuto (V. fra gli altri O. CAGNASSO, *La società*, cit., p. 107; E. DESANA, *op. cit.*, p. 184; G. ZANARONE, *Op. cit.*, p. 459 s. Una conferma della correttezza di tale interpretazione sembrerebbe peraltro rinvenirsi anche nella Relazione illustrativa del d.lgs. 6/2003, la quale sottolinea che: «l'interprete è invitato ad adottare un criterio di ragionevolezza con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe appunto ragionevole aspettarsi»).

(15) Si è peraltro rilevato che, anche in assenza di simile norma, il rimborso dei finanziamenti soci sarebbe agevolmente potuto rientrare o fra i pagamenti revocabili *ex art.* 67 l. fall. (nell'ipotesi in cui fosse previsto un termine di restituzione e il rimborso sia intervenuto nel semestre antecedente il fallimento), oppure fra quelli revocabili *ex art.* 65 l. fall. (ove non fosse stata convenuta una scadenza). Sul punto v. O. CAGNASSO, *Le società*, cit., p. 114 s.

(16) V. A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in *Anal. giur. econ.*, 2003, p. 398; G. DE FERRA, *La postergazione del credito del socio finanziatore*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 196; A. POSTIGLIONE, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci di s.r.l.: dubbi interpretativi e limiti applicativi*, in *Società*, 2007, p. 937 s.; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, in AA.VV., *La nuova s.r.l.: prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. Farina-C. Ibba-G. Racugno-A. Serra, Milano, 2004, p. 404, il quale peraltro sostiene l'applicabilità, alle società per azioni, dei medesimi principi elaborati *ante-riforma*, vale a dire la conversione del finanziamento "sospetto" in apporto di mezzi propri. In giurisprudenza, Trib. Tolmezzo 29 dicembre 2011, in www.unijuris.it.

nella giurisprudenza di merito, l'art. 2467 c.c. costituisce espressione di un principio generale di tutela dei creditori sociali dal rischio di sottocapitalizzazione della società, reso esplicito per le s.r.l. e per le società sottoposte a direzione e coordinamento in ragione delle peculiarità dei rispettivi tipi sociali, ma comunque valido in linea generale per le società di capitali¹⁷ o, meglio, per quelle società che abbiano caratteristiche assimilabili alla s.r.l. disciplinata dal codice civile, ossia una base societaria ristretta e attiva nella gestione della società¹⁸. Nelle pronunce che si sono occupate della questione, infatti, l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 2467 c.c., è stata riconosciuta (non nei confronti di tutte le società di capitali, bensì) per le sole società "chiuse" o comunque nei confronti dei soci che siano in grado di influire sulle scelte societarie¹⁹. Il che, secondo alcuni interpreti, parrebbe ulteriormente

(17) Cfr. G.B. PORTALE, *I «finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, p. 678 ss.; O. CAGNASSO, *Le società*, cit., p. 119 s.; L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Società*, 2006, p. 181 s.; E. DESANA, *op. cit.*, p. 192 ss.; G. BALP, *Sub art. 2467 Cod. civ.*, cit., p. 267 ss.; ID., *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 193 ss.; F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione delle società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 271; M. MAUGERI, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti dei soci*, in questa *Rivista*, 2008, I, p. 148; I. CAPELLI, *I crediti dei soci nei confronti della società e il rimborso dei finanziamenti dei soci dopo la riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 113; R. CASPANI, *Postergazione dei finanziamenti dei soci e tipi sociali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 420, anche per l'osservazione secondo cui l'applicazione della norma alle s.p.a. sarebbe giustificata dalla scelta legislativa di attenuare le differenze fra s.r.l. e s.p.a., riducendo il capitale minimo necessario per quest'ultime e consentendo così fenomeni di sottocapitalizzazione anche nelle s.p.a.

(18) D'altro canto, già prima della riforma del diritto societario, avevo osservato come la ristrettezza della base societaria fosse una caratteristica comune alla maggior parte delle fattispecie di finanziamento soci, soprattutto in ragione della facilità nel raggiungere quel grado di coesione ed unità di intenti necessari per consentire l'erogazione di finanziamenti da parte dei soci alla società (in luogo dei più usuali versamenti in conto capitale). Sul punto, sia consentito il rinvio a M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società*, Padova, 1992, spec. p. 18 ss., p. 114 ss.

(19) In giurisprudenza, v. fra le altre: Trib. Pistoia 20 dicembre 2004, in *Foro toscano*, 2005, p. 318 ss.; Trib. Pistoia 8 settembre 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 191 ss., con nota di G. BALP, *Dell'applicazione*, cit.; Trib. Udine 21 febbraio 2009, in www.unijuris.it; Trib. Venezia 10 febbraio 2011, in www.ilcso.it; Trib. Alessandria 6 giugno 2011, in www.personaedanno.it. Non pare offrire indicazioni in senso contrario all'applicabilità dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, in *Foro it.*, 2008, V, p. 2243 ss. la quale si è limitata a negarla in relazione ad una fattispecie in cui il prestito era stato concesso dal socio di una s.p.a., non appartenente ad un gruppo, che non versava in situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento nei confronti del patrimonio netto. La stessa pronuncia, anzi, in un

confermato dalla formulazione dell'art. 182-*quater*, comma 3, l. fall. (e dall'art. 102 del Codice della Crisi d'Impresa), il quale confermerebbe la vocazione trasversale della regola sulla postergazione del finanziamento dei soci prevedendo, in deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c., la preveducibilità, sino all'80% del loro ammontare, dei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione o di un piano di risanamento attestato²⁰.

Per una tesi intermedia, infine, non sarebbe stato l'art. 2467 c.c. ad essere applicabile analogicamente alle s.p.a., bensì l'art. 2497-*quinquies* c.c., in quanto collocato proprio nell'ambito della disciplina della società per azioni²¹.

I dubbi interpretativi, peraltro, sembrano essere stati dissipati da alcune pronunce della Corte di Cassazione, che hanno definitivamente chiarito come la disciplina di cui all'art. 2467 c.c. sia applicabile alle s.p.a. "chiuse" ed a ristretta base azionaria²². Tuttavia, se le conclusioni

obiter dictum, mostra di considerare l'art. 2467 c.c. espressione di un principio generale di corretto finanziamento della società, così offrendo argomentazioni a sostegno della sua applicabilità analogica anche a tipi societari diversi dalla s.r.l.

(20) Sul punto, cfr. G.B. PORTALE, *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'«importanza quasi-sacramental» al ruolo di «ferro vecchio»?)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 831; S. BONFATTI, *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Milano, 2011, p. 101 ss.; N. ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi alla luce del nuovo art. 182 quater l. fall.: dal sous-sol della postergazione all'attico della prededuzione?*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 429 ss.

(21) V. M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 445. Per analoghi spunti cfr. altresì M. IRACE, *Sub art. 2497-quinquies Cod. civ.*, in AA.VV., *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, Torino, 2003, 142; G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 1475; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, p. 62.

(22) V. Cass. 7 luglio 2015, n. 14056, in *Giur. it.*, 2016, p. 894 ss., con nota di T.D. CAVALIERE, *La questione dell'applicabilità analogica dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*; in *Società*, 2016, p. 543 ss., con nota di G. BEI-F. BIGGINI, *Postergazione dei crediti e società per azioni: un passo avanti*; Cass. 20 giugno 2018, n. 16291, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1785 ss., con nota di A. JARACH, *Applicabilità della postergazione prevista dall'art. 2467 cod. civ. alle s.p.a. chiuse*; in *Fall.*, 2019, p. 46 ss., con nota di G.M. D'AIELLO, *Ancora sui finanziamenti dei soci: tra interpretazione estensiva e trattamenti riduttivi*; Cass. pen., 19 marzo 2019, n. 12186. Nella giurisprudenza di merito, si inseriscono nel solco della Cassazione Trib. Torino 18 marzo 2016, in *Società*, 2016, p. 900 s.; Trib. Bologna 9 marzo 2016, in www.societapiu.it; mentre si pone in consapevole contrasto con l'orientamento del Supremo collegio, isolatamente, ma con profondità di motivazione, Trib. Milano 16 novembre 2017, in *Società*, 2019, p. 173 ss., con nota di S. CASSANI, *Non applicabilità dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni*. Prima che l'art. 1, comma 239, l. 205/2017 sancisse esplicitamente l'inapplicabilità dell'art.

sono chiare, meno lineare è il percorso interpretativo, che – a riprova della difficoltà di operare nette distinzioni fra norme transtipiche e norme applicabili in via analogica o estensiva – pare sia muovere dalla tesi della transtipicità dell'art. 2467 c.c., sia postulare l'applicabilità della norma in via analogica o estensiva alle s.p.a. Da un lato, infatti, in tali pronunce si è affermato che «il riferimento al “tipo” di società non può essere di per sé ostativo dall'art. 2467 c.c.» e che «la *ratio* del principio di postergazione del rimborso del finanziamento dei soci, dettato dall'art. 2467 c.c. per le società a responsabilità limitata, consiste nel contrastare i fenomeni di sottocapitalizzazione nominale in società “chiuse” [...] e tale *ratio* – si è detto – è compatibile anche con altre forme societarie, come desumibile proprio dall'art. 2497-*quinquies* c.c. [...]. Sicché in tal guisa è stato affermato il principio per cui l'art. 2467 è estensibile alle società azionarie a valle di una valutazione in concreto, dovendosi segnatamente valutare se la società, per modeste dimensioni o per assetto dei rapporti sociali (compagine familiare o, comunque, ristretta), sia idonea di volta in volta a giustificare l'applicazione della disposizione citata²³⁾ ²⁴⁾. Dall'altro lato, l'acclarata transtipicità della

2467 c.c. ai prestiti dei soci di cooperativa, già la Cassazione negava l'operatività della disposizione alle cooperative. Ciò in considerazione del fatto che queste ultime sono sorrette da principi estranei alle società lucrative, vale a dire lo scopo mutualistico, la variabilità dei soci e del capitale sociale, della parità di voto e del tetto massimo alla partecipazione sociale. Principi che, nel complesso, tenderebbero a circoscrivere, se non addirittura a sminuire, l'influenza del singolo socio sulle scelte gestionali dell'impresa. (V. Cass. 20 maggio 2016, n. 10509, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 457 ss., con nota critica di E. CUSA, *L'applicazione dell'art. 2467 c.c. alle cooperative*, e adesiva di R. GENCO, *Finanziamenti dei soci e regime di postergazione del credito nelle società cooperative: l'art. 2467 c.c. non si applica*. Per una disamina critica dell'art. 1, comma 239, l. 205/2017 e delle sue ricadute sulla disciplina dei prestiti dei soci di cooperativa, v. N. BACCETTI, *Nuova disciplina del prestito sociale, tipo cooperativo e postergazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 599 ss.

(23) Così Cass. 10 giugno 2018, n. 16291, cit.

(24) Secondo la Cassazione, dunque, l'art. 2467 c.c. può essere applicato alle società che siano: *i*) “chiuse”, ossia quelle che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ai sensi dell'art. 2325-*bis* c.c., non quotate in mercati regolamentati o prive di azionariato diffuso (ma per l'ipotesi che, nelle pronunce della Cassazione, il requisito della “chiusura” sia impiegato in senso atecnico, v. G. BEI-F. BIGGINI, *op. cit.*, p. 549 s.); *ii*) con una base azionaria modesta e suscettibile di replicare, per caratteristiche dei soci o per i poteri riconosciuti a ciascuno di essi, la conformazione della s.r.l. “tipica”, connotata da soci interessati alla gestione della società. Il che, come è stato correttamente fatto rilevare, non significa che il ridotto numero di azionisti sia di per sé sufficiente a rendere applicabile l'art. 2467 c.c., ma sarà necessario che tali soci siano in grado di influire sulle scelte societarie, secondo una ricostruzione che dovrà essere compiuta caso per caso. Sul punto v. C. D'ARRIGO-L. DELLI PRISCOLI-A.M. PERRINO-G.

norma non è stata impiegata quale criterio autonomo per dichiarare l'art. 2467 c.c. direttamente applicabile alle s.p.a. "chiuse", bensì quale strumento per giustificare l'interpretazione estensiva o analogica della disposizione a tali tipi di società. Mi pare tuttavia che tale passaggio argomentativo non sia immune da censure, giacché – come si è avuto modo di anticipare – le norme transtipiche hanno un ambito applicativo autonomo, che prescinde dal "tipo" contrattuale a cui si riferiscono, rispetto al quale possono avere portata più ampia o – come si cercherà di dimostrare nel prosieguo – più ristretta.

3. Al di là delle critiche che si possono muovere sotto il profilo argomentativo, anche la Cassazione ha confermato che l'art. 2467 c.c. esprime una regola generale applicabile a tutte le società lucrative²⁵ connotate da un ridotto numero di soci e da un elevato grado di coinvolgimento degli stessi nella gestione dell'attività sociale.

La vocazione generalista della norma appare oggi corroborata, quantomeno in ambito concorsuale, dal combinato disposto degli artt. 383 e 164, commi 2 e 3, d.lgs. n. 14/2019 (c.d. "Codice della crisi"). Il primo dispone la soppressione delle parole «e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società deve essere restituito» dal comma 1 dell'art. 2467 c.c., che dunque – dall'entrata in vigore del Codice della crisi – reciterà: «il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori». I commi 2 e 3 dell'art. 164, dal canto loro, prevedono che «[II] Sono privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci alla società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda da cui è seguita l'apertura della proce-

ROMANO, *Partecipazioni sociali e strumenti di finanziamento. Recesso e patti parasociali*, Milano, 2019, p. 252 s.).

(25) Per l'estensione della regola della postergazione del rimborso anche ai finanziamenti concessi da soci limitatamente responsabili di società personali, cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere 29 luglio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 497 ss., con nota di A. SANTONI, *Inefficacia ex art. 2467, comma 1, c.c., e applicabilità della postergazione legale ai finanziamenti del socio accomandante*. Già prima delle indicazioni provenienti dalla Cassazione, mi ero espresso a favore dell'applicabilità analogica dell'art. 2467 c.c. anche alle società personali: v. in proposito, se vuoi, M. IRRERA, *Sub art. 2467 Cod. civ.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, Bologna 2004, II, p. 1796 s. Nel medesimo senso, L. VITTONI, *Op. cit.*, p. 937 ss.; M. SIMEON, *La postergazione dei finanziamenti dei soci nella s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 92 ss.; U. TOMBARI, *op. cit.*, p. 564 (secondo il quale, tuttavia, si dovrebbe procedere ad un'indagine tipologica delle singole società personali).

dura concorsuale o nell'anno anteriore. Si applica l'art. 2467, secondo comma, codice civile. [III] La disposizione di cui al comma due si applica anche al rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti».

Dal sistema così delineato parrebbe emergere un doppio regime normativo in relazione ai finanziamenti concessi dai soci alla società in una fase di squilibrio finanziario, che varia a seconda della circostanza che la società si trovi in fase (pre-) concorsuale o no.

Nella prima ipotesi, infatti, dalla lettura dell'art. 164 Cod. crisi parrebbe derivare l'inefficacia, per tutti i tipi di società, del rimborso dei finanziamenti che sia stato effettuato in pendenza di procedura o nell'anno anteriore. Per l'ipotesi di società *in bonis*, invece, opererebbe esclusivamente l'art. 2467 c.c., con i limiti applicativi già evidenziati. In altri termini, l'obbligo di postergazione del rimborso varrebbe esclusivamente per le s.r.l. "tipiche" nonché per le società commerciali che ne condividano le caratteristiche essenziali, vale a dire un numero di soci tendenzialmente ridotto e pienamente coinvolto nell'amministrazione della società.

L'art. 164 Cod. crisi parrebbe quindi aver risolto i dubbi interpretativi che erano insorti in merito alle modalità operative della postergazione.

Secondo una prima tesi, particolarmente rigida, il prestito non avrebbe potuto essere rimborsato se non in sede di liquidazione o nell'ambito di una procedura concorsuale. Conseguentemente, si era affermato che gli amministratori, a fronte della richiesta di rimborso effettuata, nel corso della vita della società, dal socio che abbia concesso un prestito postergabile *ex art. 2467 c.c.*, al fine di evitare di pregiudicare i terzi creditori e di incorrere nelle conseguenti responsabilità, dovrebbero provocare essi stessi lo scioglimento o la sottoposizione a procedure concorsuali della società, per consentire l'operatività della disposizione²⁶.

L'orientamento maggioritario, che parrebbe oggi confermato dall'art. 164 Cod. crisi (il quale separa l'ipotesi della postergazione da

(26) Cfr. G.B. PORTALE, *I finanziamenti*, cit., p. 681; G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 1464; E. FAZZUTTI, *op. cit.*, p. 50; A. ZOPPINI, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da "terzi" (con particolare riferimento alle società fiduciarie)*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 433; M. SIMEON, *op. cit.*, p. 84, nt. 43; L. MANDRIOLI, *op. cit.*, p. 176; in giurisprudenza cfr. Trib. Milano 30 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2499 ss.

quella del rimborso del finanziamento concesso in pendenza o prossimità di procedura concorsuale) subordina – con varietà di argomentazioni – la restituzione del prestito postergato ai sensi dell’art. 2467 c.c. al raggiungimento di una situazione di riequilibrio finanziario da parte della società; ciò nel tentativo di contemperare il diritto al rimborso, sia pur postergato, del socio finanziatore e le ovvie esigenze di tutela dei creditori sociali terzi. Secondo tale corrente interpretativa, la regola della postergazione impone che la società, al momento del rimborso, non versi nelle condizioni che giustificano l’applicazione dell’art. 2467 c.c. In altri termini, la società potrà rimborsare il finanziamento del socio solo quando tale restituzione non pregiudichi la soddisfazione degli altri creditori; il che, peraltro, potrà avvenire solo quando la società stessa abbia ripristinato una situazione di equilibrio economico-finanziario tale da consentire la tempestiva ed esatta soddisfazione di tutti i creditori sociali ²⁷.

4. La disciplina della postergazione dei finanziamenti soci *ex art.* 2467 c.c. sin qui delineata, tuttavia, viene messa in discussione – quanto ai presupposti di applicabilità – dalle deroghe alla disciplina della s.r.l. che il legislatore ha inizialmente previsto per le s.r.l. – *start-up* innovative (art. 26, d. l. n. 179/2012 s.m.i.) e successivamente esteso a tutte le PMI in forma di s.r.l. (con l’art. 57 del d. l. n. 50/2017 s.m.i.). Si tratta, in particolare, delle disposizioni contenute all’art. 26, commi 2, 5 e 6, d. l. n. 179/2012, le quali consentono alla PMI in forma di s.r.l.: *i*) di creare categorie di quote, determinandone liberamente il contenuto,

(27) O. CAGNASSO, *La società*, cit., p. 100 ss.; E. DESANA, *op. cit.*, p. 185 s.; G. BALP, *Sub art. 2467*, cit., p. 247; M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 449; G. PRESTI, *Sub art. 2467 Cod. civ.*, in AA.VV., *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo-S. Patriarca, Torino, 2006, p. 105; F. TASSINARI, *op. cit.*, p. 166; G. ZANARONE, *Op. cit.*, p. 466 ss.; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005, p. 88 ss.; F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 83 ss. In giurisprudenza sembrerebbe potersi rinvenire una prima eco favorevole all’applicazione di tale criterio interpretativo in Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706, in www.ilcaso.it, nella quale si afferma che l’art. 2467 c.c. pone una regola di tutela preventiva dei creditori sociali attraverso cui si intende solo vietare il pagamento dei soci finanziatori in pregiudizio degli altri creditori; v. anche Cass., 15 maggio 2019, n. 12994, in www.ilcaso.it, secondo cui, ancor più nettamente «la postergazione disposta dall’art. 2467 c.c., opera già durante la vita della società e non solo nel momento in cui si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali, integrando una condizione di inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio alla restituzione del finanziamento, sino a quando non sia superata la situazione prevista dalla norma»).

e di rendere le proprie partecipazioni oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari (anche attraverso i portali per la raccolta di capitali di cui all'art. 30, d. l. n. 179/2012²⁸), derogando all'art. 2468 Cod. civ.; *ii*) di effettuare operazioni sulle proprie partecipazioni, in deroga al divieto di cui all'art. 2474 c.c., a condizione che tali operazioni siano effettuate per attuare piani di incentivazione che prevedano l'assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori, amministratori, prestatori d'opera e servizi anche professionali²⁹.

Come è stato correttamente osservato³⁰, tali deroghe agli artt. 2468 e 2474 c.c. possono interessare una larghissima maggioranza delle s.r.l. esistenti, le quali possiedono tutti i requisiti necessari per essere qualificate come PMI, secondo la definizione ricavabile dall'art. 1, comma 5-*novies*, TUF (come novellato dall'art. 1, lett. dd), d. lgs. n. 129/2017). La norma a propria volta richiama, per la nozione di PMI, l'art. 2, par. 1, lett. f), primo alinea del Reg. 2017/1129/UE, secondo cui sono: «“piccole e medie imprese” o PMI: *i*) società che in base al loro più recente bilancio annuale o consolidato soddisfino almeno due dei tre criteri seguenti: numero medio di dipendenti nel corso dell'esercizio inferiore a 250, totale dello stato patrimoniale non superiore a 43.000.000 EUR e fatturato netto annuale non superiore a 50.000.000 EUR³¹; oppure *ii*) piccole e medie imprese quali definite all'articolo 4, paragrafo 1, punto 13, della direttiva 2014/65/UE³²».

Dunque, un'amplissima platea delle s.r.l. potrebbe optare per la creazione di partecipazioni prive di diritto di voto, di mero godimento, a voto multiplo; così come potrebbe, d'altro canto, aprirsi al mercato degli investitori offrendo le proprie partecipazioni al pubblico o offri-

(28) La disciplina dell'offerta al pubblico di strumenti finanziari di *start-up* e PMI in forma di s.r.l. è disciplinata dall'art. 100-*ter*, TUF, che regola analiticamente le modalità di circolazione delle quote attraverso i portali di raccolta per capitali. Per una prima disamina della disposizione, v. M. MALTONI-A. RUOTOLO-D. BOGGIALI, *La nuova disciplina delle (PMI) società a responsabilità limitata*, in www.notariato.it, p. 12 ss.

(29) V. E. FREGONARA, *La Start up innovativa*, Milano, 2013, p. 86 s., per l'osservazione secondo cui tale operazione, come per le s.p.a., viene impiegata per “fidelizzare” i dipendenti o remunerare i professionisti indicati dalla disposizione. Cfr. anche M. CIAN, *Dalla s.r.l. a base “personalistica” alle quote “finanziarie” e alla destinazione ai mercati tante s.r.l.?*, in AA. VV., *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico*, cit., p. 31 ss. bozze di stampa; E. DESANA, *PMI innovative, PMI e società a responsabilità limitata: una rivoluzione copernicana?*, *ivi*, 52 ss. bozze di stampa

(30) M. MALTONI-A. RUOTOLO-D. BOGGIALI, *op. cit.*, p. 5.

(31) Si tratta della nozione di PMI già accolta dalla Racc. 2003/361/CE.

(32) Ossia un'impresa «che ha una capitalizzazione di borsa media inferiore a 200.000.000 EUR sulla base delle quotazioni di fine anno dei tre precedenti anni civili».

re le proprie partecipazioni come sorta di remunerazione non solo ad amministratori e dipendenti, ma anche a consulenti e collaboratori.

Mi pare tuttavia indubbio che una s.r.l. che prevedesse la creazione di categorie di partecipazioni e, soprattutto, accogliesse al proprio interno soci investitori (quali potrebbero essere gli acquirenti delle partecipazioni cedute sul mercato, ma anche i consulenti che abbiano accettato le quote a titolo di remunerazione), si discosterebbe nettamente dal tipo disciplinato dal Codice civile, avvicinandosi invece al modello della s.p.a. “aperta”.

Diversamente da quanto immaginato dal legislatore della riforma del diritto societario, vi sarebbe più infatti una s.r.l. composta esclusivamente da soci attivi nella gestione della società, ma accanto a loro vi sarebbero anche soci interessati esclusivamente a ritrarre l’utile dalla partecipazione. Di conseguenza la compagine societaria, inoltre, lungi dall’essere tendenzialmente ristretta ai soci-amministratori, si vedrebbe estesa anche ad una platea più o meno vasta di soci-investitori, del tutto similmente alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ai sensi dell’art. 2325-*bis*, comma 1, c.c.

Si potrebbe quindi affermare che le s.r.l. che si avvalgano degli strumenti messi a disposizione dall’art. 26, commi 1, 2 e 5, d. l. n. 179/2012, siano s.r.l. *transtipiche*, nel senso che posseggono caratteristiche peculiari che le pongono a cavallo fra il tipo della s.r.l. (di cui conservano la forma e la disciplina generale, ove non derogata) ed il tipo della s.p.a. “aperta” (essendo composte da soci-amministratori e da investitori reperiti sul mercato).

5. Ma se la PMI in forma di s.r.l. *transtipica* è strutturalmente una società aperta anche a soci investitori, ad essa sarà applicabile l’art. 2467 c.c., la cui *ratio*, come si è visto è quella di evitare fenomeni di sottocapitalizzazione in società “chiuse” e composte da soci che partecipino alla gestione della società? Oppure, venendo meno tale fondamento normativo, la norma sarà disapplicata?

A favore della persistente applicabilità dell’art. 2467 c.c. si potrebbe osservare che la PMI in forma di s.r.l., pur derogando alle previsioni del Codice civile, appartiene comunque al tipo codicistico della società a responsabilità limitata e pertanto è destinata ad essere disciplinata dalle relative norme (ove non derogate in forza di quanto previsto dall’art. 26, d. l. n. 179/2012). Norme fra le quali rientra anche l’art. 2476, comma 2, c.c., il quale attribuisce al socio di s.r.l. ampi e penetranti poteri di controllo, tali da consentirgli di conoscere l’andamento della società anche in caso di mancata partecipazione alla gestione della stessa.

Di contro, va rilevato come tale potere di controllo sia in ogni caso “mediato” dagli amministratori della Società (i quali sono tenuti a mettere a disposizione del socio i documenti relativi alla gestione), sicché il socio che non amministri potrebbe, comunque, non avere una piena e corretta conoscenza dello stato della società, quale invece potrebbe avere ove partecipasse attivamente alla gestione.

Ed è proprio questo squilibrio informativo, oltre alle ovvie esigenze di tutela del socio-investitore, che non si sia ingerito nella gestione societaria, che suggerisce di ritenere che l’art. 2467 c.c., pur dettato per le s.r.l., non si applichi alle PMI s.r.l. *trans-tipiche* le quali, aprendosi al pubblico degli investitori, abbiano perso i requisiti tipologici a fondamento della disciplina della postergazione del rimborso dei finanziamenti soci alla società.

In altri termini, se è vero che l’art. 2467 c.c., inserito nella disciplina della s.r.l., pone un principio generale *trans-tipico* in forza del quale è postergato il rimborso dei finanziamenti concessi dai soci di società “chiuse” in un momento in cui tali società si trovino in stato di tensione finanziaria, allora tale norma non potrà operare in tutte le ipotesi in cui la società, anche laddove costituita in forma di s.r.l., sia aperta a soci investitori³³.

D’altro canto, e sotto un profilo più generale, si è osservato che l’ambito di applicazione delle norme *transtipiche* è ritagliato non tanto sul tipo contrattuale nel cui ambito esse sono collocate, bensì sulla *ratio* fondante delle stesse. Conseguentemente (e coerentemente) si deve affermare che, laddove la disciplina del tipo contrattuale presenti elementi che si discostino da tale *ratio*, allora anche la norma *transtipica* non potrà operare, sebbene inclusa nel contesto del tipo. In altri termini, poiché nelle disposizioni *transtipiche* l’area di applicazione data dalla *ratio* prevale rispetto alla disciplina del tipo che ospita tali disposizioni, allora si deve ammettere che, in forza di tale prevalenza, le disposizioni *transtipiche* possano avere sia un ambito operativo più ampio (ove la *ratio* applicativa sia trasversale a più tipi contrattuali), sia un ambito più ristretto (ove la disciplina del tipo presenti elementi incompatibili con la *ratio* della disposizione *transtipica*). Il che è quanto avviene con le s.r.l. “aperte”, per le quali non può operare l’art. 2467, c.c., la cui

(33) Si potrebbe anche ipotizzare una soluzione per così dire “intermedia”, in forza della quale la regola della postergazione di cui all’art. 2467 c.c. si potrebbe applicare solo ai finanziamenti “sospetti” effettuati dai soci amministratori, mentre non troverebbe applicazione nei confronti di quelli eventualmente concessi da soci finanziatori.

area di applicazione presuppone – come si è visto – una compagine societaria “chiusa” e ristretta.

MAURIZIO IRRERA

