

# *il* FALLIMENTARISTA

Il difficile rapporto tra postergazione dei crediti infragruppo e compensazione nel concordato

di **Marco Greggio**

*Focus del 29 luglio 2016*

**Nell'ambito dei gruppi d'impresa, istituto ancora in attesa di un'autonoma regolamentazione da parte del Legislatore (un'apposita disciplina dell'istituto dovrebbe arrivare dall'approvazione della legge delega licenziata dalla Commissione Rordorf che si è occupata, più in generale, dell'elaborazione dello schema di ddl per la revisione della legge fallimentare volto a riformare organicamente la disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza), risultano assai frequenti i finanziamenti effettuati dalla società che esercita attività di direzione e coordinamento alla società "controllata", ai sensi dell'art. 2359 c.c.**

*SOMMARIO: 1. Il problema - 2. La postergazione dei finanziamenti: ratio e caratteri della norma - 3. (Segue) Presupposti e conseguenze della postergazione - 4. La compensazione dei crediti nel concordato preventivo - 5. (La tesi) l'inoperatività della compensazione in presenza di crediti postergati - 6. (L'antitesi) l'operatività della compensazione anche in presenza di crediti postergati - 7. (Sintesi) I motivi dell'inoperatività della compensazione*

## 1. Il problema

Nell'ambito dei **gruppi d'impresa**, istituito ancora in attesa di un'autonoma regolamentazione da parte del Legislatore (un'apposita disciplina dell'istituto dovrebbe arrivare dall'approvazione della legge delega licenziata dalla Commissione Rordorf che si è occupata, più in generale, dell'elaborazione dello schema di ddl per la revisione della legge fallimentare volto a riformare organicamente la disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza), risultano assai frequenti i **finanziamenti** effettuati dalla società che esercita attività di direzione e coordinamento alla società "controllata", ai sensi dell'[art. 2359 c.c.](#) (in virtù del richiamo espresso dall'[art. 2497-sexies c.c.](#)).

Finanziamenti che spesso giungono in una situazione di **crisi della società**; crisi che talvolta sfocia in una domanda per l'ammissione al beneficio del concordato.

Tipici sono i **finanziamenti effettuati dalla holding alla partecipata**. Più particolari, ma non meno frequenti nella prassi, sono i casi di attività di direzione e coordinamento in virtù di situazioni di **dipendenza contrattuale** (art. 2359, n. 3, c.c.), per esempio qualora, in virtù di stringenti vincoli contrattuali, la sopravvivenza di una società dipenda dagli ordini e dai pagamenti di un'altra società, la quale ha quindi – di fatto – il potere di determinare la politica imprenditoriale e di imporre le proprie scelte nella gestione della prima. Così, nella redazione dei piani concordatari di società appartenenti ad un gruppo, spesso gli *advisors* si trovano nella necessità di qualificare i diversi crediti infragruppo e verificare quali tra essi debbano considerarsi postergati *ex lege* e quali siano suscettibili di essere compensati, estinguendosi per le quantità corrispondenti. Premesso che sul tema si registrano pareri assai contrastanti, il presente intervento si soffermerà sull'eventuale **possibilità di compensare**, ai sensi dell'[art. 56 l. fall.](#), il credito della società che esercita attività di direzione e coordinamento, che si assume postergato *ex lege* ai sensi degli [artt. 2497-quinquies](#) e [2467 c.c.](#), con il reciproco credito della società eterodiretta che ha richiesto l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Con l'avvertenza, fin d'ora, che la questione della compensabilità *ex art. 56 l. fall.* dei crediti postergati *ex lege* si pone nei termini di un **conflitto tra norme**. Si tratta dunque di capire se debba considerarsi prevalente la ragione di equità che giustifica l'eccezione alla *par condicio creditorum*, ovvero il giudizio normativo di disvalore che accompagna i crediti dei soci derivanti da finanziamenti anomali.

## 2. La postergazione dei finanziamenti: ratio e caratteri della norma

Onde cercare una possibile soluzione al problema dianzi delineato risulta necessaria una preliminare analisi delle norme di cui agli [artt. 2497-quinquies](#) e [2467 c.c.](#) (riguardanti la postergazione), nonché di cui agli [artt. 1243 c.c.](#) e [56 l. fall.](#) (riguardanti la compensazione).

L'art. 2497-quinquies 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".

In particolare, 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". Peraltro il riferimento al "rimborso" — com'è stato osservato in dottrina (Portale, *I "finanziamenti" dei soci nelle società di capitali*, in *BBTC*, 2003, I, 663 e ss.) — si rivela doppiamente impreciso, giacché ad essere postergato è il **diritto di credito** derivante in capo al socio dal finanziamento e oggetto dell'obbligo di restituzione sono le **somme rimborsate** nell'anno anteriore al fallimento. Secondo Abriani, *Debiti infragruppo e concordato preventivo: tra postergazione e compensazione*, in *BBTC*, 2013, I, 701, il precetto normativo andrebbe dunque "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”.

Invero 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.: nell'ambito dei gruppi risultano così potenzialmente postergabili i prestiti **(i)** effettuati dalla capogruppo a favore della società eterodiretta, **(ii)** fra società “sorelle” (c.d. “*cross-stream*”), **(iii)** erogati da una “controllata inferiore” ad una “controllata superiore” (c.d. “*up-stream intermed*”); così, Abriani, *cit.*, 713; mentre - secondo la dottrina maggioritaria - l'ambito di applicazione della disposizione sui finanziamenti infragruppo non comprenderebbe 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*”); finanziamenti che nell'ambito di un concordato assumerebbero quindi carattere chirografario e non postergato (cfr. Abriani, *Debiti infragruppo e concordato preventivo*, *cit.*, 714).

Per altro verso, per “finanziamenti” si intendono, in senso ampio, tutte le operazioni che raggiungono, anche indirettamente, il risultato di realizzare un sostanziale finanziamento dell'impresa sociale, come, ad esempio, la non riscossione di crediti scaduti (Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Soc.*, 2003, 263), le fidejussioni, gli apporti dei soci - non imputati a capitale - consistenti nel trasferimento di beni in natura, nonché le forniture eseguite dal socio in prossimità dell'accertamento della perdita del capitale sociale della società beneficiaria ([Trib. Padova, 28.10.15](#); [Trib. Reggio Emilia, 10.6.15](#)).

In questa prospettiva, l'art. 2497-*quinquies* c.c. non consente alla capogruppo di perseguire l'interesse di gruppo mediante operazioni di finanziamento dannose per i creditori esterni di taluna società diretta e coordinata, imponendo ai finanziatori interni al gruppo la **sopportazione prioritaria del rischio di dissesto dell'ente beneficiario** la cui situazione finanziaria all'atto dell'erogazione sia a rischio di crisi (in quanto si qualifici per la risultanza di “un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto”, oppure sia tale da far ritenere “ragionevole un conferimento”) e sanzionando con la postergazione del credito la decisione della capogruppo di intervenire, direttamente o indirettamente, mediante forme di erogazione non neutrali rispetto alla posizione degli altri creditori (finanziamenti in luogo di conferimenti, o anche di versamenti non soggetti a vincolo di restituzione o con diritto alla restituzione convenzionalmente subordinato alla generalità degli altri creditori).

La **ratio** della *regula iuris* di cui al combinato disposto degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. risulta evidente alla luce dei presupposti - soggettivo (la qualifica del finanziatore come socio o società soggetta alla medesima attività di direzione e coordinamento, 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. «*upstream 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) ed oggettivo (la situazione di squilibrio finanziario) - richiamati dalle predette norme: il legislatore ha voluto evitare il fenomeno della c.d. **sottocapitalizzazione** da parte dei soci (o comunque dei soggetti che abbiano una correlazione anche indiretta con la società), ottenuta attraverso il finanziamento dell'impresa (apporto con obbligo di rimborso) in una situazione di tensione finanziaria, che avrebbe, viceversa, dovuto imporre il conferimento di capitale di rischio; così [Cass. n. 14056/2015](#): “Si deve, preliminarmente, evidenziare che la disciplina dei finanziamenti dei soci contenuta nell'art. 2467 c.c., tende a contrastare il fenomeno della sottocapitalizzazione nominale delle società, determinato dalla convenienza dei soci a ridurre la loro esposizione al rischio d'impresa”. Con tale (illegittima) condotta, infatti, i soci riverserebbero sui terzi creditori sociali il rischio d'impresa, concorrendo altresì paritariamente con questi per ottenere il rimborso del finanziamento.

Le norme sulla postergazione qui analizzate, di conseguenza, tutelano i terzi creditori e con esse il legislatore

ha inteso escludere che i soci possano ottenere, in concorso paritetico con i creditori sociali, il rimborso di finanziamenti effettuati in un momento di squilibrio finanziario dell'impresa, essendo peraltro di norma i primi a venire a conoscenza del rischio di insolvenza della società (così "anticipando" gli altri inconsapevoli creditori nel rimborso dei loro prestiti), nell'ambito di una evidente asimmetria informativa rispetto agli altri creditori. Asimmetria che presenta 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.

Alla luce di ciò si comprende come il precetto in esame venga considerato come una conseguenza di un **giudizio di disvalore** espresso dall'ordinamento e quindi una reazione contro una "scorrettezza compiuta dai soci ai danni dei creditori sociali", rappresentata dall'"aver fornito nella forma di capitale di credito le risorse che avrebbero dovuto mettere a disposizione nella forma del capitale di rischio" (Terranova, *Commento all'art. 2467*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, III, 1470).

Pertanto la disciplina in esame è considerata dalla giurisprudenza e dalla dottrina un 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. Rischio "traslato" 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 (cfr. *ex multis* Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 47 ss.; Salafia, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2005, 1077 e ss.; Olivieri, *Investimenti e finanziamenti nelle società di capitali*, Torino, 2008, 84 e ss.; Presti, *Commento all'art. 2467*, cit., 99 e 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.; Campobasso, voce "Finanziamento del socio", in *Dizionari di diritto privato* diretti da Irti, *Diritto commerciale* a cura di Abriani, Milano, 2010, 405 e ss.; Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, V, Padova, 2007, 109 e ss.; Ferri, *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 975 e 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 e ss.; Panzani, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 682 e ss.; Vattermoli, *Creditori subordinati e concorso fra creditori*, Milano, 2012, 137 e ss.).

Così da un lato il legislatore ha imposto un **limite legale** al principio di libertà nel finanziamento dell'impresa, dall'altro ha ristabilito un equilibrio finanziario tra il capitale sociale e l'attività svolta dall'impresa, al fine di evitare che il rischio correlato alla gestione di un'impresa priva di mezzi propri sia distribuito ai creditori esterni alla società stessa (Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., 44; Vittone, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.* 2006, I, 896). Con la conseguenza, in ambito concordatario, che il creditore postergato *ex lege* potrà essere soddisfatto solo *successivamente* al pagamento di tutti i creditori, anche chirografari (c.d. "antiprivilegio" o privilegio negativo).

La **portata generale della regola della postergazione** è stata confermata dalla più recente giurisprudenza - di legittimità e di merito - che la considera applicabile a **tutte le società di capitali in via analogica** (seppure a condizione che ci si trovi in presenza di società con struttura "chiusa" ovvero con un numero di soci limitato, partecipi dell'attività economica e comunque coinvolti nella gestione, e non, quindi, meri investitori) (cfr. [Cass. 7.7.2015, n. 14056](#); [Trib. Milano 28.7.2015](#); Trib. Pistoia 21.9.2008; Trib. Udine 21.2.2009; Trib. Venezia 10.2.2010; [Trib. Venezia, 10.2.2011](#), in *Fall.*, 2011, 1349, con nota di Abriani; [Trib. Padova 16.5.2011](#), in *BBTC*, 2012, 246, con nota di Balp. *Contra* Trib. Bergamo 15.10.2014. Nel medesimo senso si vedano [Cass. 24.7.2007 n. 16393](#) e [Trib. Milano 24.4.2007](#)), comprese le società cooperative, in quanto - appunto - espressione di principi generali di diritto dell'impresa (nell'interesse dei terzi creditori non soci) (cfr. Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, II ed., Bologna, 2012, 335; nonché le

caute aperture di Maugeri, *Finanziamenti "anomali"* cit., 231 e ss.; sulla possibilità di applicare analogicamente l'art. 2467 c.c. alle società per azioni quando "il suo concreto assetto di interessi si atteggia in termini 'personalistici'" cfr. Angelici, da ultimo in *Principi e problemi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo, La società per azioni*, I, Milano, 2012, 491 e ss. In giurisprudenza da ultimo si veda [Cass. n. 14056/15](#), si veda anche [Trib. Pistoia 8.9.2008](#), in *Fall.*, 2009, 799 ss., con nota di Panzani, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, e in *BBTC*, 2009, II, 191 e ss., con nota di Balp, *Dell'applicazione dell'art. 2467 c.c. alla società per azioni*). E, ancor più rilevante, la regola della postergazione si ritiene una **norma a carattere imperativo** e come tale indisponibile e non derogabile dalle parti (cfr. [Cass. n. 4.2.2009, n. 2706](#); [Trib. Firenze, 26.4.2010](#), in *Fall.*, 2009, 873. In senso contrario va segnalata un'opinione isolata e non condivisibile: Fabiani-La Croce, *L'istituto della compensazione nel concordato preventivo: una operatività a 360 gradi*, in *Fall.*, 6, 2015, 642), che ritiene la cogenza imperativa della norma smentita dal primo comma dell'art. 2467 c.c.).

Si ha, pertanto, una "**riqualificazione imperativa**" del "**prestito**" in "**prestito postergato**" rispetto alla soddisfazione degli altri creditori. E sul punto la giurisprudenza di legittimità ha precisato che 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'" ([Cass. n. 16393/2007](#)).

### 3. (Segue) Presupposti e conseguenze della postergazione

La **verifica delle condizioni per la postergazione** deve essere fatta risalire al momento della concessione del finanziamento (cfr. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, cit., 108), essendo irrilevanti eventuali vicende inerenti al credito ovvero alla posizione delle società finanziatrici e finanziate successive al momento della concessione del finanziamento. Così 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.](#) Sul punto cfr. Abriani, *Finanziamenti anomali infragruppo e successiva rinegoziazione: tra postergazione legale e privilegio convenzionale (due pareri pro veritate)*, in *Riv. Soc.*, 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*, cit., 164.

Invero, se l'applicazione della regola della postergazione è condizionata dalla concreta evoluzione della situazione economico-finanziaria della società debitrice, la **qualificazione giuridica** del finanziamento come "anomalo" — che di tale disciplina costituisce il *prius* logico e il presupposto applicativo — è, all'opposto, invariabilmente **crystallizzata** al momento in cui il negozio di finanziamento è stato perfezionato. Di talché 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 (cfr. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 451; Abriani, *Finanziamenti anomali infragruppo e successiva rinegoziazione*, cit., 731).

Il creditore postergato ha così un **diritto di partecipare al concorso**, secondo l'ordine legale, risultando la postergazione incompatibile con la perduranza di forme di privilegio o di garanzia per il relativo soddisfacimento, che gravino sul medesimo patrimonio (Vattermoli, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 126).

La maggioranza degli interpreti ritiene che, malgrado il tenore letterale dell'art. 2467 c.c. possa indurre a immaginare la forzata riqualificazione dei finanziamenti dei soci in conferimenti (o in "quasi capitale") (cfr. [Trib. Firenze 26.4.2010](#); [Trib. Monza 13.11.2003](#); [Trib. Pistoia 8.9.2008](#)), tali pretese mantengano natura creditoria (in tal senso cfr. [Trib. Milano 30.4.2007](#); In dottrina cfr., fra gli altri, 1457 s.; Guizzi, *Il passivo in AA. VV.*, *Diritto*

fallimentare. *Manuale breve*, Milano, 2008, 292; Libonati, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, 514 e ss.; Salanitro, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005, 37; Tantini, *I versamenti dei soci* cit., 798; Tombari, “*Apporti spontanei*” e “*prestiti*” dei soci nelle società di capitali, cit., 553 e ss., spec. 562 ss.; Maugeri, *Finanziamenti “anomali”* cit., 151, nonché, Id., *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 805 e ss., 806, nel testo e a nota 2; Cagnasso, *La società a responsabilità limitata* cit., 108; Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi* cit., 156 e ss. e 292 ss.; *Contra*: Portale, *Capitale sociale e società*, cit., 148 s., in nota 43-bis, nonché Id., *I finanziamenti*, cit., 678 s.), consistendo la postergazione nel rinvio del rimborso del valore del credito all’esito dell’integrale soddisfazione degli altri creditori sociali (compresi i chirografari) (cfr. Presti, *sub art. 2467*, cit., 98 e ss.; Scano, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l. e l’art. 2467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 879 e ss.; Vassalli, *Sottocapitalizzazione delle società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 267 e ss.); con degradazione *ex lege* del socio, quindi, al rango di creditore postergato.

La postergazione, quindi, è un “**fenomeno che incide sulla graduazione del credito**”, comportando – in ambito concorsuale – un arretramento del rango originario del credito stesso (Abriani, *Debiti infragruppo e concordato preventivo*, cit., 721; Vattermoli, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, cit., 26 e 371 s.). E – accogliendo l’opzione ermeneutica che appare più persuasiva – tale graduazione avviene in una dimensione *sostanziale*, e quindi in una fase logicamente *precedente* a quella, processuale ed esecutiva, del concorso (Abriani, *Debiti infragruppo e concordato preventivo*, cit., 722).

Al riguardo va ricordato che una parte della dottrina circoscrive la sfera applicativa della postergazione **assolutamente processuale** (Cfr. 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.) o comunque alle sole società in fase di liquidazione volontaria concorsuale (Guizzi, *I gruppi di società*, in *Aa.Vv.*, *Diritto delle società*, *Manuale breve*, Milano, 2012, 360): secondo tale opzione, la postergazione legale non influirebbe sulla disciplina sostanziale del rapporto di finanziamento e sarebbe destinata a operare soltanto in sede di esecuzione collettiva e individuale, precludendo ai creditori postergati il concorso con ogni altro creditore. Per tale via, i crediti sarebbero sempre *esigibili durante società* (cfr. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010, 439 e ss.; in giurisprudenza cfr. [Trib. Milano 24.4.2007](#), in *BBTC*, 2007, II, 610, con nota di Balp).

Più persuasiva, come anticipato, in quanto più aderente alla *ratio* ispiratrice e alla lettera della legge appare (ma sul punto si tornerà *infra*), la considerazione che la postergazione incide in una **fase sostanziale**, ancor prima che processuale, e quindi il credito sia postergato già *durante società* e, quindi, sia *inesigibile* anche durante l’ordinario funzionamento della società (cfr. Maugeri, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti dei soci*, cit., 139; Balp, *I finanziamenti dei soci “sostitutivi” del capitale di rischio*, 373). Per tale via 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” (Campobasso, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 251).

#### 4. La compensazione dei crediti nel concordato preventivo

Venendo alla **compensazione dei crediti**, risulta necessario verificare preliminarmente i presupposti dell’istituto quali delineati dalla norma civilistica e dalla legge fallimentare.

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”.

Sul versante fallimentare, invece, ai sensi dell'[art. 56 l. fall.](#), che risulta applicabile anche al concordato preventivo in virtù del richiamo operato dall'[art. 169 l. fall.](#), i creditori possono compensare i loro debiti verso il fallito, ancorché non scaduti alla data della dichiarazione di fallimento e a meno che il creditore abbia acquistato il credito per atto tra vivi dopo l'avvio del fallimento o nell'anno anteriore.

La *ratio* della norma in commento risponde ad un'esigenza di **equità** giacché, diversamente, il credito ammesso al passivo dovrebbe essere soddisfatto in “moneta fallimentare”, mentre in “moneta buona” sarebbe pagato il controcredito della società fallita (cfr. [Cass. 13.1.2009, n. 481](#); per un inquadramento recente, Rosapepe, *Effetti nei confronti dei creditori*, in Buonocore-Bassi (diretto da), Trattato di diritto fallimentare, II, Padova, 2010, 307; G.U. Tedeschi, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Trattato Rescigno, 16, 2, Torino, 2011, 105. Contrario a tale impostazione è Foschini, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, 24. È stato inoltre rilevato come la regola in esame possa essere considerata alla stregua di uno strumento di garanzia per il creditore *in bonis*, paragonabile alle cause di prelazione: Inzitari, *Effetti del fallimento per i creditori (Art. 51-63)*, in *Commentario Scialoja- Branca alla legge fallimentare*, a cura di Bricola, Galgano e Santini, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, 163 e ss.). Così la compensazione fallimentare si traduce in un indubbio beneficio per il creditore-debitore *in bonis*, al quale è riconosciuta la possibilità di soddisfare il proprio credito nei confronti del fallimento sottraendosi al concorso e alla falciida.

L'operatività della compensazione costituisce così una deroga ai generali principi di concorsualità della procedura e di trattamento paritario dei creditori sociali (cfr. F. Lamanna, *Commento all'art. 56*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Alberto Jorio, Bologna, 2006, vol. I, 806 e ss.; Bozza, *Il rispetto della par condicio creditorum nelle soluzioni della crisi dell'impresa*, in *fallimentariesocieta.it*. In giurisprudenza cfr. [Cass. 12.6.2007, n. 13769](#)), laddove il creditore *in bonis* che la oppone si colloca in una posizione addirittura più favorevole di coloro che vantino un credito in prededuzione, ed è perciò considerata dalla dottrina più avveduta come istituto speciale di stretta interpretazione (Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 147).

L'individuazione dei requisiti di operatività della compensazione fallimentare e la definizione dei rapporti con la compensazione legale di cui all'art. 1243 c.c. sono state oggetto di numerosi interventi in dottrina e in giurisprudenza.

In sintesi, essendo pacifico il **criterio dell'anteriorità** (riferita al fatto genetico dei contrapposti diritti) (cfr. [Cass. SS.UU. 19.11.1996, n. 10097](#); [Cass. 22.1.1998, n. 559](#); in dottrina Foschini, *La compensazione nel fallimento*, cit., 278 e ss.; Lamanna, *Commento all'art. 56*, cit., 807 e ss.; Benedetti, *Il concorso dei creditori, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2012, 350 e ss) rispetto al concordato e quello della **reciprocità** dei crediti (cfr. Inzitari, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., 193 e ss.; Perrino, *sub art. 56*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, I, Giappichelli, Torino, 2010, 835; Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 148. In giurisprudenza [Cass. 19.11.2008, n. 27518](#); [Cass. 1.7.2003, n. 10349](#)), gli orientamenti più risalenti ritenevano che al momento dell'apertura della procedura dovessero sussistere tutti i requisiti richiesti dall'art. 1243, comma 1, c.c. per la compensazione legale: quantomeno quelli della **omogeneità** ([Trib. Bari 10.3.2010](#)). In dottrina, Inzitari, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., 186 e 193) e **liquidità** (in dottrina, Foschini, *La compensazione nel fallimento*, cit., 103; Inzitari, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., 186), atteso che l'esigibilità è stata dai più ritenuta irrilevante per il credito vantato nei confronti del fallito, considerando che l'art. 56 l. fall. richiama anche i “debiti non scaduti” prima della dichiarazione di fallimento (a tali crediti, peraltro, applicandosi, la regola della scadenza anticipata ex art. 55, comma 2, anch'esso oggetto di rinvio ad opera dell'art. 169 l. fall.).

Quanto all'**esigibilità**, mentre l'orientamento giurisprudenziale tradizionale negava la compensabilità qualora il credito del fallito non fosse esigibile prima dell'apertura della procedura, nel 1991 la Suprema Corte ha affermato per la prima volta che l'art. 56 l. fall. esige soltanto l'anteriorità al fallimento del fatto genetico delle obbligazioni contrapposte ([Cass. 20.3.1991, n. 3006](#)). Dopo alcune decisioni difformi, a partire dal 1999

l'orientamento si è consolidato: v. [Cass. 12.2.2008, n. 3280](#), che precisa anche che è necessario e sufficiente che i requisiti di liquidità ed esigibilità richiesti dall'art. 1243 c.c. sussistano al momento della pronuncia giudiziale; [Cass. 12.10.2004, n. 20169](#); [Cass. 10.7.2003, n. 10861](#); [Cass. 22.5.2003, n. 8042](#); [Cass. 28.8.2001, n. 11288](#). V. anche [Cass. SS.UU. 16.11.1999, n. 775](#), la quale ha affermato che la compensazione ex art. 56 l. fall. opera anche quando il credito del fallito divenga esigibile dopo l'apertura del concorso.

Tuttavia, va registrato che tale interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 56 l. fall. è stata progressivamente superata dalla giurisprudenza, che ha attribuito una crescente e dirimente rilevanza al momento genetico delle contrapposte obbligazioni, così offuscando financo il requisito della omogeneità dei crediti (critici, però, Rosapepe, *Effetti nei confronti dei creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 311 e ss.; Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 147. In giurisprudenza v. anche [Cass. 27.4.2010, n. 10025](#); [Cass. 12.6.2007, n. 13769](#); [Cass. 13.8.2004, n. 15779](#). In dottrina cfr. Foschini, *La compensazione nel fallimento*, cit., 223 e ss.; Provinciali-Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 274; Inzitari, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., 188 ss.; Jorio, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in Ambrosini-Cavalli-Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, XI, 2, Padova, 2009, 385). Pertanto, secondo l'orientamento attualmente prevalente in giurisprudenza, l'istituto della compensazione di cui all'art. 56 l. fall. (come richiamato dall'art. 169 l. fall.) è destinato a operare **fra crediti anteriori al provvedimento di omologazione del concordato**, laddove l'anteriorità si intende riferita al fatto genetico dei contrapposti diritti.

## 5. (La tesi) l'inoperatività della compensazione in presenza di crediti postergati

(I) Alla luce di quanto sin qui osservato, autorevole dottrina ha sostenuto come non sia possibile la **compensazione** in sede concorsuale di un **debito postergato con un rispettivo credito di rango diverso** (per esempio chirografo).

Ciò in quanto, per effetto della soggezione alla disciplina della postergazione, il credito risulterebbe sospensivamente condizionato all'integrale soddisfazione delle ragioni dei creditori poziori: mancherebbe perciò il requisito della sua esigibilità (cfr. Cavallini-Armeli, *Pagamenti*, in *Commentario alla legge fallimentare – artt. 64-123*, a cura di C. Cavallini, Milano, 2010, 103; Balp, *I finanziamenti dei soci sostitutivi del capitale di rischio*, cit., 379; Esposito, *Il sistema delle reazioni revocatorie alla restituzione dei finanziamenti postergati*, in *Soc.*, 2006, I, 566; Abriani, *Debiti infragruppo e concordato preventivo*, cit., 718 e ss., Armeli, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Fall.*, 2011, II, 891; da ultimo cfr. Presti, *sub art. 2467*, cit., 116; Vella, *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi d'impresa*, Milano, 2012, 133 s.). Come ha ripetutamente ribadito la giurisprudenza di merito (e, in particolare, il tribunale meneghino) "la condizione di inesigibilità del credito ex [art. 2467 c.c.](#) possa (può) essere eccepita dagli amministratori nei confronti del socio finanziatore solo laddove il finanziamento sia stato disposto e il rimborso richiesto in presenza di una situazione di specifica crisi della società" (cfr. [Trib. Milano 11.11.2010](#), in *Soc.*, 2011, 635 ss., con nota di Salafia; si v. anche le più recenti [Trib. Milano 14.3.14](#) e [Trib. Milano 15.1.14](#)).

Al riguardo è stato osservato che la condizione di esigibilità del credito postergato va ravvisata non tanto nell'integrale soddisfazione di tutti i creditori non postergati, bensì nel preventivo riscontro da parte degli amministratori dell'ininfluenza del rimborso del credito postergato rispetto alla capacità della società di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni (*solvency test*) (cfr. Abriani, *Debiti infragruppo e concordato preventivo*, cit., 728. Si veda anche Vassalli, *Sottocapitalizzazione della società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 269 e ss.). V'è, quindi, un **divieto legale di rimborso** finché la società è a rischio insolvenza: 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 - ossia senza contrastare con l'art. 2467 c.c. - se ed in quanto gli amministratori della società *in bonis* ritengano prospetticamente che l'operazione non incida in misura determinante sulla capacità della società stessa di pagare regolarmente i propri debiti non postergati (Abriani, *Debiti infragruppo e concordato preventivo*, cit., 731).

Si è così affermato che il credito postergato *ex lege* non sia restituibile al socio **durante societate** ([Trib. Milano 24.4.2007](#)), finché lo stato di crisi che aveva giustificato l'applicazione dell'art. 2467 c.c. non sia positivamente superato: il prestito effettuato dal socio viene "marchiato" ab origine come "postergato", con la conseguenza che esso viene sottoposto ad una **condizione sospensiva "legale"** (Cfr. Campobasso, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 251; Olivieri, *Capitale e patrimonio nella riforma delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 267). Condizione sospensiva (che va ravvisata nel superamento della situazione di originario squilibrio finanziario che ha reso "anomalo" il finanziamento e) che continuerà ad accompagnare il credito fino al momento in cui dovessero venir meno le condizioni che hanno giustificato, in base a quanto disposto dall'art. 2467, comma 2, c.c., la **subordinazione** dello stesso (con la conseguenza che con il fallimento la crisi sarebbe giudizialmente riconosciuta come irreversibile e tale sarebbe anche l'inesigibilità del credito).

In tale prospettiva, mentre non sembrano esserci ostacoli alla compensazione (**civile**) volontaria diretta ad estinguere il debito della società verso il socio finanziatore e il correlativo debito da quest'ultimo assunto in sede di sottoscrizione di un successivo aumento di capitale (posto che tale operazione non è suscettibile di danneggiare la società ed i suoi creditori, determinando una trasformazione del credito postergato in capitale di rischio e dunque un'effettiva riduzione dell'esposizione debitoria della società, precludendo all'ex creditore postergato di concorrere con i creditori), si è ritenuto invece di escludere l'operatività della compensazione fallimentare con riferimento al credito sottoposto a **condizione** (cfr. [Trib. Milano 24.10.2008](#)).

Sul punto una (non recentissima) pronuncia di legittimità ha precisato che "l'art. 56 della legge fallimentare richiede quale requisito obiettivo per l'estinzione dei crediti contrapposto la piena esigibilità di essi; la compensazione legale opera in via di eccezione fatta valere dal debitore - creditore che ha interesse ad opporsi alla richiesta a lui rivolta di adempimento, con l'eccezione di esistenza di un credito contrapposto, permettendogli così una soddisfazione del credito, talvolta integrale, e comunque in misura diversa da quella che otterrebbe secondo le regole del concorso. Proprio per tale eccezione rispetto alla regola fallimentare secondo cui tutti i creditori - salve le cause di prelazione devono sopportare la perdita derivante dall'insolvenza, la esigibilità dei crediti contrapposti deve necessariamente verificarsi precedentemente alla dichiarazione di fallimento" ([Cass. n. 7181/1994](#)). Come conseguenza, è stata negata la compensazione legale con crediti postergati in quanto "pregiudizievole agli altri creditori", perché "eccede i limiti posti dall'art. 56, primo comma". Seguendo tale prospettazione, chiarito che l'inesigibilità in parola è una condizione *ex lege* imposta al fine di tutelare i creditori sociali ed è assai diversa dall'"inesigibilità" per mancata scadenza del debito, si evidenzia che la postergazione del credito lo rende **eterogeneo** rispetto ad un credito di diverso rango (non postergato), facendolo così ritenere non compensabile con crediti di rango superiore (laddove il credito postergato sia vantato nei confronti di società in procedura concorsuale): cfr. Abriani, *Debiti infragruppo e concordato preventivo*, cit., 718.

Pertanto 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. 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, conseguentemente, 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)": Vattermoli, *La subordinazione equitativa*, cit., 377.

(//) Sotto diverso angolo prospettico, v'è chi ha ritenuto di escludere la compensabilità *ex art. 56 l. fall.* dei crediti postergati *ex lege* in quanto il carattere subordinato dei crediti esprimerebbe la sostanziale **partecipazione dei finanziatori al rischio d'impresa**, operando una riqualificazione del credito che ne esclude l'omogeneità con il controcredito vantato dalla società (cfr. Portale, *Prestiti subordinati e prestiti irredimibili (Appunti)*, in

BBTC, 1996, I, 1 e ss., spec. 13 e ss., il quale afferma che la riqualificazione opererebbe solo se, e fino a quando, la società si trovi nella situazione di difficoltà che ha legittimato l'applicazione dell'art. 2467 c.c.). In tale corrente interpretativa si inserisce anche chi, procedendo alla "riqualificazione" dei finanziamenti postergati in **capitale di rischio**, ritiene che essi non siano rimborsabili se non in sede di liquidazione della società, e a condizione che tutti i creditori antergrati abbiano trovato integrale soddisfazione (cfr. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XXIX, Padova, 2003, 474).

## 6. (L'antitesi) l'operatività della compensazione anche in presenza di crediti postergati

Le tesi sopra riportate, ancorché autorevolmente sostenute e condivisibili nelle conclusioni, sono state criticate sulla scorta delle seguenti considerazioni.

(I) La prima tesi (che sostiene l'inesigibilità dei crediti postergati e la mancata omogeneità per la diversità di rango tra i crediti postergati e quelli chirografari), sembra difficilmente conciliabile con le più recenti opzioni esegetiche offerte dalla giurisprudenza, che – come visto – non solo consente di applicare la compensazione nell'ambito concorsuale anche nel caso in cui i crediti divengano **esigibili dopo l'apertura del fallimento** (a condizione che la radice causale del rapporto sia antecedente a quel momento), ma – e soprattutto – ritiene che l'**omogeneità** non sia più un requisito necessario per l'applicazione dell'istituto di cui all'[art. 56 l. fall.](#), esigendo (appunto) soltanto l'antiorità al fallimento del fatto genetico delle obbligazioni contrapposte (cfr. [Cass. n. 3280/2008](#)).

(II) La seconda (che riqualifica i finanziamenti postergati in capitale di rischio), appare una posizione assolutamente minoritaria. Anche tale via per escludere la compensazione appare impraticabile, considerato che la norma dell'[art. 2467 c.c.](#), come detto, non pare incidere sulla natura dell'apporto del socio e la pretesa di quest'ultimo nei confronti della società resta formalmente un diritto di credito, benché il suo soddisfacimento sia postergato, e non si tramuta in un apporto di capitale (cfr. Rossi, *Capitale di rischio e capitale di credito nel fallimento della società*, cit., 11; Fabiani-La Croce, *L'istituto della compensazione nel concordato preventivo*, cit., 640).

Pertanto, alla luce di quanto sin qui osservato, considerando il solo dettato dell'art. 56 l. fall., il socio che vantasse nei confronti della società fallita un credito e un debito (omogenei, liquidi e, soprattutto) sorti anteriormente alla procedura, dovrebbe **potersi avvalere della compensazione** ex art. 56, comma 1, l. fall., dal momento che la disposizione **non lo esclude espressamente e non assegna alcuna rilevanza al rango del credito**.

Di tale avviso è una minoritaria dottrina (Fabiani-La Croce, *L'istituto della compensazione nel concordato preventivo*, cit., 643), che ritiene, in sintesi:

- non cogente la norma di cui all'art. 2467 c.c., sulla scorta del dettato del primo comma, che dispone il rimborso dei finanziamenti *soltanto* laddove intervenuti prima dell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento (Fabiani-La Croce, *L'istituto della compensazione nel concordato preventivo*, cit., 642), essendo la postergazione legale "semplicemente una qualità deteriore del credito" (*ibidem*);
- che la norma (speciale) fallimentare prevalga sulla norma (generale) civilistica, essendo - ancor più - le disposizioni dell'art. 56 l. fall. **norme eccezionali** nell'ambito dello stesso diritto speciale fallimentare.

Di conseguenza, secondo tale opinione, la compensazione opera automaticamente *ex lege* anche per i crediti postergati (*ivi*, 644). E le eventuali condotte connotate da disvalore dei soci-finanziatori, volte a far conseguire a questi ultimi vantaggi a scapito dei finanziatori esterni, potrebbero trovare adeguata repressione,

eventualmente, nell'ambito di una contestazione di frode in danno ai creditori ai sensi dell'[art. 173 l. fall.](#), "sanzionata" con la revoca dell'ammissione alla procedura di concordato.

## 7. (Sintesi) I motivi dell'inoperatività della compensazione

Ad avviso di chi scrive la tesi che afferma la possibilità della compensazione non appare condivisibile. Al contrario, si ritiene sia **inapplicabile la compensazione del credito postergato** (del soggetto *in bonis*) con un controcredito del soggetto sottoposto a procedura concorsuale ai sensi dell'[art. 56 l. fall.](#) Nel bilanciamento tra le due norme (art. 56 l. fall. [e art. 2467 c.c.](#)), 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. Sicché la regola imperativa della posposizione dei crediti postergati non sembra superabile e continua, in quanto tale, a costituire un ostacolo alla compensazione fra credito ordinario e controcredito postergato. E ciò sulla scorta delle seguenti considerazioni.

**A)** Anzitutto, va preliminarmente rilevato che non sembra possibile negare **l'imperatività della norma sulla postergazione legale**, in quanto norma destinata a promuovere e garantire effettività ad una sanzione (Cfr. Maugeri, *I finanziamenti "anomali" dei soci a tutela del patrimonio delle società di capitali*, cit., 140 e ss.).

Considerato che nel nostro codice non v'è – come noto - una definizione né un elenco delle norme imperative (Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 120), si ritiene che una norma è imperativa quando il suo contenuto, consistente nell'imposizione di un precetto positivo o negativo, non possa essere derogato neppure in base all'accordo delle parti e quindi risulti indisponibile l'interesse tutelato dalla stessa; [Cass. n. 9059/2002](#) ha stabilito che una norma ha natura imperativa in quanto persegue "finalità di ordine generale".

Così, partendo dalla definizione di norma imperativa quale "norma proibitiva che, sulla base dell'esigenza di protezione di valori morali e sociali e di quelli fondamentali della comunità giuridica, tende non solo a negare efficacia giuridica alla programmazione negoziale ad essa contraria, ma tende più radicalmente a proibire l'azione programmata" (così, Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 585 e ss.), si ritiene che l'operatività delle norme imperative possa essere di due tipi: la disposizione (i) disciplina i limiti esterni entro cui l'attività del privato deve essere mantenuta sotto pena di nullità (ad esempio l'[art. 1346 c.c.](#) secondo cui l'oggetto del contratto deve essere lecito, possibile, determinato o determinabile); (ii) impone il contenuto che, pertanto, sarà vincolante, di determinati contratti (ad esempio l'[art. 1139 c.c.](#), relativo alla sostituzione automatica della clausola pattizia con altra - Cfr. Caringella-Buffoni, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2009, 20 e ss.).

Nel caso di specie, la natura imperativa dell'art. 2467 c.c. si ricava dalla proibizione ivi espressa e sanzionata, volta a tutelare un valore fondamentale dell'economia (la protezione dell'interesse dei creditori non soci). Del resto la Suprema Corte ha stabilito che la violazione del principio di corretto finanziamento comporta una **riqualificazione imperativa** del "prestito" in "prestito postergato" (rispetto alla soddisfazione degli altri creditori: [Cass. n. 16393/2007](#); si veda anche Trib. Milano 6.12.2015). E, in ambito strettamente concorsuale, i giudici di legittimità hanno ribadito il carattere indisponibile e pertanto non derogabile dalle parti della norma, con il corollario che i crediti dei soci suscettibili di postergazione non possono essere inclusi nella medesima classe dei creditori chirografari ([Cass. n. 2706/2009](#)).

**B)** Attesa l'imperatività della norma sulla postergazione, la sua applicazione sarebbe di fatto **vanificata** qualora fosse riconosciuta la compensabilità del credito postergato *ex lege*.

Mediante la compensazione, infatti, si consentirebbe al creditore postergato una soddisfazione integrale, senza falcidia, del proprio credito da restituzione, ed altresì anticipata rispetto ai creditori chirografi (il tutto, per di più, realizzato fuori concorso). Per tale via si sottrarrebbero all'attivo fallimentare risorse destinate a soddisfare in via preferenziale, sia pure anche solo parzialmente, i creditori postergati, pregiudicando il raggiungimento della finalità sottostante l'istituto.

In altri termini, laddove si consentisse al creditore postergato di avvalersi di tale istituto, si giungerebbe ad **esiti contraddittori** con l'art. 2467 c.c., atteso che il credito postergato risulta *incompatibile* con gli effetti indotti dall'estinzione dei crediti per compensazione (cfr. Maugeri, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 136; Rossi, *Capitale di rischio e capitale di credito nel fallimento della società*, cit., 11; Campobasso, *sub art. 2467*, cit., 258; Vattermoli, *Crediti subordinati*, cit., 377 ss.). Sarebbe infatti contraddittorio imporre la postergazione della pretesa creditoria del socio che derivi da operazioni di finanziamento **scorrette** e poi consentire al socio stesso di (sottrarsi al concorso e di) sottrarre risorse proprio a quei creditori al cui soddisfacimento la legge ha subordinato il suo.

Invero, il meccanismo compensatorio si pone 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.

**C)** In forza di un'**interpretazione sistematica** delle norme succitate, va esclusa la prevalenza della norma sulla compensazione in ambito concorsuale sulla norma della postergazione.

Infatti, ancorché apparentemente sembri condivisibile il principio della *lex specialis* (fallimentare) *derogat lex generalis*, a ben vedere vi sono varie indicazioni normative nel senso della prevalenza dell'art. 2467 c.c. e della non compensabilità del credito postergato.

La prima pare provenire dai principi generali che regolano la compensazione e, in particolare, dall'[art. 1246, n. 5, c.c.](#), che la preclude in caso di *divieto di legge*. E l'[art. 2476 c.c.](#) pare proprio stabilire un "divieto stabilito dalla legge" (Abriani, *Debiti infragruppo e concordato preventivo*, cit., 722).

Del resto, si ritiene che, anche in ambito concorsuale, la compensazione non operi nei casi di preventiva rinuncia ex art. 1246, n. 4 c.c., la quale varrebbe a paralizzare l'effetto estintivo ai sensi dell'art. 56 l. fall.; 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* dell'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 soddisfacente, in maniera preferenziale rispetto ai creditori non postergati (Caputo Nasetti, *Del debito subordinato delle banche*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 267 e ss.).

**D)** Lo stesso articolo 56 l. fall. pare confermare tale conclusione: se il primo comma della norma riguardante la compensazione in ambito fallimentare stabilisce un'eccezione alla regola della *par condicio*, il *secondo comma* esclude la compensazione di crediti (non scaduti) acquistati per atto tra vivi nell'anno che precede la dichiarazione di fallimento o successivamente, ripristinando così il suddetto principio della *par condicio creditorum*.

Detto altrimenti, il secondo comma pone "un'eccezione all'eccezione". In tal modo la norma esclude che possa beneficiare della compensazione chi ha commesso un *abuso*, violando le regole della parità di condizione tra i creditori (cfr. Lamanna, *Articolo 56 – Compensazione in sede di fallimento*, cit., 814) e aggirando i vincoli posti a tutela dei creditori concorsuali.

**E)** Si può invero affermare che la postergazione *ex lege* è conformata in maniera specifica proprio al fine di evitare che ad essa si applichino alcune disposizioni della legge fallimentare, in particolare quelle di stampo "premiale", tra cui l'art. 56 l. fall. Non bisogna dimenticare, del resto, la portata sanzionatoria e disincentivante con cui il legislatore del 2003 ha inteso caratterizzare la disciplina sui finanziamenti dei soci.

Ragionare diversamente significherebbe, di fatto, incentivare comportamenti scorretti: i soci (o controllori ex [art. 2359 c.c.](#)) potrebbero compiere operazioni di finanziamento, al fine di "sterilizzare", nel caso in cui si aprisse una procedura concorsuale, lo strumento della postergazione legale. Si giungerebbe così ad un paradosso: l'operatività della compensazione spingerebbe i soci a tenere un comportamento coincidente con quello che il legislatore ha cercato di *disincentivare* tramite l'introduzione degli artt. 2467 e [2497-quinquies c.c.](#)

**F)**L'art. 56 l. fall. consente infatti al creditore-debitore *in bonis* di sottrarsi al concorso paritetico per ragioni di *equità*, purché tale sottrazione non sia il risultato di un abuso e non violi principi generali dell'ordinamento (cfr. Martorano, *Compensazione del debito per conferimento*, in AA.VV., *La riforma delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 1, Torino, 2006, 519 ss). E dal momento che i crediti dei soci ex art. 2467 c.c. discendono da operazioni di finanziamento che il legislatore qualifica come **scorrette**, imponendone la postergazione, deve allora escludersene la compensabilità con eventuali debiti verso la società fallita (o in concordato).

D'altronde il principio dell'**abuso del diritto** sembra oramai divenuto un canone generale, sempre più utilizzato dalla giurisprudenza, laddove non vi sia una violazione della legge in senso stretto, ma la parte utilizzi lo schema formale-giuridico normativamente previsto allo scopo di perseguire utilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle assegnate in astratto dall'ordinamento.

In tal caso la reazione che l'ordinamento appresta è il "rifiuto della tutela", ossia la negazione dei diritti conseguiti attraverso gli atti che, di per sé, sarebbero stati idonei a realizzare lo schema previsto dalla legge, ma che sono stati posti in essere in modo alterato.

Così il divieto dell'abuso del diritto è divenuto usuale non solo in ambito **civile e tributario**, ma ha fatto il suo ingresso anche in **materia concorsuale** (cfr. [Cass. 15.9.11, n. 18864](#); [Cass. 29.7.11, n. 16738](#); [Cass. 23.6.11, n. 13817](#); [Cass. 10.2.11, n. 3274](#); [Trib. Milano 19.9.11](#)), ove attualmente risulta ampiamente acquisito (in dottrina Lo Cascio, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 901; Nocera, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 400).

Ebbene, nel conflitto tra norme sulla postergazione e sulla compensazione in sede concorsuale, bisogna considerare il presupposto che l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che predispone **nei limiti** in cui vengano impiegati **per il fine** per cui sono stati istituiti, senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente (Cass. n. 3274/2011).

Pertanto, essendo la compensazione in ambito concorsuale – come visto – una *deroga* alla *par condicio creditorum* avente **ragioni equitative**, risulta evidente la *distorsione* ogniqualvolta la compensazione venga eccepita non già da chi si sia trovato ad essere creditore e debitore nell'ambito di un fisiologico svolgimento del rapporto col fallito, ma da chi ha **abusato**, godendo di asimmetrie informative, del proprio ruolo di socio (o di società che esercita la direzione ed il coordinamento) concedendo finanziamenti anomali.

In virtù del principio dell'abuso del diritto risulta così evidente la **deviazione rispetto al fine** per il quale l'art. 56 l. fall. è stato introdotto in ambito concorsuale. Non certo per tutelare un fenomeno elusivo e contrario alla buona fede.