

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 153-2008/I

Profili problematici delle operazioni di fusione (scissione) delle società cooperative: in particolare la controversa questione del rapporto di cambio ⁽¹⁾

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 10 luglio 2008

Sommario: 1. *Il capitale sociale e le operazioni straordinarie delle società cooperative.* - 2. *Riserve, patrimonio sociale e operazioni straordinarie.* - 3. *Aspetti controversi dei procedimenti di fusione e scissione in cui siano coinvolte società cooperative.* - 3.1 *Brevi osservazioni sul caso delle fusioni o scissioni cd. "eterogenee": in particolare la fusione di società cooperativa a mutualità prevalente* - 3.2 *Segue: la fusione delle società cooperative ed il rapporto di cambio* - 3.3 *Segue: verifica di taluni aspetti specifici della scissione di società cooperative*

1. Il capitale sociale e le operazioni straordinarie delle società cooperative

Il rapporto che esiste tra disciplina del netto patrimoniale e capitale sociale ⁽²⁾ appare coinvolgere, sia pure con una prospettiva peculiare, le società cooperative risultanti dalla riforma del 2003.

Il nucleo di ogni considerazione al riguardo non può che rintracciarsi nell'art. 2524 c.c.; norma, questa, che, com'è noto, ha inteso riaffermare con forza per le società cooperative il tradizionale principio della "porta aperta", stabilendo che il capitale sociale non è determinato in un ammontare prestabilito.

Non è compito di questa analisi l'approfondimento della funzione e del ruolo svolti dal capitale sociale nelle società cooperative. Tuttavia, occorre comunque soffermarsi su talune preliminari questioni.

In particolare, vale innanzitutto chiedersi se l'assenza della prescrizione di un capitale sociale minimo - stabilito tanto per le cooperative del tipo s.p.a. che per le cooperative del tipo s.r.l. - e più specificatamente la circostanza secondo la quale l'ammissione di nuovi soci nelle forme previste dall'art. 2528 c.c. non importi modifica dell'atto costitutivo, escluda ogni rilevanza al capitale sociale delle cooperative

stesse.

Più approfonditamente, sembra necessario sciogliere il nodo se queste regole giovino ad eliminare il capitale dagli elementi propri del codice organizzativo del tipo (o forse meglio dei tipi) di cui agli artt. 2511 e ss., oppure se, più semplicemente, siano destinati ad attenuare alcune attitudini funzionali del capitale, senza che perciò si sminuisca, in assoluto, la sua importanza.

L'interrogativo appare del tutto legittimo, sol che si pensi, dal punto di vista operativo, che una delle più rilevanti conseguenze della variabilità risiede nella difficoltà dell'operatore di rintracciare l'esatta composizione della compagine sociale in un dato momento storico (ad esempio al momento del compimento dell'operazione straordinaria). A tal fine, quanto all'ammontare, risulta obbligata la via della consultazione del bilancio e, quanto alla composizione soggettiva, quella della consultazione del libro soci.

Rinviando ad altro studio la disamina del rapporto tra ammontare complessivo del capitale sociale e valore nominale di quote ed azioni; nonché l'esame dei profili problematici connessi alla rappresentazione delle partecipazioni sociali ⁽³⁾, deve, in questa sede ribadirsi che se, da un lato, il capitale deve essere variabile, dall'altro canto, esso deve essere anche vero, reale ed integro.

Appare, peraltro, discutibile la diffusa convinzione pratica (e non solo) che una cooperativa di tipo s.p.a. (e forse una di tipo s.r.l.) possano rappresentare indifferentemente il loro capitale in quote o azioni.

In sintesi, si ritiene che la scelta del modello organizzativo nella cooperazione, o la sua imposizione, coinvolga anche il sistema di rappresentazione del capitale sociale, che sarà in azioni, ove la cooperativa selezioni il suo modello nelle s.p.a., ovvero in quote, ove la scelta sia caduta nel tipo s.r.l.

La tendenziale unitarietà di disciplina dell'una e dell'altra rappresentazione, nel generale disegno della cooperazione, non può divenire un iperfetato strumento d'esegesi. D'altra parte, se la distinzione fosse talmente irrilevante perché il legislatore l'avrebbe così ampiamente richiamata e disciplinata? ⁽⁴⁾

Nonostante, quindi, sia fuori discussione che il capitale sociale delle società cooperative presenti significative peculiarità rispetto a quello delle società lucrative, risulta comunque difficile declinarne l'assoluta irrilevanza, quale che sia il "normotipo" di riferimento, sol che se ne evidenzii l'importanza e l'incidenza, quanto meno al fine di:

- determinare la quota di utili dei soci cooperatori (art. 2514, lett. a, c.c.);
- determinare la remunerazione dei soci "finanziatori";
- determinare il peso per la nomina dell'organo di controllo (art. 2543, comma 2, c.c.);

- attivare il controllo giudiziario *ex art. 2545 quinquiesdecies c.c.*;
- determinare l'incidenza delle perdite fino all'erosione integrale che comporta lo scioglimento della società (art. 2545 *duodecies c.c.*).

Né risultano ragioni per eccepire alcunché alla vigenza del principio di effettività del capitale, con la conseguente necessità dell'applicazione delle norme in materia di conferimenti; norme che dal tipo s.p.a. o s.r.l. si applicheranno all'omologo codice organizzativo cooperativo in virtù del generale richiamo contenuto, appunto, nell'art. 2519 c.c..

2. Riserve, patrimonio sociale e operazioni straordinarie

Atteso quanto sopra, va ulteriormente sottolineato che il capitale sociale delle cooperative - al pari che nelle società lucrative - non esaurisce le voci del netto patrimoniale.

E' utile ricordare - a tal fine - che l'art. 2545 *quater c.c.* distingue le riserve delle società cooperative in legali, statutarie e volontarie.

Si deve sottolineare, da un punto di vista generale, che nelle società cooperative il concetto d'indivisibilità delle riserve non appare significativamente diverso rispetto alle società lucrative: sono indivisibili quelle che per disposizione di legge o statuto non possono essere ripartite tra i soci. Nel particolare, tuttavia, la specialità della disciplina della cooperazione si coglie nel divieto di distribuzione anche per il caso di scioglimento della società (art. 2545 *ter c.c.*).

Nemmeno si può negare, inoltre, che per tutte le cooperative viga un generale limite di distribuzione di utili.

Quindi, se, da un lato, la composizione del patrimonio netto delle società cooperative mostra evidenti analogie con quello delle società lucrative, va anzitutto considerato che il ruolo dell'indivisibilità ha la sua più intima motivazione nel complesso rapporto tra mutualità e agevolazione fiscale. Sono, infatti, proprio le agevolazioni fiscali a consentire il "consolidamento" del netto delle società cooperative.

Da ciò consegue che le riserve delle società cooperative, la cui qualificazione risponde al concetto classico di accantonamento patrimoniale netto, possono essere indivisibili - fermo restando il disposto dell'art. 2545 *ter c.c.* - o divisibili, nei limiti di compatibilità con il sottotipo di riferimento (se a mutualità prevalente o meno).

E' utile ricordare che autorevole dottrina ha avuto modo di sottolineare che il vincolo dell'indivisibilità - ossia il peculiare divieto che impedisce *durante societate* l'assegnazione ai soci delle riserve indivisibili e che determina, al momento dello scioglimento l'attribuzione delle stesse ai fondi mutualistici - almeno ai sensi del combinato disposto del citato art. 2545 *ter* e 2514, lett. d), c.c., determina l'*id quod*

plerumque accidit della cooperazione, consistente in un "vincolo civilistico di scopo destinato ad assolvere alla funzione sociale che la Costituzione affidata alla cooperazione senza fini di speculazione privata" ⁽⁵⁾. Coerentemente se ne desume che le norme agevolative fiscali non rappresentano un autentico *favor* alla cooperazione, quanto, piuttosto, una "caratteristica della proprietà cooperativa".

La questione è tutt'altro che priva di ricadute pratiche: si pensi ad una riserva indivisibile per disposizione statutaria in una società cooperativa a mutualità non prevalente, quale sarà la sua sorte nel caso di scioglimento della società? Prevarrà la disposizione generale dell'art. 2545 *ter* c.c., secondo cui le riserve indivisibili non possono essere distribuite nemmeno in caso di scioglimento, con la conseguenza che essa deve destinarsi ai fondi, ovvero tale destinazione si deve realizzare solo nell'ipotesi della cooperazione a mutualità prevalente conformemente alla specifica disposizione della lettera d) del citato art. 2514 c.c.?

La dottrina, sul punto, appare divisa. E se, da un lato, taluno rileva che non potrebbe esservi destinazione diversa da quella della trasformazione, per la quale, com'è noto, l'art. 2545 *undecies* c.c. impone la devoluzione *tout court* ⁽⁶⁾, non manca, d'altro canto chi, nella prospettata fattispecie, adombra la possibilità che le riserve statutariamente indivisibili che non provengano da indivisibilità imposta dalla legge possano, almeno nell'ipotesi di una previsione *ad hoc*, destinarsi a distribuzione ai soci al momento dello scioglimento. E ciò dal momento che l'indivisibilità assolverebbe ad una funzione di garanzia della conservazione patrimoniale per la cooperazione a mutualità prevalente; laddove tale *ratio* non ricorra, come nel caso, appunto, della cooperativa a mutualità non prevalente, non v'è ragione di ritenere che il precetto di cui all'art. 2545 *ter* c.c. sia norma dispositiva e suppletiva. In questo contesto l'affermazione secondo la quale "la riserva indivisibile costituisce il presupposto per l'agevolazione da parte del legislatore tributario e non il contrario" ⁽⁷⁾ non appare del tutto convincente. Essa, infatti, si rivelerebbe assolutamente incontrovertibile se la normativa sulla cooperazione avesse accolto l'idea di una netta demarcazione tra cooperazione a mutualità prevalente e non prevalente in ordine alla possibilità di formare riserve indivisibili; il che pare smentito proprio dalla norma al vaglio che consente la formazione di riserve indivisibili statutarie senza distinzioni tra società cooperative. Inoltre, anche le cooperative a mutualità non prevalente godono di molte agevolazioni, ancorché non identiche a quelle delle cooperative a mutualità prevalente. Infine, proprio la disciplina della trasformazione da cooperativa in lucrativa - letteralmente ipotizzata solo a beneficio della cooperativa a mutualità non prevalente - nell'imporre la devoluzione del patrimonio effettivo, induce a considerare che il legislatore abbia accolto solo parzialmente l'idea di una proprietà cooperativa affetta da un vincolo civilistico di scopo a carico delle cooperative a mutualità prevalente cui conseguirebbe il vantaggio fiscale. Non si giustifi-

cherebbe, infatti, alla luce del dato positivo, la circostanza per cui una cooperativa a mutualità non prevalente - si supponga con patrimonio interamente formato da riserve divisibili - debba comunque devolvere il valore del patrimonio effettivo ove si trasformi in società lucrativa (art. 2545 *undecies* c.c.).

Sembra, in realtà, che il legislatore abbia considerato la mutualità, nel complesso, come fenomeno unitario, graduandone la disciplina con un sistema in cui la fiscalità agevolata - anch'essa non a caso "graduata" a seconda che sia destinata ad incidere sulla mutualità prevalente o non prevalente - diventa strumento duplice:

- da un lato, di sviluppo e di affermazione della cooperazione in generale, ed in specie di quella priva del fine primario della speculazione (cd. a mutualità prevalente);
- dall'altro, di antielusione e di controllo dell'esercizio dell'attività economica e della concorrenza mercé l'adozione di regole a carattere generale volte ad inibire - per ogni "formula" di mutualità - la deviazione dell'agevolazione dal settore della cooperazione a settori diversi (mercé l'assegnazione a soci, o attraverso l'utilizzazione del patrimonio sociale in un contesto organizzativo lucrativo ecc.).

Non può che concludersi rimarcando che nella cooperazione in generale il regime delle riserve appare ruotare attorno alla nozione di "riserva indivisibile", la quale, dal suo canto, costituisce l'asse del rapporto tra mutualità ed agevolazione fiscale. Il che non può non diventare un criterio esegetico per indagare sulle operazioni straordinarie nella prospettiva che emerge con chiarezza dal quadro ora tracciato: il criterio determinante della prospettiva antielusiva come chiave di lettura e, talora, *discrimen* tra legittimità ed illegittimità di un'operazione.

Che questo possa e debba essere l'elemento determinante in punto esegetico sembra potersi ricavare anche dalla recente Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 30/06/2006 n. 9203 recante le condizioni per l'applicazione del Regolamento della Società Cooperativa Europea in Italia, a mente del quale, tra l'altro, a chiare lettere è ribadito che è principio di ordine pubblico (è detto di "*interesse pubblico*") l'obiettivo di "*preservare al sistema cooperativo nazionale*" proprio il patrimonio indivisibile "*accumulato grazie ad agevolazioni fiscali*". Ove fosse ulteriormente necessario, alla luce dell'evidenziato sistema di diritto positivo, il Ministero ha avuto cura di sottolineare che lo Stato italiano mercé l'agevolazione intende incentivare l'impresa cooperativa, a carico della quale, quale contraltare all'agevolazione di che trattasi, esercita un'attenta attività di vigilanza. E questo interesse "pubblico" è selezionato con tale rigore nella legislazione italiana che la fuoriuscita dell'ente dal sistema cooperativa risulta "sanzionato" dalla devoluzione ai fondi.

3. Aspetti controversi dei procedimenti di fusione e scissione in cui siano

coinvolte società cooperative

3.1 Brevi osservazioni sul caso delle fusioni o scissioni cd. "eterogenee": in particolare la fusione di società cooperativa a mutualità prevalente

E' necessario segnalare che il secondo comma dell'articolo 2545 *novies* c.c. adotta, in materia di fusione e scissione di società cooperative, una tecnica di rinvio di disciplina che, sul piano letterale, declina la sua massima ampiezza.

Il che, innanzitutto induce a condividere, in punto operativo, il convincimento diffuso, nella prevalente dottrina, secondo il quale non può dubitarsi che

- a) la società cooperativa possa deliberare la fusione nelle due modalità previste dal codice e comunemente ricondotte ai modelli lucrativi (incorporazione, o paritetica con costituzione di nuovo ente);
- b) la società cooperativa possa deliberare la scissione nelle formule indicate dall'articolo 2506 c.c.

Il rinvio generale deve apprezzarsi, quindi, come indicazione legislativa della necessità delle fasi essenziali del procedimento di fusione o scissione: progetto, delibera, atto. Ciò nondimeno non può dubitarsi della circostanza per cui tali operazioni straordinarie, quando calate alla realtà mutualistico-cooperativa, subiscano l'incidenza dei limiti della "compatibilità" più in generale invocati dal disposto dell'articolo 2519 c.c.

In questo contesto occorrerebbe considerare l'ipotesi della fusione "eterogenea" che veda coinvolte società cooperative e lucrative insieme.

E' noto che la fattispecie, nella pratica, tende a scomporsi in diversi "sottoinsiemi" che qui vale sintetizzare come di seguito:

- il caso di società lucrativa che incorpori una cooperativa;
- il caso in cui più cooperative si uniscano per dar luogo ad una lucrativa;
- il caso in cui una cooperativa incorpori una lucrativa;
- quello in cui più lucrative si fondano per dar luogo ad una lucrativa;
- l'ipotesi in cui cooperative e lucrative deliberino una fusione dando luogo ad una società "finale" che sia cooperativa o lucrativa.

E' fin troppo evidente che ciascuna delle ipotesi ora adombrate contenga, in sé, il problema della trasformazione "eterogenea" relativamente al transito dal sistema cooperativo al lucrativo, e viceversa, su taluni aspetti del quale, altrove s'è ragionato. Qui valga richiamare talune sintetiche precisazioni.

Sarebbe del tutto irragionevole ritenere che siano precluse all'autonomia organizzativa dell'ente le operazioni di fusione (come di scissione) che coinvolgano società cooperative e lucrative, e ciò tanto nel caso in cui la direzione del risultato

finale sia quello dell'assorbimento di un ente cooperativo in uno lucrativo o comunque la venuta ad esistenza di un ente lucrativo da uno che fosse anche cooperativo, quanto nell'inversa direzione dell'assorbimento di un ente lucrativo in uno cooperativo o comunque la venuta ad esistenza di un ente cooperativo da uno che fosse anche lucrativo.

Ed è altrettanto ragionevole ipotizzare che in tali fenomeni la disciplina della trasformazione eterogenea finisca per combinarsi con il procedimento di fusione (e di scissione).

Così, quando una cooperativa sia destinata all'incorporazione con una società lucrativa, ovvero una o più cooperative deliberino la fusione al fine di "costituire" tra loro, o con lucrative, una società lucrativa, non può prescindere dall'applicazione dell'articolo 2545 *undecies* c.c. che governa, com'è noto, la devoluzione ⁽⁸⁾.

In verità, sembra doversi ritenere applicabile anche l'articolo 2545 *decies* c.c. relativo alle maggioranze necessarie all'adozione della delibera di fusione che "implichi" trasformazione, e ciò pure avuto riguardo alla sorte degli strumenti finanziari muniti del diritto di voto.

Una volta, poi, ammessa la contestualità tra perdita della mutualità prevalente e trasformazione di società cooperativa in lucrativa, non vi sarebbero ragioni per negare cittadinanza ad analogo esito in sede di procedimento di fusione "eterogenea".

Da qui deriverebbe, ad esempio, che nel caso in cui una società lucrativa volesse incorporare una società cooperativa a mutualità prevalente, quest'ultima debba prima perdere tale sua qualità ai sensi dell'articolo 2545 *octies* c.c.

Si tratta, piuttosto, di tentare il coordinamento tra la normativa ora indicata, quella propria della trasformazione, ed il procedimento di fusione il quale, com'è noto, principia con un atto gestorio, qual'è, appunto, il progetto dell'operazione straordinaria di che trattasi.

Condividendo la tesi di chi ⁽⁹⁾ assume che il progetto di fusione abbia lo scopo di delineare i profili essenziali dell'operazione straordinaria di riorganizzazione aziendale, ben potrebbe ammettersi che il suo contenuto sia ampliabile rispetto allo schema di cui all'articolo 2501 *ter* c.c. ⁽¹⁰⁾, e, nel contesto che ci occupa, quindi, sostenere che in una fusione per incorporazione di una società cooperativa (a mutualità prevalente) in una lucrativa, già il progetto di fusione di entrambe le società debba prevedere la perdita della mutualità prevalente della prima quale condizione per l'esecuzione dell'intera operazione. Ed inoltre, chiarito che la perdita della mutualità avviene in conseguenza di un duplice ed alternativo ordine di fenomeni, ossia quando la società cooperativa non abbia rispettato per due esercizi consecutivi la condizione di prevalenza, ovvero, se si modificano le previsioni statutarie di cui all'articolo 2514 c.c., è del tutto evidente che la seconda fattispecie, esiga che la de-

libera di approvazione del progetto di fusione si articoli come doppia delibera. Ed in particolare come delibera che elimini le clausole della mutualità, e come delibera che si appropri del progetto di fusione per incorporazione. Delibere, che saranno collegate da un nesso di consequenzialità in guisa che la seconda, ovviamente, sia subordinata all'ineludibile approvazione della prima, precisandosi che l'iscrizione nel registro delle imprese libererebbe l'efficacia dell'intera sequenza.

Più complessa, nella fattispecie ipotizzata, risulterebbe la conciliazione tra le prescrizioni normative in materia di bilancio *ex* articolo 2545 *octies* c.c., quella in materia di relazione dell'esperto di cui all'articolo 2545 *undecies* c.c., ed infine quella concernente la situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501 *quater* c.c.. La complessità dell'armonizzazione delle previsioni si pone, sul piano generale, in conseguenza dei diversi criteri con cui dette "situazioni patrimoniali " vanno redatte, laddove, com'è noto, per quelle di cui agli articolo 2545 *octies* ed *undecies* è prescritto il criterio del valore "effettivo " del patrimonio, mentre per quella dell'articolo 2501 *quater* è sancito il criterio classico del costo "storico" dei valori di bilancio ⁽¹¹⁾.

Essa, peraltro, si arricchisce, sul piano speciale, ove si consideri che il legislatore abbia previsto, tra gli effetti della fusione, che le iscrizioni nel bilancio post-fusione avvengano nella prospettiva della continuità dei valori contabili alla data di efficacia della fusione stessa, salva la speciale e complessa disciplina dei cd. "disavanzi" (cfr. 2504 *bis* c.c. quarto comma).

Il quadro lascia aperto il campo a tre possibili soluzioni:

- a) che si consideri non percorribile la fattispecie, negandosi, quindi, cittadinanza alla legittimità dell'operazione ipotizzata;
- b) che si consideri legittima l'operazione e si pretenda, tuttavia, la redazione di due "situazioni patrimoniali", una con le finalità proprie dell'articolo 2545 *undecies*, ossia strumentale alla devoluzione, e l'altra funzionale alla continuità dei valori storici delle iscrizioni di bilancio;
- c) che si consideri legittima l'operazione e si esiga da parte della deliberante società cooperativa la redazione di una sola "situazione patrimoniale ", secondo i criteri del più volte citato articolo 2545 *undecies* c.c.

L'ultima prospettazione mi pare quella da condividersi. L'idea, infatti, che l'operazione possa ritenersi illegittima, sembra da respingersi per le stesse motivazioni che hanno incoraggiato la condivisione della percorribilità della trasformazione eterogenea di società cooperativa in lucrativa contestualmente alla perdita della mutualità prevalente ⁽¹²⁾. Inoltre sembra che la continuità contabile debba assicurarsi rispetto ai valori risultanti "alla data di efficacia della fusione" (art. 2540 *bis* c.c. cit.). Ebbene, sul piano formale è agevole constatare che il principio appare assolutamente rispettato, dal momento che il primo bilancio post-fusione sarà in perfetta linea con i valori dell'ultima situazione patrimoniale, che è quella, appunto,

utilizzata per determinare il valore effettivo del patrimonio dell'impresa (2545 *undecies* c.c.). Ancora più significativo è che, nel contesto al vaglio, risulta, parimenti rispettata la *ratio* del principio espresso dalla norma speciale in tema di fusione: l'articolo 2504 *bis* c.c. mirerebbe ad impedire, infatti, che la fusione diventi lo strumento per l'incontrollato esercizio di "rivalutazioni" contabili, fissando criteri, per così dire derogatori, per i soli casi di disavanzo, laddove, comunque, la "rivalutazione" al vaglio lungi dall'essere il frutto di un indiscriminato esercizio d'alterazione dei valori contabili, appare, piuttosto una necessità al fine di garantire il corretto esito della devoluzione, e quindi declina appieno la propria funzionalità alla trasparenza dell'operazione ed al contemperamento dei complessi interessi in gioco. ⁽¹³⁾

3.2 Segue: la fusione delle società cooperative ed il rapporto di cambio

Altro argomento nel quale la tecnica del rinvio generale mostra i propri limiti esegetici è quello relativo alla disciplina del rapporto di cambio nelle operazioni straordinarie di fusione (o scissione) nelle quali siano coinvolte società cooperative, specie se a mutualità prevalente.

Non è questa la sede per indagare sulla natura o sulla funzione del rapporto di cambio ⁽¹⁴⁾, certo è che il rapporto di cambio esprime il valore, quasi il prezzo, che ciascun socio delle società coinvolte nelle operazioni straordinarie sostiene e riceve per l'esecuzione delle stesse.

Esso determina, infatti, quanta partecipazione sociale deve riconoscersi al socio dell'incorporata, e quindi quanto vale la partecipazione dell'originaria incorporata rispetto a quella dell'incorporante, ovvero quanta partecipazione vada assegnata ai soci delle società coinvolte in fusione, e quindi quanto valgano le partecipazioni sociali delle singole società coinvolte in un'operazione di fusione "in senso stretto".

Dall'impostazione, dunque, del rapporto di cambio si determina il peso della partecipazione di ciascuno nell'ente che risulterà dall'operazione straordinaria, poco importando per l'aspetto che ne occupa, che la fusione sia per incorporazione o paritaria.

Esso, ancora, determina il rapporto tra la singola partecipazione sociale e l'intero assetto patrimoniale della società riorganizzata per effetto della fusione.

Ciò brevemente premesso, va da sé che il ruolo del rapporto di cambio in un'operazione straordinaria che veda coinvolta una società cooperativa debba considerare le diverse componenti che concorrono a determinarne la disciplina.

Il rinvio generale contenuto nell'articolo 2545 *novies* c.c. sembrerebbe, almeno sul piano letterale, precludere ogni discussione, nel senso che il rapporto di cambio e la relativa disciplina dovrebbero avere nei procedimenti di fusioni concernenti società cooperative, disciplina analoga a quella delle società lucrative. Ne conseguirebbe la

piena applicazione e della previsione dell'articolo 2501 *ter* c.c. n. 3 che prevede l'indicazione del rapporto di cambio nel progetto di fusione, e dell'articolo 2501 *quinquies* c.c. che sancisce che l'organo amministrativo debba -nella propria relazione - indicare i criteri per la determinazione dello stesso, e, infine, dell'articolo 2501 *sexies* c.c. relativo alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio.

Quanto sopra, peraltro, sembra, ancora sul piano letterale, ulteriormente confermato dalla previsione di cui all'articolo 2505 *quater* c.c. che impone inderogabilmente l'applicazione dell'intero articolo 2501 *sexies* c.c. alle ipotesi in cui nella fusione siano "coinvolte" società cooperative per azioni, ammettendone deroga nella diversa ipotesi in cui alla fusione partecipino società cooperative del "tipo" a responsabilità limitata, e sempreché vi sia il consenso di tutti i soci delle società partecipanti alla fusione.

E' noto, tuttavia, che prima della Riforma, dottrina e prassi spesso si orientavano a svalutare la rilevanza del rapporto di cambio nel caso di fusioni tra società cooperative specie nel caso di cooperative con le clausole "Basevi", assimilabili, per molti versi alle attuali cooperative a mutualità prevalente.

Il ragionamento seguito, in sostanza, si fondava sul convincimento per cui in questo tipo di cooperative il rapporto di cambio dovesse per forza essere basato sul valore nominale della partecipazione, stante l'indivisibilità assoluta del patrimonio sociale. In guisa che un rapporto "uno a uno" garantirebbe dal rischio di surrettizia distribuzione del patrimonio sociale. La conclusione, sovente, veniva supportata anche dalla considerazione dall'irrelevanza del capitale sociale della cooperativa sia *pre* che *post* fusione. La variabilità dello stesso, infatti, avrebbe suggerito addirittura come necessaria l'esecuzione dell'operazione straordinaria mercè l'esclusiva valorizzazione della partecipazione dei soci cooperatori in senso nominale.

Ciò nondimeno, va doverosamente segnalato che prima della Riforma, la giurisprudenza in più occasioni si distaccava da questa lettura ⁽¹⁵⁾, assumendo, al contrario, la necessità del rapporto di cambio nelle operazioni di fusioni di società cooperative. In particolare si giungeva a tale conclusione – pure nel caso di coinvolgimento di "cooperative c.d. a mutualità pura, o dette comunemente Basevi" - quand'anche il concambio dovesse essere determinato "alla pari". La circostanza, infatti, secondo cui per esso la legge esige la corrispondente indicazione nella relazione degli amministratori (art. 2501 *quater*, c.c. previgente) aveva il significato di rafforzare, secondo quest'orientamento, il ruolo del capitale sociale, ed inoltre di rappresentare "elemento di garanzia e di trasparenza dell'operazione". Esso, infine contribuiva in misura significativa a tenere, ove del caso, nel debito conto l'eventuale rilievo delle perdite rispetto ai valori stessi del nominale.

La Riforma sembra avere rafforzato questa impostazione.

Non può, infatti, sfuggire che il generale richiamo di cui all'articolo 2545 *novies*

c.c. non consente, in astratto, di escludere l'applicazione di nessuna norma del titolo V Capo X sezioni II e III.

Né, in questo contesto, la mancanza di riferimento alle società cooperative da parte dell'articolo 2501 *sexies* c.c. giova alla tesi che vorrebbe l'irrilevanza del rapporto di cambio nelle operazioni qui all'esame, dal momento che il richiamo per l'applicazione della disciplina è, *sedes materiae*, contenuto nella prima norma e non avrebbe avuto bisogno di alcuna conferma né di alcun rafforzamento.

A ciò si aggiunga, peraltro, che l'articolo 2519 c.c., nell'invocare la regola della compatibilità quale presupposto dell'applicazione della normativa delle società lucrative alle cooperative, fissa il criterio esegetico sul concetto della "sucedaneità" come si evince dall'inciso "... *per quanto non previsto nel presente titolo* ...". A tale riguardo, vale precisare, che non risulta disciplinata -nel titolo sulle società cooperative- la fattispecie della fusione nemmeno per l'ipotesi di fusione da o in cooperative a mutualità prevalente.

Resta, quindi, da esaminare il limite delle compatibilità.

In altri termini, per ritenere inapplicabile la disciplina generale del rapporto di cambio alle fusioni che vedano coinvolte società cooperative, pure nella limitata ipotesi di fusione di cooperative a mutualità prevalente, occorrerebbe dimostrare che essa disciplina sia "incompatibile" con quella delle cooperative di che trattasi.

Ciò che è respinto da recente opinione ⁽¹⁶⁾.

Assunto quindi che il rapporto di cambio è elemento del procedimento di fusione (e scissione) in cui siano coinvolte società cooperative va segnalato, peraltro, che la sua importanza non risulta appannata nemmeno dalla circostanza in cui in tale procedimento siano coinvolte, in astratto, tutte società cooperative a mutualità prevalente.

Che in tali ipotesi la partecipazione del socio nella società "risultato" non debba necessariamente rapportarsi al valore del patrimonio sociale non esclude la necessità di un rapporto di cambio, quand'anche dello stesso si avesse l'idea di "un'operazione aritmetica" e non di una più "complessa operazione contabile". Innanzitutto nulla esclude che in caso di fusione tra cooperative a mutualità prevalente possano esservi una o più società che abbiano in carico quantità diverse di riserve divisibili. E, se pure queste ultime mancassero, non può escludersi rilievo alle quantità nominali di capitale sociale almeno

- a) al fine di determinare la quota di utili dei soci cooperatori (2514 lett. a) c.c.);
- b) al fine di determinare la remunerazione dei soci "finanziatori" e titolari di strumenti finanziari (cfr. L. 59/92, art. 2514 lett. b), e 2526, c. 2°, c.c.);
- c) al fine di determinare il peso per la nomina dell'organo di controllo (art. 2543, 2° c., c.c.);

d) al fine di determinare l'incidenza delle perdite fino all'erosione integrale che determina scioglimento (art. 2545 *duodecies* c.c.).

Il che val quanto dire che -in fin dei conti -la relazione sulla congruità del rapporto di cambio appare sempre necessaria, potendosi tutt'al più adombrare la sua assoluta irrilevanza, magari qualificandola come incompatibilità, nella residuale ipotesi di fusione tra società cooperative a mutualità prevalente per la quale si profili: l'assenza di perdite, l'assenza di riserve divisibili, e l'assoluta insignificanza del capitale sociale ai fini delle ora elencate specificazioni delle lettere a-d che precedono.

3.3 Segue: verifica di taluni aspetti specifici della scissione di società cooperative

Va segnalato che nemmeno il tema della scissione delle società cooperative resta immune dalla sottolineata necessità di riflessioni specifiche nonostante il rinvio generale operato dall'articolo 2545 *novies* c.c.

Valga innanzitutto, in questa sede, ribadire che il rinvio citato giova a considerare necessaria l'applicazione del procedimento delineato dagli artt. 2506 e ss. c.c.

Sicché con la scissione una società cooperativa a mutualità prevalente, o non, potrà:

- assegnare l'intero suo patrimonio a più società preesistenti o di nuova costituzione;
- assegnare parte del suo patrimonio anche ad una sola società preesistente o di nuova costituzione.

Immediatamente emerge, in tutta la sua prorompentezza, l'idea che il problema centrale dell'operazione stia proprio in quell'*assegnare tutto o parte del patrimonio* che, come si più volte sottolineato, rappresenta nelle operazioni straordinarie delle società cooperative, nel loro scioglimento e liquidazione, e finanche nello scioglimento della singola partecipazione sociale momento di elevata criticità. Risulta oramai chiaro, infatti, che in ciascuna di queste fattispecie è insito il pericolo che, al fenomeno della modificazione o dello scioglimento o ricomposizione riorganizzata della causa mutualistica, si accompagni, quanto meno, l'elusione delle cautele che circondano la "proprietà mutualistica" con illegittimo accaparramento dei benefici che la caratterizzano.

In questo contesto, non può che apprezzarsi l'indirizzo esegetico che tende a distinguere tra scissione che comporta estinzione della scissa da quella che, invece, comporta sopravvivenza della società cooperativa scindenda (cd. scissione parziale) ⁽¹⁷⁾.

Un profilo interpretativo di centrale importanza sembra essere rivestito

dall'articolo 17 della L. 388 del 2000 il quale com'è noto estende l'obbligo di devolvere ai fondi mutualistici il patrimonio effettivo, dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati, a carico delle società cooperative (e loro consorzi) nei casi di fusione e di trasformazione in enti diversi dalle cooperative nonché in caso di decadenza dai benefici fiscali.

Sicché, nel caso in cui una società cooperativa deliberi scissione che comporti estinzione della scindenda con assegnazione di tutto il patrimonio ad un'altra cooperativa non si rinvia l'obbligo di devoluzione che sembra persistere, invece, in tutte le ipotesi in cui la riorganizzazione aziendale porti il patrimonio fuori della mutualità ⁽¹⁸⁾. Al contrario, se la delibera di scissione è adottata da cooperativa che va all'"estinzione" con assegnazione del suo patrimonio a società lucrativa non si può, ragionevolmente, dubitare che la scissione determini obbligo di devoluzione né più né meno di quanto non lo determini la trasformazione eterogenea.

Anzi, in tale contesto, la circostanza per la quale la delibera sia adottata da una società cooperativa a mutualità prevalente, per le cose dette, non dovrebbe suscitare alcuna contrarietà, salvo a precisarsi che la scissione comporta una riorganizzazione aziendale che esige un adattamento delle norme in materia di trasformazione eterogenea di società cooperativa in lucrativa, con il risultato che la delibera dovrebbe adottarsi con le maggioranze di cui all'articolo 2545 *decies* c.c. e che la situazione patrimoniale andrebbe redatta - in conformità a quanto accennato nella corrispondente ipotesi di fusione di cui al precedente paragrafo - secondo le regole della stima del patrimonio effettivo e non secondo i criteri della continuità dei valori di bilancio ⁽¹⁹⁾.

Soccorre, invece, il principio del citato articolo 17 L. 388 del 2000 a risolvere il diverso caso in cui la cooperativa deliberi una scissione senza estinzione dell'ente scindendo e con assegnazione (parziale) del patrimonio in parte ad una cooperativa in parte ad una società lucrativa.

In tale circostanza, infatti, appare di scarso ausilio il principio rinveniente dalla trasformazione eterogenea in quanto l'ente di partenza non esce dal contesto mutualistico, ma vi permane. E' stato, infatti, opportunamente sottolineato che l'art. 17 citato finisce per delineare un quadro applicativo dell'obbligo di devoluzione accomunando una serie di situazioni per loro natura diverse, e che tuttavia "[.. sono state equiparate per il fatto di essere tutte contraddistinte dal venir meno dei requisiti per il mantenimento dei benefici agevolativi..] ⁽²⁰⁾" con il risultato di determinare l'obbligo di devoluzione ogni qualvolta, in caso di destinazione del patrimonio sociale, emerga il rischio della locupletazione *sine titulo* dei benefici alla cooperazione.

-
- 1) Il presente lavoro contiene una sintesi delle conclusioni contenute in una più ampia indagine sistematica condotta dallo scrivente sui profili problematici relativi alle operazioni straordinarie delle società cooperative. Più ampia riflessione in corso di pubblicazione a cura dell'Università di Trento nel contesto di un volume collettaneo coordinato dal Prof. E. Cusa.
 - 2) Per un'esauriente ed approfondita rassegna delle opinioni e delle problematiche concernenti il rapporto capitale-patrimonio e le funzioni del capitale sociale, anche dopo la riforma delle società di capitali e cooperative, cfr. M. MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, 6, pagg. 1199 e ss.; P. SPADA, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, approvato dalla Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del notariato, il 15 settembre 2006, Studio n. 127-2006/I, disponibile sulla Rete Unitaria del notariato in C.N.N. Notizie - Studi - 2006; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO - G.B. PORTALE, Torino, 2004, 1, pag. 7; E. GINEVRA, *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, 1, pagg. 102 e ss., e in particolare, pagg. 122 e ss. Sullo stesso argomento, prima della riforma del 2003, F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (piccole glosse a L. Enriques –J.R. Macey, Creditor versus capital formation: the case against the european legal capital rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pagg. 585 e ss.; M.S. SPOLIDORO, voce *Capitale Sociale*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, pagg. 221 e ss. Con specifico riguardo alle società cooperative si veda, in particolare, E. CUSA, *Il socio finanziatore delle cooperative*, 2006, pag. 160 e ss.; G. DI CECCO, *Variabilità e modificazioni del capitale sociale nelle cooperative*, 2002.
 - 3) Per le quali sia consentito il rinvio al mio G.A.M. TRIMARCHI, *L'aumento del capitale sociale*, Milano, 2007 pagg. 357 e ss.
 - 4) Infatti la distinzione dei due codici organizzativi appare assai marcata nella disposizione dell'articolo 2519 c.c.
 - 5) E. COSTI, *Proprietà e impresa cooperative nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, pagg. 131 e ss.
 - 6) V. DE STASIO, *op. cit.*, pag. 392.
 - 7) V. DE STASIO, *op. cit.*, pag. 394.
 - 8) Sul punto ampiamente C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, Trattato G.E. Colombo – G. B. Portale, Vol. VII, 2004 pagg. 96 e ss.
 - 9) G. FERRI JR., *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Torino, 2007, 4 pagg. 252 e 253; C. CLERICI, *Progetto di fusione* in Commentario alla Riforma delle società, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, *Trasformazione-Fusione-Scissione*, Milano 2006, pa. 540. In senso parzialmente dubitativo C. Santagata *Le Fusioni* cit, pagg. 143 e ss.
 - 10) Si suole fare l'esempio dell'articolo 2501 bis comma secondo c.c.
 - 11) A ciò, peraltro, dovrebbe aggiungersi, la nota circostanza per cui la "situazione" di cui all'articolo 2545 *undecies* c.c. debba essere redatta da un esperto nominato dal Tribunale e non dagli amministratori.
 - 12) Sul punto cfr. Studio 7bis Commissione Studi d'Impresa, Gruppo Studi Società Cooperative, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007 consultabile in www.notariato.it estensore G.A.M. TRIMARCHI
 - 13) Sul punto della devoluzione cfr. anche la Circolare del Ministero delle Finanze 195/E del 30 ottobre 2000, e P.L. MORARA, *Obblighi di devoluzione delle cooperative: un (discutibile) intervento del Ministero*, in *Società*, 2006, pagg. 551 e ss.;
 - 14) È noto che la dottrina dibatte se esso esprima o meno una mera funzione matematica. Di recente, sul punto, proprio in materia di società cooperative cfr. A. PACIELLO, *Società Cooperative, Trasformazione – Devoluzione del patrimonio e bilancio di trasformazione*, cit. pag. 483 ed in particolare rassegna bibliografica ivi in nota 11.
 - 15) Cfr. ad esempio Corte di Appello di Palermo del 23/12/2000, in *Giur. comm.* 2001, 6, pagg. 827 ss. Con nota di R. GENCO: *"La determinazione del rapporto di cambio nella fusione tra società cooperative a "mutualità pura"*

- 16) A. PACIELLO op. cit. pag. 483, 484
- 17) A. PACIELLO, *Società Cooperative, Trasformazione – Devoluzione del patrimonio e bilancio di trasformazione*, cit. pag. 486.
- 18) Così condivisibilmente A. PACIELLO *op. loc. ult. cit.*, si veda, pure quanto evidenziato in questo lavoro, *retro*, paragrafo 7.3
- 19) Varrebbero per il progetto di scissione, peraltro, le medesime conclusioni formulate per il progetto di fusione
- 20) F. SALERNO "Fusione di banche di credito cooperativo e devoluzione ai fondi mutualistici" in Banca, Borsa Tit. cred. 2006, 4, pag. 391

(Riproduzione riservata)