

Trasformazione e fusione (per incorporazione) di società di capitale in cooperativa.

Giurisprudenza Italiana, n. 6, 1 giugno 1990, p. PAG1140

Nota a sentenza di Vidiri Guido

Riferimenti

Corte d'Appello Napoli, 15 novembre 1989

1. Nel decreto annotato si affronta la problematica della fusione tra società di tipo diverso (cosiddetta fusione eterogenea) con argomentazioni che offrono lo spunto per brevi riflessioni su di una materia tuttora oggetto di acceso dibattito[1].

La Corte d'appello di Napoli aderisce al costante indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'atto di fusione - consistente nella sostituzione di una o più società da parte di una nuova (fusione in senso stretto) o nell'assorbimento da parte di una società preesistente di una o più altre società (fusione per incorporazione) - realizza una situazione giuridica corrispondente a quella di una successione universale e produce gli effetti dell'estinzione delle società fuse ed incorporate[2]. Una siffatta opinione, incentrata soprattutto sul tenore letterale dell'art. 2501 c. c. e sull'espressione «società estinte» contenute nell'art. 2504, ult. capov., c. c., fornisce il decisivo supporto all'intero iter argomentativo seguito dal provvedimento in esame. La Corte infatti, al fine di omologare la delibera di fusione per incorporazione di una società a responsabilità limitata («Vesuviana Costruzioni s.r.l.») in una società cooperativa a responsabilità limitata («Vesuvio soc. coop. edil. a r.l.»), ritiene sufficiente richiamarsi agli effetti scaturenti dall'atto di fusione, sostenendo al riguardo che comportando l'estinzione delle società incorporate anche il venir meno della sua causa lucrativa «non si pone il problema della compatibilità tra detta causa e quella tipica della società mutualistica».

Un siffatto argomento non può però essere condiviso contenendo in sé un equivoco di fondo[3].

Anche se non si voglia inquadrare la fusione in una mera vicenda modificativa dell'atto costitutivo delle società che ad essa dà origine[4], preferendosi invece ricondurla ad una ipotesi di successione a titolo universale con effetti estintivi delle società incorporate o preesistenti[5], non può comunque disconoscersi che la fusione implica necessariamente la preventiva trasformazione di una o più società, che devono alterare la propria struttura in modo da divenire omogenee rispetto alla nuova società. In un simile contesto l'estinzione si presenta quindi come l'effetto (e non la causa) del subingresso della società, risultante dalla fusione, nei rapporti facenti capo alle altre società[6].

È indubbio allora che tutti i problemi che si affacciano nella «trasformazione eterogenea», importante il passaggio da una struttura organizzativa con causa lucrativa in altra avente causa mutualistica, non possono che riprodursi in sede di «fusione,eterogenea». In altri termini «la soluzione del problema sull'ammissibilità, in generale, della fusione eterogenea è condizionata da una preliminare presa di posizione sulla trasformabilità della società ordinaria (*idest.*: a causa lucrativa) in società cooperativa (*idest.*: a causa mutualistica)»[7].

2. L'esigenza di impedire che lo scopo mutualistico venga strumentalizzato in sede di costituzione, al fine di beneficiare delle agevolazioni predisposte dall'ordinamento, e venga poi abbandonato allorquando la cooperativa abbia acquistato consistenza e capacità competitiva, individua la *ratio* dell'art. 14 L. 17 febbraio 1971, n. 127 [8], che ha espressamente vietato la trasformazione delle società cooperative in società ordinarie «anche se tale trasformazione sia deliberata all'unanimità»[9].

All'assoluto silenzio sull'opposta ipotesi della trasformazione di una società ordinaria in cooperativa si è attribuito un pregnante significato, evidenziandosi al riguardo che se il legislatore avesse inteso vietare tale trasformazione avrebbe potuto e dovuto sancire imperativamente il relativo divieto all'atto stesso in cui si apprestava ad innovare ed a chiarire la disciplina delle cooperative[10].

A favore di siffatta trasformazione si è poi operato il richiamo alla regola del *favor cooperativae* (riconosciuto direttamente ed espressamente dall'[art. 45 Cost.](#)), e cioè alle agevolazioni introdotte in sede legislativa alla costituzione (trasformazione, fusione) delle cooperative[11], e si è altresì osservato che mentre si riscontrano considerevoli ragioni di opportunità per vietare la trasformazione di una cooperativa in società ordinaria «per gli inconvenienti al limite di frode di legge che si renderebbero possibili per tale via analoghe ragioni non si rinvengono invece in relazione alla trasformazione inversa[12].

Si è però in contrario obiettato che proprio la collocazione dell'[art. 14 legge n. 127 del 1971](#) (in un testo che, per disciplinare le cooperative, non poteva invadere il campo riservato alle leggi che regolano le società ordinarie) induce ad escludere che dalla summenzionata disposizione possa trarsi comunque una risposta alla questione della trasformabilità delle società lucrative in società mutualistiche. Il problema rimane così aperto e si ripropongono - in senso favorevole o contrario - le tre distinte soluzioni già prospettate prima della riforma del 1971[13].

Un primo orientamento sostiene l'ammissibilità della trasformazione sulla base della omogeneità causale tra società ordinaria e cooperativa, assumendo che lo schema societario è utilizzabile non solo per il perseguimento di fini lucrativi ma anche per scopi mutualistici [14]. In questa direzione, ed in assenza di specifiche norme escludenti la trasformabilità, viene richiamato il principio della libertà negoziale[15], e viene anche ricordata la dottrina che parla di un «aftievolimento dello scopo di lucro» come elemento caratterizzante la società, e di una «neutralità» della sua struttura destinata - in analogia a quanto avvenuto per l'istituto della cambiale - ad essere riempita da finalità diverse ed eterogenee tra loro[16].

Un diverso indirizzo propende egualmente per la trasformabilità ma a condizione che la stessa sia deliberata all'unanimità, perché il trapasso da causa lucrativa a causa mutualistica incidendo sul diritto di ciascun socio al perseguimento dello specifico fine di guadagno proprio delle società ordinarie richiederebbe il consenso di tutti i soci[17].

Formulando critiche ad una simile argomentazione, un'ultima opinione nega la stessa modifica alla unanimità in base al rilievo che «se il profilo corporativo non può distruggere il momento contrattuale del fenomeno e se il contratto si individua in funzione della sua causa, non è possibile sostituzione, sia pure ad unanimità, della causa contrattuale con altra», essendo consentita all'autonomia delle parti soltanto «la sostituzione di un nuovo contratto a quello originario»[18].

Partendo da tali premesse si finisce così per consentire unicamente il passaggio da uno schema societario all'altro nell'ambito delle stesse categorie, rimanendo in tale ipotesi immodificata la funzione sociale, laddove il passaggio dalla categoria delle società ordinarie a quella delle cooperative rimane precluso importando come conseguenza il mutamento dello scopo sociale[19].

Pur con tutti i margini di opinabilità connaturati ad una così delicata materia[20], quest'ultima rigorosa soluzione sembra comunque preferibile mancando nell'attuale assetto ordinamentale ogni supporto normativo legittimante la riconducibilità delle ordinarie strutture societarie nell'ambito di programmi mutualistici. I richiami operati dagli [artt. 2516 e 2537 c. c.](#) alle principali disposizioni delle società per azioni ed espressamente all'[art. 2499 c. c.](#) non risultano infatti influenti perché attestano unicamente che le società cooperative, come quelle ordinarie, possono trasformarsi, ma non valgono certo a dimostrare la trasformabilità delle società lucrative in società mutualistiche[21].

A nostro avviso, un avallo a tale conclusione viene poi fornito dall'[art. 14 legge n. 127 del 1971](#) che ha

disposto l'assoluta intrasformabilità della cooperativa in società ordinaria proprio in considerazione del diverso elemento causale che distingue le due fattispecie sociali^[22].

Né può trascurarsi un'ultima considerazione.

Si è già ricordato che la ragione della summenzionata disposizione è stata identificata nella necessità di evitare facili frodi in relazione alle numerose agevolazioni di varia natura concesse alle cooperative, e di impedire così in via assoluta che una cooperativa, dopo avere usufruito dei vantaggi concessi a tale struttura, possa convertirsi in società lucrativa. In una visione di più ampio respiro, che voglia tenere nel dovuto conto il dettato costituzionale (art. 45 Cost.), la normativa in esame deve però essere vista come specifica attuazione dell'intento legislativo volto a tutelare la *genuinità* della funzione mutualistica contro ogni forma di abuso o di privata speculazione, e quindi anche nei confronti di quanti, dopo avere dimostrato scarse capacità imprenditoriali intendano attuare, attraverso la via privilegiata della trasformazione, strumentali approdi a schemi mutualistici al solo fine di superare, con l'ausilio dei molteplici benefici assicurati alle cooperative, difficoltà economiche ricollegabili alla precedente gestione societaria^[23].

Note:

[1] Sulla fusione tra società dello stesso tipo (fusione omogenea) e di tipo diverso (fusione eterogenea) vedi, in generale, le monografie di C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, e di F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, Milano, 1989, cui adde G. TANTINI, *Trasformazione e fusione della società*, in *Trattato di dir. comm.* diretto da F. Galgano, VIII, Padova, 1985, 275 e segg.; A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da P. Rescigno, XVII, Torino, 1985, 336 e segg.

[2] Per tale indirizzo, oltre alle decisioni indicate nell'annotato decreto, vedi anche *Cass., Sez. un., 28 luglio 1986, n. 4812*, in *Foro It.*, 1988, I, 1275.

[3] Sembra incorrere in un analogo errore prospettico Trib. Venezia, 21 settembre 1987, in *Società*, 1988, 74, con nota di commento di R. BORMIDA.

[4] Per l'opinione secondo cui le società che partecipano alla fusione non si estinguono, perdendo unicamente la loro individualità per compenetrarsi in un organismo di più ampie dimensioni che unifica, senza estinguerli, le varie partecipazioni sociali e tutti gli elementi patrimoniali della società cfr. per tutti E. SIMONETTO, *Delle società Trasformazione e fusione della società. Società costituite all'estero o operanti all'estero*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 230 e segg.; A. SERRA, *op. loc. cit.*; G. COTONO, *Diritto commerciale*, I, 2° tomo, Padova, 1987, 631 e segg., il quale sottolinea come la fusione rappresenti un *contratto di vita* non un contratto di morte, in quanto contraddistingue la crescita dell'impresa, ponendosi come una tappa del processo di concentrazione capitalistica in conseguenza del quale chi è meno forte e soccombe è divorato dal più forte e deve accettarne le condizioni,

[5] Individua nella fusione una successione analoga a quella ereditaria F. MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, III, 1° tomo, Milano, 1954, 558. Parlano invece di una successione universale per atti tra vivi: A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1960, 514 e segg.; M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 967 e segg.

[6] Così C. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, Torino, 1988, 517. Sul punto vedi pure F. SCARDULLA, *op. cit.*, 317, che sulla base dell'esegesi dell'ultimo comma dell'art.

2504 c. c. rinviene nella fusione due fatti giuridici diversi: uno estintivo, l'altro modificativo - traslativo, precisando altresì che «quest'ultimo si colloca come presupposto del primo».

[7] Così testualmente G. MARASÀ, *Trasformazione e fusione eterogenea nel diritto comune e nella legge bancaria*, in *Banca Borsa*, 1987, II, 503.

[8] Sulle ragioni del divieto di cui all'art. 14 L. 17 febbraio 1971, n. 127, cfr. per tutti F. CAVAZZUTI, *Un'altra «piccola riforma» in campo societario: quella delle cooperative*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1971, III, 338; C. SILVETTI, voce «Trasformazione e fusione delle società», in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 536; A. SERRA, *op. cit.*, 313.

[9] Contro la tesi che ritiene vietata in ogni caso la trasformazione, affermano invece che l'art. 14 legge n. 127 del 1971 si riferisce unicamente alla *delibera*, la quale, anche se passa all'unanimità degli intervenuti, non importa anche e

necessariamente l'unanimità dei consensi: F. FERRARA-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, 731-732. Su tale premessa gli Autori finiscono per ammettere che allorché tutti gli interessati siano d'accordo la trasformazione è possibile nel duplice senso: non solo la società lucrativa può trasformarsi in cooperativa, ma altresì la cooperativa può trasformarsi in società lucrativa.

[10] Cfr. al riguardo E. SIMONETTO, *op. cit.*, 79.

[11] In tali sensi E. SIMONETTO, *op. cit.*, 80.

[12] Cfr. ancora E. SIMONETTO, *op. cit.*, 75.

[13] In questi sensi vedi per tutti A. SERRA, *op. cit.*, 314; F. SCARDULLA, *op. cit.*, 306-307.

[14] In tali termini vedi G. FERRI, *La cooperativa come società*, in *Riv. Società*, 1957, 249 e segg.; P. VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, 425; ID., voce «Cooperative», in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 593 e segg.

In giurisprudenza per lo stesso indirizzo cfr. Appello Trieste, 6 novembre 1978, in *Giur. Comm.*, 1981, II, 690; Trib. Bari, 21 luglio 1981, in *Vita Notar.*, 1981, 1080; Trib. Roma, 4 luglio 1984, in *Tem. Romana*, 1984, 827, con nota di G. GRAZZINI.

[15] Cfr. al riguardo ancora P. VERRUCOLI, *Cooperative*, cit., 598.

[16] Così G. CAPURSO, *Un «nuovo corso» giurisprudenziale in tema di trasformazione nell'ambito delle società e dei contratti associativi?*, in *Giur. Comm.*, 1981, II, 697, nota 27, che si richiama alla tesi di G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, 151 e segg.

[17] Per questa opinione G. COTTINO, *op. cit.*, 701.

Negli stessi sensi, T. ASCARELLI, *Trasformazione di società in cooperative e viceversa. Deliberazione a maggioranza e deliberazione all'unanimità nel sistema delle società*, in *Foro It.*, 1956, I, 777 e segg.; ID., *Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Riv. Società*, 1956, 397 e segg. In argomento vedi pure da ultimo S. LANDOLFI, *Costituzione e trasformazione delle cooperative*, in *Società*, 1988, 917 e segg.

In giurisprudenza cfr. Trib. Napoli, 25 agosto 1953, in *Giur. It.*, 1954, I, 2, 59; App. Milano, 22 ottobre 1955, in *Foro It.*, 1956, I, 777.

[18] In questi esatti termini G. OPPO, *L'essenza delle società cooperative e gli studi recenti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1959, I, 369 e segg.

[19] Per questo indirizzo vedi tra gli altri C. SILVETTI, *op. cit.*, 536-537; A. SERRA, *op. cit.*, 313-317; G. TANTINI, *op. cit.*, 213216, secondo cui l'ammettere la trasformazione di una società in cooperativa non sarebbe diverso dall'ammettere la trasformazione in società di una associazione; e da ultimo F. SCARDULLA, *op. cit.*, 302-307.

In giurisprudenza cfr. Trib. Roma, 13 febbraio 1947, in *Foro It.*, 1947, I, 933; Cass., 17 aprile 1959, n. 1144, in *Giur. It.*, 1959, I, 1, 1179.

[20] Proprio con riguardo alla presente tematica è stato opportunamente evidenziato da E. SIMONETTO, *op. cit.*, 61, che «il giurista onesto, che non muove da un partito preso e non si traveste da profeta Maometto, a volte deve accettare la tesi meno insicura e non quella che ritiene *unica* sicura e affatto indiscutibile».

[21] In questi termini C. SILVETTI, *op. cit.*, 537.

[22] Ritiene che la tesi della intrasformabilità della società ordinaria in cooperativa trovi fondamento sul disposto dell'art. 14

n. 127 del 1971: A. SERRA, *op. cit.*, 315.

[23] Il ritenere, in simili casi, consentito il trapasso dalle società lucrative alle cooperative non sembra in linea con quella *escalation* legislativa che, attraverso la [L. 17 febbraio 1971, n. 127](#) e 19 marzo 1983, n. 72, tende a rivitalizzare e rafforzare le strutture societarie della cooperativa, aggiornandone la relativa macchina alle esigenze di mercato e dell'imprenditorialità. Per la disamina di tale indirizzo e per una esauriente analisi dei rapporti tra cooperazione e capitalismo cfr. da ultimo G. COTTINO, *op. cit.*, 30 e segg.