



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 28

*Le società cooperative
nella riforma del diritto societario.
Lo scopo mutualistico*

giugno 2003

**LE SOCIETÀ COOPERATIVE NELLA
RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO.
LO SCOPO MUTUALISTICO**

LE SOCIETÀ COOPERATIVE NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO.
LO SCOPO MUTUALISTICO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il movimento cooperativo – 3. Lo scopo mutualistico – 4. La mutualità prevalente – 4.1. I requisiti delle cooperative a mutualità prevalente – 4.2. La perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente – 5. Le cooperative “diverse” – 6. Conclusioni

1. PREMESSA

Il presente contributo è il primo di una serie di interventi che la Fondazione Aristeia, nell’ambito dell’ampio dibattito suscitato dalla riforma del diritto societario, dedica al settore cooperativo.

Le maggiori sollecitazioni, in tal senso, derivano da una iniziale interpretazione della riforma – proposta da una parte della dottrina – in termini di limitazione e di restrizione del settore cooperativo a specifiche realtà economiche, in coerenza con similari provvedimenti normativi attuati in Europa. Tale interpretazione non rende giustizia ad un intervento normativo che, seppur fra molteplici condizionamenti di natura sociale e giuridica, rappresenta dopo molti anni il primo tentativo di una sistematica organizzazione della disciplina in materia, da sempre contraddistinta da una notevole frammentazione e lacunosità.

Lo spirito della riforma, come definito nella prima relazione al progetto di schema di disegno di legge delega redatto dalla Commissione Mirone, trae origine dalla *“insufficienza della disciplina civilistica”* e dal *“ruolo determinante, anche sotto il profilo della struttura societaria, delle norme che prevedono una regolamentazione speciale per la cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata (art. 45 Cost.) e, in particolare, la c.d. legge Basevi (d.lgs. C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577)”* e, conseguentemente, dall’*“inadeguatezza dello statuto civilistico”* ai fini del pieno conseguimento degli obiettivi che la Carta Costituzionale assegna a tale forma di mutualità.

Più approfonditamente, si segnalava la limitatezza della disciplina che:

- a) *“non consente alle imprese in forma di cooperativa di acquisire capitale di rischio nella misura necessaria per far fronte alle esigenze che i mercati in cui operano pongono a tutte le imprese;*
- b) *non prevede strumenti di governo societario che incentivino nella misura necessaria l’efficienza e la qualità delle gestioni, non sottoposte neppure ai vincoli che il mercato del controllo societario impone alle imprese lucrative;*
- c) *presenta, come del resto quello della società per azioni sul quale è modellato, una rigidità incompatibile con la complessità e la profonda articolazione che distinguono il mondo cooperativo in relazione sia alla dimensione delle imprese sia al tipo di attività esercitata”.*

Orbene, coerentemente ai principi fissati nella legge delega, la riforma predisposta dalla commissione Vietti è stata finalizzata a revisionare la normativa che regola il funzionamento delle cooperative, attuando i principi generali di *corporate governance* contenuti nell'art. 2 della l. 3.10.2001, n. 366.

Non vi è dubbio peraltro che l'impronta della riforma è riscontrabile soprattutto in una razionalizzazione delle norme del codice civile del 1942, e della normativa in materia. In tal senso, sempre con riferimento alle premesse contenute nella richiamata legge delega n. 366/2001, la novità più rilevante è rintracciabile nella definizione di cooperativa a mutualità prevalente e nell'esclusivo riconoscimento delle agevolazioni di carattere fiscale ad esclusivo vantaggio di queste ultime.

Il legislatore delegato ha così riconosciuto per ciascuna cooperativa la possibilità di perseguire lo scopo mutualistico con intensità e modalità differenti, pur sempre nella convinzione dell'unicità della causa mutualistica.

Per effetto di tale rinvio la cooperativa si presenta come una società di capitali modificata in alcuni elementi differenziali che mirano ad adattarne la struttura al perseguimento dello scopo di lucro.

Tali considerazioni, come affermato nella Relazione al decreto legislativo, obbligano il legislatore delegato all'introduzione di una comune disciplina di base per le cooperative a "mutualità prevalente" e per le cooperative "diverse".

Preme rilevare, inoltre, come il legislatore abbia fatto cadere sia il tradizionale divieto di trasformazione di una cooperativa in società lucrativa che il passaggio da un modello all'altro di cooperativa.

Le molteplici innovazioni introdotte – tra cui la nuova possibilità di scegliere tra il modello legale di riferimento della s.p.a. o quello della s.r.l., l'autonomia statutaria, l'accesso al mercato, l'esclusione di vincoli automatici in ordine all'adozione di uno specifico modello societario, la democraticità, il principio di un solo voto a ciascun socio – sono comunque disposizioni intimamente collegate alla natura tipica delle società cooperative. Tali concetti, in considerazione della loro diretta attinenza al modello istituzionale della *governance* cooperativa, saranno dettagliatamente affrontati in un successivo intervento.

Si ritiene essenziale, ai fini dello studio che si svolge, procedere ad un'attenta analisi del concetto di mutualità che tenga in considerazione le esperienze formalizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento ai contesti socio-economici di riferimento e la rispondenza del fenomeno alle tendenze evolutive del sistema.

2. IL MOVIMENTO COOPERATIVO

Un inquadramento logico e sistematico della cooperazione, e conseguentemente dei principi ispiratori della riforma attuata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, oltre che su un'interpretazione analogica o puntuale delle norme in materia, non può prescindere da un'analisi dei principali fattori di evoluzione economica dell'impresa mutualistica.

Si rileva quindi che la mutualità ed il movimento cooperativo sono la sintesi e l'espressione di un principio universale che corrisponde all'origine stessa del fenomeno storico cooperativo e che trova applicazione, sia pure con formulazioni diverse, in tutti o quasi gli ordinamenti giuridici.

Una prima e approssimativa descrizione del fenomeno consente di cogliere l'aspetto sociale del movimento, che si manifesta inizialmente nella seconda metà dell'ottocento, quale reazione delle classi subalterne ai disequilibri socio-economici che l'economia capitalistica aveva prodotto. L'idea cooperativa senza negare l'importanza del capitale necessario all'organizzazione dell'impresa e del diritto alla proprietà ed al risparmio, sostiene la partecipazione del lavoro nel governo della società e non la sua sottomissione al capitale. La cooperazione si presenta, soprattutto nella sua originaria formalizzazione, come un compromesso fra il capitalismo ed il collettivismo. L'evoluzione ed il fermento che caratterizzano la società capitalistica e quella socialista sono tali da non permettere più una rigida demarcazione tra l'una e l'altra.

Pur senza analizzare le concettualizzazioni ideologiche e filosofiche che contraddistinsero la nascita del movimento, solo nella seconda metà dell'ottocento si giunse ad un primo e concreto esperimento di cooperativa. La sua natura di organizzazione di classe si manifesta con tutta evidenza fin dal modello originale disegnato dalla prima cooperativa di consumo di Rochdale fondata nel 1884, con la quale i lavoratori miravano a sottrarsi alla "legge" dell'economia capitalistica, in base al quale il plusvalore è destinato a remunerare il capitale impiegato dal proprietario del capitale stesso. Il modello cooperativo presupponeva quindi che i lavoratori formassero e gestissero il capitale impedendo di fatto che altri si appropriassero di una quota del valore dei beni da loro prodotti.

Stretto corollario del principio dell'essere imprenditore di sé stessi risultava essere il carattere democratico e solidaristico della cooperativa, in base al quale tutti i operatori dovevano porsi su un piano di parità; per quanto possibile la cooperativa avrebbe dovuto estendere la propria attività a tutti i soggetti che si trovavano nel medesimo stato di bisogno.

Alla gestione capitalistica dell'impresa è sostituita l'autogestione dell'impresa il cui fine è di realizzare il vantaggio dei soci che, a seconda del settore in cui la cooperativa opera, potrà manifestarsi con la vendita di beni di consumo a prezzi inferiori a quelli praticati sul mercato, oppure con la distribuzione ai soci di un salario maggiore rispetto a quello corrisposto dall'imprenditore capitalistico.

Più in particolare, nelle cooperative di consumo si risparmia a favore dei soci il profitto in genere di competenza del dettagliante; in quelle di lavoro il profitto lucrato sull'attività di lavoro dei dipendenti. In tal senso quindi la cooperativa, come fenomeno economico, si sviluppa per la limitatezza dell'impresa capitalistica, e comunque in dipendenza delle leggi di mercato. Lo scopo mutualistico, in termini giuridici, oltre che economici, presuppone l'esercizio di un'impresa e ha ad oggetto un'attività economica che deve essere valutata alla stregua degli artt. 2195 e 2135 c.c., e nel rispetto di quei principi che mirano comunque al perseguimento dell'equilibrio economico finanziario dell'impresa.

Proprio la dipendenza dalle leggi di mercato ha comportato una rapida evoluzione del movimento cooperativo che, secondo alcuni, ha in qualche modo deviato dall'originario spirito mutualistico per due ordini di motivi.

Il primo motivo trova fondamento nell'ipotesi che, nel suo evolversi, il campo d'applicazione del modello cooperativo ha coinvolto, oltre al movimento operaio ed alle classi più disagiate, anche le "classi dominanti"; le cooperative edilizie, le cooperative di credito, di giornalisti ed infine quelle fra imprenditori ne sono l'espressione concreta.

Il secondo discende dall'evoluzione del concetto di mutualità – inizialmente interna, cioè strettamente connessa alla "gestione di servizio" a vantaggio dei soci lavoratori o consumatori – che è superato nell'esercizio concreto dell'attività dall'instaurarsi di rapporti con consumatori non soci di cooperative di consumo e dipendenti non soci in quelle di lavoro.

Il legislatore ha recepito tale tendenza introducendo nel diritto cooperativo istituti giuridici innovativi rispetto alla tradizione, tra i quali quello della "mutualità esterna" che si esprime nella parziale o indiretta condivisione dei vantaggi cooperativi anche con non soci, utenti o lavoratori. La mutualità esterna è prevista esplicitamente in materia di cooperative sociali nella l. n. 381/1991 e, indirettamente, con riguardo a tutte le cooperative per effetto dell'obbligo di versamento del 3% degli utili a fondi destinati alla promozione e al finanziamento di nuove imprese e di iniziative di sviluppo della cooperazione.

La mutualità esterna ha comportato tra l'altro una crescita dimensionale delle cooperative che, spinte anche dalla logica del mercato, possono assumere posizioni dominanti nel sistema economico.

Alcuni Autori sostengono che le finalità dell'organizzazione cooperativa non sono tradite fino a quando l'attività si presenta come l'espressione organizzata dei ceti economicamente deboli. Si delinea secondo alcuni una contrapposizione fra le grandi cooperative mutualistiche e le cooperative "più deboli".

In base a quanto sopra sinteticamente riportato appare evidente come l'organicità della riforma ed un coerente ordinamento cooperativo sia funzione della nozione assunta dal legislatore del concetto di mutualità e della rispondenza di tale nozione alla realtà economica del sistema cooperativo.

3. LO SCOPO MUTUALISTICO

La relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003 si sofferma ampiamente sulla definizione di "scopo mutualistico"; l'art. 5, co. 1, lett. a), della l. n. 366/2001, infatti, demandava al legislatore delegato di prevedere specifiche disposizioni che assicurassero il "*perseguimento e la funzione sociale delle cooperative e dello scopo mutualistico dei soci cooperatori*".

In proposito, la relazione specifica che la citata norma introduce una distinzione tra funzione sociale delle cooperative e scopo mutualistico dei cooperatori, caratterizzando quest'ultimo come elemento funzionale della sola partecipazione sociale e non anche come connotato dell'attività della società.

Come si osserverà più diffusamente in seguito, ai sensi del novellato art. 2511, "*le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico*".

La definizione di "scopo mutualistico" proposta "*è di tipo tradizionale, con la novità di un riferimento esplicito alla variabilità del capitale. Essa attribuisce il connotato funzionale dello scopo mutualistico alla*

società (e quindi ai soci), anche se, come si è accennato, la legge delega sembra distinguere tra scopo mutualistico – dei soci – e funzione sociale – della società”.

Nella definizione di società cooperativa – come si legge nella relazione illustrativa – non si fa riferimento né al requisito dell’organizzazione democratica, né a specifiche condizioni di favore della prestazione mutualistica *“soprattutto perché si tratterebbe di un dato prevalentemente economico; ed inoltre perché la codificazione delle condizioni di favore potrebbe dar vita ad inammissibili pretese dei soci in termini di diritto soggettivo al vantaggio della prestazione, la cui offerta in concreto dipende da variabili collegate all’aleatorietà dell’attività d’impresa”.*

La nozione di mutualità ed il rapporto tra mutualità e cooperazione – nonostante la copiosa e frammentaria normativa in materia – non hanno mai formato oggetto di un’espressa definizione giuridica in termini positivi, essendo viceversa definiti, sia nel codice civile che nell’art. 45 della Costituzione, esclusivamente in contrapposizione allo scopo lucrativo.

In particolare, la Carta Costituzionale stabilisce che *“La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l’incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità”.*

La dottrina, nell’interpretare l’art. 45 Cost., concorda nel riconoscere un unico modello di cooperativa a forte impronta sociale che comunque non può ridursi alla cosiddetta mutualità interna. Quest’ultima farebbe venir meno la funzione sociale delle cooperative che si realizza con l’estensione anche ai non soci dei vantaggi mutualistici secondo la formula della mutualità aperta tenuta in considerazione dai costituenti.

È chiaro quindi che la mutualità può modularsi in maniera differente a seconda della natura delle attività svolte e dei soggetti partecipanti.

Una parte della dottrina ha sostenuto che il ruolo del principio della mutualità si evince anche dalla stessa terminologia utilizzata negli artt. 45 e 2 della Costituzione, che recitano rispettivamente: *“La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione ...”*, e la *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.*

La funzione sociale ed il ruolo di solidarietà della cooperazione, dunque, sono dalla Costituzione come fenomeno e formazione sociale.

La società cooperativa è, infatti, l’unica forma di organizzazione societaria espressamente riconosciuta e tutelata dalla Costituzione.

La legge ordinaria dovrà, pertanto, precisare i principi costituzionali, legittimando l’istituzione di cooperative difformi dal “modello costituzionale”, vale a dire con fine di speculazione privata o non mutualistiche. Tale considerazione assume un’importanza fondamentale ai fini del corretto inquadramento del concetto di mutualità fatto proprio dal legislatore delegato.

Affermata la funzione sociale del modello cooperativo si è presentato il problema di assegnare comunque contenuto alla mutualità.

Le principali tesi che si sono affermate in dottrina negli anni sono riconducibili a tre diverse impostazioni.

La prima individua l'essenza della società prevalentemente nei suoi aspetti sociologici e cioè nella proiezione del suo carattere solidaristico oltre i bisogni immediati dei soci e quindi al servizio di tutti i potenziali soci.

La seconda teoria, al pari di qualsiasi gruppo organizzato, circoscrive lo scopo mutualistico agli *interessi concreti ed attuali del gruppo organizzato nella cooperativa*, concentrandosi quindi sulla "gestione del servizio" intesa come offerta ai soci di condizioni di scambio più vantaggiose di quelle praticate in un contesto concorrenziale.

La terza posizione dottrina, criticando l'assenza nell'ordinamento di riferimenti che possano avvalorare le tesi precedenti, sostiene che lo scopo mutualistico è riconducibile ai "caratteri dell'organizzazione societaria" direttamente ed esplicitamente definiti dal legislatore, identificabili con la "struttura aperta" e l'"organizzazione di tipo democratico".

Ciascuna delle tesi proposte contiene elementi essenziali ai fini della definizione dello scopo mutualistico.

La dottrina è comunque concorde nel trovare un autentico indirizzo interpretativo nella nozione di scopo mutualistico contenuto nella relazione ministeriale al Codice Civile che al par. 1025 precisa come le società cooperative siano state nettamente distinte dalle società e come questa distinzione si fondi su uno scopo *"prevalentemente mutualistico delle cooperative consistente nel fornire beni o servizi o occasioni di lavoro direttamente ai membri della organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato"*. La caratteristica evidenziata emerge in tutta la sua evidenza se la si confronta con lo scopo di lucro, come definito dall'art. 2247 c.c., per tutte le società lucrative, in base al quale con il contratto di società i soci si obbligano a conferire beni o servizi per lo svolgimento in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili.

La definizione fornita nella relazione di accompagnamento al testo vigente del codice civile, seppur chiara nel contenuto, nella sua applicazione pratica manifesta una minore intelligibilità, non essendo previsto nell'ordinamento alcun esplicito diritto in capo al socio in merito al conseguimento di un vantaggio mutualistico o all'ottenimento della prestazione mutualistica.

Un'interpretazione restrittiva della Relazione – che privilegia la reciprocità tra società e soci e lo scopo di agire con e per i propri soci – ha portato alcuni Autori a sostenere il divieto per la cooperativa di agire con i terzi e di porre in essere atti o attività non strumentali alla gestione di servizio con i soci stessi.

Ne deriva quindi l'esigenza di definire se l'assenza dello scopo di lucro costituisca un requisito sostanziale oppure un elemento in grado di differenziare le cooperative agevolate dalle altre.

Secondo, infatti, una terminologia di uso corrente, il carattere veramente mutualistico della cooperativa si avrebbe solo quando la società opera esclusivamente con i propri componenti, attuando così, attraverso la mutualità pura o interna, un'ipotesi d'impresa per conto proprio.

In realtà, coerentemente all'interpretazione sopra riportata dell'art. 45 della Costituzione, il legislatore ha nel tempo formalizzato una definizione di mutualità diversa da quella interna. In tal senso si può citare il già richiamato d.lgs. C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577 (c.d. legge Basevi) che, all'art. 23, ammetteva l'ingresso nelle cooperative di un numero massimo di soci non interessati allo scambio mutualistico e, all'art. 26, individuava le cosiddette clausole mutualistiche le quali specificavano i limiti entro cui i soci potevano

perseguire lo scopo lucrativo. Tale norma introduceva, seppur a livello fiscale, una distinzione fra cooperative agevolate e cooperative non agevolate.

Ulteriori modifiche introdotte nell'ordinamento cooperativo hanno riguardato, tra l'altro, la possibilità di prevedere persone giuridiche finanziatrici (art. 14, co. 3, e 16 della abrogata l. 27 febbraio 1985, n. 49) e di costituire le cooperative sociali che, disciplinate dall'art. 11 della l. 8 novembre 1991, n. 381, rappresentano sostanzialmente un modello di cooperativa lucrativa e, infine, l'introduzione dei "*Fondi mutualistici per la promozione cooperativa*", ai sensi degli artt. 11 e 12 della l. n. 59/1992, con i quali il legislatore ha previsto l'obbligo per tutte le cooperative di destinare una parte degli utili al finanziamento di nuove iniziative imprenditoriali o per sostenere lo sviluppo di cooperative già esistenti.

Una menzione particolare merita l'art. 4 della l. 31 gennaio 1992, n. 59, che, con il riconoscimento dei soci sovventori, ha introdotto esplicitamente per le società cooperative, anche finalità di tipo lucrativo.

Tale categoria sociale, seppur accessoria rispetto al nucleo indispensabile dei soci cooperatori, partecipa alla cooperativa per la distribuzione degli utili esclusivamente in proporzione al capitale conferito.

Con tali interventi normativi i sottoscrittori del contratto di cooperativa possono anche non essere soci-cooperatori, sempreché a questi ultimi vengano riconosciuto poteri deliberativi meno incisivi rispetto ai soci cooperatori.

Un'eccezione in tal senso si presenta per le cooperative sociali.

Si rileva che tale evoluzione ha indotto parte della dottrina a configurare la cooperativa quale società a causa mista, mutualistica ma anche lucrativa.

Il legislatore ha così fornito una diversa graduazione dello scopo mutualistico, formalizzato successivamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei concetti di mutualità spuria (Cass. 8 settembre 1999, n. 9513) e di mutualità esterna e, da ultimo, con l'introduzione dei fondi mutualistici, nel concetto di mutualità di sistema.

Tali principi sono stati in parte recepiti negli artt. 2520 e 2521 c.c., ex d.lgs. n. 6/2003.

L'art. 2520, co. 2, c.c. afferma, infatti, che il legislatore "*può prevedere la costituzione di cooperative destinate a procurare beni o servizi a soggetti appartenenti a particolari categorie anche di non soci*".

Inoltre, il comma 2 dell'art. 2521 c.c. dispone che: "*L'atto costitutivo stabilisce le regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica e può provvedere che la società svolga la propria attività anche con i terzi*"; da tale previsione discende che, in assenza di una definizione legale dello scopo mutualistico, sarà l'autonomia decisionale dei soci a determinare il tipo di scambio mutualistico.

L'asserzione che l'attività mutualistica deve essere esercitata esclusivamente con i soci è stata ampiamente superata individuando nella effettività della base sociale e dello scambio mutualistico un indicatore della natura mutualistica dell'organizzazione.

Ovviamente, non si vuole affermare un'omologazione tra l'impresa mutualistica e l'impresa lucrativa ovvero una completa fungibilità tra le due forme di impresa, in quanto, nel rispetto del dettato costituzionale, lo scopo mutualistico rimane l'elemento necessario alla costituzione ed all'esistenza della società cooperativa.

L'insieme dei provvedimenti sopra richiamati susseguitesesi negli anni, tutt'altro che coerenti e organici, supportati dalle interpretazioni fornite dalla dottrina, hanno posto le premesse per gli ultimi radicali sviluppi della disciplina cooperativa.

La nozione legale di scopo concretamente mutualistico è stata quindi integrata dalle recenti disposizioni contenute nell'art. 7, co. 1, lett. b) della l. 3 aprile 2001, n. 142 e nel più volte citato art. 5, co. 1, lett. b), della l. n. 366/2001.

L'art. 7, trattando della *“Revisione della legislazione in materia cooperativistica”*, impone ai sindaci ed agli amministratori di *“verificare la natura mutualistica delle società cooperative, con particolare riferimento alla effettività della base sociale e dello scambio mutualistico tra socio e cooperativa, ai sensi e nel rispetto delle norme in materia di cooperazione”*. L'art. 5 impone – esclusivamente per la cooperazione costituzionalmente riconosciuta – di svolgere *“la propria attività prevalentemente in favore dei soci o che comunque si avvalgono, nello svolgimento della propria attività, prevalentemente delle prestazioni lavorative dei soci”*.

La definizione di scopo mutualistico assunta dal legislatore delegato, come sopra definita, può indirettamente essere desunta da un sintetico esame delle disposizione contenute nel Titolo VI del libro V del codice civile.

Lo scopo mutualistico trova una sua prima menzione nel novellato art. 2511 in base al quale *“Le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico”*, da cui si evince come la nuova norma non faccia più riferimento genericamente *“alle imprese mutualistiche”* che assumono la forma giuridica di cooperativa, ma qualifichi direttamente la cooperativa come società mutualistica.

Tale definizione comporta, come previsto dall'art. 2515, che: *“L'indicazione di cooperativa non può essere usata da società che non hanno scopo mutualistico. Le società cooperative a mutualità prevalente devono indicare negli atti e nella corrispondenza il numero di iscrizione presso l'albo delle cooperative a mutualità prevalente”*.

L'art. 2527 riconosce, inoltre, come presupposto per poter partecipare all'attività mutualistica i requisiti contenuti nell'atto costitutivo. Questi ultimi devono essere improntati *“per l'ammissione dei nuovi soci e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori coerenti con lo scopo mutualistico e l'attività economica svolta”*.

L'art. 2538, in tema di *“Assemblea”*, riconosce che *“Nelle cooperative in cui i soci realizzano lo scopo mutualistico attraverso l'integrazione delle rispettive imprese o di talune fasi di esse, l'atto costitutivo può prevedere che il diritto di voto sia attribuito in ragione della partecipazione allo scambio mutualistico”*.

Inoltre, l'art. 2545 obbliga *“Gli amministratori e i sindaci della società, in occasione della approvazione del bilancio di esercizio ... nelle relazioni previste dagli articoli 2428 e 2429 ad indicare specificamente i criteri seguiti nella gestione sociale per il conseguimento dello scopo mutualistico”*.

Il fondamento dello scopo mutualistico è quindi espresso anche dal cosiddetto *“voto per testa”*, dall'organizzazione su base democratica della società, dalla riserva ai soci dell'amministrazione, dalla variabilità del capitale sociale e dall'indivisibilità delle riserve patrimoniali.

In conclusione, il riconoscimento del concetto di “mutualità prevalente” e l’affermazione di un’autonomia statutaria ha indotto il legislatore, nel rispetto del dettato costituzionale, e quindi in conformità alla concezione unitaria del fenomeno cooperativo, a disciplinare il grado “mutualità” della cooperativa ed a verificarne il contenuto, distinguendo fra cooperative a “mutualità prevalente” e di tipo “diverso”.

4. LA MUTUALITÀ PREVALENTE

La novità più rilevante introdotta in sede di riforma dal d.lgs. n. 6/2003 è senz’altro costituita dalla definizione di cooperazione “*costituzionalmente riconosciuta*” trasposta nella versione definita della legge con l’espressione di “*mutualità prevalente*”.

Secondo il disposto dell’art. 5, co. 1, della legge sopra richiamata, infatti, il legislatore delegato, nel rispetto del “*perseguimento della funzione sociale delle cooperative, nonché dello scopo mutualistico da parte dei soci cooperatori*”, dovrà definire la “*cooperazione costituzionalmente riconosciuta*” con riferimento alle società che, in possesso dei requisiti antilucrativi richiamati dall’art. 14 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601 (vale a dire la previsione statutaria inderogabile dei requisiti mutualistici indicati dall’art. 26 della legge Basevi), “*svolgono la propria attività prevalentemente in favore dei soci o che comunque si avvalgono, nello svolgimento della propria attività, prevalentemente delle prestazioni lavorative dei soci, e renderla riconoscibile da parte dei terzi*”.

In realtà, proprio l’unitarietà del fenomeno cooperativo imposta dalla Costituzione ha indotto il legislatore delegato ad omettere il riferimento esplicito alla carta costituzionale preferendogli la locuzione “prevalente” e facendo così venire meno l’iniziale proposta di introdurre una netta contrapposizione fra la cooperativa costituzionalmente riconosciuta e gli altri organismi cooperativi.

L’art. 45 Cost. non può, infatti, riferirsi esclusivamente alle cooperative “agevolate”, essendo tutta la cooperazione, agevolata e non, riconducibile al dettato costituzionale.

La terminologia utilizzata rappresenta quindi una scelta di sostanza piuttosto che di forma, rispondendo all’esigenza di arricchire di contenuto il concetto di mutualità e di superare i limiti imposti da alcune interpretazione restrittive dell’art. 45 Cost. In particolare, il valore ideale contenuto dell’art. 45 è stato storicamente accompagnato e integrato nella sua pratica applicazione da una sorta di “prevalenza” dell’agire cooperativo in armonia, tra l’altro, con la definizione di scopo mutualistico contenuta nella Relazione al codice civile.

La “prevalenza” ha così trovato un esplicito riconoscimento e contenuto normativo nella riforma del 2003. La sostituzione del termine “prevalenza” a quello di “costituzionale” non equivale al disconoscimento od alla postergazione del principio costituzionale, ma viceversa interviene a colmare una rilevante lacuna normativa. Un ulteriore elemento utile a qualificare l’essenza della cooperativa a mutualità prevalente, deriva dalla collocazione sistematica delle cooperative all’interno del Titolo VI, del Libro V del codice civile e cioè

nell'ambito delle società; in tal modo, si è affermata, in via preliminare, la natura di impresa della cooperativa.

Al riguardo, la Relazione alla legge delega recita: *“Nell'ambito della stessa struttura societaria, dovranno convivere e conciliarsi lo scopo mutualistico e quello lucrativo e, a tale fine, il legislatore delegato dovrà indicare norme che facilitino il miglior conseguimento di entrambi gli obiettivi. Gli strumenti per conciliare questi due scopi dovranno essere previsti non solo per le cooperative protette ma anche per quelle non protette, dal momento che anche queste ultime perseguono uno scopo mutualistico. Il progetto non prevede, invece, società cooperative nelle quali i soci cooperatori perseguono esclusivamente uno scopo di lucro, mentre la legge già disciplina cooperative che perseguono scopi altruistici”*.

La sovrapposizione della causa mutualistica con quella lucrativa impone inevitabilmente al legislatore delegato di introdurre diversi gradi di *“mutualità”*, al fine di riconoscere le agevolazioni normative esclusivamente alle società cooperative meritevoli di tutela.

Il legislatore, all'interno del fenomeno societario, ha così individuato per il *genus* cooperative due *species*: le società cooperative a *“mutualità prevalente”* e le *“cooperative diverse”*, tra loro differenziate essenzialmente da un'opzione statutaria consistente nell'introduzione della clausola di non lucratività e da un'opzione gestionale consistente nella determinazione del requisito della *“prevalenza”*.

Più specificatamente, l'art. 2512 stabilisce che la mutualità prevalente va ricercata in relazione al tipo di scambio mutualistico che intercorre fra socio e cooperativa. Nel caso delle cooperative di consumo o di servizio è richiesto che l'attività sia svolta prevalentemente in favore dei soci consumatori o utenti di beni o servizi.

Nel caso di cooperative di produzione e lavoro è richiesto che nello svolgimento della loro attività le cooperative si avvalgano prevalentemente delle prestazioni lavorative dei soci.

Infine, nell'ipotesi, ad esempio, delle cooperative agricole è richiesto che nello svolgimento dell'attività queste si avvalgano prevalentemente degli apporti di beni o servizi da parte dei soci.

L'art. 2512 c.c. stabilisce, inoltre, che le società cooperative a mutualità prevalente si iscrivono in un apposito Albo tenuto presso il Ministero delle Attività Produttive dove, tra l'altro, dovranno depositare annualmente i propri bilanci.

Preme rilevare che notevoli dubbi ha sollevato la possibilità, contenuta nell'art. 111 *undecies* delle norme di attuazione e transitorie al codice civile di stabilire, con decreto del Ministro delle Attività Produttive, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, *“regimi derogatori al requisito della prevalenza, così come definite dall'articolo 2513, in relazione alla struttura dell'impresa e del mercato in cui le cooperative operano, a specifiche disposizioni normative cui le cooperative devono uniformarsi”*.

La nozione di mutualità si è quindi arricchita di nuovi contenuti rispetto a quelli ante riforma, consentendo a tutte le cooperative di assumere la qualifica di cooperative a mutualità prevalente.

Il riconoscimento di maggiori *“privilegi”* viene così ottenuto attraverso un'integrazione dei requisiti mutualistici già posseduti in precedenza ed all'interno di un contesto giuridico uniforme rispetto al passato, senza quindi produrre alcuna rottura rispetto ad un sistema di riferimento consolidato.

L'esigenza di graduare la mutualità ha indotto il legislatore ad introdurre con l'art. 2513 criteri di natura formale e sostanziale per definire la "mutualità prevalente".

La legge obbliga, infatti, gli amministratori ed i sindaci a documentare le condizioni di prevalenza nella nota integrativa al bilancio.

In termini sostanziali la "prevalenza" è riscontrabile attraverso l'applicazione di tre parametri contabili alle poste di bilancio. Ovviamente tale impostazione, seppur chiara nella sua applicazione pratica, risente dei limiti connessi ad una scelta di tipo quantitativo. In realtà, la "prevalenza" dovrebbe essere definita anche attraverso indicatori che, seppur estranei alle poste di bilancio, qualificano comunque lo scopo mutualistico.

Il primo parametro definito dal legislatore richiede che *"i ricavi dalle vendite dei beni e dalle prestazioni di servizi verso i soci siano superiori al cinquanta per cento del totale dei ricavi delle vendite e delle prestazioni ai sensi dell'articolo 2425, primo comma, punto A1, del codice civile"*. La limitazione alle voci contenute nel punto A1 esclude così dal computo i contributi pubblici che frequentemente le cooperative ricevono nello svolgimento della propria attività.

Il secondo criterio fa riferimento al costo del lavoro dei soci che, affinché si possa parlare di prevalenza, deve essere *"superiore al cinquanta per cento del totale del costo del lavoro di cui all'articolo 2425, primo comma, punto B9, del codice civile"*.

Il terzo criterio si realizza nel caso in cui *"il costo della produzione per servizi ricevuti dai soci ovvero per beni conferiti dai soci è rispettivamente superiore al cinquanta per cento del totale dei costi dei servizi di cui all'articolo 2425, primo comma, punto B7, del codice civile ovvero al costo delle merci o materie prime acquistate o conferite, di cui all'articolo 2425, primo comma, punto B6, del codice civile"*.

L'ultimo comma dell'art. 2513 dispone, inoltre, con esclusivo riferimento alle cooperative agricole, che la condizione di prevalenza sussiste se la *"quantità o il valore dei prodotti conferiti dai soci è superiore al 50% della quantità o del valore totale dei prodotti"*.

Nell'ipotesi in cui la cooperativa *"realizzi contestualmente più tipi di scambio mutualistico, la condizione di prevalenza è documentata facendo riferimento alla media ponderata delle percentuali"* sopra riportate.

Si rileva, infine, il dubbio se l'individuazione di parametri di tipo quantitativo imponga a tutte le cooperative "l'obbligo" di separare contabilmente l'attività "lucrativa" da quella "mutualistica", oppure se tali analisi possa essere effettuata attraverso valutazioni extracontabili.

Al riguardo, in tema di ristorni, l'art. 2545 *sexies*, al secondo comma, obbliga le cooperative a *"riportare separatamente nel bilancio i dati relativi all'attività svolta con i soci, distinguendo eventualmente le diverse gestioni mutualistiche"*.

Da ultimo, si rileva, per completezza, che alcune cooperative sono *ope legis* qualificate a mutualità prevalente ancorché non ricorrano i requisiti di cui agli artt. 2512 e 2514. In tal senso l'art. 111 *septies* delle disposizioni di transitorie di attuazione dispone che: *"Le cooperative sociali che rispettino le norme di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, sono considerate, indipendentemente dai requisiti di cui all'articolo 2513, cooperative a mutualità prevalente. Le cooperative agricole che esercitano le attività di cui all'art.*

2135 del codice sono considerate cooperative a mutualità prevalente se soddisfano le condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 2513 del codice ...".

4.1. I requisiti delle cooperative a mutualità prevalente

L'unicità del fenomeno cooperativo e soprattutto la continuità fra la previgente normativa e la riforma viene elevato a principio normativo dall'art. 2514, che disciplina i requisiti delle cooperative a mutualità prevalente.

Tale disposizione ripete i requisiti di non lucratività imposti dalla legge delega e contenuti nel DPR 601/73 che a sua volta rinvia al d.lgs. C.P.S. n. 1577/1947 ed ai requisiti contenuti nella l. n. 59/1992.

In particolare, le cooperative a mutualità prevalente devono prevedere nei propri statuti la sussistenza contemporanea di quattro requisiti, alcuni dei quali incentrati sulla remunerazione diretta e/o indiretta del "capitale investito" dai soci cooperatori e sovventori.

Il primo requisito fa riferimento al "*divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato del 2,5 per cento*", non ponendo tuttavia alcun limite alla distribuzione di ristorni ai soci.

Il secondo impone alla cooperativa di non "*remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore al due per cento del limite massimo previsto per i dividendi*"; preme rilevare che tale requisito, prima contenuto nella l. n. 59/1992, diviene ora un requisito "mutualistico".

Gli ultimi due requisiti salvaguardano le risorse prodotte ed accantonate dalle cooperative usufruendo di importanti agevolazioni. Per tutelare tali risorse, il legislatore ha escluso per i soci cooperatori la possibilità di procedere ad una distribuzione delle riserve accantonate ed ha imposto che in sede di estinzione dell'ente l'intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, sia devoluto ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

Il rispetto dei requisiti sopra riportati, o la loro eventuale soppressione, viene autonomamente deliberata dalla cooperativa con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria.

Per le cooperative a mutualità prevalente il legislatore tende quindi a disincentivare l'interesse capitalistico dei soci sia tramite la costituzione di riserve indivisibili, sia attraverso l'obbligo di devoluzione del patrimonio a fondi imposti dal legislatore, sia attraverso un limite quantitativo alla remunerazione del capitale.

4.2 La perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente

Il codice civile, trattando delle modifiche dell'atto costitutivo, dispone all'art. 2545 *octies* che la perdita volontaria o involontaria della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente si realizza "*quando, per due*

esercizi consecutivi, la cooperativa non rispetti la condizione di prevalenza, di cui all'articolo 2513, ovvero quando modifichi le previsioni statutarie di cui all'articolo 2514'.

Gli amministratori, sentito il parere del revisore esterno se presente, dovranno redigere il bilancio al fine di determinare il valore effettivo dell'attivo patrimoniale e la sua composizione al fine di individuare e separare le riserve indivisibili da quelle disponibili.

Il patrimonio disponibile potrà essere destinato ai soci, mentre la parte residua sarà comunque contraddistinta da un regime di indisponibilità assoluta che resterà tale anche dopo il mutamento di qualifica.

Il bilancio, poi, deve essere approvato senza rilievi da una società di revisione.

5. LE COOPERATIVE “DIVERSE”

Il secondo comma dell'art. 5 della legge delega prevedeva il tipo delle società cooperative “diverse” da quelle costituzionalmente riconosciute di cui al co. 1, lett. b).

In base a questa previsione, si stabilisce che le cooperative “diverse” appartengono comunque al *genus* della cooperazione, ma si differenziano da quelle costituzionalmente riconosciute che sono in possesso dei requisiti dell'art. 14 del d.p.r. n. 601/1973, che svolgono prevalentemente la propria attività a favore dei soci o che comunque si avvalgono nello svolgimento della propria attività prevalentemente delle prestazioni lavorative dei soci medesimi.

V'è da dire che, non essendo le agevolazioni “di carattere tributario” le uniche agevolazioni riconosciute alle società cooperative in senso lato, alle c.d. cooperative “diverse” troveranno applicazione tutte le agevolazioni (di natura finanziaria, previdenziale o comunque i privilegi sostanziali e processuali, le preliezioni o gli incentivi di varia natura comunemente riconosciuti alle cooperative) fatta eccezione per quelle di tipo tributario.

Relativamente alla disciplina delle società cooperative “diverse”, la riforma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

- a) *“prevedere che le norme dettate per le società per azioni si applichino, in quanto compatibili, alle società cooperative a cui partecipano soci finanziatori o che emettono obbligazioni. La disciplina dovrà assicurare ai soci finanziatori adeguata tutela, sia sul piano patrimoniale sia su quello amministrativo, nella salvaguardia degli scopi mutualistici perseguiti dai soci operatori. In questa prospettiva disciplinare il diritto agli utili dei soci operatori e dei soci finanziatori e i limiti alla distribuzione delle riserve, nonché il ristorno a favore dei soci operatori, riservando i più ampi spazi possibili all'autonomia statutaria;*
- b) *prevedere, al fine di incentivare il ricorso al mercato dei capitali, salve in ogni caso la specificità dello scopo mutualistico e le riserve di attività previste dalle leggi vigenti, la possibilità, i limiti e le condizioni di emissione di strumenti finanziari, partecipativi e non partecipativi, dotati di diversi diritti patrimoniali e amministrativi;*

- c) prevedere norme che favoriscano l'apertura della compagine sociale e la partecipazione dei soci alle deliberazioni assembleari, anche attraverso la valorizzazione delle assemblee separate e un ampliamento della possibilità di delegare l'esercizio del diritto di voto, sia pure nei limiti imposti dalla struttura della società cooperativa e dallo scopo mutualistico;*
- d) prevedere che gli statuti stabiliscano limiti al cumulo degli incarichi e alla rieleggibilità per gli amministratori, consentendo che gli stessi possano essere anche non soci;*
- e) consentire che la regola generale del voto capitario possa subire deroghe in considerazione dell'interesse mutualistico del socio cooperatore e della natura del socio finanziatore;*
- f) prevedere la possibilità per le società cooperative di trasformarsi, con procedimenti semplificati, in società lucrative, fermo il disposto di cui all'articolo 17 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, concernente l'obbligo di devolvere il patrimonio in essere alla data di trasformazione, dedotti il capitale versato e rivalutato, ed i dividendi non ancora distribuiti, ai fondi mutualistici di cui all'articolo 11, comma 5, della legge 31 gennaio 1992, n. 59;*
- g) prevedere anche per le cooperative il controllo giudiziario disciplinato dall'articolo 2409 del codice civile, salvo quanto previsto dall'articolo 70, comma 7, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385”.*

Nel rispetto dei principi contenuti nella legge delega, la parificazione delle cooperative “diverse” alle “cooperative a mutualità prevalente” si riscontra principalmente nel perseguimento della funzione sociale e, in subordine, riguardo ad una serie di requisiti strutturali e funzionali tipici del fenomeno cooperativo. Fra i principali si segnala, tra gli altri, il principio del voto pro capite e della “porta aperta”, seppur con le deroghe espressamente consentite dalla legge.

Sancito, quindi, che le cooperative “diverse” devono comunque perseguire, seppur con minore intensità, lo scopo mutualistico, il legislatore non individua una soglia minima oltre la quale lo scopo mutualistico “degenera” in scopo lucrativo.

6. CONCLUSIONI

L'unitarietà del modello cooperativo recepita dal legislatore delegato nel rispetto del dettato costituzionale ha influito in maniera determinante nella “rielaborazione” della disciplina in tema di società cooperative. Quest'ultima, infatti, nei suoi tratti essenziali e qualificanti, resta ancorata al riconoscimento della funzione sociale ed alla definizione dei principi di non lucratività soggettiva ed oggettiva preesistenti alla riforma ed ora integrati dal principio della “prevalenza”.

Proprio la definizione della cooperativa a “mutualità prevalente” in contrapposizione a quella “diversa” o, meglio, priva del requisito della prevalenza, rappresenta la maggiore innovazione introdotta dalla riforma in esame. In realtà, tale innovazione non ha prodotto una profonda incidenza sul versante disciplinare; l'opzione per il modello di cooperativa s.p.a. o cooperativa s.r.l. è una scelta volontaria e rispondente alle

esigenze operative e gestionali dell'ente piuttosto che al diverso grado di mutualità presentato dalla cooperativa.

Il legislatore non ha, infatti, inteso determinare una netta e profonda contrapposizione fra i due tipi di cooperative, se non con riferimento alle agevolazioni fiscali. Al riguardo, i commi 6 e 7 dell'art. 223 *duodecies* delle disposizioni transitorie di attuazione al codice civile dispongono che: *“Le disposizioni fiscali di carattere agevolativo previste dalle leggi speciali si applicano soltanto alle cooperative a mutualità prevalente. Conservano le agevolazioni fiscali le società cooperative e i loro consorzi che, con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni assembleari dall'articolo 2538, adeguano i propri statuti alle disposizioni che disciplinano le società cooperative a mutualità prevalente entro il 31 dicembre 2004”*.

Ne deriva, quindi, che le disposizioni agevolative o di esenzione diverse da quelle fiscali riconosciute ante riforma alle cooperative restano in vigore e sono legittimamente applicabili indistintamente sia alle cooperative a mutualità prevalente che a quelle “diverse”.

Il legislatore delegato ha, in tal modo, superato l'iniziale equivoco in cui era incorso in sede di prima formulazione della legge delega ove erano previsti due modelli contrapposti di cooperativa: la disciplina sostanziale applicabile alle cooperative sarà, invece, unica.

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it

