

Le operazioni di finanziamento alle imprese

Strumenti giuridici e prassi

Estratto



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

STORIA
ECONOMIA
CULTURA
E LETTERATURA
DIRITTO
E SCIENZE
POLITICHE
E SOCIALI

Brevi note su cooperative e patrimoni destinati ad uno specifico affare

di *Marco Lamandini*

SOMMARIO: 1. I patrimoni destinati nelle società cooperative. – 2. Il rapporto tra la segregazione patrimoniale e lo scopo dell'attività. – 3. La mutualità o la lucratività dello "specifico affare". – 4. Il patrimonio destinato nella società cooperativa a mutualità prevalente. – 5. La determinazione dell'attivo patrimoniale da destinare a riserve indisponibili. – 6. La congruità del patrimonio destinato.

1. *I patrimoni destinati nelle società cooperative*

Molto si è scritto ormai – e direi con grande utilità sotto il profilo esegetico, anche se l'esperienza applicativa resta tuttora modesta – in tema di patrimoni destinati¹. Anche il tema al quale sono dedicate

¹ Basti qui ricordare almeno le monografie di L. EGIZIANO, *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori: i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Torino, 2009, *passim*; G. PESCATORE, *Funzione di garanzia e patrimoni destinati*, Milano, 2008, *passim*; R. SANTA-GATA, *Patrimoni destinati e conflitti intergestori: i conflitti in società multidivisionali*, Torino, 2008, *passim*; F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano, 2008, *passim*; F. GENTILONI SILVERI, *Gestioni collettive ed individuali e responsabilità del conferente. Differenze ed identità nella gestione del risparmio e nei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, ABI diritto e fisco, Bancaria, Roma, 2006, *passim*; A. DELL'ATTI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Bari, 2005, *passim*; S. ANGELONI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: finalità economico aziendale, disciplina civilistica, modelli di rappresentazione contabile e bilancio, regime fiscale*, Torino, 2005, *passim*; F. GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005, *passim*. A questi lavori vanno aggiunti almeno i commenti, talora anche molto diffusi e con taglio quasi monografico, agli articoli del codice civile dedicati ai patrimoni destinati

queste brevi note non è rimasto privo di ampia analisi, benché la disciplina delle cooperative non rechi disposizioni specifiche in tema di patrimoni destinati². La circostanza che si sia ormai consolidata, mi pare, l'opinione – che condivido e ho sostenuto anch'io fin dall'emanazione della riforma – secondo cui, pur in difetto di una specifica norma di richiamo, nel corpo delle norme dettate in tema di cooperative, della disciplina dei patrimoni destinati prevista per le società per azioni, l'istituto possa ritenersi ciò non di meno applicabile anche alle cooperative, sia a mutualità prevalente sia a mutualità non prevalente, alle quali, ai sensi dell'art. 2519 c.c., «si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni sulla società per azioni», consente di svolgere alcune sintetiche riflessioni sul rapporto tra destinazione patrimoniale e mutualità e sulle condizioni in presenza delle quali il vaglio di compatibilità previsto dall'art. 2519 c.c. può dirsi utilmente superato. Ci si

che si leggono nei principali commentari della riforma del diritto societario: vedi tra essi, a mio giudizio assai utilmente, G. GIANELLI, *Art. 2447-bis ss.*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004. I saggi comparsi sulle riviste specialistiche sono numerosissimi: senza alcuna pretesa di completezza e con selezione certo arbitraria dei più "classici" si vedano ad esempio F. FIMMANÒ, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Le Società*, 2002, p. 963; B. INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, *ivi*, 2003, p. 295; P. FERRO LUZZI, *La disciplina dei patrimoni destinati*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 121; A. ZOPPINI, *Primi appunti sul patrimonio destinato della società per azioni*, in *Diritto e storia*, n. 3, maggio 2004; R. ALRT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 323; R. SANTAGATA, *Strumenti finanziari partecipativi a "specifici affari" e tutela degli investitori in patrimoni destinati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, p. 302; *Id.*, *Patrimoni destinati e azioni revocatorie (tra diritto attuale e prospettive di riforma)*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 295; A. NIUTTA, *Strumenti finanziari nei patrimoni destinati ex art. 2447/bis, 1 comma, lettera a): un nuovo mezzo di finanziamento nel diritto delle società per azioni e un nuovo prodotto finanziario*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 235. Sia consentito rinviare anche ai miei *I patrimoni "destinati" nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 490 e in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di M. Rescigno e A. Sciarone, Milano, 2004, p. 145; *Patrimoni destinati e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 37 nonché in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, tomo II, Milano, 2005, p. 2813; voce *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Enc. giur.*, *Il Sole 24 ore*, vol. 11, Milano, 2007, p. 717 e in *Riv. dir. soc.*, 3, 2007, p. 42.

² Vedi M. BIANCA, *La struttura finanziaria delle imprese mutualistiche: spunti in merito alla costituzione di patrimoni destinati da parte di società cooperative a mutualità prevalente*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1015. Sul medesimo tema vedi anche il mio intervento "Utilizzo dei patrimoni destinati nelle nuove cooperative: problemi di compatibilità normativa", al convegno di Trento su "Finanza strutturata e non profit: nuove opportunità aspettando Basilea 2", Trento, 17-18 giugno 2004.

concentrerà dunque non tanto sul *se* si possano costituire patrimoni destinati nell'ambito delle cooperative, quanto piuttosto sul *quando* e *a quali condizioni* al fine di tener conto dei vincoli di sistema derivanti dallo scopo mutualistico.

2. Il rapporto tra la segregazione patrimoniale e lo scopo dell'attività

L'astratta ammissibilità dell'istituto anche in ambito cooperativo³ è del resto coerente con l'osservazione – intuitiva – che la segregazione patrimoniale propria del patrimonio destinato di tipo operativo (art. 2447-bis, comma 1, lett. a, c.c.) non incide di per sé sullo scopo dell'attività: l'affare può infatti essere gestito dalla società con modalità mutualistiche allo stesso modo della generale attività sociale (si pensi ad una cooperativa di consumo che distingua l'attività di vendita "discount" da quella ordinaria ovvero ad una cooperativa di produzione e lavoro che segreghi in patrimonio destinato una nuova complessa e più rischiosa realizzazione: qui, semmai, l'effetto segregativo potrebbe consentire di meglio distinguere "separate gestioni mutualistiche" come già fa l'art. 2545-sexies c.c. evocando peraltro la mera separatezza contabile e non quella patrimoniale, favorendo un più attento *monitoring*, anche a fini mutualistici). Del pari, non sembra esservi alcuna incompatibilità in sé tra cooperativa e patrimonio destinato di natura finanziaria ai sensi dell'art. 2447-bis, comma 1, lett. b), c.c., atteso che la segregazione dei proventi, da un lato, non produce, sul piano dell'aspettativa mutualistica dei soci cooperatori, effetti diversi da un ordinario finanziamento (in entrambi i casi il ristorno è calcolato sul risultato di esercizio al netto dei debiti finanziari) limitandosi a svolgere una funzione di canalizzazione dei proventi al fine dell'adempimento. Dall'altro lato, il patrimonio destinato di tipo finanziario può essere limitato ad una parte soltanto dei proventi, in tal modo evitando di assorbire l'intero *cash flow*, sì da impedire che si determini di fatto l'impossibilità di pagare ristorni sulla specifica operazione finanziata mediante patrimonio destinato.

³ Conforme anche M. BIANCA, *La struttura finanziaria delle imprese mutualistiche*, cit., p. 1020.

3. La mutualità o la lucratività dello "specifico affare"

Nell'ambito della cooperativa, sia essa a mutualità prevalente o non prevalente, v'è da chiedersi se lo "specifico affare" di cui all'art. 2447-bis, comma 1, lett. a), c.c. debba essere caratterizzato – esso stesso – dallo scopo mutualistico; se cioè per vincolo (implicito) di sistema esso non possa, a differenza di quanto accade nell'ambito della società per azioni, essere connotato da uno scopo *esclusivamente* lucrativo. A riguardo a me pare che l'assimilazione funzionale del patrimonio destinato ad una società controllata non sia di significativo aiuto: è bensì vero, infatti, che, ai sensi dell'art. 27-*quinquies*, legge Basevi (come introdotto dalla legge n. 72/1983) la cooperativa può costituire, partecipare e controllare, anche totalitariamente, società di capitali a scopo esclusivamente lucrativo, realizzando in tal modo lo scopo mutualistico della gestione solo a livello consolidato; tuttavia, in quel caso, la programmatica esclusione, a livello di controllata, della gestione di servizio si accompagna all'adozione di un modello legale (quello della società di capitali, appunto) connotato proprio dallo scopo lucrativo. Nel caso del patrimonio destinato, al contrario, si dà luogo esclusivamente ad un'articolazione patrimoniale e, almeno per certi aspetti, organizzativa di un soggetto (la cooperativa) che, in quanto tale, resta unitario e resta connotato dallo scopo mutualistico quanto allo svolgimento *dell'intera sua attività*. Da ciò se ne è dedotto che la cooperativa possa costituire un patrimonio destinato solo nella misura in cui il patrimonio destinato, in quanto strumento di realizzazione di parte dell'intera attività della cooperativa, svolga attività mutualistica⁴. Non mi pare tuttavia che il sistema imponga una simile conclusione. Nel nostro ordinamento a me sembra che lo scopo mutualistico debba connotare la società e solo essa: ciò che conta è che l'attività complessiva della società (sommando ad essa anche quella svolta mediante patrimonio destinato, in ipotesi anche senza rapporti con soci) sia connotata da tale scopo, sia che essa sia gestita senza ricorso a meccanismi segregativi sia che, viceversa, tali meccanismi siano adottati. Nell'ipotesi infatti di una cooperativa che svolga più attività d'impresa e gestisca più aziende, il rispetto dello scopo mutualistico da parte della società va valutato guardando al complesso delle attività e non alle singole attività atomisticamente considerate. Il patrimonio destinato, pur determinando

un effetto segregativo di tipo patrimoniale, non sembra alterare il rapporto che deve esistere, ai fini mutualistici, tra le singole attività svolte dalla cooperativa. Dal punto di vista funzionale, d'altro canto, ammettere la costituzione di patrimoni destinati a scopo lucrativo consentirebbe alle cooperative di utilizzare lo strumento dei patrimoni destinati con preferenza proprio con riguardo ad attività complementari che, per quanto rientranti nell'oggetto sociale, non siano strettamente connesse con lo scopo mutualistico, al fine di circoscrivere il rischio di impresa afferente alla gestione mutualistica. Resta peraltro chiaro che, in caso di successiva trasformazione della cooperativa, l'obbligo di devoluzione del patrimonio previsto dall'art. 2545-*undecies* c.c. va riferito anche al patrimonio destinato, a dispetto della natura in ipotesi lucrativa dell'attività segregata.

4. Il patrimonio destinato nella società cooperativa a mutualità prevalente

Se, dunque, la mutualità deve connotare l'attività sociale complessivamente considerata e non necessariamente anche lo specifico affare, a maggior ragione è da ritenersi possibile, mi pare, che una cooperativa a mutualità prevalente costituisca un patrimonio destinato che, in sé, presenti soltanto i caratteri della mutualità non prevalente (purché poi, sommando l'attività generale e quella inerente allo specifico affare, la cooperativa presenti, complessivamente, i requisiti di cui all'art. 2512 ss. c.c.). Al pari del requisito di mutualità, anche quello di mutualità prevalente è normativamente riferito alla cooperativa in quanto tale. È dunque necessario e sufficiente che la cooperativa presenti i requisiti di cui all'art. 2513 c.c. considerando cumulativamente l'attività della cooperativa e quella del patrimonio destinato (sommando cioè i ricavi delle due attività al fine di verificare che la somma di essi sia verso soci per oltre il 50% anche cumulando l'effetto dell'affare segregato, in ipotesi rivolto principalmente al mercato; sommando similmente il costo del lavoro e il costo della produzione ai fini della verifica del rispetto delle lett. b e c della medesima norma). Ben maggiore rilevanza la questione assumerebbe, invece, ove il legislatore tributario riconoscesse, come finora non è avvenuto⁵, al patrimonio destinato

⁴ M. BIANCA, *La struttura finanziaria delle imprese mutualistiche*, cit., p. 1021.

⁵ Vedi per tutti, G. SELICATO, *Istituzione e funzionamento di patrimoni destinati ad*

autonoma soggettività a fini fiscali e possesso del relativo "reddito". In questo caso, la natura prevalente o non prevalente della mutualità anche del patrimonio destinato in sé assumerebbe autonoma rilevanza giuridica, almeno ai fini fiscali. Allo stato, viceversa, il caso di un patrimonio destinato di una cooperativa a mutualità prevalente che si presenti, se in ipotesi "riguardato" esclusivamente in sé, come a mutualità non prevalente non sembra avere significativi effetti. Malgrado la separazione, oltre che patrimoniale, contabile prevista dall'art. 2447-*septies* c.c. il risultato di esercizio del patrimonio destinato "refluisce" infatti nel risultato complessivo della cooperativa (beninteso al netto, tra l'altro, della remunerazione dovuta ai possessori di strumenti finanziari, se emessi a fronte di apporti) e vede in tal modo applicarsi, in capo alla cooperativa, il regime dettato per le cooperative a mutualità prevalente. Il gradiente di mutualità dell'attività segregata nel patrimonio destinato di una cooperativa la cui complessiva attività sia connotata dalla prevalenza mutualistica, in altri termini, non incide in modo diretto sui diritti di partecipazione dei soci operatori, che ne risentono infatti solo indirettamente, per il tramite della loro partecipazione – secondo le regole della mutualità prevalente – al risultato complessivo della cooperativa, comprensivo del risultato del patrimonio destinato di competenza della cooperativa stessa.

5. La determinazione dell'attivo patrimoniale da destinare a riserve indisponibili

Qualora per effetto dell'avvio di attività lucrativa e rivolta al mercato in generale segregata in un patrimonio destinato la cooperativa, per effetto della somma delle attività, perda la qualifica di cooperativa a mutualità prevalente e comunque in ogni caso in cui vi siano terzi che apportino beni al patrimonio destinato e partecipino di conseguenza ai risultati dell'affare si pone il problema della determinazione del valore effettivo dell'attivo patrimoniale da imputare alle riserve indivisibili. In entrambi i casi mi pare si renda cioè necessaria la redazione di un bilancio straordinario: nel primo caso in applicazione diretta di quanto espressamente previsto dall'art. 2545-*octies* c.c. come ora novellato dal-

uno specifico affare: le conseguenze del mancato intervento del legislatore tributario, in corso di pubblicazione in Riv. dir. soc.

l'art. 10, legge 23 luglio 2009, n. 99 e nel secondo caso in applicazione analogica dello stesso. Deve in particolare rammentarsi a quest'ultimo riguardo che a fronte di apporti di terzi al patrimonio destinato è consentita l'emissione di strumenti finanziari, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2447-*ter*, comma 1, lett. e) e 2526 c.c. che, in regime di mutualità non prevalente, non sono soggetti ai limiti di remunerazione previsti dall'art. 2514, comma 1, lett. a) e b), c.c. e in ogni caso possono beneficiare della distribuzione di riserve divisibili ove non siano attribuiti ai soci operatori. Si rende di conseguenza necessario – attraverso la redazione di un bilancio straordinario che fissi il valore effettivo del patrimonio al momento della sua destinazione – fare emergere le plusvalenze latenti che, in difetto, potrebbero altrimenti essere distolte dalla loro necessaria destinazione ai fini mutualistici durante la vita della cooperativa e dalla loro altrettanto necessaria devoluzione ai fondi mutualistici al termine della stessa. Resta anche per tale via – e dunque sulla base di un'interpretazione orientata alle conseguenze – confermato che, di necessità, l'obbligo di devoluzione del patrimonio previsto dall'art. 2545-*undecies* c.c., va riferito anche al patrimonio destinato in quanto parte, seppur segregata nei rapporti con i creditori e i terzi, del patrimonio complessivo. Naturalmente al netto degli apporti redimibili dei terzi.

6. La congruità del patrimonio destinato

Merita infine considerare che, quantomeno nello specifico settore della cooperazione, nella valutazione della congruità del patrimonio destinato rispetto alla realizzazione dell'affare ai sensi dell'art. 2447-*ter*, comma 1, lett. c), c.c. dovrà tenersi conto dell'art. 2545-*quinquies* c.c. che, pur fissando un limite che è reso espressamente non applicabile ai possessori di strumenti finanziari (ivi compresi i possessori di strumenti finanziari emessi a fronte di apporti al patrimonio destinato), è connotato dalla evidente finalità di politica del diritto di fissare, seppur al limitato scopo della determinazione del limite di distribuzione dei dividendi e dell'assegnazione delle riserve divisibili, un presidio dell'adeguatezza patrimoniale. La norma fissa infatti un parametro normativo di riferimento circa la congruità del patrimonio cooperativo rispetto all'attività tale per cui «il rapporto tra il patrimonio netto e il

complessivo indebitamento della società non deve essere superiore ad un quarto». Questa norma mi pare rilevante sotto due profili.

Da un lato, pur nella sua specificità a me pare che essa offra un importante indice normativo di come interpretare, almeno nel contesto cooperativo, il requisito di congruità del patrimonio rispetto all'affare previsto dall'art. 2447, comma 1, lett. c), c.c. Dal punto di vista funzionale uguale è infatti, anche nel caso di patrimonio destinato, l'esigenza di adeguatezza patrimoniale, rispetto a quella avvertita dal legislatore con riguardo all'intera società cooperativa sicché, probabilmente, l'*analogia iuris* consente qui di riscontrare un vincolo implicito di sistema, suscettibile di operare in sede di costituzione del patrimonio destinato.

Dall'altro lato, quando l'art. 2545-*quinquies* c.c. condiziona la distribuzione dei dividendi, l'acquisto delle proprie azioni o quote o l'assegnazione delle riserve divisibili ai soci al rispetto di quel rapporto tra "patrimonio netto" e complessivo indebitamento, impone, laddove sia costituito un patrimonio destinato e a dispetto della segregazione patrimoniale che lo connota, di "consolidare" a questi fini il valore del patrimonio netto e dell'indebitamento della società e del patrimonio destinato.