

## ■ Studi di Impresa

### Studio n. 157-2008/I

#### **Gli aumenti di capitale nelle società cooperative**

*(Approvato dalla Commissione studi d'Impresa il 19 marzo 2009)*

**Sommario:** 1. L'aumento reale del capitale sociale. – 1.1. Premessa. – 1.2. L'aumento del capitale di cooperazione. – 1.3. L'aumento del capitale di finanziamento. – 1.4. Frammenti di disciplina comune. – 2. L'aumento nominale del capitale sociale. – 2.1. Premessa. – 2.2. L'organo sociale competente. – 2.3. Utili e riserve imputabili a capitale. – 3. Sintesi.

#### **1. L'aumento reale del capitale sociale**

##### **1.1. Premessa**

Si è già cercato di dimostrare altrove <sup>(1)</sup> che una cooperativa cui si applicano le norme sulla società per azioni (d'ora innanzi coop-s.p.a) può rappresentare le partecipazioni attributive dello *status* di socio cooperatore (d'ora innanzi partecipazioni di cooperazione, il cui valore nominale complessivo corrisponde al capitale di cooperazione) come azioni o quote, mentre deve rappresentare le eventuali partecipazioni attributive dello *status* di socio finanziatore come azioni (d'ora innanzi azioni di finanziamento, il cui valore nominale complessivo corrisponde al capitale di finanziamento).

Una cooperativa cui si applicano le norme sulla società a responsabilità limitata (d'ora innanzi coop-s.r.l.) può anch'essa rappresentare le proprie partecipazioni come azioni o quote, ma non può avere nella propria compagine sociale soci finanziatori.

Entrambe le forme organizzative del tipo normativo 'società cooperativa' devono poi avere un capitale sociale, anche nelle sue due componenti (il necessario capitale di cooperazione e l'eventuale capitale di finanziamento) variabile; il che significa che la cooperativa non deve indicare il valore complessivo del capitale sociale o di sue porzioni né nell'atto costitutivo né nello statuto, né al momento della sua costituzione né durante la sua esistenza e non può rendere fisso il capitale sociale (o una sua componente) attraverso un'apposita clausola statutaria.

## **1.2. L'aumento del capitale di cooperazione.**

L'assunto secondo il quale la cooperativa non deve mai indicare il valore complessivo del capitale sociale o di sue porzioni né nell'atto costitutivo né nello statuto sembrerebbe contraddetto dall'art. 2524<sup>3</sup> c.c., nella parte in cui stabilisce che l'aumento del capitale sociale effettuato nelle forme previste dagli artt. 2438 ss. c.c. (nel caso di una coop-s.p.a. oppure nelle forme previste dagli artt. 2481 ss. c.c. nel caso di una coop-s.r.l. <sup>(2)</sup>) comporta una « modificazione dell'atto costitutivo ». In effetti, qualcuno potrebbe affermare che in questo caso la cooperativa sarebbe obbligata, al pari delle società di capitali (artt. 2328<sup>2</sup>, n. 4, e 2463<sup>2</sup>, n. 4, c.c.), ad indicare nel contratto sociale modificato « l'ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato ».

L'opinione testé prospettata non può però essere assolutamente accettata, essendo essa in patente contrasto con uno dei caratteri strutturali del tipo societario 'società cooperativa': la variabilità del suo capitale sociale (art. 2511 c.c.).

Non si potrebbe nemmeno affermare che l'aumento del capitale in parola comporti la modificazione dell'atto costitutivo, nella parte in cui indica « la quota di capitale sottoscritta da ciascun socio » (art. 2521<sup>3</sup>, n. 4, c.c.); tale previsione, infatti, riguarda i soli soci fondatori <sup>(3)</sup> e, inoltre, il solo conferimento iniziale <sup>(4)</sup>.

Una volta precisato che l'art. 2524<sup>3</sup> c.c. riguarda il solo aumento (reale <sup>(5)</sup>) del capitale di cooperazione <sup>(6)</sup> e si affianca pertanto agli artt. 2527 e 2528 c.c., si potrebbe cercare di spiegare il sintagma « modificazione dell'atto costitutivo » contenuto nell'art. 2524<sup>3</sup> c.c. nel seguente modo: la cooperativa, ogni volta che aumenta il proprio capitale come se fosse una società di capitali, sarebbe costretta a non rispettare il contratto sociale, nella parte in cui fissa « i requisiti e le condizioni per l'ammissione dei soci e il modo e il tempo in cui devono essere eseguiti i conferimenti » (art. 2521<sup>3</sup>, n. 6, c.c.) <sup>(7)</sup>. Dal che deriverebbe che l'ordinamento cooperativo vieterebbe di prevedere stabilmente nel contratto sociale due modi alternativi per ammettere operatori e per emettere partecipazioni di cooperazione: uno disciplinato dall'art. 2528 c.c. e l'altro disciplinato dagli artt. 2438 ss. c.c. (o dagli artt. 2481 ss. c.c. nel caso di una coop-s.r.l.). Conseguentemente, nella cooperativa l'emissione di partecipazioni di cooperazione a seguito di una modificazione dell'atto costitutivo dovrebbe rimanere eccezionale rispetto a quella regolata dall'art. 2528 c.c. <sup>(8)</sup>. Ma, allora, proprio dalla descritta eccezionalità si ricaverebbe la ragione del fatto che la decisione di aumentare il capitale di cooperazione in conformità con la disciplina della s.p.a. o della s.r.l. non solo dovrebbe essere presa dall'assemblea dei soci, ma dovrebbe anche avere un'efficacia limitata nel tempo <sup>(9)</sup>. Seguendosi questa lettura, dunque, l'art. 2524<sup>3</sup> c.c. consentirebbe non già di derogare al contratto sociale <sup>(10)</sup>, bensì di modificarlo, introducendo temporaneamente una clausola che, mutando la consueta ripartizione di competenze tra organi sociali, permette-

rebbe un'emissione (straordinaria) di partecipazioni di cooperazione, la quale sarebbe alternativa (e non sostitutiva per il periodo in cui opera la modifica in parola) a quella (ordinaria) regolata statutariamente nel rispetto degli artt. 2521<sup>3</sup>, n. 6 e 2528 c.c. <sup>(11)</sup>. L'art. 2524<sup>3</sup> c.c., quindi, non tanto attribuirebbe direttamente all'assemblea il potere di deliberare ai sensi degli artt. 2438 ss. e 2481 ss. c.c. (altrimenti la deliberazione in parola non muterebbe il contratto sociale), quanto consentirebbe allo stesso organo di modificare temporaneamente lo statuto per attribuirsi l'anzidetto potere.

Qualora non si condividesse la precedente interpretazione dell'art. 2524<sup>3</sup> c.c., si potrebbe leggere quest'ultima disposizione, forzandone però il non felice dettato <sup>(12)</sup>, nel senso che essa prevedrebbe l'applicazione della disciplina delle modificazioni dell'atto costitutivo ad una fattispecie non qualificabile come modificazione dell'atto costitutivo, imponendo così la competenza dell'assemblea dei soci, ogni volta che la cooperativa intendesse deliberare l'aumento reale del capitale di cooperazione come se fosse una società di capitali.

A prescindere dalla lettura dell'art. 2524<sup>3</sup> c.c. da prediligersi tra quelle dianzi esposte, è sicuro che l'aumento reale del capitale di cooperazione deliberato secondo le modalità proprie delle società di capitali è regolato dalla corrispondente disciplina della s.p.a. o della s.r.l. <sup>(13)</sup>, opportunamente adattata <sup>(14)</sup>. Più precisamente, questo incremento del capitale sociale deve essere deliberato dall'assemblea straordinaria dei soci in presenza di una coop-s.p.a. (artt. 2365<sup>1</sup> e 2519<sup>1</sup> c.c.) <sup>(15)</sup> o dall'assemblea dei soci in presenza di una coop-s.r.l. (artt. 2479<sup>4</sup>, 2480 e 2519<sup>2</sup> c.c.) <sup>(16)</sup>, a meno che i soci deleghino il proprio potere all'organo amministrativo <sup>(17)</sup>, osservando o gli artt. 2443 e 2420-*ter* c.c. in caso di una coop-s.p.a. o l'art. 2481 c.c. in caso di una coop-s.r.l. <sup>(18)</sup>. In tutti questi casi, stante l'art. 2524<sup>3</sup> c.c., è necessario l'intervento del notaio ai sensi degli artt. 2375<sup>2</sup>, 2420-*ter*<sup>3</sup>, 2443<sup>3</sup>, 2480, 2481<sup>1</sup>, 2519 e 2545-*novies*<sup>1</sup> c.c.

Rimane da chiedersi se l'art. 2524<sup>3</sup> c.c. sia l'unica norma applicabile ogni volta che la cooperativa intenda aumentare realmente il proprio capitale di cooperazione al di fuori dell'ipotesi espressamente disciplinata dall'art. 2528 c.c.

Si reputa che gli artt. 2524<sup>3</sup> e 2528 c.c. rappresentano due modi alternativi per concludere l'accordo, attuativo del contratto sociale, tra la società e il sottoscrittore di partecipazioni di cooperazione, a seguito del quale la cooperativa è legittimata ad emettere dette partecipazioni <sup>(19)</sup>.

La società, se decide di emettere dette partecipazioni ai sensi dell'art. 2524<sup>3</sup> c.c., indirizza normalmente *ad incertis personas* una proposta di sottoscrivere queste partecipazioni, realizzando così un'offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c. Questo modello negoziale permane non solo quando la cerchia dei destinatari della proposta sia ristretta a poche persone <sup>(20)</sup>, sempre che rimangano imprecisati i de-

stinatari della proposta contrattuale <sup>(21)</sup>), ma anche quando la proposta sia rivolta *ad incertam personam* <sup>(22)</sup>. Non potrà invece qualificarsi come offerta al pubblico, ma non per questo dovrà essere escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 2524<sup>3</sup> c.c., il caso in cui la proposta della società di sottoscrivere nuove partecipazioni di cooperazione sia rivolta ad una o più persone determinate (come accade, ad esempio, quando le partecipazioni di nuova emissione siano liberate mediante conferimenti in natura).

La cooperativa, ogni volta che propone (a persone indeterminate o determinate) la sottoscrizione di partecipazioni di cooperazione e dunque sceglie di aumentare il capitale sociale ai sensi dell'art. 2524<sup>3</sup> c.c., è costretta a riconoscere proporzionalmente ai vecchi soci il diritto di opzione, a meno che la stessa intenda limitarlo od escluderlo ai sensi dell'art. 2524<sup>4</sup> c.c., nell'osservanza però della disciplina (se compatibile con l'ordinamento cooperativo) contenuta negli artt. 2441 e 2481-*bis* c.c. <sup>(23)</sup>. Naturalmente, qualsiasi aumento in parola deve essere eseguito in modo che nessun cooperatore superi il valore nominale massimo fissato dalla legge per ciascuna partecipazione di cooperazione; di conseguenza, l'incremento di detta partecipazione non sottoscrivibile dal socio costretto a rispettare i tetti di cui all'art. 2525 c.c. sarà proporzionalmente sottoscrivibile dagli altri soci o da terzi.

La società, se invece osserva l'art. 2528 c.c., o accetta la proposta dell'aspirante cooperatore di sottoscrivere partecipazioni sociali (ipotesi espressamente prevista), o invita l'aspirante cooperatore ad effettuare detta proposta (ipotesi implicitamente prevista) <sup>(24)</sup>. Un'interpretazione estensiva della norma in commento consente di includervi anche le ipotesi nelle quali, in presenza di più aspiranti operatori (e perciò di più proposte contrattuali), la società li ammetta (e perciò accetti le loro proposte) con un'unica decisione gestoria.

Nello schema negoziale sottostante all'art. 2528 c.c. possono ricondursi anche le ipotesi nelle quali la proposta di sottoscrivere partecipazioni di cooperazione, magari sollecitata dagli stessi amministratori, provenga da chi è già cooperatore <sup>(25)</sup>. In effetti, l'organo gestorio, se ha il potere di accettare la proposta di sottoscrizione di partecipazioni sociali proveniente da chi non è socio, *a fortiori* ha il potere di accettare la stessa proposta proveniente da chi è già socio <sup>(26)</sup>; nel primo caso il potere gestorio sarà limitato dai primi due commi dell'art. 2527 c.c. e il suo rifiuto dovrà essere motivato (art. 2528<sup>3</sup> c.c.), mentre nel secondo caso lo stesso potere dovrà esercitarsi nel rispetto del principio di parità di trattamento tra soci (diverso da quello di cui all'art. 2516 c.c.) e il suo rifiuto potrà essere anche immotivato. L'art. 2528 c.c., dunque, può applicarsi analogicamente, sussistendo un'*eadem ratio*, all'ipotesi in cui il soggetto proponente sia un cooperatore <sup>(27)</sup>.

La stessa applicazione analogica vale quando gli amministratori imputassero a capitale sociale i versamenti dei operatori destinati a futuri aumenti di capitale. In

tal caso, infatti, la relativa deliberazione consiliare di aumento reale del capitale avrebbe la forza di variare il titolo degli anzidetti versamenti, trasformando ciò che erano prestiti in conferimenti <sup>(28)</sup>. Il che avviene non di rado, ad esempio nelle cooperative agricole, laddove una parte del compenso pagato dalla società ai soci per gli apporti da questi ultimi effettuati nell'esecuzione dello scambio mutualistico sono trattenuti dalla cooperativa per effettuare successivi aumenti del capitale sociale. Naturalmente, la correlata disciplina negoziale, se contenuta in un regolamento non integrante l'atto costitutivo, deve essere approvata dall'assemblea dei soci colle maggioranze richieste per modificare l'atto costitutivo, ai sensi dell'art. 2521, ult. cpv., c.c.

In conclusione, la cooperativa di diritto comune, se intende aumentare realmente il capitale di cooperazione, può optare tra due schemi negoziali alternativi: quello sottostante all'art. 2524<sup>3</sup> c.c., il quale la vede nella veste di proponente, oppure quello sottostante all'art. 2528 c.c., il quale la vede nella veste di accettante. Si spiega così l'uso del verbo 'potere' nel terzo comma dell'art. 2524 c.c., il quale indica la facoltà della società di scegliere quale sia la modalità ottimale per addivenire ad un aumento reale del capitale di cooperazione.

### **1.3. L'aumento del capitale di finanziamento**

Il ragionamento appena condotto rispetto all'aumento reale del capitale di cooperazione dovrebbe indurre a riflettere sull'applicazione dell'art. 2524<sup>3</sup> c.c. nel caso di emissione di azioni di finanziamento, in quanto sarebbe ragionevole pensare che la procedura propria di una s.p.a. potrebbe costituire non già l'eccezione, bensì la regola in caso di ammissione di soci finanziatori e di emissione di azioni di finanziamento <sup>(29)</sup>.

I dubbi sull'applicazione della predetta norma ai soci finanziatori aumentano poi leggendo la relazione accompagnatoria, la quale si riferisce ai soli soci cooperatori quando spiega sia l'art. 2524<sup>2</sup> c.c. <sup>(30)</sup>, sia l'art. 2524<sup>3</sup> c.c. <sup>(31)</sup>.

Tali incertezze sono dissipate in virtù dell'art. 2526<sup>1</sup> c.c.

Questa disposizione, infatti, nell'ammettere che il contratto sociale preveda gli strumenti finanziari, vincola la loro emissione al rispetto della « disciplina prevista per le società per azioni ». Dalla norma testé riportata – probabilmente imperativa <sup>(32)</sup> – discende che i soci finanziatori non sono regolati né dall'art. 2528 c.c. <sup>(33)</sup>, poiché in questo articolo vi è una procedura di emissione non contemplata nella disciplina della s.p.a., né dall'art. 2524<sup>3</sup> c.c., poiché gli artt. 2438 ss. c.c. non sono altro che « la disciplina prevista per le società per azioni » (art. 2526<sup>1</sup> c.c.) in tema di emissione di azioni *durante societate* <sup>(34)</sup>.

Ricordando che il capitale di finanziamento è variabile, un suo incremento non comporta mai una corrispondente modificazione del contratto sociale: né della clau-

sola indicante l'ammontare del capitale, dovendo questa mancare; né della clausola indicante le azioni assegnate a ciascun socio, riguardando questa i soli soci fondatori; né della clausola di cui all'art. 2521<sup>3</sup>, n. 6, c.c., riferendosi questa a disposizioni inapplicabili ai soci finanziatori.

V'è da chiedersi ora quale sia l'organo sociale competente a decidere l'emissione di nuove azioni di finanziamento, anche in ragione del fatto che prima dell'approvazione del d.lgs. n. 6/2003 v'era la più ampia diversità di opinioni in dottrina circa l'analoga questione relativa all'emissione di azioni di sovvenzione o di azioni di partecipazione cooperativa <sup>(35)</sup>, i quali sono oggi da qualificarsi come specie del genere 'azione di finanziamento' <sup>(36)</sup>.

Per affrontare il problema in parola è utile partire dall'art. 2526<sup>1</sup> c.c., laddove richiama espressamente la disciplina della s.p.a.; ne deriva che l'individuazione dell'organo sociale competente dipende dal contenuto degli strumenti finanziari cooperativi da emettere.

Ma, allora, se si intende emettere obbligazioni (non convertibili in azioni) o altri strumenti finanziari rappresentativi di capitale di debito o di rischio (non sussumibili però nella nozione di azione <sup>(37)</sup><sup>(38)</sup>), la relativa decisione spetta, nel silenzio dello statuto, al consiglio di amministrazione ai sensi degli artt. 2410<sup>1</sup> e 2411, ult. cpv., c.c. <sup>(39)</sup>. Se invece si intende emettere strumenti finanziari cooperativi qualificabili come azioni di finanziamento, la relativa decisione spetta all'assemblea dei soci <sup>(40)</sup>, essendo estranea alla disciplina della s.p.a. la procedura di emissione di cui all'art. 2528 c.c. <sup>(41)</sup>.

Nel caso di specie, tuttavia, l'assemblea non può avere solamente un potere autorizzativo <sup>(42)</sup>, come si verifica quando delibera ai sensi dell'art. 2443 c.c.; la disciplina della s.p.a., infatti, individua nell'assemblea l'organo normalmente competente a decidere (e non soltanto ad autorizzare altri a decidere) gli aumenti del capitale sociale. L'emissione di azioni di finanziamento, dunque, non può certamente essere compresa tra le autorizzazioni di fonte legale o statutaria attribuite alla competenza dell'assemblea ordinaria (art. 2364<sup>1</sup>, n. 5, c.c.) <sup>(43)</sup>.

Non risulta, infine, che la competenza in esame sia espressamente attribuita genericamente all'assemblea (e perciò a quella ordinaria) in forza di una specifica disposizione di legge diversa dall'art. 2364 c.c. (così, con norma di chiusura, *l'incipit* dell'art. 2364<sup>1</sup>, n. 5, c.c.) <sup>(44)</sup>.

Ma allora, ai sensi dell'art. 2526<sup>1</sup> c.c., si può concludere affermando che l'aumento reale del capitale di finanziamento è normalmente deciso dall'assemblea straordinaria, al pari di quanto si verifica nelle s.p.a. <sup>(45)</sup>.

Ciò non significa però che non vi siano delle differenze di fondo tra coop-sp.a. e s.p.a. nel caso di specie <sup>(46)</sup>. Come è ben noto, infatti, l'emissione di azioni (in favore dei soci non fondatori) nelle s.p.a. è di competenza dell'assemblea straordina-

ria, poiché tale operazione comporta una modificazione della clausola statutaria indicante « l'ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato » (art. 2328<sup>2</sup>, n. 4, c.c.). Di contro, nelle cooperative si è visto che l'emissione di azioni di finanziamento non determina la predetta modificazione. Il che, tuttavia, non preclude all'assemblea straordinaria di una coop-s.p.a. di decidere l'emissione in esame. In effetti, il nuovo art. 2365 c.c. – norma senza dubbio compatibile con l'ordinamento cooperativo (essendo addirittura richiamata espressamente dall'art. 223-*duodecies*<sup>3</sup>, disp. trans., c.c.) – conferma il carattere tassativo delle materie di competenza dell'assemblea straordinaria, aggiungendo nel suo rinnovato primo comma la seguente frase: « ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza ». Di quest'ultima frase l'art. 2526<sup>1</sup> c.c. può essere considerato un'esemplificazione, cosicché l'art. 2365 c.c., applicato alle cooperative, deve annoverare tra le materie di competenza dell'assemblea straordinaria anche l'emissione di azioni di finanziamento <sup>(47)</sup>, benché quest'ultima non implichi una modificazione statutaria.

Poiché l'emissione di azioni di finanziamento può avvenire anche mediante conversione di obbligazioni convertibili <sup>(48)</sup>, pure l'emissione di queste ultime deve essere decisa con deliberazione dell'assemblea straordinaria ai sensi del comb. disp. degli artt. 2365 e 2420-*bis*<sup>1</sup> c.c., entrambi richiamati dall'art. 2526<sup>1</sup> c.c.

La nuova competenza assembleare testé individuata va senz'altro salutata con favore, poiché impone che una decisione così importante per le sorti della cooperativa sia presa dai cooperatori o, comunque <sup>(49)</sup>, da una maggioranza assembleare normalmente più alta di quella necessaria per deliberare in assemblea ordinaria.

L'art. 2526<sup>1</sup> c.c., dunque, contrariamente a quanto sembrerebbe da una sua prima lettura, va ascritto a quella serie di nuove disposizioni (tra le quali si segnala l'ultimo comma dell'art. 2521 c.c.) volte ad espandere – in controtendenza rispetto alla nuova disciplina della s.p.a. – i poteri dei soci a scapito di quelli degli amministratori; tutto ciò a conferma del fatto che qualsiasi cooperativa di diritto comune (cfr. infatti l'art. 4 d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, laddove si determina l'oggetto della revisione cooperativa) deve essere caratterizzata da un'adeguata partecipazione dei soci alla vita sociale.

L'assemblea straordinaria, infine, ha il potere di delegare agli amministratori la propria esclusiva competenza in materia; questa delega deve però avvenire mediante un'apposita clausola statutaria ad efficacia temporalmente limitata; dunque, solo quando siano stati rispettati gli artt. 2443 e 2420-*ter* c.c. l'organo gestorio potrà decidere di emettere azioni di finanziamento, magari a seguito di conversione di obbligazioni convertibili.

#### **1.4. Frammenti di disciplina comune.**

Nelle pagine precedenti si è osservato che la cooperativa, quando intenda aumentare realmente il proprio capitale di cooperazione ai sensi dell'art. 2524<sup>3</sup> c.c. o il proprio capitale di finanziamento, deve rispettare la disciplina delle modificazioni dell'atto costitutivo, anche se la corrispondente deliberazione dovrebbe (o potrebbe) non essere suscettibile nella fattispecie 'modificazione dell'atto costitutivo'. Ovviamente, la corrispondente disciplina delle società di capitali si applica agli aumenti reali del capitale delle cooperative, in quanto la prima sia compatibile con l'ordinamento cooperativo ai sensi dell'art. 2519 c.c. <sup>(50)</sup>.

Non v'è dubbio che l'assemblea dei soci deve stabilire l'importo dell'aumento reale del capitale, la o le categorie di azioni da emettere (sempre che lo statuto preveda differenti categorie), il loro prezzo di emissione <sup>(51)</sup>, il termine entro il quale deve essere sottoscritto l'aumento e l'eventuale scindibilità dell'aumento deliberato.

La corrispondente deliberazione assembleare può essere presa anche se i conferimenti precedentemente dovuti non siano stati integralmente eseguiti; in questo caso, tuttavia, gli amministratori non possono attuare la relativa deliberazione <sup>(52)</sup>, finché le vecchie partecipazioni non siano state interamente liberate (art. 2438<sup>1</sup> e 2481<sup>2</sup> c.c.); in mancanza, gli amministratori sono tra loro solidalmente responsabili per i danni arrecati ai soci o ai terzi (art. 2438<sup>2</sup> c.c.).

Il notaio non solo deve verbalizzare la deliberazione di aumento del capitale (ai sensi del comb. disp. degli artt. 2365, 2375<sup>2</sup>, 2420-ter, ult. cpv., 2443, ult. cpv., e 2480 c.c.), ma deve anche controllarne la conformità con la legge.

Gli amministratori della cooperativa, anche prima che il notaio abbia richiesto ed ottenuto l'iscrizione nel registro delle imprese (o tale iscrizione sia avvenuta a seguito dell'ordine del tribunale ai sensi dell'art. 2436<sup>4</sup> c.c.), possono accettare le sottoscrizioni con le quali si dà attuazione alla deliberazione di aumento del capitale sociale <sup>(53)</sup>.

Il notaio, quando deposita la deliberazione di aumento reale del capitale, allega le eventuali autorizzazioni richieste (art. 2436<sup>1</sup> c.c.), ma non il testo integrale dello statuto ai sensi dell'art. 2436, ult. cpv., c.c., non comportando l'iscrizione della deliberazione una modificazione del valore nominale (ossia quello integrante una clausola statutaria) del capitale sociale.

Risulterebbe infine compatibile con l'ordinamento cooperativo, nonostante le cooperative non debbano indicare nei loro atti e nella loro corrispondenza l'ammontare del capitale effettivamente versato e quale risulta esistente dall'ultimo bilancio (art. 2250<sup>2</sup> c.c.), il dovere degli amministratori (esistente una volta terminata la sottoscrizione delle partecipazioni di nuova emissione) di depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito (artt. 2444 e 2481-bis<sup>6</sup> c.c.). Se questa attestazione riguarda una cooperativa fa-

cente ricorso al mercato del capitale di rischio, la predetta pubblicità ha un'efficacia sanante ai sensi dell'art. 2379-ter<sup>2</sup> c.c.

## **2. L'aumento nominale del capitale sociale**

### **2.1. Premessa**

All'interno dell'istituto dell'aumento nominale del capitale sociale possono essere ricondotte una serie di disposizioni sparse nell'ordinamento cooperativo.

Partendo dal codice civile, vanno menzionati, soprattutto <sup>(54)</sup>, gli artt. 2545-*quinquies*<sup>2, 3 e 4</sup> e 2545-*sexies*<sup>3</sup> c.c. (ma non l'art. 2524<sup>3</sup> c.c., valevole per il solo aumento reale del capitale), mentre per la legislazione al di fuori del codice si rammenta l'art. 7 l. n. 59/1992 (relativo alla rivalutazione delle partecipazioni sociali) e l'art. 3<sup>2</sup>, lett. b), l. 3 aprile 2001, n. 142 (relativo al trattamento economico del socio lavoratore), per non parlare della legislazione secondaria, all'interno della quale si segnala la nota della Banca d'Italia del 17 aprile 2004 (relativa alla liquidazione dei ristorni nelle banche di credito cooperativo) <sup>(55)</sup>.

La disciplina specifica delle cooperative (a mutualità prevalente o meno <sup>(56)</sup>) si sovrappone poi a quella propria delle società di capitali, applicabile alle prime in quanto compatibile con l'ordinamento cooperativo (art. 2519 c.c.); sicché occorre verificare quali delle norme contenute negli artt. 2442 e 2481-*ter* c.c. siano applicabili, rispettivamente, alle coop-s.p.a. e alle coop-s.r.l. <sup>(57)</sup>.

Si può affermare che la disciplina cooperativistica in materia è per lo più accomunata dal fatto di porre dei limiti all'applicazione della corrispondente disciplina della s.p.a. e della s.r.l.; così, ad esempio, si stabilisce che le sole riserve divisibili <sup>(58)</sup> (concettualmente diverse da quelle disponibili di cui all'art. 2442<sup>1</sup> c.c.) possono essere imputate a capitale sociale o che non è superabile un certo *plafond* nell'incrementare gratuitamente il valore nominale della partecipazione del singolo socio [come prevede l'art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup>, lett. b), c.c.]. Come si vedrà nel prosieguo, non mancano inoltre norme cooperativistiche che addirittura derogano la disciplina base delle società di capitali (come l'art. 2545-*quinquies*<sup>4</sup> c.c.).

### **2.2. L'organo sociale competente.**

Al pari dell'aumento reale del capitale sociale, quello nominale, se non è eseguito variando il valore nominale delle azioni fissato statutariamente, non determina normalmente una modificazione del contratto sociale.

La corrispondente decisione sociale, infatti, non è in grado di variare né la clausola indicante l'ammontare del capitale, dal momento che questa clausola manca, né le clausole indicanti le azioni assegnate a ciascun socio o il valore nominale delle quote, riguardando queste pattuizioni i soli soci fondatori, né la clausola di cui

all'art. 2521<sup>3</sup>, n. 6, c.c., riferendosi quest'ultima all'ingresso di nuovi soci.

Si spiega così il dettato dell'art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup> c.c., laddove non già impone una modificazione del contratto sociale ogni volta che il capitale di cooperazione sia aumentato nominalmente, bensì consente alla cooperativa di autorizzare statutariamente l'assemblea ad incrementare in modo nominale sia il capitale di cooperazione (art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup>, lett. *b*), sia il capitale di finanziamento (art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup>, lett. *a*).

Va però notato che il terzo comma dell'art. 2545-*quinquies* c.c. disciplina soltanto i soci cooperatori <sup>(59)</sup>, nonostante esso si riferisca genericamente « ai soci » <sup>(60)</sup>.

L'anzidetta tesi può essere sostenuta in forza delle seguenti ragioni.

In primo luogo, l'art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup>, se regolasse anche i soci finanziatori puri (ossia non anche cooperatori), impedirebbe l'applicazione nel caso di specie dell'art. 2526<sup>1</sup> c.c., il quale, richiamando la disciplina della s.p.a., non impone certo un'autorizzazione statutaria all'assemblea per assegnare gratuitamente delle azioni di finanziamento, derivando tale facoltà dalla stessa legge (ossia dall'art. 2442 c.c.).

In secondo luogo, l'art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup>, lett. *b*), c.c., nel consentire espressamente di derogare all'art. 2525<sup>2 e 3</sup> c.c., implicitamente delimita questa deroga ai soli cooperatori, considerato che alle azioni di finanziamento non si applica quest'ultima disposizione ai sensi dell'art. 2525<sup>4</sup> c.c. <sup>(61)</sup>.

In terzo luogo, l'art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup> c.c. costituisce un ulteriore tassello del modello legale di cooperativa non a mutualità prevalente, il quale prevede una serie di vincoli (più o meno rigidi) all'interesse lucrativo dei cooperatori <sup>(62)</sup>; in effetti, a causa di questa norma, costoro non possono ripartirsi riserve nel silenzio del contratto sociale; sicché la disposizione in commento, se riferibile ai soli cooperatori, è assolutamente coerente con l'art. 2545-*quinquies*<sup>1</sup> c.c., il quale impone di fissare un tetto statutario ai dividendi dei soli cooperatori.

In quarto luogo, le predette ragioni potrebbero essere confermate da un (pur fragile) indizio topografico; il comma che precede quello in esame si applica infatti, senza ombra di dubbio, al solo aumento nominale del capitale di cooperazione, poiché i « possessori di strumenti finanziari » (ossia, in questo caso, i soci finanziatori) sono espressamente esclusi dal suo ambito di applicazione ai sensi dell'art. 2545-*quinquies*<sup>2</sup>, ultimo periodo, c.c.

Ma se l'art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup> c.c. si applica soltanto ai soci cooperatori (puri o impuri) e se l'aumento nominale del capitale sociale non costituisce normalmente una modificazione del contratto di cooperativa, si hanno tutti gli elementi necessari per individuare quale sia l'organo sociale competente a decidere detto aumento.

Innanzitutto, tale organo deve essere (salvo l'ipotesi di cui all'art. 2545-

*quinquies*<sup>4</sup> c.c. <sup>(63)</sup>) l'assemblea dei soci, come si ricava sia dalla disciplina delle cooperative (artt. 2545-*quater*<sup>3</sup>, 2545-*quinquies*<sup>3</sup> e 2545-*sexies*<sup>3</sup> c.c. <sup>(64)</sup>), sia da quella della s.p.a. (art. 2442 c.c.) <sup>(65)</sup>.

In presenza poi di una coop-s.p.a., l'assemblea dei soci deve essere convocata in sede ordinaria.

In effetti, in primo luogo, l'aumento nominale del capitale (sia di cooperazione, sia di finanziamento), diversamente da quello reale, è espressamente disciplinato da due disposizioni che fanno genericamente riferimento all'assemblea dei soci (artt. 2545-*quinquies*<sup>3</sup> e 2545-*sexies*<sup>3</sup> c.c.); sicché proprio queste due disposizioni possono essere considerate come due esemplificazione dell'*incipit* dell'art. 2364<sup>1</sup>, n. 5, c.c. (« l'assemblea ordinaria ... delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea »).

In secondo luogo, dagli artt. 2433 e 2545-*quater*<sup>3</sup> c.c. può ricavarsi la regola secondo la quale la decisione sulla destinazione degli utili spetta all'assemblea ordinaria; la stessa competenza vale in caso di decisione sulla destinazione delle riserve; naturalmente la competenza in parola permane fino a che la destinazione di utili o di riserve non determini una modificazione del contratto sociale; ma ciò non si verifica nelle cooperative quando gli utili o le riserve siano imputati a capitale sociale, essendo necessariamente variabile quest'ultimo.

In terzo luogo, la competenza dell'assemblea ordinaria nell'aumentare nominalmente il capitale sociale consente alla cooperativa di evitare le formalità che sarebbero invece necessarie se fosse competente l'assemblea straordinaria; sicché tale regola è in linea con il costante sforzo del legislatore di agevolare, anche civilisticamente, la capitalizzazione delle cooperative.

In conclusione, dunque, la decisione di aumentare nominalmente il capitale tanto di cooperazione quanto di finanziamento spetta nella coop-s.p.a. all'assemblea ordinaria ai sensi del comb. disp. degli artt. 2364<sup>1</sup>, n. 5, 2519<sup>1</sup> e 2526<sup>1</sup> c.c. <sup>(66)</sup>, salvo che detto aumento si realizzi modificando il valore nominale unitario delle azioni determinato in cifra fissa nell'atto costitutivo <sup>(67)</sup> o che vi sia un'apposita clausola statutaria con efficacia temporanea che deleghi la competenza in parola all'organo gestorio ai sensi dell'art. 2443 c.c. <sup>(68)</sup>.

La competenza assembleare viene eccezionalmente affiancata da quella gestoria <sup>(69)</sup>, quando l'aumento nominale del capitale di finanziamento avvenga ai sensi dell'art. 2545-*quinquies*<sup>4</sup> c.c. <sup>(70)</sup>, ossia quando serva a pagare parzialmente la quota di liquidazione in caso di morte, recesso od esclusione del cooperatore. In effetti, il consiglio di amministrazione, se ha il potere di pagare la quota di liquidazione in caso di scioglimento del rapporto sociale, ha anche quello di emettere gli « strumenti finanziari liberamente trasferibili » ai sensi dell'art. 2545-*quinquies*<sup>4</sup> c.c.; emissione, quest'ultima, addirittura obbligatoria, ove il rapporto tra il patrimonio net-

to e il complessivo indebitamento della società sia inferiore ad un quarto.

Da ultimo, si precisa che tutti i casi di aumento nominale del capitale sociale (salvo quelli riservati ai soci finanziatori puri o quelli decisi dagli amministratori ai sensi dell'art. 2545-*quinquies*<sup>4</sup> c.c. <sup>(71)</sup>) possono essere deliberati dall'assemblea dei soci, a condizione che la stessa sia stata previamente autorizzata (a tempo indeterminato o, *a fortiori*, anche a tempo determinato) mediante un'apposita clausola statutaria ai sensi dell'art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup> c.c.

### **2.3. Utili e riserve imputabili a capitale**

Presupposto necessario per aumentare nominalmente il capitale sociale è che la cooperativa utilizzi delle riserve disponibili a tale scopo (artt. 2442, 2481-*ter* e 2545-*quinquies*<sup>3 e 4</sup> c.c.) <sup>(72)</sup>. Dette riserve possono essere sia da utili sia non da utili <sup>(73)</sup> e non devono essere necessariamente distribuibili <sup>(74)</sup>; le medesime, di contro, non possono essere annoverate – come minimo <sup>(75)</sup> – tra quelle indivisibili ai sensi dell'art. 2545-*ter* c.c.

Si ritiene impossibile aumentare nominalmente il capitale della cooperativa adoperando parte della riserva legale, poiché – come si vedrà tra breve – non cessa mai per questo tipo di società (a differenza della s.p.a.) l'obbligo di destinare a tale riserva una parte degli utili netti annuali.

Di contro, una riserva sicuramente utilizzabile per incrementare nominalmente il capitale di tutte le cooperative è quella da soprapprezzo <sup>(76)</sup>, come ammette espressamente l'art. 2535<sup>2</sup> c.c. L'imputazione di questa riserva a capitale sociale può però avvenire solo se la si utilizzi in modo che ciascun socio si veda incrementata proporzionalmente la propria partecipazione sociale per un ammontare non superiore al soprapprezzo a suo tempo versato <sup>(77)</sup>. Una volta rispettato detto limite, tuttavia, non è necessario osservare anche il limite alla ripartibilità della riserva contenuto nell'art. 2431 c.c.; il che può giustificarsi, in quanto la cooperativa (per incompatibilità dell'art. 2430<sup>1</sup> c.c. con l'art. 2545-*quater*<sup>1</sup> c.c.) non solo deve destinare a riserva legale il trenta per cento (o il venti per cento ai sensi dell'art. 223-*quinquiesdecies*<sup>2</sup>, disp. trans, c.c.) (anziché il cinque per cento, come nella s.p.a.) degli utili di esercizio, ma deve farlo anche senza limiti quantitativi (nella s.p.a. e nella s.r.l., invece, l'obbligo in esame cessa con il raggiungimento del quinto del capitale sociale).

Altra riserva sicuramente utilizzabile per aumentare gratuitamente il capitale sociale della cooperativa è quella facoltativa, costituita riportando a nuovo l'utile d'esercizio; in tal caso l'assemblea dei soci, per realizzare l'operazione in parola, dovrà deliberare due volte: al momento di accantonare temporaneamente a riserva l'utile di esercizio e al momento di imputarlo a capitale <sup>(78)</sup>.

L'aumento nominale del capitale può essere deciso valendosi altresì dell'utile,

anzi, dell'utile di esercizio ripartibile <sup>(79)</sup>. Il che era pacifico già prima della riforma del 2003 sulla base dell'art. 7 l. n. 59/1992, il quale autorizzava (ed autorizza ancora <sup>(80)</sup>) le cooperative a « destinare una quota degli utili di esercizio ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato ». A favore della facoltà in parola vi è ora un dato testuale addirittura nel codice civile, laddove consente la ripartizione dei ristorni (ossia di una quota dell'utile di esercizio <sup>(81)</sup>) « mediante aumento proporzionale delle rispettive quote o con l'emissione di nuove azioni (...), ovvero mediante l'emissione di strumenti finanziari » (art. 2545-*sexies*, ult. cpv., c.c.) <sup>(82)</sup>.

L'assemblea dei soci, quando intenda aumentare il capitale sociale utilizzando l'utile di esercizio ripartibile, può farlo direttamente <sup>(83)</sup>, ossia senza dover prima allocare detto utile a riserva <sup>(84)</sup>.

In conclusione, dunque, l'organo assembleare, allorché è chiamato a decidere la destinazione dell'utile distribuibile ai sensi degli artt. 2433 <sup>(85)</sup>, 2479<sup>2</sup>, n. 1, e 2545-*quater* c.c., può deliberare di allocarlo tutto – sia la parte ripartibile a titolo di dividendo, sia la parte ripartibile a titolo di ristorno <sup>(86)</sup> – a capitale sociale.

Quanto dianzi scritto non significa però che l'assemblea possa imputare a capitale l'utile di esercizio o quello di bilancio, solo se sia stata convocata ai sensi dell'art. 2364, ult. cpv., c.c.; i soci non sono infatti costretti a deliberare sulla destinazione dell'utile immediatamente dopo l'approvazione del documento da cui l'utile risulta <sup>(87)</sup>. Qualora non vi sia l'accennata contestualità, è discusso se la relativa deliberazione assembleare possa essere presa solo se « consti che non sono sopravvenute perdite tali da intaccare la riserva che si vuol distribuire » <sup>(88)</sup> o imputare a capitale.

Un'apposita clausola statutaria può limitare il raggio di azione dell'assemblea dei soci chiamata a decidere la destinazione dell'utile, imponendole di utilizzare una certa quota degli utili distribuibili per rivalutare le partecipazioni sociali <sup>(89)</sup>; se così accade, il conseguente aumento del capitale è subordinato ad una doppia manifestazione di volontà dei soci: una rivolta ad approvare il bilancio e l'altra rivolta ad imprimere la predetta destinazione alla quota di utile fissata nel contratto sociale (o nella legge) <sup>(90)</sup>.

L'aumento nominale del capitale della cooperativa, sia esso di cooperazione o di finanziamento, al pari di quanto si dovrebbe sostenere per le società di capitali <sup>(91)</sup>, non è disciplinato dagli artt. 2438 e 2481<sup>2</sup> c.c., dovendo ritenersi le ragioni sottostanti a queste disposizioni (ossia la tutela dei terzi circa l'effettività del capitale sociale e la tutela dei soci circa possibili abusi degli amministratori o dei soci di maggioranza) valesvoli soltanto per l'aumento reale del capitale sociale; sicché, l'aumento nominale del capitale sociale può essere eseguito anche se i conferimenti precedentemente dovuti non siano stati integralmente eseguiti.

L'aumento nominale del capitale di una coop-s.p.a. può essere eseguito non

solo mediante assegnazione gratuita di azioni di nuova emissione aventi « le stesse caratteristiche di quelle in circolazione » (art. 2442<sup>2</sup> c.c.), ma anche « mediante aumento del valore nominale delle azioni in circolazione » (art. 2442<sup>3</sup> c.c.). Nel caso invece di una coop-s.r.l. l'aumento nominale del capitale potrà essere eseguito unicamente incrementando il valore nominale delle quote di cooperazione, potendo ciascun cooperatore possedere soltanto una quota di partecipazione.

L'incremento nominale del capitale (di cooperazione o di finanziamento) può attuarsi anche senza osservare gli artt. 2442 e 2481-*bis*<sup>2</sup> c.c., nella parte in cui impongono o di assegnare le nuove azioni o di incrementare il valore nominale delle vecchie azioni o quote in modo proporzionale alla partecipazione sociale posseduta dal socio prima della deliberazione di aumento. Il che trova conferma nell'art. 2545-*sexies*<sup>3</sup> c.c.; se infatti i ristorni sono proporzionali « alla quantità e qualità degli scambi mutualistici » (art. 2545-*sexies*<sup>1</sup> c.c.), la loro liquidazione mediante corrispondente aumento del capitale (di cooperazione o di finanziamento) potrebbe non avvenire rispettando la proporzionalità diretta dianzi esposta <sup>(92)</sup>.

Nonostante l'art. 2519 c.c. prescriva di risolvere l'apparente antinomia tra la disciplina specifica delle cooperative e quella richiamata delle società di capitali, facendo prevalere la prima sulla seconda e, dunque, nel caso di specie, l'art. 2545-*sexies*<sup>1</sup> c.c. sugli artt. 2442 e 2481-*bis*<sup>2</sup> c.c., la proporzionalità desumibile da queste due ultime norme corrisponde ad una regola generale, la quale dovrà essere rispettata in assenza di disposizioni dell'ordinamento cooperativo incompatibili con la descritta proporzionalità. In conclusione, quindi, fuori dalle ipotesi regolate da tali disposizioni (di cui l'art. 2545-*sexies*<sup>1 e 3</sup> c.c. è un'esemplificazione), la cooperativa sarà costretta ad incrementare le partecipazioni sociali in modo proporzionale a quelle possedute prima della deliberazione di aumento nominale del capitale sociale.

Se le partecipazioni di cooperazione possono essere incrementate « nella misura massima complessiva del venti per cento del valore originario » ai sensi dell'art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup>, lett. b), c.c. <sup>(93)</sup>, le partecipazioni di finanziamento possono essere incrementate senza rispettare questo limite.

Diversamente dall'aumento reale del capitale di finanziamento, quello nominale non è regolato dall'art. 2436 c.c., poiché quest'ultimo aumento – come si è precedentemente illustrato – è di competenza dell'assemblea ordinaria (e, in un caso eccezionale, dell'organo gestorio).

Da precisare, infine, nonostante il fuorviante dettato dell'art. 2514<sup>1</sup>, lett. a), c.c. (laddove parla di « capitale effettivamente versato »), che il valore nominale della partecipazione sociale, in base al quale calcolare i dividendi da pagare ai soci cooperatori e ai soci finanziatori e conseguentemente verificare il rispetto dei limiti legali di cui all'art. 2514<sup>1</sup>, lett. a) e b), c.c., include tutti i suoi incrementi dovuti non soltanto ai conferimenti eseguiti dai vari titolari della partecipazione via via succe-

dutisi, ma anche agli aumenti nominali del capitale sociale deliberati durante l'esistenza della predetta partecipazione sociale <sup>(94)</sup>. Il valore nominale della partecipazione su cui calcolare il dividendo dovrà però essere proporzionalmente diminuito in presenza di perdite che abbiano colpito il capitale sociale, atteso che anche nelle cooperative non si può distribuire utili tra i soci fino a che il capitale sociale intaccato da perdite non sia stato reintegrato o ridotto in misura corrispondente (artt. 2433<sup>3</sup>, 2478-*bis*<sup>5</sup> e 2519 c.c.). Dunque, il fuorviante sintagma « capitale effettivamente versato » contenuto nell'art. 2514<sup>1</sup>, lett a), c.c. corrisponde al valore nominale della quota del capitale sociale, esistente al momento della distribuzione degli utili, rappresentata dalla partecipazione sociale del titolare del diritto al dividendo.

### **3. Sintesi.**

Nel riassumere i risultati del presente studio, si ricorda che la cooperativa può scegliere di aumentare realmente il capitale di cooperazione optando tra lo schema contrattuale disciplinato dall'art. 2528 c.c. e quello disciplinato dall'art. 2524<sup>3</sup> c.c.: nel primo caso l'aumento del capitale sarà deciso dal consiglio di amministrazione, il quale accetterà per conto della società la proposta proveniente da chi intenda sottoscrivere partecipazioni di cooperazione di nuova emissione; nel secondo caso l'aumento del capitale sarà deciso dall'assemblea straordinaria (o, su sua delega temporanea, dal consiglio di amministrazione) e consisterà nella proposta della società rivolta ai potenziali sottoscrittori del deliberato aumento.

L'aumento reale del capitale di finanziamento può essere deliberato invece solo conformemente alla disciplina della s.p.a., ossia dall'assemblea straordinaria (o, su sua delega temporanea, dal consiglio di amministrazione); questo in ragione del fatto che l'art. 2526<sup>1</sup> c.c. costituisce un'esemplificazione della seguente frase contenuta nell'art. 2365<sup>1</sup> c.c.: « ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza ».

L'aumento nominale del capitale sociale, sia esso di cooperazione o di finanziamento, è deliberato dall'assemblea dei soci (in sede ordinaria in presenza di una coop-s.p.a.), salvo che detto aumento si realizzi modificando il valore nominale unitario delle azioni determinato in cifra fissa nell'atto costitutivo o che vi sia un'apposita clausola statutaria con efficacia temporanea che deleghi la competenza in parola all'organo gestorio. Eccezionalmente, anche gli amministratori possono decidere di aumentare il capitale di finanziamento ai sensi dell'art. 2545-*quinquies*<sup>4</sup> c.c., quando ciò serva a pagare parzialmente la quota di liquidazione in caso di morte, recesso od esclusione del socio (cooperatore o finanziatore). Da rilevare infine che tutti i casi di aumento nominale del capitale sociale (salvo quelli riservati ai soci finanziatori puri o quelli decisi dall'organo gestorio ai sensi dell'art. 2545-*quinquies*<sup>4</sup> c.c.) sono deliberabili dall'assemblea dei soci, a condizione che la stessa sia stata

previamente autorizzata (a tempo indeterminato o, *a fortiori*, anche a tempo determinato) mediante un'apposita clausola statutaria ai sensi dell'art. 2545-*quinquies*<sup>3</sup> c.c.

Presupposto necessario per aumentare nominalmente il capitale sociale è che la cooperativa utilizzi delle riserve disponibili a tale scopo (artt. 2442, 2481-*ter* e 2545-*quinquies*<sup>3 e 4</sup> c.c.). Dette riserve possono essere sia da utili sia non da utili, non devono essere necessariamente distribuibili, ma devono per forza essere diverse da quelle indivisibili ai sensi dell'art. 2545-*ter* c.c. L'aumento nominale del capitale può avvenire anche utilizzando l'utile di esercizio ripartibile.

L'aumento nominale del capitale di una coop-s.p.a. può essere eseguito non solo mediante assegnazione gratuita di azioni di nuova emissione, ma anche mediante aumento del valore nominale delle azioni in circolazione. Nel caso invece di una coop-s.r.l. l'aumento nominale del capitale potrà essere eseguito unicamente incrementando il valore nominale delle quote di cooperazione, potendo ciascun cooperatore possedere soltanto una quota di partecipazione. Salvo che ciò sia impedito da apposite disposizioni (di cui l'art. 2545-*sexies*<sup>1 e 3</sup> c.c. è un'esemplificazione), la cooperativa, a seguito dell'aumento nominale del capitale sociale, sarà costretta ad incrementare le partecipazioni sociali in modo proporzionale a quelle possedute prima di detto aumento.

*Emanuele Cusa*

- 
- 1) Ossia nello studio n. 151-2008/I approvato il 10 luglio 2008 dalla Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato.
  - 2) Benché il dettato dell'art. 2524<sup>3</sup> c.c., nel richiamare la sola disciplina della s.p.a., sembrerebbe legittimare le sole coop-s.p.a. ad aumentare realmente il loro capitale di cooperazione mediante una modificazione dell'atto costitutivo, non ho dubbi nell'affermare che anche le coop-s.r.l. possano decidere la stessa operazione in conformità con la loro disciplina, riferendosi l'intera disposizione testé citata indistintamente a tutte le società cooperative (diversamente da quanto accade, ad esempio, negli artt. 2539<sup>1</sup> o 2545-*bis*<sup>1</sup> c.c.).
  - 3) Dello stesso avviso, ma prima del d.lgs. n. 6/2003, erano tanto G. DI CECCO, *La variabilità del capitale delle cooperative e gli aumenti senza ingresso di nuovi soci*, in *Società*, 1999, p. 587 s., quanto Trib. Bologna, 24 gennaio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 94; in senso opposto, però, cfr. Trib. Napoli, 15 settembre 1998, in *Società*, 1999, p. 581.
  - 4) Nel senso che la successiva variazione del capitale sociale riferibile a ciascun socio fondatore non deve comportare la modificazione della clausola di cui all'art. 2521<sup>3</sup>, n. 4, c.c.; sicché, anche in questo caso (come nel caso della nomina dei primi amministratori) siamo di fronte ad una clausola dell'atto costitutivo, la cui modificazione non dovrà avvenire nel rispetto del procedimento disciplinato negli artt. 2436 o 2480 c.c.
  - 5) Come è confermato dalla relazione accompagnatoria, la quale fa espressa menzione del solo « aumento del capitale a pagamento », quando spiega l'art. 2524.
  - 6) Per la relativa dimostrazione v. *infra*, § 1.3; dello stesso avviso è G. BONFANTE, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, \*\*\*, Bologna, 2004, p. 2468, mentre opinioni diverse sono espresse, ad esempio, da G. PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative* (corrispondente allo studio

n. 5307/I approvato il 28 ottobre 2004 dalla Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato), in *Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative*, Milano, 2005, pp. 188-191 (per il quale la suddetta disposizione sarebbe « di carattere generale, applicabile a qualsiasi aumento di capitale, sia che lo stesso dia luogo all'emissione di azioni di socio finanziatore, sia che comporti l'emissione di nuove partecipazioni dedicate ai soci cooperatori ») e da G. PINNA, in *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di A. Maffei Alberti, IV, Padova, 2005, p. 2701 s. (il quale sostiene che il terzo comma dell'art. 2524 c.c. si applicherebbe solo in caso di ingresso di nuovi soci finanziatori).

- 7)** Uno spunto in tal senso sembra essere offerto (ma con riguardo alla disciplina previgente) da G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1999, p. 389, nt. 7.
- 8)** Che nelle cooperative vi siano due diversi modi di aumentare realmente il capitale sociale emerge con evidenza dai commi secondo e terzo dell'art. 2524 c.c.
- 9)** Corrispondente al tempo necessario per emettere le partecipazioni sottoscritte entro il limite fissato nella deliberazione di aumento del capitale sociale.
- 10)** Secondo la dottrina maggioritaria espressasi prima del d.lgs. n. 6/2003 (qui rappresentata da G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Tratt. delle s.p.a.* diretto da E. Colombo e G.B. Portale, 6\*, Torino, 1993, pp. 43-45) sarebbe annullabile la deliberazione assembleare che derogasse (pur occasionalmente) al contratto sociale.
- 11)** La modificazione statutaria a tempo determinato non è una figura sconosciuta al diritto societario. Ciò avviene, per esempio, quando l'assemblea straordinaria di una s.p.a. decida di delegare agli amministratori il potere di aumentare il capitale sociale ai sensi dell'art. 2443 c.c.; in effetti, una tale decisione, la cui efficacia non può essere superiore a cinque anni, determina tra l'altro un provvisorio spostamento di competenze – stabilite *ex lege* (come evidenzia, tra gli altri, F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. Galgano - R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da F. Galgano, XXIX, t. 1°, Padova, 2004, 369) e mutabili solo cambiando temporaneamente il contratto sociale – dai soci agli amministratori (sul punto cfr. S. PATRIARCA, *Brevi considerazioni sull'aumento delegato del capitale sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 493 ss.).
- 12)** « Con modificazione dell'atto costitutivo nelle forme previste dagli artt. 2438 e seguenti », locuzione contenuta nell'art. 2524<sup>3</sup> c.c., diverrebbe così « con la disciplina delle modificazioni dell'atto costitutivo ».
- 13)** Così anche A. BARTALENA, in *Commentario alla riforma delle società. Artt. 2511 – 2548 c.c.* diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2007, p. 94.
- 14)** Per esempio, il sottoscrittore delle azioni di cooperazione emesse a seguito della procedura di cui all'art. 2438 ss. deve possedere i relativi requisiti soggettivi fissati obbligatoriamente ai sensi dell'art. 2527 c.c.; sicché, quando costui non sia già cooperatore, bisogna controllare che abbia tali requisiti. Il che può realizzarsi nel caso di specie, ipotizzando che la sottoscrizione in parola sia sottoposta alla seguente condizione sospensiva: l'avvenuto accertamento dei predetti requisiti in capo al sottoscrittore; dunque, ogni volta che questo accertamento abbia esito positivo, il sottoscrittore sarà socio fin dalla sottoscrizione delle sue azioni, avendo efficacia retroattiva l'avveramento della condizione (art. 1360<sup>1</sup> c.c.). Per ulteriori riflessioni sul punto cfr. G. BONFANTE, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2469 s., il quale tra l'altro suggerisce che l'aspirante cooperatore non gradito « possa convertire la propria partecipazione in strumento finanziario »; quest'ultima eventualità è esemplificata nel modello di deliberazione assembleare concepito da G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, vol. IV, t. 1°, Milano, 2006, p. 720.  
Sulla controversia questione se per le cooperative vale, come per le società di capitali, l'obbligo di versare al momento della sottoscrizione delle partecipazioni sociali almeno il venticinque per cento dei conferimenti in denaro (sia al momento della costituzione della società, sia *durante società*), cfr., da ultimo, E. ROCCHI, in *Commentario alla riforma delle società. Artt. 2511 – 2548 c.c.* diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2007, pp. 138-142.
- 15)** Per un esempio di verbale di deliberazione con la quale l'assemblea dei soci di una coop-s.p.a. decide l'emissione di azioni di cooperazione cfr. G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, cit., pp. 718-724, ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

- 16)** Secondo A. PACIELLO, in *Commentario alla riforma delle società. Artt. 2511 – 2548 c.c.* diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2007, p. 174 e nt. 15, l'aumento reale del capitale sociale di una coop-s.r.l., anche relativamente al connesso diritto di opzione, sarebbe disciplinato dalla sola disciplina della s.p.a.
- 17)** La suddetta delega è ritenuta possibile anche da G. BONFANTE, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2468 s.
- 18)** La dottrina (vedila citata da G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*<sup>6</sup>, Asago, 2006, p. 558, nt. 14) è divisa circa la possibilità per una s.r.l. di emettere titoli di debito di cui all'art. 2483 c.c. convertibili in quote di partecipazione.
- 19)** L'alternativa sopra prospettata è stata sostenuta già prima della riforma del 2003 dal più illustre studioso del diritto cooperativo: P. VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, pp. 385-387 s.
- 20)** Si aderisce così alla tesi maggioritaria, qui rappresentata da P. FORCHIELLI, voce « *Offerta al pubblico* », in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 764; per la tesi minoritaria cfr. invece A. DI MAJO, voce « *Offerta al pubblico (dir. priv.)* », in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 762.
- 21)** Altrimenti – come rileva R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Cod. Civ. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1970, p. 191 – si avrebbe « una pluralità di offerte individuali rivolte a ciascun componente del gruppo ».
- 22)** Naturalmente, la situazione prospettata nel testo è diversa da quella comunemente denominata dai civilisti "offerta ad *incertam personam*", cioè il caso in cui il destinatario della dichiarazione venga individuato nel corso della trasmissione da parte di un terzo o in base ad un meccanismo di determinazione *per relationem*; sul quest'ultima figura cfr., per tutti, G. GORLA, *Offerta* « ad *incertam personam* » (*Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza*), in *Foro it.*, 1965, I, c. 433 ss.
- 23)** Si immagini, in presenza di una coop-s.p.a., la necessità di dimostrare che l'interesse sociale esiga l'esclusione del diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441<sup>5</sup> c.c.
- 24)** La suddetta situazione si può verificare quando la società rivolge ai potenziali sottoscrittori una proposta incompleta o una proposta completa, « ma che per espressa volontà del proponente o per dati esterni (quali le circostanze o gli usi) non impegna ancora il proponente » (V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 112).
- 25)** Hanno espresso la stessa opinione L. BUTTARO, *L'acquisto delle azioni proprie nella cooperativa*, in *Riv. soc.*, 1988, pp. 735 e 737 e, in via dubitativa, G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., 485; *contra* G. MARASÀ, *Problemi in tema di finanziamento delle cooperative e di finanziamento della cooperazione nella l. 59 del 1992*, in *Riv. not.*, 1993, I, p. 1120; l'Ufficio studi (setto-re studi di impresa) del Consiglio nazionale del notariato nel rispondere al quesito n. 133-2006/I (relativo all'aumento del capitale sociale di una cooperativa finalizzato alla copertura delle perdite) e, prima del presente studio, E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., p. 214, nt. 22. Della poca giurisprudenza in argomento (citata, ad esempio da G. DI CECCO, *Il capitale e le altre forme di finanziamento*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di G. Marasà, Padova, 2004, pp. 486-488) è da segnalare nella direzione del testo Trib. Bologna, 24 gennaio 1996, in *NGCC*, 1996, I, p. 726.
- 26)** Naturalmente, la società può attribuire partecipazioni di cooperazione al nuovo socio o al vecchio socio senza aumentare il capitale sociale, ossia cedendo a costoro partecipazioni proprie acquistate ai sensi dell'art. 2529 c.c. (così anche L. BUTTARO, *L'acquisto delle azioni proprie nella cooperativa*, cit., p. 735). Da ultimo, su quest'ultima disposizione cfr. A.A. DOLMETTA, *Operazioni delle cooperative sulle proprie « partecipazioni »: le novità della disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società: liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 897 ss.
- 27)** Ci si chiede se l'esposto potere gestorio presupponga una corrispondente clausola statutaria (forse integrante quanto richiede l'art. 2521<sup>3</sup>, n. 6, c.c.) che attribuisca questo potere.
- 28)** Proprio perché si tratta di prestiti dei soci, nel caso di specie si ha un aumento reale e non nominale (realizzabile utilizzando soltanto utili distribuibili o riserve disponibili) del capitale sociale.
- 29)** Analogamente è la relazione accompagnatoria (allorché spiega che il principio della porta aperta, « affidato alla iniziativa dei terzi aspiranti soci, non soddisfa le esigenze finanziarie della società che potrebbe avere interesse ad aumentare il proprio capitale per specifiche necessità di im-

presa ») che lega la soddisfazione delle esigenze finanziarie della cooperativa all'aumento del capitale sociale ai sensi (non dell'art. 2528 c.c. ma) degli artt. 2438 ss. c.c.

- 30)** « La norma sul principio della cd. porta aperta è di stampo tradizionale e va integrata con successive previsioni della riforma sulla ammissione dei soci [art. 2528 c.c.] e sul trasferimento della partecipazione sociale [art. 2530 c.c.] ».
- 31)** « Naturalmente, l'aumento di capitale ordinario a pagamento va coordinato con i principi generali della mutualità (limiti al possesso azionario, requisiti dei soci, gradimento, ecc.) ».
- 32)** Sulla base del suo dettato e della sua *ratio*, volta a differenziare l'emissione di strumenti finanziari da quella delle partecipazioni di cooperazione.
- 33)** In direzione opposta va però G. BONFANTE, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2491.
- 34)** In effetti, in base al principio di non ridondanza e al correlato argomento c.d. economico (sul punto v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1980, I, 2, pp. 151 s. e 371 s.), non si dovrebbe attribuire ad un enunciato normativo un significato che è già proprio di un altro enunciato normativo; ma allora, l'art. 2524<sup>3</sup> c.c., affinché non sia parzialmente superfluo (in quanto ripetitivo di una regola già presente nell'art. 2526<sup>1</sup> c.c.), pare non potersi applicare che ai soli cooperatori.
- 35)** Sul punto si rimanda, anche per le opportune citazioni, a E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, p. 220 s.
- 36)** Per la relativa dimostrazione cfr. E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, p. 30 s., il quale (*ivi*, p. 25 ss.) comprende nella nozione civilistica di 'strumento finanziario cooperativo' le azioni di finanziamento, le obbligazioni e gli strumenti finanziari di cui all'art. 2346, ult. cpv. (ossia tutti i mezzi di raccolta del capitale di rischio e di credito utilizzabili da una s.p.a.).
- 37)** Si pensi agli strumenti rappresentativi della posizione di associato in partecipazione.
- 38)** Denominabili come obbligazioni o strumenti finanziari di cui all'art. 2346, ult. cpv., c.c., sui quali si rinvia a E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, p. 41, nt. 114.
- 39)** Così, relativamente alla s.p.a., G. FERRI jr, *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, a cura di C. Montagnani, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2004, p. 79 s.
- 40)** *Contra*, tra gli altri, R. GENCO, *La struttura finanziaria*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di R. Genco, Milano, 2003, p. 105 s., per il quale lo statuto potrebbe liberamente scegliere di attribuire la relativa competenza o all'organo gestorio, o all'assemblea ordinaria, o all'assemblea straordinaria.
- 41)** Il richiamo della disciplina della s.p.a., dunque, impedisce che si possa accogliere l'opinione di chi argomentasse la competenza gestoria nel caso di specie in forza dell'applicazione analogica dell'art. 2528 c.c.; in effetti, nell'individuare l'organo competente ad emettere le azioni di finanziamento è precluso il ricorso all'analogia, poiché non v'è un vuoto normativo.
- 42)** Più in generale, sull'istituto dell'autorizzazione assembleare, visto soprattutto in rapporto alla delega assembleare, si rinvia a G.D. MOSCO, *Le deleghe assembleari nella società per azioni*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2000, pp. 29-36.
- 43)** Sul punto cfr. in luogo di molti B. PETRAZZINI, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, \*, Bologna, 2004, pp. 472-475 e 477 s.
- 44)** Gli artt. 2545-*quinquies* e 2545-*sexies* c.c. riguardano infatti l'aumento nominale del capitale (di cooperazione e di finanziamento).
- 45)** Per un esempio di verbale di deliberazione con la quale l'assemblea straordinaria decide l'emissione di azioni di finanziamento cfr. G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, cit., p. 712 ss.
- 46)** Differenze che – come si vedrà tra breve – determinano qualche conseguenza in punto di disciplina. Da segnalarsi, inoltre, che, in presenza di azioni di partecipazione cooperativa, l'assemblea dei soci interviene anche dopo la loro emissione; come emerge infatti dallo stesso testo dell'art. 5<sup>3</sup> l. 31 gennaio 1992, n. 59, l'assemblea ordinaria deve approvare annualmente « gli stati di attuazione dei programmi pluriennali » per la cui realizzazione sono stati appunto emesse le anzidette azioni.
- 47)** Il legislatore comunitario riconosce invece ai paciscenti la più ampia libertà statutaria nel determinare quale sia l'organo competente a decidere l'ingresso dei soci sovventori (l'equivalente

dei nostri soci finanziatori) nella SCE; secondo infatti l'art. 14, par. 1, secondo comma, regolamento SCE tale ingresso è subordinato « all'approvazione dell'assemblea generale o dell'organo all'uopo autorizzato dall'assemblea generale o dallo statuto ».

- 48)** Prima del d.lgs. n. 6/2003 la dottrina assolutamente maggioritaria (qui rappresentata da G. MARTINA, *L'emissione di obbligazioni da parte delle società cooperative*, in *Riv. coop.*, 1999, n. 2, p. 110 ss.) riteneva compatibile con l'ordinamento cooperativo l'emissione di obbligazioni convertibili. Da ultimo, sulla nozione codicistica di 'obbligazione convertibile' cfr. S. PATRIARCA, *Riforma del diritto societario e obbligazioni convertibili*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 53 ss.
- 49)** Atteso che, dopo la prima emissione di azioni di finanziamento, alla deliberazione in esame potrebbero partecipare anche i soci finanziatori.
- 50)** Circa la disciplina del diritto d'opzione in caso di aumento reale del capitale di una coop-s.p.a. cfr. E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., pp. 229-234, laddove si precisa che l'emissione di azioni (di cooperazione o di finanziamento) susseguente ad una deliberazione dell'assemblea straordinaria presuppone necessariamente il predetto diritto, spettante ai soci e ai possessori di obbligazioni convertibili in azioni, il quale può essere limitato od escluso.
- 51)** Sulle azioni di finanziamento cfr. M. BIGELLI - R. GENCO, *I nuovi strumenti finanziari delle società cooperative: verso il mercato dei capitali?*, in *Società*, 2005, p. 856 s.
- 52)** Più precisamente, non si può perfezionare la sottoscrizione delle nuove partecipazioni e gli amministratori non possono: a) emettere le nuove azioni; b) imputare a capitale i nuovi conferimenti eseguiti; c) attestare l'avvenuta sottoscrizione dell'aumento. Sul punto, ma relativamente alla disciplina delle società di capitali, cfr. la massima n. 70 del 22 novembre 2005 elaborata dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio notarile di Milano.
- 53)** Così la massima n. 7 del 10 marzo 2004, elaborata dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio notarile di Milano, nella quale si precisa altresì che « la sottoscrizione dell'aumento di capitale a pagamento (in denaro od in natura) può intervenire (...) anche in corso di assemblea, facendosene menzione nel relativo verbale ».
- 54)** Come si osserverà, infatti, nel prosieguo, l'aumento nominale del capitale può avvenire utilizzando anche la parte ripartibile dell'utile; sicché pure gli artt. 2433 e 2545-*quater* c.c. concorrono a costituire la disciplina dell'operazione in commento, nella misura in cui indirettamente determinano l'utile imputabile a capitale sociale. Sempre a titolo esemplificativo, si ricorda infine l'art. 2349 c.c., il quale regola un'ulteriore ipotesi di aumento gratuito di capitale, sulla quale cfr. E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., p. 184.
- 55)** Nella quale si impongono alle suddette banche due limitazioni al ricorso al ristorno: da un lato, la somma dei ristorni non può eccedere il limite del cinquanta per cento della quota di utile netto che residua dopo le destinazioni obbligatorie a riserva legale e al fondo mutualistico e, dall'altro, almeno la metà dei ristorni deve essere liquidata aumentando la partecipazione sociale dei beneficiari. La nota in parola è pubblicata in Banca d'Italia, *Bollettino di Vigilanza*, n. 4/2002, p. 3.
- 56)** Fino al 1992 si soleva ritenere (come ricorda G. PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, cit., p. 215, ove ulteriori citazioni) che fosse possibile l'aumento nominale del capitale solo per le cooperative non agevolate fiscalmente; oggi non è più sostenibile questa tesi, come si potrà osservare leggendo il § 2.3.
- 57)** Secondo invece A. PACIELLO, in *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 175, l'aumento gratuito del capitale sociale delle cooperative sarebbe disciplinato dalle sole disposizioni contenute nella disciplina specifica di queste ultime (ossia negli artt. 2545-*quinquies* e 2545-*sexies* c.c.).
- 58)** La cui nozione è ricavabile dagli artt. 2514<sup>1</sup>, lett. c) e d), 2545-*ter*, 2545-*quinquies* e 2545-*octies*<sup>2</sup> c.c.
- 59)** Sempre che costoro non siano titolari di azioni di cooperazione quotate in mercati regolamentati (art. 2545-*quinquies*, ult. cpv., c.c.).
- 60)** *Contra* G. BONFANTE, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2621.
- 61)** Come ha cercato di dimostrare E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., p. 154 ss.
- 62)** Il che troverebbe conferma nella relazione accompagnatoria, laddove questa spiega l'art. 2545-*quinquies* c.c.
- 63)** Sulla quale ci si soffermerà al termine di questo paragrafo.
- 64)** Si ritiene che le suddette disposizioni tra parentesi, ai sensi dell'art. 2519<sup>2</sup> c.c., prevalgano sull'art. 2479-*bis*<sup>3</sup> c.c.; ma allora le decisioni sulla destinazione degli utili (comunque di spettanza

dei soci ex art. 2479<sup>2</sup>, n. 1, c.c.) e sull'imputazione a capitale delle riserve possono essere prese soltanto mediante una deliberazione assembleare.

- 65)** Ad ulteriore sostegno della suddetta competenza assembleare si anticipa (quanto si sosterrà nel paragrafo successivo) che l'aumento nominale del capitale delle cooperative può essere effettuato utilizzando anche l'utile distribuibile; ma, allora, se è l'assemblea dei soci a decidere la destinazione di quest'ultimo (artt. 2433 e 2545-*quater*, ult. cpv., c.c.), sarà lo stesso organo a deliberrarne l'imputazione a capitale.
- 66)** Per alcuni esempi di verbali di deliberazioni con le quali l'assemblea decide di aumentare gratuitamente il capitale (di cooperazione o di finanziamento) cfr. G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, cit., pp. 725-736, ove ulteriori indicazioni bibliografiche.
- 67)** Con il conseguente mutamento di competenza in favore dell'assemblea straordinaria.
- 68)** In favore della possibile delega dell'aumento gratuito del capitale cfr., prima del d.lgs. n. 6/2003, N. ROBIGLIO, *Delega dell'aumento del capitale e d.P.R. n. 30/1986*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 714 ss. e, dopo detto decreto, la dottrina maggioritaria, qui rappresentata da G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale. Società*<sup>2</sup>, II, Bologna, 2006, p. 205 s.
- 69)** *Contra* G. DI CECCO, *La governance delle società cooperative: l'assemblea*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di R. Genco, Milano, 2003, p. 166, il quale propende per la sola competenza assembleare anche nel suddetto caso, stante l'analogia che vi sarebbe tra il terzo e il quarto comma dell'art. 2545-*quinquies* c.c.
- 70)** Secondo la massima n. 47 del 19 novembre 2004 elaborata dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio notarile di Milano, anche nell'ipotesi di cui all'art. 2365<sup>2</sup> c.c. vi sarebbe una competenza concorrente tra organo gestorio e organo assembleare, a meno che lo statuto espressamente attribuisca nel caso di specie una competenza esclusiva al primo.
- 71)** In effetti, la suddetta norma stabilisce (con la frase « se lo statuto non prevede diversamente ») che l'aumento del capitale ivi previsto può essere deciso dagli amministratori senza che questi siano stati previamente autorizzati con un'apposita clausola statutaria.
- 72)** Cioè riserve (di fonte legale o statutaria) la cui destinazione non sia incompatibile con la capitalizzazione. Un esempio potrebbe essere la riserva da ristorni, sulla cui legittimità è però divisa la dottrina (in senso favorevole la tesi minoritaria sostenuta da E. CUSA, per esempio in *I ristorni nelle società cooperative*, Milano, 2000, pp. 98 e 104 s. e, dopo il d.lgs. n. 6/2003, da M. CAVANNA, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, \*\*\*, Bologna, 2004, p. 2473, nt. 3; per l'opposta tesi cfr. invece, sulla base della disciplina vigente, G. DI CECCO, *La governance delle società cooperative: l'assemblea*, cit., p. 166, nt. 49).
- 73)** Circa la suddetta bipartizione cfr., in luogo di molti, G.E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Tratt. delle s.p.a.* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*, Torino, 1994, p. 366 ss.; come esempio di riserva non da utili si ricorda quella da soprapprezzo delle azioni (sulla quale ci si soffermerà nel prosieguo di questo paragrafo).
- 74)** Si pensi alla riserva statutaria avente come specifica destinazione la capitalizzazione della cooperativa, la quale sarebbe disponibile, ma non distribuibile; per questa importante precisazione si rinvia ancora a G.E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, p. 512 s.
- 75)** Potrebbe infatti esservi una riserva divisibile, ma indisponibile per aumentare il capitale sociale; il che si verifica, ad esempio, in presenza della riserva costituita per l'acquisto di azioni proprie.
- 76)** Tuttavia, sull'utilizzo della riserva in parola al fine di aumentare nominalmente il capitale di cooperazione di una cooperativa a mutualità prevalente cfr. E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., p. 358, nt. 192.
- 77)** Altrimenti ciò che eccedesse il *plafond* sopra evidenziato non sarebbe più un rimborso (pur indiretto) del soprapprezzo, come invece pare richiedere l'art. 2535<sup>2</sup> c.c.
- 78)** Nella stessa direzione G.E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, cit., p. 372, circa l'analogia situazione che si può verificare in presenza di s.p.a.
- 79)** Da non confondersi né con l'utile di esercizio, né con l'utile di bilancio: il primo « coincide di regola con la voce di saldo (se positiva) del conto economico dell'esercizio », mentre il secondo emerge complessivamente dallo stato patrimoniale ed è pari « agli utili di esercizio meno le perdite non ancora coperte più gli utili riportati a nuovo e le riserve accantonate in precedenti eser-

cizi » (G.E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, cit., p. 483 s.). Più in generale, sulla nozione di 'utile' nell'ordinamento cooperativo cfr. E. CUSA, *I ristorni nelle società cooperative*, cit., pp. 23 ss. e 132, nt. 46.

- 80)** Circa l'attuale vigenza della suddetta disposizione concorda la dottrina maggioritaria (per tutti cfr. A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, pp. 85 e 98) e l'amministrazione finanziaria, la quale precisa (con la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 35 del 15 luglio 2005) che l'agevolazione tributaria prevista nel terzo comma della norma in parola si applica alle sole cooperative a mutualità prevalente.
- 81)** L'equiparazione riportata nel testo non è tuttavia unanime, anzi è sostenuta da una parte minoritaria (ma crescente) della dottrina (qui rappresentata da E. CUSA, *La nozione civilistica di ristorno cooperativo*, in *Riv. coop.*, 2003, n. 3, pp. 22-24); per l'opposta tesi maggioritaria cfr. A. ROSSI, *Mutualità e ristorni nella nuova disciplina delle cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 780 ss.
- 82)** Sul trattamento tributario dei ristorni riconosciuti ai soci e da costoro utilizzati per versare alla società quanto dovuto a titolo di conferimento cfr. L. SALVINI - A. ZOPPINI, *Applicabilità dell'art. 6, comma 2, d.l. n. 63 del 2002 ad una fattispecie di imputazione di ristorni ad aumento del capitale sociale: parere pro veritate*, in *Riv. not.*, 2005, III, p. 411 ss.
- 83)** La suddetta diretta imputazione è addirittura imposta alle banche di credito cooperativo dalla Banca d'Italia (con la nota del 17 aprile 2004, cit.), allorché queste banche distribuiscano i ristorni tra i propri soci.
- 84)** Dall'art. 7 l. n. 59/1992 pare ricavarsi, almeno per le cooperative, un indice testuale a favore della tesi prevalente (sostenuta già da G. FERRI, *Destinazione a capitale degli utili distribuibili e poteri del giudice in sede di omologazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, p. 198) secondo la quale « l'assemblea può deliberare l'immediata imputazione a capitale degli utili distribuibili senza passare per la fase intermedia della costituzione delle riserve » (per l'opinione contraria v., invece, M. CERA, *Il passaggio di riserve a capitale*, Milano, 1988, p. 125 s.).
- 85)** Sull'applicazione del previgente (ma sostanzialmente immutato, dopo la sua sostituzione ad opera dell'art. 1 d.lgs. n. 6/2003) art. 2433 c.c. alle cooperative cfr. E. CUSA, *I ristorni nelle società cooperative*, cit., pp. 76-80.
- 86)** Secondo A.E. FABIANO, *La rivalutazione delle quote*, in *Finanziamento e organizzazione della cooperativa nella legge n. 59 del 1992*, a cura di L. Buttaro, Milano, 1998, pp. 307-312, l'aumento nominale del capitale delle cooperative ai sensi dell'art. 7 l. n. 59/1992 poteva essere eseguito utilizzando il solo *surplus* derivante dall'attività sociale con i terzi; questa conclusione consegue alla non condivisibile opinione – propria però di molti cooperativisti (fra gli altri si ricorda G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 278, per il quale bisognerebbe intendere per utile nell'ordinamento cooperativo soltanto « il saldo positivo di un'attività che si svolge con i terzi sia dal lato dei costi sia dal lato dei ricavi ») – secondo la quale il legislatore, quando usa la parola « utile » in materia cooperativa, non intenderebbe comprendervi anche la parte di avanzo ottenuta mediante gli scambi con i soci; il riportato orientamento, tuttavia, non trova alcun appoggio nel diritto societario anteriore e posteriore al d.lgs. n. 6/2003, dove la parola « utile » viene usata in modo più ampio per descrivere il *surplus*, risultante dal bilancio, ottenuto dalla cooperativa sia dall'attività sociale svolta con i soci e con i terzi sia da proventi finanziari e straordinari.
- 87)** Cfr. infatti il primo comma dell'art. 2442 c.c., nella parte in cui correla la disponibilità delle riserve alla loro iscrizione in bilancio.
- 88)** Così G.E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, cit., p. 520; *contra* G. FIGÀ-TALAMANCA, *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Milano, 1997, p. 223 s.
- 89)** Un inquadramento generale dei possibili vincoli statutari circa la destinazione ai soci degli utili distribuibili è proposto da E. CUSA, *I ristorni nelle società cooperative*, cit., p. 160 ss.
- 90)** Circa la seconda manifestazione di volontà ipotizzata nel testo, è ammissibile prevedere nello statuto che una parte dell'utile ripartibile vada imputata a capitale, a meno che non vi sia una diversa volontà dell'assemblea ordinaria; in tal caso l'assegnazione gratuita di nuove partecipazioni sarebbe conseguente al comportamento omissivo dell'assemblea ordinaria.
- 91)** Almeno per la dottrina maggioritaria (qui rappresentata, dopo la riforma del 2003, da S.A. CERRATO, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Ca-

gnasso, P. Montalenti, \*\*, Bologna, 2004, pp. 1456 e 1465, il quale, come dato testuale a favore della sua tesi, evidenzia come l'odierno legislatore legghi il divieto in commento non più all'emissione di nuove azioni, bensì all'esecuzione della relativa deliberazione di aumento; esecuzione che, in presenza di un aumento nominale del capitale, si avrebbe mediante la sola iscrizione della relativa deliberazione nel registro delle imprese) e per la giurisprudenza (sul punto cfr. la massima e la relativa motivazione predisposte dal Tribunale di Milano in tema di omologazione, in *Riv. soc.*, 1996, pp. 269 e 272).

- 92)** Circa l'utilizzo dei ristorni per rivalutare le partecipazioni sociali cfr. E. CUSA in *Commentario alla legge 3 aprile 2001, n. 142*, a cura di L. Nogler, M. Tremolada e C. Zoli, in *NLCC*, 2002, pp. 422-424.
- 93)** Sul limite sopra riportato, anche in rapporto con quello fissato nell'art. 7 l. n. 59/1992, cfr., da ultimo, V. DE STASIO, in *Commentario alla riforma delle società. Artt. 2511 - 2548 c.c.* diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2007, p. 425 s.
- 94)** Dello stesso avviso, ma limitatamente agli incrementi di cui all'art. 7 l. n. 59/1992, G. PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, cit., p. 217 s.