

ANDREA ZOPPINI

I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario) *

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il quadro normativo vigente al momento della riforma del diritto societario. Problemi di metodo. — 3. La disciplina delle società cooperative di secondo grado. — 4. Impostazione del problema. — 5. Lo statuto giuridico della società cooperativa controllante (in particolare il controllo per effetto della partecipazione azionaria). — 6. Ammissibilità della cooperativa controllata (fattispecie e disciplina). — 7. Profili della mutualità di gruppo. — 8. Mutualità di gruppo e criteri di calcolo della prevalenza nello scambio mutualistico. — 9. Cenni alla tutela del socio cooperatore nel caso dell'integrazione mutualistica di gruppo.

1. Il lemma «gruppo», quando riferito alle imprese esercitate nella forma della società cooperativa, ha assunto una molteplicità di significati eterogenei, in cui si riflette la peculiarità normativa, anche e forse soprattutto in punto nomogenetico, che ha fatto delle cooperative un sottosettore sistematico — almeno in parte — distinto dal diritto societario generale. Infatti, al gruppo cooperativo sono state ascritte forme di collaborazione e/o d'integrazione tra imprese che non verrebbero certamente in discussione quando si ragiona dei gruppi nel contiguo settore societario ⁽¹⁾.

(*) È il testo, integrato con i riferimenti che sono parsi essenziali, della relazione presentata al convegno *La disciplina civilistica e fiscale della «nuova società cooperativa»*, che si è tenuto a Genova, 1° e 2 ottobre 2004.

(1) Per averne consapevolezza è sufficiente consultare i principali studi sulla materia e segnatamente quelli raccolti da V. BUONOCORE (a cura di), *I gruppi cooperativi*, Milano, 1997, e da G. SCHIANO DI PEPE e R. GENCO (a cura di), *Cooperative e gruppi di società*, Milano, 1992. Per taluni commenti sulla disciplina riformata delle società cooperative v. in particolare A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004; V. BUONOCORE, *La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 507 ss.; AA.VV., *La riforma del diritto societario cooperativo*, Atti del convegno di Genova, 14 febbraio 2003, Roma, 2003; R. GENCO (a cura di), *La riforma delle società cooperative*, Milano,

Per lungo tempo, l'impresa mutualistica è stata identificata con la società monade, assumendo che tale connotato dovesse essere un predicato in certo qual modo coessenziale alla mutualità: la gestione di servizio nei confronti dei soci esigeva, in quella prospettiva, la coincidenza immediata tra il regime di esercizio dell'impresa mutualistica e la partecipazione sociale a *quella* società ⁽²⁾. Dunque, il connotato causale verrebbe a riverberarsi sul piano della capacità giuridica, rendendo la stessa limitata e funzionale.

Ciò ha concorso a depotenziare lo sviluppo economico-imprenditoriale della società cooperativa e ha posto il problema, pratico ma anche teorico e sistematico, di vagliare le possibili modalità d'integrazione delle imprese mutualistiche tra loro e con le società di capitali. È, infatti, noto che, a fronte del fatto che le imprese lucrative italiane tendono ad essere comparativamente più piccole e meno capitalizzate dei competitori internazionali, questo dato statistico si presenta ulteriormente accentuato per le società cooperative ⁽³⁾. Non è d'altra parte un caso, che la voce autorevole di un Maestro della cooperazione, oltre che del diritto commerciale — quella di

2004; G. MARASÀ, *Problemi della legislazione cooperativa e soluzioni della riforma*, ivi, 2003, II, 639 ss., e ID. (a cura di), *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, Padova, 2004; C. Borzaga e A. FICI (a cura di), *La riforma delle società cooperative. Vincoli e opportunità nel nuovo diritto societario*, Trento (Edizioni31), 2004. Sull'attuazione della legge delega nella materia delle società cooperative v. in part. le relazioni di A. BASSI, *La «filosofia» della riforma delle società cooperative*, e di G. BONFANTE, *La società cooperativa*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Atti del convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002, Milano, 2003, rispettivamente pp. 271 ss. e 281 ss.; e i saggi raccolti da P. BENAZZO, S. PATRIARCA e G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, alle pp. 181 ss.; F. GRAZIANO (a cura di), *La riforma del diritto cooperativo*, Padova, 2002; A. BASSI, *Il futuro della cooperazione nei progetti di riforma delle società non quotate*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, 3 ss. Per l'evoluzione storica della materia G. BONFANTE, *La legislazione cooperativa. Evoluzione e problemi*, Milano, 1984 e per la disciplina in vigore sino al 2003 v., naturalmente, ID., *Imprese cooperative*, in *Commentario del c.c. Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, II, *Del lavoro* (art. 2511-2545), Bologna, 1999; A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988; V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997; G. TATARANO, *L'impresa cooperativa*, in *Trattato di dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, diretto da L. Mengoni, Milano, 2002. E soprattutto i molti e fondamentali studi di G. OPPO (ad iniziare da *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 376 ss.) ora raccolti in *Diritto delle società. Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1992, 494 ss.

⁽²⁾ Anche se merita ricordare che la solidarietà intercooperativa risale all'Ottocento e precede di molti decenni il riconoscimento normativo delle società consortili in forma di società lucrativa, cfr. sul punto R. ZANGHERI, G. GALASSO e VALERIO CASTRONOVO, *Storia del movimento cooperativo in Italia*, Torino (Einaudi), 1987.

⁽³⁾ NOMISMA, *Regole e istituzioni per un mercato efficiente. La forma cooperativa fra*

Vincenzo Buonocore — abbia ravvisato proprio nei gruppi il *futuro* della mutualità cooperativa.

Proprio la polisemia del gruppo cooperativo m'induce a perimetrare il campo di quest'indagine: intendo verificare quali siano i problemi che si pongono quando un'impresa si articola in una pluralità di autonomi centri d'imputazione soggettiva sottoposti ad una comune direzione e coordinamento; segnatamente, quali problemi pone il frazionamento giuridico dell'impresa economicamente unitaria, in particolare quando la veste giuridica assunta sia, in parte o in tutto, quella della società cooperativa.

È, da subito, opportuno avvertire che quello indicato è un terreno che oggi si presenta all'interprete in gran parte inesplorato, visto che su questa materia la riforma del diritto societario propone talune delle innovazioni più significative. Non v'è dubbio, infatti, che le nuove norme inevitabilmente imporranno un significativo aggiornamento delle categorie concettuali attraverso le quali i problemi dei gruppi sono stati, sino ad oggi, affrontati e risolti.

2. Ad una prima e sommaria ricognizione, il quadro normativo di riferimento intorno al quale si è sviluppato il dibattito sui gruppi cooperativi non si è modificato a séguito della riforma.

Le principali problematiche inerenti all'integrazione delle imprese cooperative ruotavano, infatti, intorno ⁽⁴⁾:

i) alle norme dedicate ai consorzi cooperativi che si leggono agli artt. 27, 27-bis, 27-ter della c.d. legge Basevi (d.lg.c.p.s. 14 dicembre 1947, n. 1577, come riformato dall'art. 5, l. 17 febbraio 1971, n. 127), norme che tuttavia disciplinano sotto il medesimo *nomen iuris* fenomeni intrinsecamente diversi e rispettivamente: a) le cooperative complesse o, detto altrimenti, di secondo grado; b) le cooperative ammesse agli appalti di opere pubbliche, cui si applica per rinvio la legge 25 giugno 1909, n. 422, e il titolo V del regolamento approvato con regio decreto 12 febbraio 1911, n. 278, che come tale rimane tutt'ora in vigore; c) quanto ai consorzi di cooperative per il coordinamento della produzione e degli scambi, si tratta d'una fattispecie che deve ritenersi ormai assorbita dall'istituto dei consorzi tra imprenditori di cui agli artt. 2602 ss. c.c. (come riformati dalla l. 10 maggio 1976, n. 377).

antiche esperienze e nuovi bisogni, Ricerca promossa della Lega Nazionale Cooperative e Mutue, Bologna (Editrice Emilia Romagna), Mimeo, 1995.

⁽⁴⁾ V. i saggi raccolti da V. BUONOCORE ne *I gruppi cooperativi* (nt. 1) e ad es. R. GENCO, *I profili patrimoniali del gruppo cooperativo*, 65 ss.

ii) All'esplicito riconoscimento legislativo della partecipazione delle società cooperative quali soci di società di capitali, operato dall'art. 27-*quinquies* della «legge Basevi» come riformato dalla l. 19 marzo 1983, n. 72 (c.d. Visentini-*bis*).

iii) All'art. 25 del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 (in attuazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE), che prevede l'obbligo di redigere il bilancio consolidato anche per «le società cooperative e le mutue assicuratrici che controllano una società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata».

iv) A quanto può desumersi *a fortiori* dall'art. 106 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), ove si fa esplicito riferimento alla forma della società cooperativa per quanto concerne i soggetti operanti nel settore finanziario.

Mentre la previsione in materia di consolidato civile realisticamente prende atto dell'esistenza di gruppi di società al cui vertice si pone una società cooperativa, nei primi due casi le norme sono state pensate e scritte dal legislatore per rimuovere un'asserita incapacità della società cooperativa, sia al fine di ammettere nella compagine sociale soci che non fossero persone fisiche, sia per consentire alle cooperative di partecipare una società che espone un diverso connotato causale.

Erano questi i limiti tipologici che si traevano induttivamente dalla causa mutualistica e/o dagli elementi inderogabili della forma cooperativa, sì che le fattispecie disciplinate nella «legge Basevi» si ritenevano espressione di norme eccezionali di stretta interpretazione⁽⁵⁾. Si tratta d'un paradigma ricorrente nella tecnica interpretativa adottata nel sottosettore della legislazione cooperativa, oggetto d'un precoce e radicale svuotamento delle norme codicistiche che avevano perso qualsiasi ruolo orientante della materia, mentre quelle extracodicistiche erano ritenute norme eccezionali insuscettibili di esprimere principi generali.

Al quadro normativo che ho appena riassunto, il legislatore delegato si sarebbe, dunque, limitato ad aggiungere una fattispecie ulteriore, che in nulla innova il quadro precedentemente vigente: il gruppo cooperativo paritetico, la cui disciplina si legge all'art. 2545-*septies* c.c.⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Ad es. L.F. PAOLUCCI, *La partecipazione di cooperative in società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 1991, 133 ss.

⁽⁶⁾ Su cui si v. G. BONFANTE, *Sub art. 2545 septies*, in *Il nuovo diritto societario*, *Commentario* diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, vol. III, Bologna, 2004, 2634 ss.; E. PAOLINI, *Il gruppo cooperativo*, in *Contratto e impresa*, 2003, 619 ss.; G. COLANTONIO, *Una figura giuridica nuova: il gruppo cooperativo paritetico*, in *Riv. coop.*, n. 2, 2004, 138 ss.; R. GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, testo della

Questa conclusione, per quanto apparentemente corretta, dev'essere radicalmente ripensata, atteso che, a mio parere, il quadro sistematico si presenta oggi profondamente mutato; ciò che, evidentemente, impone una diversa proposta ricostruttiva dell'intera materia.

Infatti, la riforma del diritto societario ha ricondotto al diritto comune del codice civile la disciplina delle società cooperative ed ha informato sia la riforma delle società lucrative sia la riforma delle società mutualistiche ai medesimi principî, com'è agevole argomentare dal fatto che gli obiettivi fissati al legislatore delegato all'art. 2 trovano applicazione, ai sensi dell'art. 5 — e seppure nel limite della compatibilità —, anche alla materia cooperativa⁽⁷⁾.

È pertanto opportuno indicare talune premesse logiche al discorso che si viene svolgendo, che attengono sia alla tecnica normativa adottata sia al riflesso sistematico della scelta di «ricodificare» il diritto delle società cooperative.

a) In primo luogo, è bene muovere dalla considerazione che, per il legislatore delegante, la conglomerazione è un fenomeno efficiente, il che impone conseguentemente di rivedere il principio che invece considera ogni società e il relativo interesse sociale isolatamente. È logico ritenere che di ciò il legislatore delegato abbia tenuto conto (*anche*) nel disciplinare le società cooperative, sia nelle regole ad esse direttamente riservate, sia in quelle che si rivolgono alle società mutualistiche per il medio normativo dell'art. 2519 c.c. e che mutuano la disciplina delle società lucrative.

b) In secondo luogo, è opportuno tenere a mente una determinazione che ha rilevanti implicazioni proprio per quanto concerne la materia cooperativa: il legislatore delegato ha scelto di non operare abrogazioni formali, un compito súbito apparso arduo, se non di proibitiva realizzazione, e suscettibile di essere compiuto solo una volta che le novità della riforma fossero state effettivamente metabolizzate dal sistema.

relazione presentata al seminario organizzato da Scuolacoop «Gruppi cooperativi, gruppi di società, consorzi e raggruppamenti di imprese. Nuove forme di coordinamento e collaborazione», Montelupo Fiorentino (FI), 27 ottobre 2004 che la cortesia dell'Autore mi ha consentito di leggere (in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*); M. IENGO, *Il gruppo cooperativo paritetico*, testo della relazione tenuta a Bologna l'11 gennaio 2005, al convegno promosso dall'Associazione nazionale delle cooperative di produzione e lavoro e dall'Associazione delle cooperative di servizi sul tema «Recepimento della Direttiva Unificata lavori, servizi e forniture», che la cortesia dell'Autore mi ha consentito di leggere.

(7) Volendo su questo tema si v. A. ZOPPINI, *Il nuovo diritto delle società cooperative: un'analisi economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 439 ss.

Si trattava, infatti, d'un'operazione che, per il rischio di omissioni o di addizioni, avrebbe potuto determinare pericolosi sviamenti negli interpreti, sì che si è ritenuto preferibile la via dell'abrogazione tacita. Inoltre, e non si tratta certamente d'una notizia riservata che appartiene agli *interna corporis* della Commissione di riforma del diritto societario, nella materia cooperativa la scelta di non operare abrogazioni era sostenuta anche dall'incerto esito delle proposte elaborate in sede tecnica (ed è per questo che la relazione al testo di riforma si preoccupa di affermare espressamente la sopravvivenza di talune delle norme speciali previgenti).

c) Il legislatore delle società cooperative ha codificato i principi generali della materia, facendo affiorare nel codice quelle regole che, affermatesi nella legislazione speciale, avevano meglio espresso le linee condivise nell'evoluzione della materia. Ciò concretamente significa che le norme oggi contenute nel codice civile propongono i principi generali suscettibili di applicazione estensiva ed analogica ed assumono, conseguentemente, un ruolo ordinante rispetto alle regole contenute nelle leggi speciali tutt'ora vigenti, di cui l'interprete è chiamato a verificare l'effettività e a ricondurle a sistema il contenuto normativo. E ciò in base al canone ermeneutico in ordine al quale la norma generale posteriore, e il principio in essa contenuto, modifica il senso precettivo della norma speciale anteriore (*se e*) quando il contenuto della prima ridefinisce l'ambito di vigenza della norma speciale anteriore.

d) Infine, il legislatore delle società cooperative ha "svuotato" il valore precettivo di molti istituti collocati nelle leggi speciali, talora dettando norme o frammenti di fattispecie che presuppongono e assorbono i fenomeni precedentemente regolati fuori dal codice o che direttamente contraddicono o superano le norme imperative di divieto precedentemente dettate ⁽⁸⁾.

3. Un esempio per certi aspetti emblematico di quanto s'è appena considerato può ravvisarsi con riguardo alle cooperative di secondo grado, la cui disciplina si legge all'art. 27 della legge Basevi.

⁽⁸⁾ Un caso in cui il valore precettivo delle norme speciali si è perso, è costituito dagli strumenti finanziari nel rapporto tra la disciplina di cui agli artt. 4 e 5 della l. 31 gennaio 1992, n. 59 e la nuova disciplina dell'art. 2526 c.c.: non vi è dubbio che la precedente disciplina rimane formalmente in vigore e che quindi sia possibile fare riferimento alle fattispecie in essa previste nelle future delibere di emissione di azioni di partecipazione cooperativa o di socio sovventore; si tratta, tuttavia, di disposizioni che non assumono un carattere imperativo, atteso che al medesimo risultato può pervenirsi per il tramite dell'autonomia statutaria riconosciuta dall'art. 2526 c.c.

Il fenomeno è oggi integralmente riassunto alla disciplina di diritto comune, considerato che le cooperative di secondo grado possono costituirsi quale società cooperativa ai sensi degli artt. 2511 ss. c.c., come si desume agevolmente dalla previsione che soci d'una società cooperativa possano essere anche persone giuridiche (cfr. artt. 2521, comma 3, n. 3, 2542, comma 2, c.c.), e così pure da quanto dispone l'art. 2538, comma 4, c.c., ove si prevede che per le società cooperative in cui i soci realizzano «l'integrazione delle rispettive imprese o di talune fasi di esse» è possibile derogare al principio del voto capitaro, attribuendo i diritti amministrativi in proporzione allo scambio mutualistico.

Ciò significa che soci d'una società cooperativa possono essere anche *solo* società lucrative, in quanto pure le società di capitali possono realizzare quella particolare forma d'integrazione economica caratteristica della causa mutualistica, che si ha quando i soci non intendono conseguire la massima remunerazione del conferimento, ma si prefiggano di percepire il risultato imprenditoriale nella forma della massimizzazione delle occasioni di scambio ⁽⁹⁾.

Merita sul punto segnalare che emerge un obiettivo difetto di coordinamento formale tra la norma speciale e quella del codice che disciplina il numero minimo dei soci (artt. 27 «legge Basevi» e 2522 e 2519 c.c.), problema che ritengo possa risolversi in via d'interpretazione sistematica, seppure al prezzo della ricostruzione ortopedica della disciplina. All'esito del coordinamento degli artt. 2522 c.c. e 27 della «legge Basevi» può argomentarsi che una società cooperativa cui si applicano le norme sulla società per azioni può costituirsi anche con solo tre soci che siano persone giuridiche (e fermo restando, in questo caso, la necessità di attenersi alle previsioni in ordine al valore dei conferimenti, come vuole l'art. 27 della «legge Basevi»). Dall'ordito normativo che disciplina le cooperative di secondo grado deriva, quindi, una duplice deroga a quanto dispone l'art. 2522 c.c., ove si prevede che i soci debbano essere almeno nove, e così pure a quanto disposto dall'art. 2519 c.c., in ordine al quale quando i soci sono meno di nove devono essere persone fisiche.

Dunque, *i*) la cooperativa di secondo grado è oggi sussunta alla disciplina di diritto comune; *ii*) l'art. 27 della «legge Basevi» deroga alla fattispecie descritta nel codice civile con riguardo essenzialmente al numero minimo dei soci.

⁽⁹⁾ Peraltro in questo senso, già prima della riforma, v. R. COSTI, *La vigilanza sul gruppo cooperativo*, in V. BUONOCORE, *I gruppi cooperativi* (nt. 1), 51 ss., a 55.

4. Il fenomeno del gruppo nel senso che s'intende affrontare in queste pagine, segnatamente quello che emerge alla luce del nuovo diritto societario dall'impresa economicamente unitaria ma giuridicamente plurima, pone problemi che possono concettualmente raccogliersi sotto due epigrafi di matrice germanica: *Organisationsrecht* e *Schutzrecht* ⁽¹⁰⁾. Infatti, l'esistenza d'un gruppo di società sottende sia un problema inerente alle regole che consentano l'«emersione» della logica imprenditoriale di gruppo (cfr., esemplarmente, l'art. 2497-ter c.c.), sia un problema che attiene ai mezzi di tutela apprestati a favore dei soggetti potenzialmente pregiudicati (art. 2497, comma 1, c.c.).

Ciò impone di vagliare le conseguenze che si determinano sul piano dell'assetto organizzativo e dei poteri dispositivi, in relazione al fatto che una società, e poi una società cooperativa, sia artefice o destinataria di attività di direzione e coordinamento. Al contempo, si deve verificare quali siano le norme di tutela che trovano applicazione in vista delle conseguenze che l'attività di direzione e coordinamento produce sulla sfera patrimoniale dei soci «esterni» e dei creditori delle società controllate.

Alla luce di queste considerazioni, ritengo che i problemi posti dall'integrazione (tendenzialmente *verticale*) dell'impresa mutualistica e la sua segmentazione in regimi giuridici frazionati, possa concettualmente essere ordinata sia in relazione al fatto che la società cooperativa operi l'altrui direzione e coordinamento ovvero la subisca, sia in ragione dell'incidenza del gruppo sulle modalità attuative della causa mutualistica. In questa logica, gli ideali assi cartesiani che consentono di ordinare logicamente il tema dei modelli di integrazione tra imprese mutualistiche possono essere tracciati vagliando:

a) se la società cooperativa eserciti attività di direzione e coordinamento per effetto della partecipazione in società lucrative (ovvero per il fatto di avere concluso un contratto «di dominazione» a ciò destinato);

b) se la società cooperativa sia *controllata* da un'altra società cooperativa o da un altro ente, dovendosi in questo caso porre il più radicale interrogativo se si tratti d'un fenomeno ammissibile e, in caso di risposta affermativa, in quali limiti e applicandosi quali regole;

c) se il fenomeno dell'integrazione di gruppo involga le modalità in cui si realizza lo scambio mutualistico tra la cooperativa e i soci: segnatamente ci si deve chiedere se possa configurarsi una mutualità *di gruppo*, e in che

⁽¹⁰⁾ Cfr. U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 61 ss.

modo la partecipazione allo scambio mutualistico si rifranga sulla struttura organizzativa delle società partecipate;

d) come la mutualità di gruppo, individuandone le caratteristiche, incida sulla *prevalenza* negli scambi con i soci, parametro oggi assunto a criterio identificativo di un *sottotipo* di società cooperativa (art. 2512 c.c.), ma più in generale connotato della fisionomia causale della società cooperativa medesima.

Merita da subito avvertire, già leggendo le norme che il legislatore ha dettato sotto la rubrica della « direzione e coordinamento » (agli artt. 2497 ss. c.c.), che il fulcro della tutela è centrato essenzialmente nell'interesse *patrimoniale* del socio ed è, per conseguenza, letto nella prospettiva della tutela dell'investimento, piuttosto che dell'interesse alla gestione dell'impresa. Ciò, evidentemente, impone un adeguamento quando il problema è affrontato nella peculiare prospettiva della società cooperativa, in quanto deve necessariamente coniugarsi con la tutela del socio all'integrazione mutualistica, quale interesse di carattere non patrimoniale, ma strumentale alla gestione di servizio.

Infatti, ad una prima e sommaria ricognizione, dalle norme del diritto cooperativo riformato possono trarsi indicazioni sufficientemente precise quanto ⁽¹¹⁾: i) al valore organizzativo che assume nell'assetto della società lo scambio mutualistico, che deve trovare coerente rappresentazione nello scopo sociale e, poi, nelle norme dell'atto costitutivo e nei regolamenti mutualistici; ii) al fatto che l'integrazione mutualistica tra i soci si rifletta sia sul piano della posizione individuale del socio, come esemplarmente attesta la norma che impone « il principio di parità di trattamento » (art. 2516 c.c.); iii) al piano della *governance* societaria determinando uno « slittamento » sistematico delle competenze gestionali dell'impresa che incidono sulla dimensione mutualistica; iv) al collegamento del beneficio fiscale alla prevalenza dell'attività con i soci.

5. Il tema della società cooperativa che assume, in particolare attraverso la partecipazione a società di capitali, il ruolo di *holding* costituisce il profilo senz'altro più indagato e rispetto al quale le norme riformate confortano opinioni già precedentemente argomentate.

⁽¹¹⁾ Di grande rilievo, anche per la comprensione della nuova disciplina, l'analisi di D. PREITE, *Modificazioni dell'ordinamento sulle imprese cooperative al fine di favorirne le funzioni di efficienza ed equità sociale*, in E. GRANAGLIA e L. SACCONI (a cura di), *Cooperazione, benessere e organizzazione economica*, Milano (Franco Angeli), 1992, 241 ss.

Intanto, e preliminarmente, non ha più senso interrogarsi se l'art. 27-*quinquies* della « legge Basevi » ponga una limitazione nella partecipazione alle sole società per azioni e alle società a responsabilità limitata, che sono i tipi espressamente richiamati dalla norma, in quanto trova applicazione — per effetto dell'art. 2519 c.c. — la regola che si legge all'art. 2361, comma 2, c.c., con la conseguenza che la partecipazione può riguardare anche i tipi societari da cui discende la responsabilità illimitata del socio.

Parimenti, due temi, precedentemente discussi, si avviano oggi verso approdi condivisi: mi sembra, infatti, convincentemente argomentabile che la partecipazione della società cooperativa come socio d'una società lucrativa, *di per sé*, non importi né la distorsione della causa della società partecipante né della società partecipata.

Un'alterazione funzionale della società cooperativa controllante non si determina, evidentemente, sin tanto che gli utili che derivano dall'attività delle società controllate — e che vanno considerati, in principio, come provenienti dall'attività con terzi — sono distribuiti al socio coerentemente alla causa mutualistica e in conformità dei limiti tassativi che essa impone alla remunerazione del capitale (art. 2513, comma 1, lett. *a*) e 2545-*quinquies* c.c.)⁽¹²⁾. Si tratta, d'altra parte, del medesimo problema che si pone in tutti i casi in cui la controllante non condivide la medesima causa giuridica della controllata, come avviene paradigmaticamente nel caso dell'ente non lucrativo che partecipi a società di capitali⁽¹³⁾.

Per altro verso, non ha più ragione di porsi il problema se le società lucrative controllate si trasformino a loro volta in società mutualistiche perché, per il tramite dell'attività di direzione e coordinamento, si realizza l'interesse imprenditoriale di una società cooperativa. La società controllata rimane informata dal connotato lucrativo, il che giustifica che trovino applicazione le norme poste a tutela dei soci di minoranza, che sono affidate essenzialmente: *a*) alla facoltà di esercitare il recesso all'inizio e alla fine della direzione e coordinamento (art. 2497-*quater* c.c.); *b*) all'azione prevista dall'art. 2497 c.c., nel caso in cui si produca una lesione dell'aspettativa alla redditività della partecipazione sociale⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Cfr. F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società. Trattato* diretto da F. Galgano, Torino, 2001, 193 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 164 ss.

⁽¹⁴⁾ R. GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, testo cit.; cfr., seppure ad altro riguardo, G.B. PORTALE, *Fondazioni « bancarie » e diritto societario*, testo dell'intervento svolto alla Tavola rotonda organizzata dall'Accademia Nazionale dei Lincei su *Le fondazioni di origine bancaria: problemi e prospettive* (Roma, 26 novembre 2004), in questa *Rivista*, 2005, 23 ss.

Pertanto, il limite di carattere generale all'esercizio mediato di imprese e così pure all'assunzione di partecipazioni, anche non strumentali, si trae, essenzialmente, dalla regola dettata per la società per azioni all'art. 2361, comma 1, c.c., che vieta l'assunzione di partecipazioni «se per la misura o l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente alterato l'oggetto sociale determinato dallo statuto». Del pari, nel caso della cooperativa cui si applica la disciplina della società a responsabilità limitata (art. 2519, comma 2, c.c.), il limite è fermato dall'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c., che riserva all'assemblea «la decisione di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo».

Dalla norma si deriva, *a contrario*, la libertà di assumere partecipazioni sociali strumentali all'oggetto sociale ovvero idonee a realizzare un mero investimento finanziario e, questa volta direttamente, un limite esterno e indiretto, la cui violazione si pone all'esito d'un accertamento *a posteriori*, che tuttavia nelle cooperative può realizzarsi alla luce del nesso tra lo scopo sociale e lo scambio mutualistico.

A voler operare una prima ricognizione delle conseguenze che produce la violazione dell'art. 2361, comma 1, c.c., esse possono apprezzarsi a vari livelli e segnatamente: *i*) in termini di responsabilità degli amministratori (cfr. artt. 2392 ss., 2408, 2409 c.c.); *ii*) quanto all'incidenza sullo *status* di cooperativa a mutualità prevalente, ove evidentemente tale condizione sussista; *iii*) in punto di controlli (art. 2545-*quaterdecies* ss. c.c.), qualora possa in concreto diagnosticarsi il venir meno dello scopo mutualistico se lo svolgimento (*mediato*) di attività lucrativa (tramite le partecipazioni eccedenti ai limiti dell'art. 2361, comma 1, c.c.) abbia quale conseguenza che la società cooperativa «non persegua [...] lo scopo mutualistico o non sia[...] in condizione di raggiungerlo»⁽¹⁵⁾.

Parimenti, anche alla società cooperativa controllante trovano applicazione, per il medio dell'art. 2519 c.c. le norme che definiscono lo statuto organizzativo della società posta al vertice di un gruppo (cfr. gli artt. 2381, comma 5, 2304-*bis*, 2409 c.c.)⁽¹⁶⁾. Inoltre, merita sottolineare che l'esercizio di attività di direzione e coordinamento può riflettersi sulle attribuzioni del consiglio di amministrazione, posto che la gestione delle partecipazioni, se e nella misura in cui venga ad «incid[ere] sui rapporti mutua-

⁽¹⁵⁾ Su questo problema ho potuto consultare il parere *pro veritate* reso il 21 giugno 2004 da Livia SALVINI e Adriano ROSSI, *Il concetto di mutualità nel nuovo diritto societario e la nuova disciplina civilistica e fiscale delle cooperative a mutualità prevalente*.

⁽¹⁶⁾ V. a questo riguardo U. TOMBARI (nt. 10), *loc. cit.*

listici» non può essere delegata, ma necessariamente rientra, ai sensi dell'art. 2544, comma 1, c.c. nelle competenze consiliari indelegabili.

6. Senz'altro più controverso è il tema inerente alla possibilità che una società cooperativa sia *soggetta* ad attività di direzione e coordinamento.

Quanto alla fonte della direzione e coordinamento, sino alla riforma si è generalmente escluso che il controllo d'una cooperativa potesse discendere dalla partecipazione al capitale sociale, e ciò essenzialmente in considerazione dei limiti che fattualmente determina la regola che impone il voto capitario. Tuttavia, l'ipotesi di partecipazioni di controllo, già precedentemente prospettata sulla base dell'art. 2535, comma 3, c.c., ha sviluppato oggi ulteriori profili di realizzazione pratica, solo che si pensi alla possibilità che si abbiano partecipazioni reciproche, realizzandosi così fenomeni di *interlocking directorates*, e così pure a quanto discende: i) dalle deroghe al voto capitario, nelle ipotesi in cui sono ammesse dall'art. 2538 c.c.; ii) dall'attribuzione di diritti amministrativi agli strumenti finanziari (artt. 2526, 2542, 2543, 2544 c.c.) ⁽¹⁷⁾.

Maggiore interesse riveste la possibilità che una cooperativa attribuisca convenzionalmente ad un'altra società il potere di esercitare attività di direzione e coordinamento e, dunque, che abbia a realizzarsi una forma di «alienazione convenzionale del governo» d'una società mutualistica ⁽¹⁸⁾.

Che una cooperativa possa essere *controllata* costituisce indubbiamente un tema particolarmente delicato e controverso, atteso che è stato ed è tutt'ora contestato, nella letteratura domestica e in quella di altri ordinamenti, che una società mutualistica possa soggiacere a forme di *eteroamministrazione* e controllo ⁽¹⁹⁾. In particolare, a precludere questo fenomeno starebbe il principio che esige l'autonomia amministrativa e gestionale della società cooperativa, il cui epifenomeno e momento di emersione sul piano normativo si ravvisa nella norma che, imponendo il voto capitario, disan-

⁽¹⁷⁾ Cfr. prima della riforma F. DI SABATO, *Il gruppo polifunzionale nella cooperazione di credito: aspetti giuridici*, in *Banca borsa*, 1993, I, 417 ss. e, soprattutto, un accenno significativo in R. COSTI (nt. 9), 58.

⁽¹⁸⁾ Prendo la formula e ricavo taluni spunti analitici da P. SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *I gruppi di società* (Atti del convegno di Venezia, 16-18 novembre 1995), vol. III, Milano, 1996, 2175 ss.

⁽¹⁹⁾ J.M. EMBID IRUJO, *Der Konzern im Genossenschaftsrecht*, in *Festschrift für M. Lutter*, Köln, 2000, 1083 ss.; B. GROßFELD e J. BERNDT, *Die eingetragene Genossenschaft im Konzern*, in *AG*, 1998, 116 ss.

cora i diritti amministrativi dalla partecipazione sociale e non consente la formazione di una maggioranza assembleare precostituita.

D'altra parte, una diversa lettura del fenomeno presuppone che siano sciolti taluni nodi, concettuali e disciplinari, in ordine alla stessa ammissibilità dei contratti di dominazione, fattispecie che presenta margini d'incertezza anche per quanto concerne le società lucrative. Il problema si presenta ancora più complesso nel caso della società cooperativa, rispetto alla quale si deve verificare *se*, e allora *in che termini*, sia possibile rendere il controllo compatibile con la gestione mutualistica, con i principî di autonomia amministrativa che sono caratteristici di questo tipo societario e così pure come ciò si rifletta sulle possibilità e modalità dello scambio mutualistico e sull'interesse gestorio del socio.

Una risposta a questo interrogativo deve necessariamente muovere dall'analisi dell'art. 2545-*septies* c.c., ove trova disciplina una fattispecie che il legislatore ha denominato « gruppo cooperativo paritetico »⁽²⁰⁾. La norma ha dischiuso molti più interrogativi dei problemi che ha risolto: qui meritano di essere ricordati i temi fondamentali intorno ai quali ruota il dibattito:

i) in primo luogo, ci si chiede quale sia la funzione del nuovo istituto e se esso aggiunga una nuova fattispecie — di cui taluno ha denunciato la sostanziale inutilità — ai modelli associativi di imprese cooperative già positivamente disciplinati⁽²¹⁾;

ii) in secondo luogo, è incerto se la norma disciplini quello che è considerato un gruppo paritetico in senso stretto ovvero (*anche* e soprattutto) un gruppo gerarchico;

iii) infine, ci si chiede se detta disciplina abbia determinato un *Typuszwang* (dovendo, allora, la società cooperativa necessariamente accedere a

⁽²⁰⁾ V. per letture della norma orientate sistematicamente in senso non coincidente R. COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in *Banca borsa*, 2003, I, 379 ss., e M. LAMANDINI, *Il gruppo bancario paritetico: profili di diritto societario e antitrust*, ivi, 2003, I, 388 ss.; e diversamente R. SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-*septies* c.c.)*, testo dattiloscritto destinato agli *Studi in onore di V. Buonocore*, che la cortesia dell'Autore mi ha consentito di leggere; in effetti, va detto con onestà che la lettura proposta da S. è più aderente al testo originario della legge delega, ove all'art. 5, 1° comma, lett. f) richiedeva di « disciplinare la figura del gruppo cooperativo quale insieme formato da più società cooperative, anche appartenenti a differenti categorie, con la previsione che lo stesso, esercitando poteri ed emanando disposizioni vincolanti per le cooperative che ne fanno parte, configuri una gestione unitaria » (mentre nulla era previsto dalla bozza di legge delega Mirone).

⁽²¹⁾ Sul problema del coordinamento del gruppo cooperativo con la previgente disciplina v. V. BUONOCORE, *Il gruppo cooperativo paritetico*, testo dattiloscritto consultato grazie alla cortesia dell'Autore, in corso di pubblicazione in *Riv. giur. sarda*.

quel modello di regolamento e non potendo fare ricorso ad altri), ovvero se le cooperative possano accedere anche ad altre forme di contratti di gruppo o di dominazione, ad iniziare dalla fattispecie presupposta dall'art. 2497-*septies* c.c.

Va detto, con onestà, che l'epigrafe della norma può avere fuorviato la riflessione sulla fattispecie; da essa, in effetti, può derivarsi una lettura che contraddice il testo della norma, almeno per chi con gruppo contrattuale paritetico voglia identificare esclusivamente quella « fattispecie di collegamento fra imprese giuridicamente distinte le quali orientano la propria attività secondo una comune strategia economica senza che nessuna di esse sia in grado di esercitare un potere di controllo e di influenza dominante sulle altre » (22). In effetti, mi pare incontestabile che questa definizione non descrive il contenuto obiettivo della norma, almeno se interpretata alla luce del « significato proprio delle parole secondo la connessione di esse ».

Posso peraltro testimoniare, per quel poco che ciò vale, che la ragione per cui compare il lemma « paritetico » nell'epigrafe si radica nel fatto che la formulazione, originariamente adottata e recepita in una versione precedente dell'articolato, di « gruppo cooperativo » era ancora più fuorviante, ciò che (forse) ha indotto ad aggiungere il riferimento alla natura *paritetica*, in quanto fondata sull'accordo contrattuale.

Al di là della vicenda nomogenetica, merita piuttosto ricordare che l'elaborazione teorica del gruppo paritetico si radica in un ambiente normativo che considerava i contratti di dominazione radicalmente nulli, in quanto il nostro ordinamento non tollerava l'abdicazione su base consensuale del governo societario; per converso, nell'ambiente tedesco, che i contratti di dominazione ammette sottoponendoli, però, a regole di tutela peculiari, il contratto di gruppo paritetico costituisce una tecnica di disapplicazione delle regole che disciplinano il contratto di dominio.

È, tuttavia, metodologicamente inopportuno proporre letture delle nuove norme alla luce di opzioni sistematiche che sono maturate in ambienti normativi diversi da quello vigente, il che — intanto — impone di non attribuire alla rubrica dell'articolo del codice un valore orientante o dirimente. Il tema richiede, invece, un più radicale ripensamento e, verosimilmente, oggi non siamo in grado — o almeno non lo sono io — di valutare pienamente la ricaduta sistematica delle nuove norme.

(22) Così G. CAMPOBASSO, *Organizzazione di gruppo delle banche di credito cooperativo e gruppi (bancari) paritetici*, in *Banca borsa*, 1997, I, 553 ss.; e una compiuta analisi del tema prima della riforma nello studio di R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.

Dico subito che intendo proporre come tesi interpretativa, senza darmi carico di dimostrarla — cosa che qui non sarebbe possibile —, quella orientata:

a) a considerare la piena legittimità dell'attività di direzione e coordinamento *anche su base contrattuale* (spostandosi il problema sul rispetto dei « principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale », come si legge all'art. 2497, comma 1, c.c.);

b) a non reputare di per sé deresponsabilizzato il consiglio di amministrazione della società controllata, poiché questo deve operare da filtro rispetto alle direttive della capogruppo ed è chiamato a motivare le decisioni « influenzate » e, segnatamente, quelle diseconomiche (art. 2497-ter c.c.).

In sostanza, rispetto al tema dei contratti di dominazione, si tratta di verificare se non sia preferibile, assiologicamente e sul piano degli interessi in conflitto, non negare la fattispecie con una sanzione di nullità, quanto invece costruire una disciplina che sia coerente con l'assetto di interessi che si desume dall'art. 2497 ss. c.c.

Se così è, ha un senso molto limitato distinguere tra gruppo paritetico e contratto di dominazione (*forte o debole*), atteso che una differenza delle fattispecie si giustificerebbe solo ove potesse sostenersi che effettivamente sussiste una diversità nella disciplina applicabile. Intendo con ciò dire che, quale che sia il contenuto del contratto (paritetico in senso stretto o più propriamente di « dominazione »), necessariamente l'esercizio dei poteri che esso attribuisce deve conciliarsi con il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, con la tutela dei soci c.d. « esterni » al gruppo di controllo nonché dei creditori delle società controllate ⁽²³⁾.

In questa logica, la lettura che deve operarsi dell'art. 2545-septies c.c. dev'essere, in certo qual modo, capovolta rispetto a quella proposta da taluni dei primi esercizi esegetici: la fattispecie non è incentrata sul rapporto di collaborazione e integrazione tra imprese mutualistiche, attingibile indubitabilmente anche attraverso altri istituti, quanto piuttosto sull'*effetto*, segnatamente sul fatto che in conseguenza dell'adesione ad un contratto plurilaterale una società cooperativa si obbliga a soggiacere all'altrui direzione e coordinamento.

Di conseguenza, nell'art. 2545-septies c.c. deve ravvisarsi essenzialmente una norma di tutela *della società cooperativa dipendente* e, in particolare, un presidio normativo minimo alla specificità mutualistica della medesima. Non a caso, d'altra parte, la giustificazione che ha indotto ad inclu-

(23) R. COSTI (nt. 20), 379 ss.

dere nella fattispecie del « controllo » proposta dal testo unico bancario anche quello che deriva « [da] contratti o [da] clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento » (cfr. agli artt. 38 ss. del d.lgs. del 28 dicembre 2004, n. 310), deriva proprio dalla concreta rappresentazione degli effetti che discendono dai contratti di dominazione e dal gruppo cooperativo paritetico ⁽²⁴⁾.

Nel gruppo cooperativo paritetico possono, dunque, leggersi le regole che sia in termini procedurali, sia sul piano della tutela sostanziale, consentono di realizzare l'eterocontrollo della società cooperativa, preservando al contempo i contenuti essenziali della funzione mutualistica.

Indici in tal senso si desumono dagli elementi essenziali che debbono essere contenuti nel contratto e così pure dalla disciplina imperativa che da esso discende, in quanto si deve individuare: *a)* la struttura formale del controllo; *b)* le condizioni di adesione e di recesso dal contratto; *c)* la effettiva modalità distributiva dei vantaggi compensativi sin dal programma contrattuale; *d)* l'incidenza del gruppo con riguardo allo scambio mutualistico; inoltre è prevista *e)* una facoltà — che diviene tuttavia un obbligo per gli amministratori — di recesso, quando « per effetto dell'adesione al gruppo, le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i propri soci »; *f)* e così pure un regime pubblicitario del contratto, che si spiega in funzione della vigilanza cooperativa.

Quanto si è appena detto, da un lato, consente di affermare che non ha senso chiedersi se il legislatore abbia voluto tipizzare *una forma rigida* di cooperazione tra imprese cooperative; dall'altro consente di dare risposta all'interrogativo se il gruppo cooperativo paritetico costituisca l'unico strumento per realizzare una forma di eterocontrollo della cooperativa.

Mi rendo conto che vi sono argomenti radicati nell'esegesi letterale della norma che possono fare propendere per una risposta affermativa, ma credo, tuttavia, che la disposizione assolva pienamente il suo ruolo precettivo ove ad essa si attribuisca il valore di *norma materiale* che disciplina la collaborazione subordinata tra imprese mutualistiche (un indizio in tal senso deriva dall'inciso che si legge nella norma, « anche in forma consorile », che evidentemente fa riferimento al consorzio disciplinato dal codice civile e non invece alle cooperative di secondo grado e alle cooperative am-

⁽²⁴⁾ Non a caso una versione precedentemente formulata dell'art. 33 (*Modifiche all'articolo 19 del decreto legislativo n. 385 del 1993*), trasmessa alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in prima approvazione il 30 settembre 2004, recitava, aggiungendo un comma 8-bis, che « Nelle ipotesi di acquisizione del controllo previste dagli articoli 2497-septies e 2545-septies del codice civile si applicano le disposizioni dei commi 1 e 6 e, in quanto compatibile, l'articolo 24 ».

messe agli appalti di opere pubbliche, che sono pure sono ascritte alla categoria dei « consorzi cooperativi ») ⁽²⁵⁾.

In altre parole, ritengo che il legislatore abbia spostato il punto di rilevanza del fenomeno nella tutela che consegue alla soggezione all'altrui direzione e coordinamento, dovendosene valutare la legittimità in ragione della disciplina imperativa che essa sottende.

Se così è, ne derivano (almeno) due conseguenze:

a) che le norme di tutela della società cooperativa controllata trovano applicazione indipendentemente dal fatto che tutti gli elementi costitutivi indicati dall'art. 2545-septies c.c. siano positivamente integrati, mentre è sufficiente che si realizzi l'*effetto* della soggezione all'altrui direzione e coordinamento;

b) verosimilmente, che non ha senso limitare la possibilità di attribuire il potere di direzione del gruppo (*solo*) alla società cooperativa, dovendosi ammettere che esso sia assegnato anche ad un ente di natura diversa, sempre che la disciplina della tutela materiale, intesa appunto quale disciplina di presidio della causa mutualistica, trovi integrale applicazione.

7. Si tratta, a questo punto, di vagliare in che termini le modalità di integrazione imprenditoriali realizzabili attraverso l'impresa di gruppo si riflettano nello scambio mutualistico.

Alla nozione di mutualità *di gruppo* possono ascriversi due diversi significati, che conoscono evidenti sovrapposizioni concettuali e pratiche: il primo, tendenzialmente generico, ha riguardo al modo in cui le società controllate svolgono attività ausiliarie o strumentali all'impresa mutualistica (e che suscita taluni problemi considerati nei paragrafi precedenti) ⁽²⁶⁾; l'altro, più ristretto e specifico, riguarda la possibilità di attuare lo scambio mutualistico con i soci *anche* per il tramite delle società controllate.

Si è già ricordato come, nella prospettiva tradizionale, la gestione di servizio dovesse necessariamente risolversi nello scambio che si realizza

⁽²⁵⁾ Sulla nozione di norma « materiale », con riguardo all'esigenza di garantire una disciplina coerente alla sostanza dell'operazione economica al di là dei presupposti della fattispecie che impone l'applicazione di quelle regole o al di là della lettera della legge, si v. con ulteriori riferimenti U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, 19 ss. (e più di recente v. dello stesso A., voce *Frode alla legge*, in *Dig. civ.*, vol. VII, Milano, 1992, 501 ss.).

⁽²⁶⁾ Tema sul quale segnalo, seppure con riguardo agli enti non lucrativi, P. FERRO-LUZZI, *Imprese strumentali — profili di sistema*, testo dattiloscritto della relazione presentata al convegno su *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, tenutosi ad Arge-lato (Bologna), il 23 aprile 2004, che la cortesia dell'Autore mi ha consentito di leggere.

tra la società cooperativa e i propri soci ⁽²⁷⁾. Questo assioma non è, tuttavia, confortato da alcun sostegno normativo ed è stato convincentemente revocato in discussione anche nell'esperienza comparatistica: ciò che conta al fine dello svolgersi della causa mutualistica è che la società assolva una funzione strumentale all'integrazione delle economie individuali dei soci, il che ben può avvenire anche attraverso il gruppo *quale forma organizzativa dell'impresa* ⁽²⁸⁾.

Questa conclusione è coerente con l'idea che attraverso la società cooperativa si crea un *nuovo* mercato, in cui i soci possono realizzare uno scambio a condizioni differenti da quelle reperibili per i terzi ⁽²⁹⁾. In questa logica, si può agevolmente accedere all'idea che lo scambio mutualistico possa realizzarsi sia con riferimento alle prestazioni offerte *direttamente* dall'impresa esercitata dalla società cooperativa, sia con riguardo alle prestazioni offerte *mediatamente* attraverso le società controllate. Ciò può avvenire sia per effetto di un gruppo gerarchico costruito per il tramite di partecipazioni nelle società controllate, sia attraverso un «gruppo cooperativo paritetico»: si pensi, ad esempio, al caso in cui il contratto preveda che i soci delle altre cooperative aderenti al gruppo debbano essere ammessi allo scambio mutualistico alle medesime condizioni praticate a favore dei propri soci.

In questi casi, infatti, fulcro dello scambio mutualistico resta la partecipazione in qualità di socio cooperatore alla società cooperativa, quale condizione necessaria per l'accesso ad un *sistema* di relazioni economiche che può coincidere (in tutto o in parte) con le società soggette ad attività di direzione e coordinamento ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ V. a questo riguardo, con accenti diversi, G. OPPO, *Mutualità e integrazione cooperativa*, in V. BUONOCORE, *I gruppi cooperativi* (nt. 1), 3 ss., in part. 12; G. BONFANTE, *Dal consorzio al gruppo di cooperative*, *ivi*, 40.

⁽²⁸⁾ Cfr. soprattutto la letteratura tedesca, su cui v. la rassegna proposta da V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, 14^a ed., München, 2004, *sub* § 1, 63 ss.

⁽²⁹⁾ Sui tratti dell'integrazione mutualistica v. in part. H. HANSMANN, *La proprietà dell'impresa*, trad. it., Bologna, 2004; cfr. G. FIORENTINI e C. SCARPA (a cura di), *Cooperative e mercato. Aspetti organizzativi, finanziari e di strategie*, Roma (Carocci), 1998; E. GRANAGLIA e L. SACCONI (nt. 11), *passim*; S. VECA *et al.*, *Cooperare e competere*, con introduzione di E. Morley-Fletcher, Milano (Feltrinelli), 1986; cfr. anche V. BUONOCORE e B. JOSSA (a cura di), *Organizzazioni economiche non capitalistiche. Economia e diritto*, Bologna, 2003.

⁽³⁰⁾ In questo senso v., già prima della riforma, F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società. Trattato* diretto da F. Galgano, Torino, 2001, 193 ss.; R. COSTI (nt. 9), 59. Nella letteratura tedesca v. la significativa analisi di V. BEUTHIEN, *Die eingetragene Genossenschaft als Holdinggesellschaft. Zulässigkeit der Betriebsausgliederung nach dem Genossenschaftsgesetz*, in *AG*, 1996, 349 ss.

Intendo con ciò dire che le modalità attuative dello scambio mutualistico, e cioè la precostituzione delle condizioni imprenditoriali necessarie a realizzare condizioni di maggior favore a raffronto di quelle che il socio otterrebbe sul mercato, si realizzano sia nei casi in cui la prestazione al socio è resa dalla società cooperativa, ma anche quando per il tramite della partecipazione sociale è possibile accedere a rapporti contrattuali con le società partecipate a valle (ovvero con le altre società che hanno concluso un contratto di integrazione paritetica o di dominazione).

Questa prospettiva ha evidentemente diretta incidenza sull'esecuzione della prestazione mutualistica e sulle regole organizzative che sorreggono lo « scambio ulteriore » con il socio. Infatti, « i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica » debbono necessariamente trovare coerente rappresentazione nelle regole dell'atto costitutivo e in quelle proposte dai regolamenti mutualistici, che nel caso specifico sono chiamate a specificare le condizioni di accesso allo scambio con le società controllate (cfr. art. 2521, commi 2, 3, n. 3 e ultimo c.c.).

Né un impedimento si può leggere nelle norme in materia di ristorni (art. 2521, comma 3, n. 8, 2545-*sexies* c.c.): tale disciplina, da un lato, registra la possibilità che il vantaggio mutualistico sia *differito* rispetto al momento della conclusione del contratto e/o del pagamento del prezzo inerente al rapporto attuativo della funzione mutualistica; dall'altro, impone un vincolo di coerenza genetica tra quanto è ripartito nella forma del ristorno e l'avanzo di gestione riferibile « [al]l'attività svolta con i soci ». In questa prospettiva, la possibilità di ripartire ristorni a fronte di scambi operati con le società controllate a valle della società cooperativa pone essenzialmente, e direi esclusivamente, un problema di corretta rappresentazione contabile, al fine d'identificare la quota parte di utili che affluiscono dalla controllata alla controllante che sia effettivamente riferibile agli scambi realizzati con i soci della controllante.

Da ciò mi pare possano derivare ulteriori ricadute applicative, ad esempio al fine di verificare se sia possibile l'adempimento delle prestazioni per il tramite degli strumenti di pagamento emessi dalla società cooperativa — quale ad esempio la tessera di pagamento sociale — e così pure eventualmente l'imputazione a pagamento per compensazione al prestito sociale ⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ Per questi problemi v. F. GALGANO, *Problemi giuridici dei gruppi cooperativi*, in G. SCHIANO DI PEPE e F. GRAZIANO (a cura di), *La società cooperativa: aspetti civilistici e tributari*, Padova, 1997, 79 ss., sul problema dell'imputazione al prestito sociale e per quanto concerne la possibilità di utilizzo di mezzi di pagamento della cooperativa controllante.

Mentre, dal punto di vista della società controllata, che sia richiesta per effetto della direzione e coordinamento di fornire prestazioni a condizioni di maggior favore rispetto al mercato ai soci della società cooperativa, essa adempie ad una direttiva di gruppo, che può essere potenzialmente diseconomica, richiedendosi in questo caso la motivazione delle «decisioni influenzate» (art. 2497-ter c.c.) e l'esistenza di vantaggi compensativi ove le condizioni contrattuali imposte siano pregiudizievoli (art. 2497, comma 1, c.c.).

8. Se si accoglie la premessa che è mutualità *anche* quella che si realizza nella forma degli scambi che i soci cooperatori realizzano con le società controllate, è opportuno verificare in che modo un assetto della mutualità di gruppo come quello appena descritto si rifletta sul regime della prevalenza, quale coelemento del sottotipo descritto agli artt. 2512, 2513, 2514 c.c. Si tratta, in sostanza, di verificare se l'esistenza d'un'impresa di gruppo incida sul calcolo della mutualità e, segnatamente, sulla prevalenza dello scambio mutualistico.

Ci si può, in sostanza, chiedere se gli scambi «a valle» possano avere un rilievo *positivo* nel calcolo degli scambi con i soci (art. 2513 c.c.); ma, per converso, il problema è suscettibile anche di essere svolto *in negativo*, in quanto: *a*) a fronte dello svolgimento di attività strumentali per il tramite delle società partecipate ci si può interrogare se, e allora in che misura, tali attività rilevino — evidentemente a livello consolidato — a decremento ai fini del calcolo della percentuale considerata dall'art. 2512 c.c.; *b*) nel caso in cui le partecipazioni sociali detenute abbiano un carattere essenzialmente finanziario, si tratta invece di verificare in che modo tale attività economica possa interferire con il calcolo della prevalenza.

Gl'interrogativi proposti autorizzano due diverse risposte, l'una radicata nelle norme del diritto positivo, l'altra che va deliberatamente al di là del dato letterale e mira a valorizzare la *ratio legis* ad essa retrostante.

La prima può attestarsi sulla considerazione che, al fine del calcolo della prevalenza, rilevano i dati contabili del bilancio di esercizio della (*sola*) società cooperativa (controllante), come emerge dal tenore normativo testuale dell'art. 2513 c.c.

La seconda, pur non negando che il codice civile prende in considerazione la cooperativa monade, trae indizi da quella disciplina quantomeno per tentare di descrivere le linee di evoluzione della materia ⁽³²⁾.

A questo riguardo ritengo sia utile svolgere le seguenti premesse.

⁽³²⁾ Per taluni utili spunti cfr. R. COSTI (nt. 9), 61 ss.

a) In termini di diritto positivo, può agevolmente convenirsi sul fatto che, sistematicamente, nell'ordinamento vigente la mutualità non è mutualità *globale*; intendo con ciò dire che la prevalenza non ha normativamente riguardo alla totalità degli scambi che la cooperativa realizza, basti la considerazione che essa opera *selettivamente* con riguardo alle voci del conto economico rappresentative dello scambio mutualistico. Si pensi al caso emblematico delle cooperative agricole (art. 2513, ult. co., c.c.), che scomputano il costo che deriva dall'integrazione *orizzontale*, e così pure alle altre voci del costo del lavoro, oltre a quella relativa al lavoro subordinato, che devono essere tenute in considerazione sempre che siano *inerenti* allo scambio mutualistico (ai sensi dell'art. 2513, comma 1, lett. b) emendato dal d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310).

b) D'altra parte, questa volta giuspoliticamente, l'integrazione verticale e più in generale la conglomerazione — anche alla luce dei principi ispiratori della legge delega di riforma del diritto societario — non si pone in antitesi alla prevalenza nello scambio mutualistico, anche perché, accogliendo la soluzione opposta, si dovrebbe escludere che possano darsi cooperative a mutualità prevalente nei mercati in cui l'integrazione verticale è condizione della sopravvivenza dell'impresa (come, ad esempio, in taluni settori del mercato agroalimentare).

Queste due concorrenti considerazioni, mi pare, portano a concludere nel senso che il computo della prevalenza nell'impresa di gruppo debba considerare la specificità dello scambio mutualistico e, conseguentemente, fare riferimento alle prestazioni che abbiano natura e funzione omogenee con l'interesse mutualistico che realizza la cooperativa controllante (quindi, ad escludere la prevalenza dello scambio mutualistico non è sufficiente la considerazione che sussistano rapporti di scambio o rapporti di lavoro a valle della società cooperativa, ma piuttosto che esistano rapporti *omogenei* e *inerenti* a quelli propriamente mutualistici). Se questo è vero, evidentemente, si deve guardare ai valori aggregati espressi nel bilancio consolidato, ma considerando tuttavia solo le voci coerenti con l'oggetto sociale della controllante e che siano omogenee allo scambio mutualistico che in quella si realizza.

Nel caso del gruppo cooperativo paritetico che consente l'accesso reciproco allo scambio mutualistico ai soci delle società cooperative aderenti, ciò potrebbe implicare alternativamente: i) che anche gli scambi con i soci delle altre società cooperative aderenti siano considerati attività mutualistica, in quanto presupposto mediato del rapporto di reciprocità di cui godono i propri soci; ii) ovvero, che l'equiparazione di tali scambi ai rapporti con i soci si realizzi a seguito d'una sorta di compen-

sazione contabile e di pagamento dei conguagli tra le società cooperative aderenti al gruppo.

9. L'analisi sin qui svolta, mi rendo conto a tratti frammentaria e apodittica, non può ritenersi conclusa se non considerando come il tema della mutualità di gruppo, nei due sensi che sono stati prospettati, si rifletta sulla posizione del socio cooperatore e vagli, conseguentemente, i mezzi di tutela che sono a sua disposizione.

Infatti, se pensiamo al caso per taluni aspetti paradigmatico ed estremo della cooperativa che decida di spostare a valle tutti i rapporti mutualistici, come può accadere nell'ipotesi in cui conferisca integralmente l'azienda ad una società controllata (possibilità che era stata già prospettata precedentemente e risolta in termini non negativi da Francesco Galgano⁽³³⁾), si deve evidentemente porre l'interrogativo in ordine alle tutele che assistono la compagine sociale.

Ritengo, coerentemente con quanto si è detto, che la possibilità di compiere operazioni di questo genere si leghi alla necessaria e preliminare modificazione dell'oggetto sociale oltre che evidentemente dei regolamenti mutualistici, che dischiudono al socio la possibilità del recesso⁽³⁴⁾. Di conseguenza, non solo si deve escludere la competenza dell'amministrazione delegata, ma altresì la stessa competenza consiliare in mancanza di una adeguata e coerente modificazione statutaria.

A questo riguardo, la riforma opera sul piano sistematico uno spostamento di talune competenze gestionali all'assemblea sociale, ove i poteri gestori abbiano diretta incidenza sullo svolgimento della causa mutualistica⁽³⁵⁾. E questa conclusione consente di formulare l'interrogativo — cui in questo momento non so dare definitiva risposta — se nelle società cooperative sia possibile sistematicamente ricostruire un principio di impostazione personalistica, alla stregua del quale le decisioni fondamentali e « primordiali » dell'impresa mutualistica devono essere autorizzate dall'assemblea.

⁽³³⁾ F. GALGANO (nt. 30), 196; e per la soluzione affermativa nell'ordinamento tedesco v. anche V. BEUTHIEN (nt. 30), 349 ss.

⁽³⁴⁾ Sul problema della possibilità del recesso del socio in conseguenza della modifica dei regolamenti mutualistici v. A. ROSSI, *Impresa cooperativa e regolamento interno*, in F. VELLA (a cura di), *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, Torino, 2004, 137 ss.

⁽³⁵⁾ G. MARASÀ, *Gli amministratori delle società cooperative*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 47 ss.

Un discorso non diverso nell'impostazione e nelle conclusioni deriva dalla considerazione del gruppo cooperativo paritetico. Pertanto, quando ci s'interroga in ordine alla competenza a deliberare l'adesione al gruppo cooperativo paritetico, se essa sia consiliare o assembleare, sarei propenso a dare una risposta che deriva dalla concreta constatazione dell'incidenza sull'attuazione dell'oggetto sociale e sulle modalità con cui si realizza lo scambio mutualistico.