

Società cooperativa: se accertata la coesistenza dello scopo lucrativo con quello mutualistico, la cooperativa, in caso di insolvenza è soggetta a fallimento

Cass. Sez. VI-I Civ. 12 maggio 2016, n. 9788 ord. - Dogliotti, pres.; Genovese, est.; P.M. (conf.) - Fall. della Piani Verdi Soc. coop. agricola a r.l. in liquidaz. (avv. Caso ed a.) c. Piani Verdi soc. coop. agricola a r.l. in liquidazione (avv. Dastoli) ed a. (Cassa con rinvio App. Bari 28 ottobre 2014)

Ai fini dell'esenzione dal fallimento di una cooperativa avente ad oggetto attività agricole, è dovere del giudice, oltre che verificarne le clausole statutarie ed il loro tenore, esaminare anche in concreto l'atteggiarsi dell'attività d'impresa svolta dal sodalizio mutualistico, valutando le attività economiche dalla stessa effettivamente svolte, alla luce della disciplina introdotta dall'art. 1 del d.lgs. n. 228 del 2001, senza che su tale esame si sovrapponga la considerazione dell'effettività dello scopo mutualistico, rilevante a diversi fini, ma non assorbente della verifica dei presupposti di legge, previsti dall'art. 2135 c.c., per il riconoscimento (o l'esclusione) della qualità di impresa agricola esentata dal fallimento.

(Omissis)

FATTO E DIRITTO

Ritenuto che il consigliere designato ha depositato, in data 20 luglio 2015, la seguente proposta di definizione, ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c.:

«Con sentenza in data 28 ottobre 2014, la Corte d'appello di Bari ha accolto il reclamo proposto, legge fall., ex art. 18, dalla soc. Piani Verdi s.c.a.r.l. in liq., contro la sentenza del Tribunale di Foggia, che aveva dichiarato il proprio fallimento su istanza del creditore procedente Green Network Luce e Gas s.r.l.

Avverso la sentenza della Corte d'appello ha proposto ricorso per cassazione la Curatela del Fallimento Piani Verdi s.c.a.r.l. in liq., con atto notificato il 27 novembre 2014, sulla base di tre motivi, con cui denuncia violazione e falsa applicazione di norme della legge fall. (artt. 1 e 5) e del d.lgs. n. 228 del 2001, art. 1, comma 2, artt. 2135, 2511, 2512 e 2513 c.c. e art. 111 *septies* disp. att. c.c. creditrice istante (Green Network Luce e Gas s.r.l.) non ha svolto difese ma la società debitrice ha resistito con controricorso.

Il ricorso appare manifestamente fondato, giacché, con riferimento alla problematica dell'esenzione dal fallimento della c.d. impresa agricola:

a) con riguardo alla prima doglianza (violazione della legge fall., art. 1 e d.lgs. n. 228 del 2001, art. 1, comma 2), risulta non considerato dal giudice di appello il tenore dello statuto della società, così come prospettato dalla Curatela nel corso del giudizio di appello con riferimento alle clausole (richiamate e riprodotte nel ricorso per cassazione) legittimanti l'ingresso fra i soci della cooperativa anche di società, genericamente intese (e perciò anche di società non agricole), in violazione del principio di diritto, più volte posto da questa Corte (da ultima, Cass. Sez. I, sentenza n. 28015 del 2013), secondo cui «Le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento, indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile, per l'impresa non collettiva, stabilire che la persona fisica abbia scelto, tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale.»;

b) con riguardo alle doglianze (violazione del d.lgs. n. 228 del 2001, art. 1, comma 2, artt. 2135, 2511, 2512 e 2513 c.c. e art. 111 *septies* disp. att. c.c.) riportate sotto il motivo 2, con le quali ci si duole della erronea assimilazione del concetto di «prevalenza», costituente la condizione per il riconoscimento della natura agricola delle attività connesse, ai sensi dell'art. 2135 c.c., con il concetto di «mutualità prevalente», proprio delle società cooperative anche commerciali, considerato assorbente del primo, in quanto i due predicati vanno tenuti tra di loro nettamente distinti dovendosi fare applicazione del principio di diritto, secondo cui «Lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo), requisito quest'ultimo che, non essendo inconciliabile con il fine mutualistico, ben essere presente anche in una società cooperativa, pur quando essa operi solo nei confronti dei propri soci. Ne consegue che anche tale società ove svolga attività commerciale può, in caso di insolvenza, essere assoggettata a fallimento in applicazione dell'art. 2545 *terdecies* c.c.» (Sez. I, sentenza n. 6835 del 2014); che, infatti, a tale proposito deve affermarsi il principio di diritto secondo cui:

anche per le cooperative aventi ad oggetto le attività agricole è dovere del giudice, oltre che quello della verifica delle clausole

statutarie e del loro tenore, esaminare anche in concreto l'atteggiarsi dell'attività d'impresa svolta dal sodalizio mutualistico esaminando le attività economiche svolte, alla luce della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 228 del 2001, art. 1 senza che su tale esame si sovrapponga la considerazione dell'effettività dello scopo mutualistico, rilevante a diversi fini, ma non assorbente dell'esame dei presupposti di legge (art. 2135 c.c.) per il riconoscimento (o l'esclusione) della qualità di impresa agricola esentata dal fallimento (legge fall., art. 1);

che tale accertamento non risulta essere stato compiuto correttamente dal giudice del reclamo avendo quest'ultimo sovrapposto due nozioni che, invece, vanno tenute tra di loro nettamente distinte, anche per le diverse finalità che le caratterizzano;

o) con riguardo alla doglianza esposta nel terzo motivo (legge fall., art. 5) con la quale la curatela si duole dell'erronea affermata insussistenza dello stato d'insolvenza in costanza di liquidazione volontaria, sul presupposto che l'istanza di fallimento era stata depositata il 9 gennaio 2013 e la messa in liquidazione della società era avvenuta il 13 dicembre 2013, il giudice del reclamo non ha preso in considerazione tale premessa temporale applicando non correttamente un principio di diritto (quello espresso, da ultimo, da Cass. Sez. I, sentenza n. 13644 del 2013) che suppone che il ricorso di fallimento sia proposto contro la società in liquidazione e non già che questa, dopo l'avvenuta notifica del ricorso per l'accertamento dell'insolvenza, si ponga volontariamente in liquidazione allo scopo di eludere gli effetti della sollecitata cognizione.

In conclusione, si deve disporre il giudizio camerale ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c. e art. 375 c.p.c., n. 5».

Considerato che il Collegio condivide la proposta di definizione contenuta nella relazione di cui sopra, alla quale non risultano essere state mosse osservazioni critiche;

che, perciò, il ricorso, manifestamente fondato, deve essere accolto, con la cassazione della sentenza impugnata e rinvio della causa, anche per le spese di questa fase, alla Corte d'appello di Bari che, in diversa composizione, si atterrà ai principi di diritto sopra richiamati.

(Omissis)

Società cooperativa: se accertata la coesistenza dello scopo lucrativo con quello mutualistico, la cooperativa, in caso di insolvenza è soggetto a fallimento

1. *Premessa.* La sentenza è in linea con l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza che ritiene che lo scopo mutualistico, che connota la società cooperativa, sia pienamente compatibile con l'esercizio da parte della stessa di un'attività commerciale¹, con il conseguente assoggettamento a fallimento, qualora svolga in concreto tale attività, a prescindere dalla circostanza che sia prevalente e che sia svolta in un momento antecedente a quello in cui deve essere valutata la fallibilità.

2. *Lo svolgimento del processo.* Con sentenza in data 28 ottobre 2014 la Corte d'appello di Bari aveva accolto il reclamo proposto, ex art. 18, legge fall. dalla società Piani Verdi s.c.a.r.l. in liq., contro la sentenza del Tribunale di Foggia, che aveva dichiarato il fallimento della stessa su istanza del creditore procedente Green Network Luce e Gas s.r.l. Avverso la sentenza della Corte d'appello, la Curatela del Fallimento Piani Verdi s.c.a.r.l. in liq. ha proposto ricorso per Cassazione sulla base di tre motivi con cui ha denunciato la violazione e falsa applicazione di norme della legge fallimentare (artt. 1 e 5) e degli artt. 1, comma 2, d.lgs. n. 228 del 2001, 2135, 2511, 2513 c.c. e 111 *septies* disp. att. c.c. Innanzitutto è bene ricordare che nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, grava sull'istante l'onere di provare gli elementi integranti il fatto costitutivo, ovvero la qualità di imprenditore commerciale del soggetto da dichiararsi fallito e lo stato di insolvenza; mentre grava sul fallendo la prova degli elementi impeditivi, estintivi e modificativi, quali la sussistenza delle esclusioni legate al limite dimensionale di fallibilità; quindi per essere esclusi dalla procedura fallimentare non è sufficiente dichiarare l'appartenenza della società al novero delle cooperative.

Con riguardo alla prima doglianza ovvero la violazione dell'art. 1, legge fall. e art. 1, comma 2, d.lgs. n. 228 del 2001, risulta non considerato dal giudice di appello il tenore dello Statuto della società, così come prospettato dalla Curatela nel corso del giudizio di appello, con riferimento alle clausole legittimanti l'ingresso fra i soci della cooperativa anche di società, genericamente intese, in violazione del principio di diritto, più volte posto dalla Cassazione² secondo cui: «*Le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento, indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicché mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione, realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile, per l'impresa non collettiva, stabilire che la persona fisica abbia scelto, tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale*». Con riguardo alle doglianze inerenti la violazione degli artt. 1, comma 2, d.lgs. n. 228 del 2001, 2135, 2511, 2513 c.c. e 111 *septies* disp. att. c.c., con le quali si sostiene l'erronea assimilazione del concetto di «prevalenza», costituente la condizione per il riconoscimento della natura agricola delle attività connesse, si è rilevato – ai sensi dell'art. 2135 c.c. – che il concetto di «mutualità prevalente», proprio delle società cooperative anche commerciali, sia da ritenersi separato da quello di scopo di lucro, in quanto i due predicati vanno tenuti tra di loro nettamente distinti dovendosi fare applicazione del principio di diritto, secondo cui «*Lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo individuabile l'attività di*

¹ V. Cass. Sez. Un. 24 febbraio 1986, n. 1104, in *Giur. comm.*, 1986, II, 759; Trib. Roma 6 gennaio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 785; Cass. Sez. I 18 giugno 1980, n. 3856, *ivi*, 1980, II, 381; Cass. Sez. Un. 23 gennaio 1970, n. 144, in *Giust. civ.*, 1970, I, 343; Cass. Sez. I 10 marzo 1969, n. 766, *ivi*, 1969, I, 1026; Cass. Sez. Trib. 8 settembre 1999, n. 9513, in *Foro it.*, 2000, I, 3, 3780; Cass. Sez. I 16 maggio 1992, n. 5839, in *Comm. trib. centr.*, 1992, II, 1606.

² V. Cass. Sez. I 16 dicembre 2013, n. 28015, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra i costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo), requisito quest'ultimo che, non essendo inconciliabile con il fine mutualistico, (può) ben essere presente anche in una società cooperativa, pur quando essa operi solo nei confronti dei propri soci. Ne consegue che anche tale società ove svolga attività commerciale può, in caso di insolvenza, essere assoggettata a fallimento in applicazione dell'art. 2545 terdecies c.c.»³. A tale proposito dunque deve affermarsi il principio di diritto secondo cui: «Ai fini dell'esenzione dal fallimento di una cooperativa avente ad oggetto attività agricole, è dovere del giudice, oltre che verificarne le clausole statutarie ed il loro tenore, esaminare anche in concreto l'atteggiarsi dell'attività d'impresa svolta dal sodalizio mutualistico, valutando le attività economiche dalla stessa effettivamente svolte, alla luce della disciplina introdotta dall'art. 1 del d.lgs. n. 228 del 2001, senza che su tale esame si sovrapponga la considerazione dell'effettività dello scopo mutualistico, rilevante a diversi fini, ma non assorbente della verifica dei presupposti di legge, previsti dall'art. 2135 c.c., per il riconoscimento (o l'esclusione) della qualità di impresa agricola esentata dal fallimento».

Con riguardo infine all'ultima doglianza (art. 5, legge fall.) con la quale la curatela si duole dell'erronea affermata insussistenza dello stato d'insolvenza in costanza di liquidazione volontaria, sul presupposto che l'istanza di fallimento era stata depositata il 9 gennaio del 2013 e la messa in liquidazione della società era avvenuta il 13 dicembre 2013, il giudice del reclamo non ha preso in considerazione tale premessa temporale applicando un principio di diritto⁴ che suppone che il ricorso di fallimento sia proposto contro la società in liquidazione e non già che questa, dopo l'avvenuta notifica del ricorso per l'accertamento dell'insolvenza, si ponga volontariamente in liquidazione allo scopo di eludere gli effetti della sollecitata cognizione.

Può quindi aversi dichiarazione di fallimento della società cooperativa anche quando lo scopo mutualistico è conciliato con quello di lucro, quale obiettiva economicità della gestione, potendo i due fini coesistere ed essere rivolti al conseguimento di uno stesso risultato.

Lo scopo mutualistico, può avere anche «gradazioni» diverse. La mutualità può essere *pura*, cioè caratterizzata dall'assenza di qualsiasi scopo di lucro, o può essere *spuria*, nel qual caso il fine mutualistico è attenuato per via di una maggiore dinamicità operativa dell'impresa anche nei confronti dei terzi non soci, considerato che sono concessi beni o servizi a terzi a fine di lucro.

In conclusione lo scopo mutualistico di una società cooperativa non è inconciliabile con quello di lucro, quale obiettiva economicità della gestione, potendo i due fini coesistere ed essere rivolti al conseguimento di uno stesso risultato. Ne consegue che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2545 *terdecies* c.c., nella parte in cui prevede la possibilità del fallimento delle cooperative, per l'accertamento della sussistenza del fine predetto, occorre avere riguardo alla struttura ed agli scopi di essa.

3. Rapporto tra finalità mutualistica e attività commerciale. È più che noto che, mancando una definizione legislativa dello scopo mutualistico, la prevalente dottrina⁵, nell'intento di fornirne, comunque, una nozione fa riferimento alla Relazione al codice civile, in base alla quale lo scopo prevalentemente mutualistico consisterebbe nel fornire occasioni di lavoro direttamente ai membri dell'organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle di mercato; tuttavia si ammette che, accanto ad una mutualità c.d. pura, nel senso che l'attività della società debba svolgersi esclusivamente con i soci, vi sia anche una mutualità c.d. impura, nel senso che un retto perseguimento dello scopo mutualistico non è inconciliabile con un'attività liberamente esercitata anche nei confronti dei terzi⁶.

³ V. Cass. Sez. I 24 marzo 2014, n. 6835, in *Riv. dir. agr.*, 2014, 1, II, 3, con nota di A. JANNARELLI.

⁴ V. Cass. Sez. I 30 maggio 2013, n. 13644, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

⁵ V. BASSI, *Società cooperative e mutue assicuratrici*, Torino, 1999, 31; VERRUCOLI, *Cooperative (imprese)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 549; OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 369; SIMONETTO, *La cooperativa e lo scopo mutualistico*, in *Riv. soc.*, 1971, 250.

⁶ Un divieto di agire con i terzi non è infatti riscontrabile nel nostro ordinamento, ove, senza dubbio, sono viste con maggior favore le cooperative c.d. pure, basti pensare all'art. 45 Cost. e molte altre norme del codice e delle leggi speciali, come quelle che impongono di indicare negli statuti determinati limiti alla distribuzione degli utili, ma le cooperative c.d. spurie sono considerate sempre tali e la stessa relazione al codice civile parla di scopo prevalentemente mutualistico. È evidente che il nostro legislatore ha tenuto conto del fatto che le cooperative, almeno inizialmente, non possono fare a meno di avere rapporti

A tale conclusione la dottrina perviene anche alla luce dell'evoluzione che ha interessato il fenomeno cooperativo. Infatti, la cooperativa oggi non è più, o meglio, non è più soltanto, un'associazione tra soggetti bisognosi di procurarsi beni o servizi o occasioni di lavoro a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, ma è un'impresa con finalità non diverse da quelle proprie dell'impresa commerciale, anche se, nel perseguire i propri fini, dedica un'attenzione particolare all'attività economica destinata ai propri soci. Si ha quindi, inevitabilmente, la commistione tra attività lucrativa e attività mutualistica⁷. Del resto, le stesse esigenze di sopravvivenza della cooperativa stessa rendono sovente necessario lo svolgimento di attività con i terzi⁸, senza considerare poi il fatto che la possibilità di cedere a terzi i beni o i servizi prodotti può tornare a vantaggio ed a rafforzamento della società e quindi del movimento cooperativo in generale⁹. Considerato poi che la società cooperativa è innanzitutto impresa¹⁰, la natura commerciale, o meno, dell'attività svolta deve essere individuata alla stregua dell'art. 2195 c.c., e quindi, indipendentemente dal contenuto (altruistico) dello scopo che anima i partecipanti alla società. La cooperativa avrà natura commerciale o non commerciale a seconda che eserciti, o meno, in concreto un'attività compresa tra quelle elencate nell'art. 2195 c.c.¹¹. In tal senso è, del resto, l'orientamento dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, confermato dalla sentenza in esame, nella quale, oltre ad affermarsi la piena compatibilità tra scopo mutualistico e esercizio di attività commerciale si aggiunge che ciò si verifica a prescindere dallo scopo sociale indicato nell'atto costitutivo, rilevando unicamente l'esercizio obbiettivo di fatto di un'attività commerciale¹².

4. *La questione della fallibilità delle cooperative.* La Suprema Corte, innanzitutto, ripercorre la normativa applicabile in caso di insolvenza delle imprese. Giova appena ricordare che l'art. 1 del r.d. 16 marzo 1942, n. 262 stabilisce che sono soggetti alle disposizioni sul fallimento gli imprenditori che esercitano una attività commerciale. Tale norma, peraltro, è parimenti contenuta nell'art. 2221 del codice civile, in cui, in aggiunta, sono fatte salve le leggi speciali¹³. Non meno essenziale è l'art. 2545 *terdecies*, comma 1, seconda parte, laddove è previsto l'assoggettamento anche al fallimento, in alternativa alla procedura di

con soggetti estranei all'ambito sociale per una buona gestione dell'impresa e per non essere travolte da una realtà economica che non dà alcuna tregua ai deboli, v. sul punto, PAOLUCCI, *La mutualità nelle cooperative*, Milano, 1974, 40 ss.

⁷ PAOLUCCI, *La mutualità nelle cooperative*, cit., 37 ss.; PAPPÀ MONTEFORTE, *Cooperative e «prevalenza» dello scopo mutualistico*, in *Le società*, 2002, 8.

⁸ V. PAOLUCCI, *Lezioni in tema di cooperative*, Bologna, 1997, 5. L'A. sottolinea che il grande limite della società cooperativa è, da sempre, il «nanismo finanziario», dal momento che le era precluso disporre di un'effettiva consistenza patrimoniale e, conseguentemente avere una maggior efficienza e competitività sul mercato. A tale esigenza è, in parte, venuta incontro la l. 31 gennaio 1992, n. 59, v. PAOLUCCI, *Le società cooperative*, Milano, 1999, 175.

⁹ È stato giustamente osservato che malgrado le incertezze e i dubbi sul significato dello scopo mutualistico, si può affermare che la sua essenza può essere individuata non soltanto nello scopo di fornire beni, servizi ed occasioni di lavoro direttamente ai membri dell'organizzazione a condizioni migliori di quelle che otterrebbero sul mercato, la c.d. mutualità interna, ma anche, e soprattutto dopo i recenti interventi legislativi, come scopo che trascende gli interessi immediati dei soci e si pone in diretta relazione con finalità che riguardano la pubblica utilità, la c.d. mutualità esterna. Sotto questo secondo aspetto, la mutualità non è vista in funzione del beneficio mutualistico dei soci, ma dello sviluppo del programma di diffusione del movimento cooperativo, v. PAOLUCCI, *Le società cooperative*, cit., 6.

¹⁰ Si è giustamente osservato che è proprio l'esistenza di un'attività d'impresa che vale a distinguere questo istituto da altre forme di organizzazione, in particolare dalle società di mutuo soccorso, v. BASSI, *Dividendi e ristorni nelle società cooperative*, Milano, 1979, 133; DE FERRA, *Principi costituzionali in materia di cooperative a carattere di mutualità*, in *Riv. soc.*, 1964, 781; Cass. Sez. V Pen. 25 ottobre 1990, n. 16093, Cariatì, in *Riv. pen.*, 1991, 878; Cass. Sez. I 27 aprile 1979, n. 2437, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 1059.

¹¹ V. PAOLUCCI, *Le società cooperative*; Trib. Milano 16 dicembre 1986, in *Fall.*, 1987, 865.

¹² V. Cass. Sez. Un. 23 gennaio 1970, n. 144, in *Foro it.*, 1970, 1962; Cass. Sez. I 10 marzo 1969, n. 766, in *Dir. fall.*, 1969, II, 824; Cass. Sez. Un. 12 marzo 1986, n. 1665, *ivi*, 1986, II, 782; Cass. Sez. Un. 24 febbraio 1986, n. 1104, *ivi*, 1986, II, 501; Cass. Sez. I 18 giugno 1980, n. 3856, *ivi*, 1980, II, 381.

¹³ Art. 2221 «Fallimento e concordato preventivo - Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso d'insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali».

liquidazione coatta amministrativa, per le cooperative che svolgono attività commerciale¹⁴. Al fine di escludere il fallimento, determinato dall'insolvenza, la cooperativa ha due strade: 1) la dimostrazione di essere imprenditore agricolo, secondo i criteri desumibili dagli artt. 2195 e 2135 del codice civile. Tale prova, però, non è stata presa in considerazione dalla società ricorrente; 2) l'aver natura di impresa commerciale. È proprio questa seconda via che la cooperativa ha deciso di percorrere.

5. Assoggettabilità a procedura concorsuale. L'attività commerciale, oltre a poter coesistere con la finalità mutualistica, non deve necessariamente essere prevalente su quest'ultima e può anche essere stata svolta in un momento anteriore della vita della cooperativa, rispetto a quello in cui si deve valutare la sua fallibilità¹⁵, in quanto la finalità mutualistica viene, comunque, intaccata dalla destinazione a terzi anche solo di una parte dei beni o dei servizi prodotti dalla cooperativa, in modo tale che cessi l'esclusività della destinazione ai soci che caratterizza la mutualità. A sostegno di tale affermazione viene posto il testo dell'art. 2540, secondo comma, c.c., il quale prevede che, in caso di insolvenza, le società cooperative che hanno per oggetto un'attività commerciale vengano sottratte alla procedura concorsuale tipica, cioè la liquidazione coatta amministrativa, per essere assoggettate a fallimento, e la considerazione che se lo scopo mutualistico delle cooperative fosse inconciliabile con lo svolgimento di attività commerciale tale norma sarebbe inapplicabile e soprattutto non avrebbe alcuna ragion d'essere¹⁶.

Da ultimo, occorre precisare che il riconoscimento della piena compatibilità tra lo scopo mutualistico e l'esercizio di attività commerciale da parte della società cooperativa non fa venir meno il maggior favore con cui il nostro legislatore guarda la mutualità c.d. pura, a beneficio esclusivo dei soci.

Le considerazioni che precedono sono confermate anche dal dettato dell'art. 5, legge n. 366/2001, legge delega per la riforma del diritto societario, che prescrive al legislatore delegato di definire la cooperazione costituzionalmente riconosciuta, intesa quale forma di cooperazione che rientra nell'ambito dell'art. 45 Cost., in quanto rispettosa dei principi fondamentali del carattere essenziale della mutualità dell'attività economica e dell'assenza della finalità speculativa, prevedendo soltanto con riferimento ad essa il mantenimento dell'attuale regime fiscale di favore¹⁷.

6. Osservazioni conclusive. Lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo), requisito quest'ultimo che, non essendo inconciliabile con il fine mutualistico, ben può essere presente anche in una società cooperativa, pur quando essa operi solo nei confronti dei propri soci. Tant'è che anche tale società ove svolga attività commerciale può, in caso di insolvenza, essere assoggettata a fallimento in applicazione dell'art. 2545 *terdecies* c.c.

Se pertanto l'impresa cooperativa, può essere soggetta a fallimento in caso d'insolvenza, al fine di giungere all'esclusione di quel regime potrebbe rilevare o la natura agricola dell'impresa, o la mutualità della stessa, tale da escludere la natura di impresa commerciale. Sotto il primo profilo, le cooperative agricole sono individuate secondo i criteri di cui agli artt. 2195 e 2135 c.c., atteso il richiamo ad essi implicitamente operato dagli artt. 2221 e 2545 *terdecies* c.c. e l. fall. art. 1. Dunque da un lato, l'impresa commerciale non postula il perseguimento di un lucro soggettivo e dall'altro lato, la cooperativa che abbia fini mutualistici (anche a mutualità prevalente secondo la nozione introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003) non è per ciò solo sottratta a fallimento.

¹⁴ L'art. 2545 *terdecies*, comma 3, c.c., indica che la dichiarazione di fallimento preclude la liquidazione coatta amministrativa e il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa preclude la dichiarazione di fallimento.

¹⁵ L'irrilevanza della successione nel tempo ai fini della dichiarazione di fallimento era già stata sancita da Cass. Sez. I 28 luglio 1994, n. 7061, in *Fall.*, 1995, 607.

¹⁶ V. App. Venezia 31 gennaio 1990 (decr.), in *Le Società*, 2002, 8, 1092; Cass. Sez. Un. 12 marzo 1986, n. 1665, in *Giur. comm.*, 1986, II, 759; Cass. Sez. I 28 luglio 1994, n. 7061, cit.; Cass. Sez. Un. 24 febbraio 1986, n. 1104, cit.; Trib. Roma 6 novembre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1800; Trib. Roma 6 gennaio 1982, in *Fall.*, 1982, 1494.

¹⁷ Per un primo commento all'art. 5, legge n. 366/2001, v. ALLEVA, *Riflessioni sulla riforma del diritto cooperativo italiano*, in *Le società*, 2002, 159.

Per la qualificazione di un'impresa come commerciale, ciò che rileva, accanto all'autonomia gestionale, finanziaria e contabile, è invero il perseguimento di un c.d. lucro oggettivo, ossia il rispetto del criterio di economicità della gestione, quale tendenziale proporzionalità di costi e ricavi, in quanto questi ultimi tendano a coprire i primi (almeno nel medio-lungo periodo). La nozione di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. va intesa in senso oggettivo, dovendosi riconoscere il carattere imprenditoriale all'attività economica organizzata che sia ricollegabile a un dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, il quale riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività¹⁸. Persino il fine altruistico, infatti, non pregiudica il carattere dell'imprenditorialità dei servizi resi, qualora quest'ultimi vengano organizzati in modo che i compensi per essi percepiti siano adeguati ai relativi costi, onde si è affermato la natura commerciale di un'attività, anche se svolta in modo che i compensi non eccedano i costi, dato che ai fini della valutazione del carattere imprenditoriale di un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o servizi rimangono giuridicamente irrilevanti sia il perseguimento o no di uno scopo di lucro, sia il fatto che i proventi siano destinati ad iniziative connesse con gli scopi istituzionali dell'ente¹⁹. Pertanto, anche la natura commerciale dell'attività svolta da una società cooperativa deriva esclusivamente dalla circostanza obiettiva che essa eserciti (o abbia esercitato) questo tipo di attività.

L'indagine sull'accertamento del predetto scopo, quindi, non può ritenersi formalmente preclusa dal fine mutualistico della cooperativa, posto che l'attività commerciale non è incompatibile con la finalità mutualistica. Non è, invero, il fine mutualistico che esclude in sé la natura di imprenditore commerciale di una cooperativa, dato che l'art. 2545 *terdecies*, come prima l'art. 2540 c.c., ne prevede espressamente la dichiarazione di fallimento, così riconoscendo che queste possono svolgere anche un'attività commerciale²⁰. La stessa S.C. ha precisato da tempo come «*lo scopo mutualistico proprio delle cooperative può avere gradazioni diverse, che vanno dalla cosiddetta mutualità pura, caratterizzata dall'assenza di qualsiasi scopo di lucro, alla cosiddetta mutualità spuria che, con l'attenuazione del fine mutualistico, consente una maggiore dinamicità operativa anche nei confronti di terzi non soci, conciliando così il fine mutualistico con un'attività commerciale e con la conseguente possibilità per la cooperativa di cedere beni o servizi a terzi a fini di lucro*».

Dunque, l'esercizio di un'impresa commerciale ed il relativo intento di lucro non sono inconciliabili con lo scopo mutualistico proprio della cooperativa, essendosi ormai «superata l'immedesimazione tra società e scopo di lucro da un lato e cooperativa ed interesse mutualistico dall'altro. Dopo aver ammesso che vi sono società senza scopo di lucro e consorzi in forma societaria (art. 2615 *ter* come modificato dalla l. 10 maggio 1976, n. 377), occorre rilevare come la società cooperativa può ben avere anche uno scopo di lucro»²¹.

In coerenza con tali principi la Corte di cassazione ha qualificato come imprenditore commerciale la cooperativa edilizia che venda a terzi gli alloggi realizzati, potendo la natura commerciale dedursi dalla presenza di elementi anche presuntivi che evidenzino lo svolgimento da parte della cooperativa di attività speculativa esorbitante dal suddetto scopo²², o che ceda gli alloggi sul mercato²³ o che produca spettacoli teatrali con utilizzazione delle prestazioni artistiche dei soci, destinando gli utili ai medesimi quale riserva disponibile e a fondi di assistenza e beneficenza per i soci²⁴. Dal suo canto, la giurisprudenza della Corte

¹⁸ Cfr., ad esempio, Cass. Sez. I 5 giugno 1987, n. 4912, in *Dir. fall.*, 1987, II, 918, con riguardo a società esercente in regime di concessione un'attività di trasporto, sebbene assoggettata ad un peculiare regime di prezzi e costi.

¹⁹ Cass. Sez. I 19 agosto 2011, n. 17399, in *Diritto e Giustizia*, 2011, 6 settembre, sull'attività di gestione di una struttura alberghiera da parte di un ente religioso; Cass. Sez. III 19 giugno 2008, n. 16612, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, 977.

²⁰ Cass. Sez. I 28 luglio 1994, n. 7061, in *Riv. dir. trib.*, 1995, II, 3.

²¹ Cass. Sez. I 16 maggio 1992, n. 5839, in *Comm. trib. centr.*, 1992, II 606; Cass. Sez. V 9 ottobre 2000, n. 13423, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 2, 92.

²² Cass. Sez. I 16 maggio 1992, n. 5839, cit.

²³ Cass. Sez. I 28 luglio 1994, n. 7061, cit.

²⁴ Cass. Sez. I 18 giugno 1980, n. 3856, cit.

di giustizia dell'Unione europea ha affermato, nell'ambito del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, come la nozione di impresa comprenda qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, indipendentemente dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, ed intesa tale attività come quella consistente nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato.

Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, la nozione di impresa comprende, nel contesto del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di tale entità e dalle sue modalità di finanziamento²⁵.

Ne consegue che il carattere pubblico o privato dell'entità che esercita l'attività di cui trattasi non può influire sulla questione volta a stabilire se tale entità rivesta o no la qualità di «impresa». Inoltre, laddove l'attività in questione possa essere qualificata come economica, la circostanza che essa sia esercitata da una comunità religiosa non impedisce l'applicazione delle norme del Trattato, tra cui quelle che disciplinano il diritto della concorrenza²⁶.

Per stabilire se le attività in questione sono quelle di un'«impresa», ai sensi del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, occorre verificare quale sia la natura di tali attività, tenendo presente che la qualificazione come attività economica deve essere esaminata per ciascuna delle diverse attività esercitate da una stessa determinata entità²⁷.

Come si è ritenuto per il consorzio, il quale deve considerarsi imprenditore perché esercita una fase dell'attività delle imprese consorziate o un'impresa ausiliaria, pur costituendosi fra le singole imprese rapporti associativi di tipo mutualistico, da cui derivano vantaggi realizzati grazie all'organizzazione comune²⁸, e come per le associazioni e le fondazioni, che possono esercitare attività d'impresa, pur mantenendo come fine il perseguimento di uno scopo altruistico²⁹, così anche con riguardo alla società cooperativa può dirsi che lo scopo di lucro non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore, essendo individuabile l'attività di impresa, tutte le volte che sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi. Tale requisito può ben essere presente anche in una società cooperativa, che pure operi solo nei confronti dei propri soci: in tal caso, essa si assoggetta allo statuto dell'impresa, che comprende il fallimento, quale strumento di soluzione e superamento dell'insolvenza che abbia origine in un'iniziativa imprenditoriale.

In conclusione, lo scopo mutualistico di una società cooperativa non è inconciliabile con quello di lucro, quale obiettiva economicità della gestione, potendo i due fini coesistere ed essere rivolti al conseguimento di uno stesso risultato: pertanto, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2545 *terdecies* c.c., che prevede la possibilità del fallimento delle cooperative, per l'accertamento della sussistenza del fine predetto occorre avere riguardo alla struttura ed agli scopi di essa. Pertanto, partendo dal principio di diritto sancito dalla sentenza n. 6835 del 2014 della Suprema Corte lo scopo di lucro non richiede l'effettiva realizzazione di un

²⁵ Corte di giustizia CE, Sez. II 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e a., in causa C-222/04, punto 107, in *Racc.* 2006, I-00289 e in *Diritto&Giustizia*, 2006, 11, 102.

²⁶ V., in tal senso, Corte di giustizia CEE, Sez. VI 5 ottobre 1988, in causa C-196/87, Steymann, punti 9 e 14, in *Racc.* 1988, 06159.

²⁷ V., in tal senso, Corte di giustizia CE, Sez. VI 24 ottobre 2002, in causa C-82/01 P, Aéroports de Paris c. Commissione, punto 75, in *Racc.* 2002, I-09297 e Corte di giustizia CE, Grande Sez. 1° luglio 2008, in causa C-49/07, MOTOE, punto 25, *ivi*, 2008, I-04863. Costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (sentenza del 10 gennaio 2006, in causa C-222/04, cit., punto 108). La circostanza che l'offerta di beni o di servizi sia fatta senza scopo di lucro non osta a che l'entità che effettua tali operazioni sul mercato debba essere considerata come un'impresa, poiché tale offerta si pone in concorrenza con quella di altri operatori che perseguono uno scopo di lucro (sentenza del 1° luglio 2008, in causa C-49/07, cit., punto 27). Costituiscono servizi suscettibili di essere qualificati come «attività economiche» le prestazioni fornite normalmente dietro remunerazione. La caratteristica essenziale della remunerazione va ravvisata nella circostanza che essa costituisca il corrispettivo economico della prestazione di cui trattasi (v., per analogia, Corte di giustizia CE, Grande Sez. 11 settembre 2007, in causa C-76/05, Schwarz e Gootjes-Schwarz, punti 37 e 38).

²⁸ In tema di fallimento del consorzio, Cass. Sez. I 3 giugno 2010, n. 13465, in *Giur. comm.*, 2012, 5, II, 965; Cass. Sez. I 20 ottobre 2011, n. 21818, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 10, 1490.

²⁹ Cass. Cass. Sez. I 24 marzo 2011, n. 6853, in questa Riv., 2011, 629, con nota di CARMIGNANI; Cass. Cass. Sez. I 16 marzo 2004, n. 5305, in *Dir. fall. e soc. comm.*, 2005, 2, 843.

guadagno, ma il solo proposito di conseguirlo; esso non va riferito al singolo atto, perché può anche accadere che l'imprenditore decida di avviare iniziative che sono fonte di perdite immediate ma possono consentire di ottenere guadagni futuri. L'attività di impresa deve essere svolta secondo modalità oggettive astrattamente lucrative; da ciò ne deriva che lo scopo di lucro è indipendente dalla successiva destinazione dei guadagni ed esiste anche se il guadagno viene destinato ad iniziative altruistiche o ad opere di beneficenza.

La giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni affermato anche in passato che lo scopo di lucro, il quale assume rilievo meramente oggettivo ed è collegato alle modalità di svolgimento dell'impresa, va escluso qualora l'attività sia svolta in modo gratuito, in quanto non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o dei servizi prodotti³⁰.

È necessario sottolineare che la nozione di imprenditore è unitaria e, pertanto, comprende sia l'impresa privata, sia quella pubblica. Pertanto, lo scopo di lucro caratterizza non solo l'attività svolta in modo individuale, ma anche quella svolta in forma collettiva; infatti, le società sono tenute ad operare con metodo lucrativo, in quanto l'attività di impresa deve essere rivolta al conseguimento di utili e questi ultimi devono essere devoluti in favore dei soci.

Tra le società vi sono anche le cooperative, la cui attività di impresa è caratterizzata dallo scopo mutualistico, ossia dallo scopo volto a fornire ai propri soci beni, servizi, o occasioni di lavoro, a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle praticate sul mercato; dunque, nelle cooperative l'attività economica è esercitata al fine di soddisfare un particolare bisogno dei soci.

Tuttavia, l'attività non deve essere esercitata solo nei confronti dei soci; infatti, laddove previsto dall'atto costitutivo, le cooperative possono svolgerla anche a favore di terzi.

Peraltro, il legislatore attribuisce anche a tale tipo di società la qualità di impresa. Da ciò ne discende quale logico corollario che le cooperative sono assoggettabili a fallimento qualora svolgano un'attività commerciale e sempre che non siano state già ammesse alla procedura della liquidazione coatta amministrativa in applicazione della regola delle prevenzioni; infatti la causa mutualistica dell'impresa non vale a negarne la natura commerciale.

Biagio Campagna

³⁰ Cass. civ. Sez. III, 26 settembre 2006, n. 20815; Cass. civ. Sez. III, 19 giugno 2008, n. 16612.