

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Sulla fallibilità delle ONLUS: quando la produzione commerciale supera lo scopo solidaristico

di **Marta Bellini**, Avvocato e Professore a contratto Università degli Studi di Verona



Master di specializzazione

CRISI DI IMPRESA: IL RUOLO DEL PROFESSIONISTA

Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Cass. civ. n. 29245 del 20 ottobre 2021 [link](#)

Parole chiave: Imprenditore - Cooperative – Attività commerciale - Attività solidale Onlus -- Fallibilità

Massima: *"E' assoggettabile al fallimento, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2545-terdecies c.c., 2082 c.c. e 1 l.fall, una società cooperativa sociale che svolga attività commerciale secondo i criteri di economicità (lucro oggettivo), senza che rilevi l'eventuale assunzione della qualifica Onlus ai sensi del d.lgs n. 460 del 1997, art. 10, trattandosi di norma speciale di carattere fiscale che non integra la "diversa previsione di legge" contemplata dal secondo comma dell'art 2545 -terdecies c.c..*

L'accertamento della natura commerciale dell'attività svolta da una società cooperativa sociale, ai fini della sua assoggettabilità a fallimento, compete all'autorità giudiziaria, senza che abbiano natura vincolante i pareri e gli atti adottati dal Ministero dello sviluppo economico nell'esercizio dei poteri di vigilanza attribuiti dalla legge".

Disposizioni applicate: 2082 c.c. – 2545-terdecies c.c. – 1 f.l. – 10 d.lgs 460/17

La Suprema Corte consolida, con la decisione in esame, la corrente dottrinale che ritiene assoggettabili a fallimento tutte le associazioni che esercitano le attività previste dall'art. 2195 c.c., qualora l'attività economica risulti prevalente rispetto all'attività solidale e mutualistica. Nello specifico, la decisione traccia una fattispecie di fallibilità in più, ritenendo che le associazioni non riconosciute, la cui sostanza economica prevalga sulla forma solidaristica, possono essere dichiarate fallite ove esercitino un'attività oggettivamente commerciale capace di compensare – anche teoricamente - i fattori della produzione con i

ricavi, anche in assenza nello statuto di uno specifico scopo di lucro.

Caso e soluzione

La Corte d'Appello di Torino, confermando il Tribunale di Alessandria, rigettava l'opposizione alla declaratoria fallimentare presentata dalla medesima Alfa Onlus, ritenendo che alla base del gravame vi fossero numerose soluzioni non condivise, prima tra tutte la presenza dei presupposti di fallibilità della Cooperativa.

La cooperativa provvedeva pertanto a depositare ricorso avanti la Suprema Corte e, con un unico motivo di ricorso, lamentava «*Violazione ed erronea applicazione degli art. 2 e 195 l.fall – 2545 terdecies c.c. – 10 d.lgs n. 460/1997 – dl.gs 220/2002, nonché nullità della sentenza per mancata pronuncia su parte delle censure sollevate*». Le doglianze mosse dalla fallita sottolineavano come il tribunale fallimentare fosse incorso in due errori: innanzitutto per aver sovrapposto i principi dettati per le cooperative generiche con le cooperative sociali Onlus, ove lo scopo mutualistico prevalente non può essere dimenticato in presenza di un'attività commerciale funzionale al raggiungimento di tale scopo; dall'altra per aver del tutto omesso di porre la dovuta attenzione al parere del MISE che aveva confermato in capo alla cooperativa tutti i caratteri della mutualità, con conseguente esclusione dell'assoggettabilità al fallimento.

Censurato il campo della nullità della sentenza d'appello per mancata pronuncia su parte dei gravami, la Corte provvedeva nel merito ad evidenziare l'erroneità della difesa nell'aver ritenuto la Onlus "non fallibile". Precisamente, rilevava che la dicitura "Onlus" delineava una categoria meramente fiscale (oggi meglio definita dal Codice del Terzo Settore attraverso la qualifica ETS) che né esclude l'esercizio di un'attività economica, anche se finalizzata allo scopo istituzionale – solidale, né, proprio perché la qualifica risulta a priori dell'esercizio effettivo dell'attività, esclude automaticamente, così come delineato dal d.lgs 460/1997, che la stessa possa redigere uno statuto ed esercitare un'attività tipicamente commerciale. Anzi, proprio la portata normativa dell'art. 26, delineerebbe la possibile dualità di Onlus commerciali e non commerciali, estendendo a quest'ultima categoria le disposizioni di cui agli artt. 2-9 istituite per gli enti non commerciali.

Confermando i precedenti giurisprudenziali che già avevano confermato la natura di imprenditore commerciale fallibile in capo al consorzio che eserciti una fase dell'attività delle imprese consorziate o un'impresa ausiliaria, pur costituendosi fra le singole imprese rapporti associativi di tipo mutualistico, rigettava il ricorso dell'Alfa Onlus, con conseguente condanna alle spese.

Questioni applicate nella pratica

Il caso in esame permette di approfondire il tema della categoria delle Onlus, del lucro soggettivo ed oggettivo degli enti mutualistici ed infine della fallibilità delle cooperative a scopo mutualistico.

In merito alla qualifica di Onlus

Onlus è una qualifica meramente fiscale, riferibile all'art. 10 del d.lgs 460/1997 (Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale", funzionale all'ottenimento – qualora ne sussistano i requisiti – delle agevolazioni di natura tributaria (Cass. 9830/2017; Cass. 18396/2015). Tale precisazione, confermata sia dalla relazione illustrativa della norma (il d.lgs trova applicazione alla fattispecie *ratione temporis*), trova ulteriore conferma nell'attuale dicitura "*no profit*", volta al raggiungimento di plurime agevolazioni nei diversi comparti gestiti dalle associazioni, fondazioni, cooperative che ne facciano accesso. L'attuale dicitura di Ente del Terzo Settore (ETS) non trova altra giustificazione fiscale, ed è indistintamente rivolta e destinata alle diverse realtà associative che la voglia assumere per le medesime motivazioni.

Per questo motivo, le realtà cooperative che siano altresì Onlus, non trovano diversa giustificazione se non quella di aver cercato di raggiungere agevolazioni fiscali e tributarie con tale modalità, che possono, tra le altre, ai fini delle imposte dirette:

- non considerare attività commerciale lo svolgimento di attività istituzionali;
- non considerare per la formazione della base imponibile i proventi derivanti dall'esercizio di attività connesse o le somme versate dagli associati o partecipanti a titolo di contributo o quote associative;
- non quantificare ai fini della formazione del reddito i fondi raccolti durante manifestazioni pubbliche occasionali, anche se in contropartita di beni di modico valore o di servizi;
- non far concorrere alla formazione del reddito i contributi corrisposti da amministrazioni pubbliche in regime convenzionale.

Tra le agevolazioni riguardanti le altre imposte indirette rientra l'esenzione dall'imposta di bollo e dalla tassa sulle concessioni governative. Per quanto riguarda l'Iva non vi è l'obbligo di ricevuta o scontrino fiscale per le operazioni riconducibili alle attività istituzionali. Possono inoltre godere dell'esenzione dell'imposta di successione e donazione; dell'esenzione dell'imposta sull'incremento del valore degli immobili; dell'esenzioni in materia di tributi locali; delle agevolazioni in materia di imposte di registro; dell'esenzione dell'imposta sugli spettacoli e intrattenimenti, oltre a poter beneficiare dei contributi derivanti dall'iscrizione alle liste del 5x1000.

Tale qualificazione infatti non vincola od esclude dall'attività meramente commerciale nemmeno l'attività sanitaria o socio – sanitaria, esercitata dalla cooperativa Alfa fallita, in quanto l'inciso di cui all'art. 10 d.lgs per cui "si considerano inerenti a finalità di solidarietà sociale le attività statutarie istituzionali", così come l'iscrizione all'anagrafe delle Onlus non inficia con l'effettiva attività (commerciale) svolta dall'impresa, esclusa esclusivamente in tali enti per disposizione di legge dalla natura pubblica, dalla costituzione in partiti o movimenti politici.

Per questo motivo la società cooperativa, anche se qualificata Onlus, può esercitare attività commerciale pur avendo uno scopo mutualistico.

Funzionale pertanto diviene ripercorrere i concetti di lucro soggettivo ed oggettivo.

Si parla di **lucro soggettivo**, quale elemento di rottura con la qualifica di Onlus e con la causa mutualistica delle società cooperative, per definire «*Ciò che rileva ai fini della fallibilità è il perseguimento del cd. lucro oggettivo, ossia il rispetto del criterio di economicità della gestione, dovendosi riconoscere il carattere imprenditoriale all'attività economica organizzata ricollegabile all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro soggettivo*» (Cass. 25478/2019).

Si parla invece di **lucro oggettivo**, per intendere le imprese commerciali costituite sotto forma di cooperative, che perseguono uno scopo di lucro solo in senso oggettivo, cioè al fine di raggiungere un pareggio o almeno una proporzionalità tra costi e ricavi di esercizio (Cass. 22955/2020; Cass. 42/2018; Cass. 20815/2006).

Il fine altruistico non rileva in tal senso, dovendosi accostare esclusivamente agli scopi istituzionali dell'ente e non ai proventi economici (Cass. 6835/2014; Cass. 16612/2008).

Potendosi pertanto rinvenire il lucro oggettivo anche nelle società mutualistiche, non si comprende per quale limite le stesse non debbano conseguentemente essere sottoposte a fallimento qualora si trovino in stato di insolvenza (Cass. 25478/2019; Cass. 9567/2017; Trib. Como 20 aprile 2021).

Poiché l'art. 2545terdecies c.c. prevede l'assoggettamento alla liquidazione giudiziale (fallimento) le cooperative che esercitino attività commerciale, conseguentemente non si comprende come nella presente fattispecie la norma possa essere disattesa. A nulla vale il parere del MISE in tal senso, trattandosi di parere in primis non vincolante e soprattutto destinato a regolare le specie cooperative a scopo mutualistico con funzione consultiva e principalmente a scopo costitutivo e di regolamentazione fiscale o di patrocinio (cfr art. 4 D.P.R. 14 maggio 2007, n. 78; e art. 196, comma 2 l.f.).

Sul punto la Suprema Corte aveva già avuto modo di pronunciarsi, rilevando con la pronuncia Cass. 16 Giugno 2018, n. 831, per la quale «*La presenza dell'art. 2545-terdecies cod. civ., il quale dispone l'assoggettabilità al fallimento delle società cooperative che svolgono attività commerciale, impone di accertare in concreto tale ultimo requisito, non coincidendo con l'astratta enunciazione nello statuto sociale di uno scopo mutualistico, ma dovendo il giudice del merito verificare lo svolgimento in modo sistematico di un'attività commerciale*».

Gli elementi identificativi dell'impresa commerciale, ai sensi dell'art. 2082 cod. civ., sono invero la professionalità? e l'organizzazione, intese come svolgimento abituale e continuo dell'attività? e sistematica aggregazione di mezzi materiali e immateriali (così?, *ex multis*, Cass. 6 giugno 2003, n. 9102). L'organizzazione dell'attività delle cooperative si qualifica quale

organizzazione di natura economica della gestione dell'attività, incapace per tale caratteristica di sfuggire alla definizione di attività economica organizzata di cui all'art. 2195 c.c.. Se si provvede poi al raffronto tra la definizione di imprenditore concessa dal nostro codice civile e la più ampia definizione dell'imprenditore europeo (GUE, 3 marzo 2011), non sfugge che l'attività organizzata anche sotto forma di cooperativa sia un'attività imprenditoriale, quand'anche non versata esclusivamente allo scopo di lucro, ma astrattamente capace di perseguirlo, e quindi potenzialmente fallibile.

La giurisprudenza degli ultimi vent'anni del resto, ha sempre confermato la natura di imprenditore commerciale fallibile in capo al consorzio, associazioni, fondazioni che esercitino un'attività di impresa, pur mantenendo lo scopo mutualistico.

In merito alla fallibilità delle cooperative a scopo mutualistico

Secondo l'art. 1 l.fall. sono soggetti al fallimento gli imprenditori che esercitino un'attività commerciale, ad esclusione degli enti pubblici: in tal senso pertanto restano assoggettabili alla liquidazione giudiziale altresì le attività che a scopo mutualistico perseguano un'attività d'impresa.

L'esame dell'attività esercitata dalla cooperativa Alfa aveva evidenziato la presenza di un lucro oggettivo impegnativo, trattandosi di operazioni commerciali di notevole importanza e di carattere meramente economico senza che ad esse potesse ricongiungersi direttamente lo scopo mutualistico assistenziale individuato nello statuto costitutivo.

Concludendo, l'identificazione dell'economicità della gestione o lucro soggettivo, quale requisito essenziale dell'attività esercitata dall'impresa permette, dunque, di riconoscere lo statuto dell'imprenditore commerciale fallibile a tutti gli enti di tipo associativo che svolgano in concreto, esclusivamente o prevalentemente, un'attività commerciale, restando ininfluente lo schema giuridico adottato.

Master di specializzazione

CRISI DI IMPRESA: IL RUOLO DEL PROFESSIONISTA

 **Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!**accedi al sito >