

controllo della solidarietà tra cittadini (o, meglio, tra persone umane), come avvenuto - emblematicamente - rispetto al volontariato con la l. n. 266 del 1991.

In questo quadro assume particolare interesse interrogarsi sulla opportunità di una revisione costituzionale che inserisca una apposita disposizione di disciplina, tutela e *favor* per gli *enti non profit* in generale e per l'impresa sociale in particolare. Occorrerebbe una disposizione specifica o il quadro di riferimento offerto dal combinato operare degli artt. 2 e 3 Cost., con il supporto dell'art. 18 Cost., offre già non solo una garanzia, ma anche un sostegno adeguato al non profit e all'impresa sociale?

7. Riferimenti bibliografici

ALPA,

1994 *Solidarietà*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1994

AMBROSINI,

1995 *Crisi dello Stato sociale, terzo settore e volontariato*, in *Aggiornamenti sociali*, 1995

ANGELONI,

1994 *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994

ARDIGÒ

1981 *Volontariato, welfare state e terza dimensione*, in TAROZZI e BERNFELD (a cura di) 1981

ASCOLI,

1985 *Volontariato organizzato e sistema pubblico di Welfare: potenzialità e limiti di una cooperazione*, in *Dem. e Dir.*, 1985, 5

BALDASSARRE,

1989 (1) *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989

1989 (2) *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989

BALOCCHI,

1987 *La legge toscana sul volontariato*, in *Studi senesi*, 1987

BRUSCUGLIA,

1993 (a cura di) *Commentario alla l. 11 agosto 1991, n° 266*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1993

CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P.,

1997 *Profili dell'organizzazione pubblica del volontariato*, Milano, 1997

CARINCI,

1999 *Il non profit. Itinerari giuridico-istituzionali*, in CARINCI 1999 (a cura di)

1999 (a cura di) *Non profit e volontariato*, Milano, 1999

CEI

1993 "Art. 1", in BRUSCUGLIA (a cura di) 1993

CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE,

1996 (a cura del) *Le organizzazioni senza fine di lucro (non-profit organizations)*, Milano, 1996

CESAREO

1990 *Volontariato e solidarietà*, in *Aggiornamenti sociali*, 1990

COLOMBO G.M.

1994 *Le organizzazioni di volontariato. Aspetti civilistici e fiscali*, Milano, 1994

COLOZZI,

1995 *Una solidarietà efficiente. Il terzo settore e le organizzazioni di volontariato*, Roma, 1995

COSTANZA

1991 *Profili privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato*, in *Corriere Giuridico*, 1991

COTTURRI

1982 *Volontariato e crisi dello stato sociale*, in *Dem. e Diritto*, 1982, 4

DE GIORGI,

1997 *Fondamenti di diritto degli enti "non profit"*, Padova, 1997

GALEOTTI

1996 *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e Società*, 1996

IPPOLITO e TAVAZZA

1991 (a cura di) *Volontariato e solidarietà*, Torino, 1991

KRAMER

1987 *Volontariato e stato sociale*, traduzione italiana a cura di U. Ascoli, Roma, 1987

LIPARI

1982 *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare state*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, II

1985 *La problematica del volontariato nell'azione di governo, nell'attività del parlamento, nel dibattito delle forze sociali*, in TAVAZZA (a cura di), *Volontariato ed enti locali*, Bologna, 1985

1995 *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, *Rass. Dir. Civ.*, 1995

1997 *"Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà"*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1997

LOMBARDI

1967 *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967

MAZZIOTTI DI CELSO,

1993 *Lezioni di diritto costituzionale*, II ediz., I e II

MENGHINI

1989 *Nuovi valori costituzionali e volontariato*, Milano, 1989

MODUGNO

1991 *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991

1995 *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995

NICOLETTI

1970 *Solidarismo e personalismo*, *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970

OLIVETTI M.

1994 *Volontariato*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994

PACE A.,

1990 *Problematica delle libertà costituzionali*, parte generale, II ediz., Padova, 1990

1992 *Problematica delle libertà costituzionali*, parte speciale, II ediz., Padova, 1992

PALICI DI SUNI,

1992 *Il volontariato tra valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in *Giur. It.*, 1992, I, 1

PANICO e PICCIOTTO

1992 *La legge quadro sul volontariato*, Napoli, 1992

PANUCCIO

1993 *Volontariato*, in *Enc. Dir.*, XLVI, 1993

PIEPOLI

1997 *Gli enti "non profit"*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I

PONZANELLI

1993 *Novità nell'universo "non profit"*, in *Giur. Comm.*, 1993, I
322 ss.

1994 (a cura di) *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova, 1994

1996 *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996

RANCI,

1991, *Identità e servizio: il volontariato nella crisi del welfare*, Bologna, 1991

RESCIGNO P.,

1993, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, *Giur. It.*, 1993, IV

RIDOLA

1997, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997

RIGANO

1992 *Associazionismo e fini costituzionali*, in ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992

1995, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995

RISTUCCIA,

1996 *Volontariato e fondazioni. Fisionomie del settore non profit*, Rimini,
1996

ROSSI E.,

1989 *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989

1992 *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, *Giur. Cost.*, 1992

TARELLO

1980 *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu - Messineo*, Milano, 1980

TAROZZI e BERNFELD,

1981 (a cura di), *Il volontariato: un fenomeno internazionale*, Milano, 1981

TONDI DELLA MURA

1995 *Regioni e persone giuridiche private*, Padova, 1995

1997 *Vecchie tendenze e nuovi orientamenti legislativi e costituzionali in tema di enti non profit*, in *Non Profit*, 1997

VANNICELLI, *La legislazione italiana in materia di volontariato*, in *Iustitia*, 1996

VENDITTI,
1997 *L'attività di volontariato*, Napoli, 1997

VERBARI
1987 (1) *Il volontariato come terzo modello organizzativo tra pubblico e privato*, in *Studi Bachelet*, III, Milano, 1987
1987 (2) *Volontariato sanitario*, in *Noviss. Dig. It., App.*, VII, Torino, 1987

VITTADINI
1997 *Una lettura disincantata del decreto sulle Onlus*, in *Non profit*, 1997

VITTORIA
1992 *La disciplina delle organizzazioni collettive e il limite del diritto privato alla competenza legislativa delle regioni*, in *Regioni*, 1992, II

ZAGREBELSKY, G.,
1988 *Società, Stato, Costituzione*, Torino, 1988

ZOPPINI,
1995 *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995

Parte Terza

GLI ENTI NON PROFIT E IL MERCATO

Capitolo IV

DISCIPLINA DELL'IMPRESA SOCIALE E

REGOLE DEL MERCATO E DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO:

Premessa

I] Rilievo della nozione e della funzione dell'impresa sociale ai fini della disciplina concorrenziale.

I.1. Il significato dell'impresa non-profit ai fini del diritto della concorrenza.

I.2. Classificazioni per funzione

II] L'applicazione diretta agli enti NP della normativa per la tutela della concorrenza.

II.1. L'elaborazione europea

II.2. Gli orientamenti delle Corti statunitesi

II.2.1. Pratiche restrittive della concorrenza

II.2.2. Le Mergers

II.3. Cenni alla situazione italiana

III] Il vantaggio competitivo

III.1. Il rilievo costituzionale

III.2. Rapporto tra normativa fiscale e normativa antitrust

III.3. Per una promozione dell'impresa sociale in Italia

III.3.1. Incentivi dal lato della domanda

III.3.2. Incentivi dal lato dell'offerta

III.4. Un modello di analisi economica

IV] Conclusioni

Premessa

La presente indagine ha come proprio oggetto l'impatto sulle dinamiche concorrenziali dell'operare delle NPO in mercati su cui operano anche soggetti FP. In via preliminare si procederà a una ricostruzione generale della nozione, classificando le singole NPO per funzione specifica, quindi, entrando nel merito, si distinguerà in relazione alla diversa tipologia di problemi concorrenziali che tali soggetti pongono. In relazione a tale profilo si tenterà di risolvere due quesiti: sono applicabili anche a questi soggetti le disposizioni della legge n.287/90, volte a reprimere intese, abusi di posizione dominante, operazioni di concentrazione che violano la libertà di concorrenza? E, ancora, un regime di agevolazioni a favore di tali soggetti come si concilia con la normativa per la tutela della concorrenza?

I problemi posti, evidentemente, hanno una valenza diversa, riguardando l'ultimo una questione vera e propria di politica della concorrenza, che in concreto potrà essere affrontata nell'ordinamento nazionale solo ed esclusivamente, ove se ne ravvisino i presupposti, mediante una segnalazione da inviare da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alle competenti autorità governative e

parlamentari, affinché queste valutino l'adozione dei provvedimenti di loro competenza, ovvero nell'ordinamento comunitario mediante una procedura di infrazione nei confronti dello Stato nazionale per l'erogazione di aiuti di Stato contrari alla concorrenza; il primo le modalità concrete di intervento da adottare da parte dell'Autorità Garante mediante provvedimenti aventi come destinatari diretti le imprese operanti sul mercato.

Muoveremo da un approccio comparato per verificare innanzitutto se è possibile imputare ai soggetti NP comportamenti volti a violare la concorrenza; in secondo luogo, analizzeremo in termini di politica della concorrenza l'eventuale vantaggio competitivo che deriva a favore di tali soggetti.

1) Nozione e funzione delle NPO

1.1. La nozione di Non Profit Organization

Il modello della *Non Profit Organization (NPO)* ha avuto un fecondo sviluppo negli Stati Uniti d'America, dove la ridotta presenza di strutture statuali aventi fini sociali è stata supplita dall'esistenza di tali organizzazioni. Esse sono normalmente persone giuridiche (*incorporated*), assimilabili alle società commerciali, ma da esse si differenziano per l'assenza di un *profit*.

Le Corti statunitensi hanno dato luogo a tre distinte posizioni che da una parte restringono, dall'altra ampliano il novero dei soggetti in esse rientranti. Secondo le costruzioni restrittive della categoria, non soltanto ai membri di una *NPO* non possono essere distribuiti utili, ma nemmeno interessi su qualsiasi forma di sovvenzione concessa all'ente che produca beni o servizi che vengono goduti dai soci ad un prezzo minore di quello risultante dal mercato⁹⁰. La seconda posizione considera *NPO* tutti gli enti la cui attività sia in grado di procurare qualsiasi vantaggio economico ai membri dell'organizzazione⁹¹. La terza posizione, certamente maggiormente condivisibile, è quella di considerare *NPO* solo ed esclusivamente gli enti che siano sformiti di lucro soggettivo, ovvero della distribuzione degli utili eventualmente conseguiti a favore dei soci⁹².

Sulla base di quest'ultima teoria si è sviluppata una significativa letteratura che considera il vincolo di non redistribuzione degli utili (*non distribution constraint*) come tratto qualificante la nozione della *NPO*.

In Europa l'individuazione delle *NPO* è rimessa ai singoli diritti nazionali⁹³. Per quanto riguarda il nostro Paese, nel diritto privato italiano non è astraibile una categoria propria, ma siamo in presenza di uno schema causale presente a prescindere dalla forma associativa prescelta⁹⁴.

⁹⁰ *State ex rel. Troy v. Lumbermen's Clinic*, in 186 Wash. p.384 ss. e in 58 P.2d p.812; *State ex rel. Russel v. Sweeney* in 153 Ohio St. p.66 ss e in 91 N.E. 2d p.13 ss. (1950).

⁹¹ L'esempio tipico è quello delle *trade unions*. In questo senso *Re Automatic Phonograph Owners Association* in 45 Pa.D. & C. p.551 ss.; in *Re Fayette Gasoline Retailers Association* in 32 Pa. D. & C. p.165 (1938).

⁹² In proposito HANSMANN, *The Role of Non-profit Enterprise*, in 89 (1980) *Yale Law Journal*, p.838, secondo il quale "a non-profit organization is not barred from earning a profit ... it is only the distribution of the profits that is prohibited".

⁹³ In ambito comunitario si registrano numerosi tentativi di ricondurre a sistema la materia: oltre alla convenzione europea sul riconoscimento della personalità giuridica delle organizzazioni non governative, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1968 si sono succeduti: la raccomandazione 656 dell'assemblea consultiva del Consiglio d'Europa relativa al regime fiscale delle organizzazioni senza scopo di lucro (1982); il parere della Commissione giuridica su una posizione concernente la legittimazione in materia di azione e ricorso delle associazioni non riconosciute competenti in materia di petizione dell'ambiente (parere del 26 marzo 1982 (PE 76.764/def.), sulla petizione n.71/80); proposta di risoluzione sui compiti, l'amministrazione e la regolamentazione delle associazioni nelle Comunità europee (doc. 2-920/84: proposta di risoluzione dell'on.Eyraud ed altri); proposta di risoluzione sulla libertà di riunione e di associazione (loc.B2-336/85: proposta di risoluzione dell'on De Gucht ed altri); relazione della Commissione giuridica per i diritti dei cittadini (doc.A2-196/86); risoluzione del parlamento europeo sulle associazioni senza scopo di lucro (doc.A2-196/86, in G.U.C.E. C/99 del 13 aprile 1987); comunicazione della Commissione al Consiglio del 21 dicembre 1989, al parlamento ed al comitato economico e sociale, in cui si propone un metodo per soddisfare le raccomandazioni contenute nella risoluzione adottata dal parlamento europeo; risposta della Commissione ad un'interrogazione avente ad oggetto la situazione e le misure adottate in materia di associazioni senza scopo di lucro (2 marzo 1990, in G.U.C.E. C/190 del 30 luglio 1990); proposta di regolamento della Commissione del 6 marzo 1992, recante statuto della società europea (G.U.C.E. C/99 del 21 aprile 1992).

⁹⁴ Sul punto in tal senso, da ultimo ZOPPINI, *Le fondazioni*, Napoli, 1995.

§ 1.2. Classificazioni per funzione

Sulla base del dibattito sviluppatosi a seguito dell'incisivo sviluppo che tale modello organizzativo ha avuto nella pratica, i giuristi nordamericani hanno dato luogo ad un'elaborazione per lo studio delle finalità perseguibili con una *NPO*.

Il modello di legislazione uniforme predisposto dall'*American Bar Association* prevede che le *Non Profit Organizations* possano legittimamente perseguire: "*any lawful purpose or purposes, including without being limited to anyone or more of the following purposes: charitable; benevolent; eleemosynary; educational; athletic; animal husbandry*".

L'attuazione concreta del disposto nei diversi Stati dell'Unione è stata varia.

Nello Stato di New York, la legge del 1970, modificata nel 1974, prevede quattro distinti tipi di *Npo*, raggruppabili in distinte sottocategorie (*Npo* tradizionali e *Not for profit Business Corporation*). Come è stato affermato dalla dottrina italiana che maggiormente si è occupata di questi problemi, "la comparsa della nuova figura della *not for profit business corporation* non significa certo che tale *Npo* sia dispensata, o, in qualche modo, esonerata dall'obbligatorio rispetto del divieto di fare qualunque distribuzione degli utili tra i soci. (...) Si è, diversamente, creata una maggiore area di operatività delle stesse, in settori da sempre riservati, invece, alle *business corporations* e nei quali la produzione di un *profit* appare più possibile e certa"⁹³.

Nello Stato di California, una legge, promulgata nel 1978 ed entrata in vigore nel 1980, distingue sostanzialmente tra due tipologie di ipotesi. All'interno della prima categoria troviamo le *non profit public benefit corporations* che hanno *any public or charitable purposes*. Assimilabile, quanto a contenuto e sostanza, al primo sono le *non profit religious corporations* le cui finalità sono quelle di agire *primarily or exclusively for any religious purpose*. L'ultimo tipo, sicuramente il più importante, viene qualificato come *non profit mutual benefit corporations*, il quale ai sensi del §9111, può essere utilizzato *for any lawful purpose*.

La dottrina che si è occupata in Italia del problema delle *Npo* in chiave comparata ha affermato che ai fini dell'individuazione delle *Npo* dovrebbero essere utilizzati due criteri. Per il primo di essi bisognerebbe tener conto del modo con il quale la singola *Npo* ottiene i mezzi patrimoniali con i quali cerca di conseguire le finalità sue proprie. Per il secondo, occorre, invece, considerare la posizione di controllo, e di intervento sull'esercizio dell'attività svolta dall'ente, riservata a coloro i quali - persone fisiche o giuridiche è indifferente - hanno determinato la costituzione e la formazione di quello che potrebbe essere qualificato, mutuando questo nome dall'esperienza italiana, il patrimonio dell'ente.

Applicando il primo criterio, possono subito essere individuate le c.d. *donative non profit organizations*, ossia quelle organizzazioni nelle quali il patrimonio dell'ente proviene in massima parte da donazioni, sovvenzioni, contributi da parte di chicchessia: come noti esempi di questo raggruppamento possono essere menzionati l'*American Red Cross* e l'*American Heart Association*. Quando, invece, il patrimonio dell'ente è prevalentemente costituito dalle entrate derivanti dalla produzione e/o dalla vendita di beni e servizi, siamo di fronte alle c.d. *commercial Npo* (gli esempi sono costituiti dall'*American Association* e dalla *Consumer Union*).

Sia i donanti nelle c.d. *donatives*, quanto gli acquirenti nelle c.d. *commercial* vengono qualificati come *patrons*.

Applicando, invece, il secondo criterio, quanto ai *patrons* viene riservato un controllo sulla vita dell'ente, così che essi possono direttamente, personalmente ed efficacemente verificare che quanto da loro donato e quanto da loro pagato sia effettivamente destinato alle finalità istituzionali dell'ente, si è in presenza di una *mutual Npo*: le ipotesi attraverso le quali si verifica tale controllo sono prevalentemente costituite dall'attribuzione a favore dei *patrons* dello status di membri e del relativo diritto di eleggere gli amministratori; quando, invece, si verifichi una dissociazione tra le persone che hanno permesso la formazione del patrimonio dell'ente e quelle, cui è, invece, riservata l'amministrazione dell'ente, la figura viene qualificata *entrepreneurial*. Tipico esempio delle *mutual Npo* è costituito dai *country clubs* (il nome, tipico della realtà sociale angloamericana, ha avuto una facile importazione e una crescente applicazione in tutto il mondo continentale); come *entrepreneurial Npo* potrebbero essere individuate le *charities* - anche se per molte di esse non viene chiesta la formale incorporazione, preferendosi adottare la forma giuridica del *trust* - nelle quali l'amministrazione dell'ente viene di solito affidata ad organi che

⁹³PONZANELLI, *Le Non Profit Organizations*, Milano, 1985, 28.

presentano la caratteristica di autorinnovarsi a tempo indeterminato, come pure le c.d. *nursing homes*, alcuni tipi di ospedali e determinati musei quando per essi la forma prescelta è *Npo*.

La suddivisione prospettata permette alla fine di individuare quattro categorie: a) le c.d. *donative mutual Npo* (i *patrons*, donanti, hanno controllo); b) le c.d. *commercial mutual Npo* (i *patrons*, generalmente acquirenti dei beni dei servizi, hanno il controllo sulla vita dell'ente) c) le c.d. *donative entrepreneurial Npo* (i *patrons*, donanti, non hanno normalmente alcuna possibilità di interferire sull'amministrazione dell'ente); d) le c.d. *commercial entrepreneurial Npo* (i *patrons*-acquirenti non hanno poteri di controllo).

III) L'applicazione diretta agli enti NP della normativa per la tutela della concorrenza. II.1. L'elaborazione europea

Al fine di verificare se le *NPO* possono essere assoggettate alle disposizioni per la tutela della concorrenza, questione preliminare da risolvere è quella dell'individuazione dei soggetti che sono destinatari di tali norme. Ogni attività per essere qualificata economica, da qualunque soggetto essa sia posta in essere, deve avere come proprio presupposto l'esistenza di un mercato inteso come luogo di transazioni omogenee dove i potenziali venditori di un bene o servizio entrano in contatto con i potenziali acquirenti. Occorre, in sostanza, che non vi siano vincoli che rendono condizionate o impossibili le transazioni. Ai fini dell'individuazione di un mercato occorrerà, dunque, verificare la struttura di domanda ed offerta su cui va ad incidere l'attività dell'entità oggetto di esame.

Bisogna, in proposito, ricordare che il ragionamento seguito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di individuazione del soggetto rilevante per l'applicazione della normativa per la tutela della concorrenza sembra essere il seguente: in tutte le ipotesi in cui sia ravvisabile l'esistenza di un mercato allo stato attuale o potenziale le attività poste in essere da qualunque soggetto risultano destinate alla normativa *antitrust*.

Quando è ipotizzabile l'esistenza di un mercato di riferimento attuale o potenziale, il soggetto che in esso opera, pubblico o privato, è, dunque, destinatario delle norme per la tutela della concorrenza.

L'elaborazione delle istituzioni comunitarie circa la nozione di impresa rilevante per il diritto della concorrenza, svincolata dai parametri previsti dal diritto positivo dei diversi Stati membri a causa delle esigenze di applicazione uniforme della relativa normativa, evidenzia, da una parte, la volontà di garantire l'*effet utile* del diritto comunitario della concorrenza, dall'altra, la necessità di disciplinare direttamente ed uniformemente l'attività economica dei soggetti privati.

Il risultato cui è giunta in materia l'elaborazione delle istituzioni comunitarie prescinde da una precisa categorizzazione giuridico-formale del concetto, dando invece preminente rilievo alla natura economica dell'attività svolta. La costruzione dimostra, infatti, l'irrilevanza dell'individuazione del soggetto in termini formali, condotta in base agli elementi tradizionalmente caratterizzanti la capacità di un'impresa. La nozione di impresa comunitaria rilevante per l'applicazione delle disposizioni a tutela della concorrenza non può ovviamente prescindere dalla considerazione che essa sia strumentale al perseguimento dei limitati scopi dell'ordinamento comunitario. Su tale base, assume rilevanza per il diritto della concorrenza qualsiasi soggetto in grado di svolgere una propria autonoma ed unitaria attività sul mercato.

In questo senso la giurisprudenza degli organismi comunitari sembra aver colto nella nozione funzionale del soggetto il destinatario delle disposizioni per la tutela della concorrenza.

In due sentenze della Corte di Giustizia (*Höfner*⁹⁶ e *Poucet*⁹⁷), le entità di fronte alle quali ci troviamo esercitano rispettivamente il collocamento dei dirigenti industriali e i servizi di assicurazione sociale. Entrambe le attività non sembrano rispondere ad una logica di gestione attenta alla soddisfazione di un criterio di economicità interna. Nel caso del collocamento, infatti, i servizi vengono forniti gratuitamente; in quello delle assicurazioni sociali, la remunerazione del capitale appare meramente eventuale, essendo improntata a principi solidaristici. In entrambi i casi non c'è nessun obbligo di equivalenza tra entrate ed uscite.

⁹⁶Corte giust.CE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, Klaus Höfner e Fritz Elser, in *Raccolta*, 1991, I, 1979.

⁹⁷Corte giust.CE, 17 febbraio 1993, cause C-159/91 e C-160/91, Christian Poucet, in *Raccolta*, 1993, I, 637.

Ancor più chiaramente, nel caso *Fédération française des sociétés d'assurance*⁹⁸, la stessa Corte di Giustizia ha esplicitamente affermato che l'assenza di scopo di lucro non priva l'attività svolta da un ente della sua natura economica poiché questo può, comunque, dar luogo a comportamenti vietati dalle norme sulla tutela della concorrenza⁹⁹.

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenze *Höfner*, *Poucet*, *Eurocontrol*¹⁰⁰ e *Fédération française des sociétés d'assurance*) emerge in tutta la sua evidenza la circostanza che gli organismi comunitari attribuiscono al contesto economico nel quale opera l'impresa.

L'iter logico fatto proprio dalla Corte nella sua recente giurisprudenza deve, infatti, essere esaminato non avendo riguardo ai fattori caratterizzanti l'impresa in quanto tale, ma alla fattispecie all'interno della quale essa opera. In questa ottica, la nostra attenzione dovrà essere rivolta al mercato sul quale l'impresa opera che è comunemente inteso come luogo di transazioni omogenee dove i potenziali venditori di un bene o servizio entrano in contatto con i potenziali acquirenti. In questa prospettiva, occorre chiedersi quando sia configurabile un mercato. In via preliminare, si può affermare che può esistere un mercato di riferimento in senso merceologico solo ed esclusivamente quando i beni o i servizi prodotti o erogati dal soggetto agente possono essere suscettibili di rilevanza economica. Pertanto, dovrà essere esclusa l'esistenza di un mercato per quelle attività che lo Stato considera indispensabili al perseguimento dei propri fini, di scopi, cioè, caratterizzanti la sua stessa esistenza, che in forza del contratto sociale che legittima l'esistenza di una struttura statale, non possono essere esercitati che dai pubblici poteri (si pensi al disposto dell'art. 223 Trattato UE). Né tanto meno è ipotizzabile un mercato dei beni che, per esplicita disposizione di legge siano sottratti per motivi di ordine pubblico o buon costume al commercio (p.es. parti del corpo, ai sensi dell'art. 5 cod. civ.).

L'incommerciabilità del bene o del servizio rendono pertanto inipotizzabile l'esistenza di un mercato, e quindi la stessa possibilità di configurare soggetti che vi operano in forma di impresa. In tale caso è, pertanto, impossibile immaginare l'esistenza di soggetti destinatari di norme per la tutela della concorrenza. L'operatore pubblico che svolge la propria attività in relazione a tali ipotesi non potrà mai essere considerato impresa. (Applicando questo principio, la Corte ha negato la natura economica dell'attività svolta dalla *Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne*, essendo questo organismo sovranazionale che eroga servizi finalizzati al mantenimento della sicurezza dei cittadini durante il volo aereo (sentenza *Eurocontrol*)).

Ipotesi diversa è quella che si verifica quando lo Stato esercita un servizio non per il conseguimento di fini caratterizzanti la sua stessa funzione ed esistenza, ma in relazione ad attività che possono essere esercitate da privati. Versando in tali situazioni è ipotizzabile l'esistenza di un mercato attuale o potenziale.

Il mercato sarà attuale nelle ipotesi in cui la struttura pubblica opera accanto ad operatori privati. Si pensi, a titolo di esempio, ai servizi pubblici locali che in una pluralità di ipotesi sono esercitati dai Comuni, in diverse forme organizzatorie, accanto alle intraprese private. Potenziale, nel caso in cui il soggetto pubblico agisce in regime di monopolio, vuoi per espressa disposizione di legge, vuoi per scelta discrezionale della Pubblica Amministrazione, che rilascia un atto concessorio. Nell'ipotesi in cui venisse meno il monopolio non vi sarebbero, pertanto, altri motivi che osterebbero all'entrata dell'operatore privato sul mercato (Nel caso *Höfner*, la Corte ha ritenuto che l'esistenza di un mercato potenziale rende il soggetto che vi opera destinatario della normativa posta a tutela della concorrenza).

Un ulteriore passo avanti occorre compiere quando esistono vincoli normativi o amministrativi tali per cui seppur non si tratti di attività strettamente funzionali ai fini propri dello Stato, la struttura della domanda o dell'offerta, per disposizione di legge, è tale che nessun privato, stanti tali previsioni, entrerebbe sul mercato.

In altre parole stiamo affrontando la situazione intermedia tra le due precedentemente discusse. Siamo in presenza di un bene o servizio commerciabile, ma in relazione al quale a seguito dei vincoli

⁹⁸Corte giust. CE, 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*, in *Foro Italiano*, 1996, IV, 68, con nota di DI VIA, ancora inedita in *Raccolta*.

⁹⁹Tale opinione è condivisa anche da WHISH, *Competition Law*, 1989, 215, il quale, negando la necessità del requisito dell'economicità della gestione, afferma che "the fact that an organisation lacks a profit - motive or does not have an economic purpose does not disqualify it as an undertaking, provided always that it is carrying on some commercial or economic activity".

¹⁰⁰Corte giust. CE, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT*, in *Raccolta*, I, 43.

imposti alla struttura della domanda e dell'offerta da parte del legislatore, l'attività produttiva o di erogazione del servizio può essere posta in essere soltanto da un soggetto pubblico.

Ci si riferisce a situazioni, come quelle affrontate nella sentenza *Poucet* in relazione alle quali l'esistenza dell'obbligo a contrarre nei confronti di ogni soggetto e l'obbligo di quest'ultimo di contribuire in funzione del proprio reddito e non del valore economico dell'utilità acquistata, escludono che un soggetto privato, che persegue il fine della massimizzazione del proprio profitto, abbia interesse ad entrare su quel mercato. Coloro i quali operano in questo contesto, quindi, non possono essere considerati destinatari delle disposizioni poste a tutela della concorrenza e quindi non sono imprese.

Semplificando ulteriormente, il ragionamento della Corte sembra essere il seguente: se il mercato è strutturato in modo tale che nessun operatore privato, nell'ipotesi in cui venisse meno il monopolio legale, per l'esistenza di vincoli strutturali legislativamente imposti, avrebbe la possibilità di produrre quel bene o erogare quel servizio, allora ci troviamo di fronte a un'entità alla quale non possono applicarsi le disposizioni del Trattato in tema di concorrenza. Per converso, nell'ipotesi in cui è individuabile un mercato di riferimento in cui, in assenza di un monopolio normativamente previsto, una pluralità di operatori privati avrebbe la possibilità di operare, per l'assenza di ulteriori vincoli, allora ci troviamo in presenza di un soggetto che può considerarsi destinatario delle disposizioni poste a tutela della concorrenza.

L'iter logico seguito dalla recente giurisprudenza comunitaria non sembra in alcun modo fare riferimento alla struttura interna del soggetto agente e alla sua metodica di gestione. In altri termini, viene totalmente negata la ricostruzione classica del soggetto incentrata sull'esistenza degli elementi fondamentali strutturali volti alla determinazione dell'impresa. Il ragionamento svolto dalla Corte appare, invece, incentrato sulla produzione degli effetti nel mondo giuridico. In effetti la Corte a tali considerazioni ne aggiunge delle altre. Essa non soltanto afferma che bisogna tener presente degli effetti per individuare il soggetto agente, ma dice anche che quando tali effetti non si possono produrre non può neanche esistere il soggetto agente. In altri termini, quando ci sono vincoli strutturali che impediscono al soggetto di operare si nega l'esistenza stessa del soggetto.

L'elemento di novità consiste allora nel trasformare un presupposto di fatto, il mercato, in elemento individuante l'agente. Tale metodo può condurre alla fuorviante conclusione che un'analisi di tipo empirico rischi di influenzare elementi, che per la loro stessa natura non possono essere ricercati nella sfera dell'arbitrarietà. Bisogna allora che la valutazione in ordine all'esistenza del mercato sia affidata ad elementi di determinazione oggettiva. A tal fine potrà essere strumento utile per l'individuazione del soggetto agente, la determinazione del mercato di riferimento limitata ai vincoli normativi esplicitamente imposti che descrivono le modalità di accesso e di esercizio dell'attività.

Anche l'influenza tedesca, che risulta evidente sia nella formulazione delle norme del Trattato, che nella loro applicazione, è giunta a dare rilevanza ad una concezione funzionale del soggetto economico. Esaminando la rilevanza nell'ambito del diritto tedesco del concetto di impresa, non si può non notare la differenza tra l'*Unternehmen*, regolata dal *GWB*, e l'*Unternehmen* regolata dall'*HGB*, ossia rispettivamente dalla legge che ha ad oggetto la repressione degli atti anticoncorrenziali e dal codice di commercio. Secondo il disposto dell'*HGB*, per aversi impresa occorrono i connotati immancabili ed essenziali dell'intento di lucro, della durata e dell'organizzazione. Diversamente, quando l'impresa viene in considerazione nell'ambito della disciplina della concorrenza, ad avere valore preminente non sono più gli aspetti che si richiamano alle finalità dell'attività, "ma piuttosto quelli che individuano e sottolineano le concrete modalità che di volta in volta caratterizzano, in un sistema che tende a reprimere gli accordi e/o le intese limitative della concorrenza, l'attività imprenditrice in tutte le sue possibili accezioni, aspetti ed implicazioni"¹⁰¹.

Non particolarmente diversa è la situazione che occorre rilevare Oltremarica. Nell'ordinamento inglese, infatti, per la prima volta il concetto di impresa compare nel *Monopolies and Mergers Act* del 1965 e, successivamente, nel *Fair Trading Act* del 1973. L'evoluzione del diritto dell'impresa inglese, come evidente dettata da esigenze di razionalizzazione della complessa disciplina anticoncorrenziale, approda ad una definizione di impresa assimilabile a quella che si desume dal *GWB* tedesco. L'impresa è, infatti, definita dall'art. 63, comma 2, del *Fair Trading Act*, come "*the activities or part of activities of a business*". A sua volta, l'art. 137, 2° comma, della stessa legge prescrive che "*business includes a*

¹⁰¹ AFFERNI, *La nozione di impresa comunitaria*, II, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da GALGANO, 1978, 129.

professional practice and includes any other undertaking which is carried on for gain or reward or which is an undertaking in the course of which goods or services are supplied otherwise than free of charge".

Alla genericità delle definizioni riportate occorre aggiungere l'opinione generalizzata della dottrina anglosassone secondo la quale, da una parte la definizione del *business* è una mera circostanza di fatto, dall'altra si perviene ad una sostanziale fungibilità tra i concetti di azienda ed impresa.

Anche nell'ordinamento inglese, quindi, come in quello tedesco, si individua come destinatario di norme giuridiche, non necessariamente un soggetto che ha un riconoscimento giuridico-formale esplicito, dando luogo ad un nuovo concetto di soggettività giuridica, di cui è portatore chi svolge attività economica.

A livello italiano, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ha più volte dimostrato di aver fatto proprio l'orientamento comunitario in materia di impresa, affermando che "in richiamo a consolidati principi comunitari, ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza, deve qualificarsi impresa qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento" (in proposito può essere interessante ricordare che nel primo caso di applicazione di questo principio si trattava della sussunzione, nella categoria dell'impresa rilevante per il diritto della concorrenza, di una federazione sportiva, che svolgeva attività qualificabile come economica. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *FIV/AICI*, 18 novembre 1992).

D'altronde, ciò che rileva per le disposizioni comunitarie, non è altro che l'effetto che lo svolgimento di attività economica produce sul mercato di riferimento. Diviene, pertanto, essenziale analizzare il rapporto che intercorre tra agente - soggetto economico - e fattispecie entro la quale questi opera - mercato di riferimento. In altri termini, il mercato incide notevolmente sull'individuazione di un'impresa. Pertanto, vi può essere impresa, o meglio soggetto destinatario delle norme del diritto della concorrenza, solo ed esclusivamente laddove sia configurabile un mercato di riferimento. La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia ci ha, altresì, dimostrato che quando ci sono vincoli strutturali che impediscono al soggetto economico di operare, si deve negare l'esistenza del mercato e, dunque, del soggetto stesso.

Da quanto precede si deve, dunque, dedurre che lo status di *NPO* non può giustificare un'automatica esenzione dell'applicazione delle disposizioni per la tutela della concorrenza, tanto nell'ordinamento comunitario, che in quelli nazionali. Al contrario, la valutazione dovrà essere condotta avendo riguardo ai vincoli normativi apposti a domanda ed offerta.

II.2. Gli orientamenti delle Corti statunitensi

Negli Stati Uniti d'America, il tema dell'assoggettabilità delle *Non profit Organizations* alle disposizioni per la tutela della concorrenza ha dato luogo ad un ampio dibattito. La questione è stata oggetto di varie cause, risolte nel senso di ritenere pregiudizievoli per la concorrenza anche accordi e concentrazioni riguardanti soggetti ai quali è attribuito lo status di *Npo*.

Ciò è intuitivo, specie ove si consideri che la concorrenza tra imprese non può essere limitata ai prezzi praticati sul mercato, ma anche ad altri profili riguardanti la loro condotta di mercato, specie barriere all'entrata ed efficienza. Liberate dalla pressione concorrenziale, invece, le imprese sarebbero prive di un controllo circa la loro condotta.

Un'analisi dettagliata di alcune di queste decisioni mostra come non vi siano ragioni che possano giustificare una sottrazione delle *Non profit organizations* a tale regime, tanto nel campo delle *mergers*¹⁰², che per quanto riguarda le altre pratiche¹⁰³.

II.2.1. Pratiche restrittive della concorrenza

I settori in cui operano le *NPO* negli Stati Uniti d'America, come accennato, sono i più svariati: si passa dal campo dell'istruzione a quello dei servizi professionali, a quello della sanità, con presenze in

¹⁰²BLACKSTONE - FUHR, *An Antitrust Analysis of Non Profit Hospital Mergers*, in *Review of Industrial Organization*, (8), 473, 1992.

¹⁰³KOLOVOS, *Antitrust Law and Non Profit Organizations: the Law School Accreditation Case*, in *New York University Law Review*, (71), 689, 1996.

tutte quelle branche dell'economia che sono caratterizzate da *market failures* - prime fra tutte le esternalità e le asimmetrie informative.

Le sentenze rese in ordine all'applicabilità dello *Sherman Act* ai soggetti *NPO* hanno dato luogo, con una criticata eccezione, a un riconoscimento di piena applicabilità della normativa *antitrust*.

Così, nel caso *Goldfarb v. Virginia State Bar*¹⁰⁴, in relazione all'attività di un'associazione locale *NP* di avvocati che aveva pubblicato un tariffario minimo per le prestazioni professionali rese dagli associati, la Corte Suprema, affermando la piena applicabilità dello *Sherman Act*, vietò la pratica in questione. Tuttavia, in una nota a piè di pagina della sentenza, la stessa Corte affermò che gli aspetti di pubblico servizio perseguiti da un'associazione *non profit* di professionisti "potrebbero comportare un particolare trattamento per una pratica che in un altro contesto poteva essere qualificata come violazione dello *Sherman Act*".

Nel successivo caso *National Society of Professional Engineers v. United States*¹⁰⁵, riguardante il codice etico di un'associazione *NP* di ingegneri che proibiva agli associati di negoziare o discutere di tariffe con un cliente se non dopo essere stati ingaggiati, l'atteggiamento della Corte fu più restrittivo. La Corte Suprema, infatti, dopo aver affermato che un accertamento in chiave di *rule of reason* impone di valutare se l'accordo è idoneo a promuovere la concorrenza, piuttosto che a sopprimerla, ha ritenuto nel caso di specie che non sussisteva alcuna giustificazione per accogliere tale restrizione in quanto tutti gli elementi della contrattazione devono consentire di selezionare le diverse opportunità offerte.

Le decisioni successive della Corte di Giustizia su tali questioni risultano ancor più chiare sul punto. Così, nella decisione *Arizona v. Maricopa County Medical Society*¹⁰⁶, riguardante la fissazione, da parte di una *NPO* di tariffe massime per servizi prestati e coperti da assicurazioni, la Corte Suprema vietò l'accordo applicando una *per se rule*. Ed ancora, con la sentenza *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*¹⁰⁷, riguardante una *NPO* di avvocati che aveva deciso di non difendere gli imputati indigenti fino a che il *District of Columbia* non avesse aumentato i loro compensi, la Corte Suprema affermò che tale pratica costituiva una restrizione all'offerta che era essenzialmente una pratica di fissazione di prezzo. Anche in questo caso, la Corte fondò la sua decisione su una *per se rule*.

E' ad opera delle Corti minori che si devono approcci diversi che, tuttavia, ad eccezione del caso *Marjorie Webster*, arrivano alla medesima conclusione.

Nel caso *Marjorie Webster Junior College Inc. v. Middle States Association of Colleges and Secondary Schools Inc.*¹⁰⁸, riguardante l'accreditamento da parte di una *NPO* delle scuole secondarie all'interno di una certa area geografica, i giudici del circuito del *District of Columbia* giunsero ad un test basato su due profili per determinare quando le previsioni dello *Sherman Act* possono essere applicate alle attività in questione. In primo luogo, la Corte dovrà determinare se l'attività *de qua* deve essere qualificata o no come commerciale. Nell'ipotesi in cui la Corte dovesse ritenere l'attività commerciale si applicano le disposizioni dello *Sherman Act*, diversamente, l'analisi deve muovere al secondo profilo. A tal fine la Corte dovrà qualificare l'intento della *NPO* nello svolgere la condotta in questione. Qualora la Corte ritenesse esistente un intento commerciale, la pratica rientrerebbe nell'ambito di applicazione dello *Sherman Act*, in caso diverso essa ne sarebbe sottratta.

Tali conclusioni sono state fortemente criticate dalla dottrina in quanto, da una parte, non trovano alcuna giustificazione nel testo normativo, dall'altra, introducono un test difficilmente implementabile in concreto¹⁰⁹.

Alle conclusioni della sentenza *Marjorie Webster* che escludevano l'applicabilità al caso di specie dello *Sherman Act* in quanto si escludeva la natura commerciale dell'attività di accreditamento, non sembra sia stato dato alcun seguito giurisprudenziale.

Più recentemente, invece, nel caso *United States v. Brown University*¹¹⁰, i giudici del terzo circuito, sebbene dopo aver indicato in astratto i criteri per un'esenzione dallo scrutinio *antitrust* dell'attività delle *NPO*, hanno applicato lo *Sherman Act* alla fissazione da parte dell'*Ivy Overlap Group* degli *standards* per la determinazione dell'ammontare degli aiuti finanziari agli studenti universitari indigenti. In particolare, la Corte ha affermato che non tutte le attività svolte da una *NPO* rientrano

¹⁰⁴ 421 U.S. 773 (1975).

¹⁰⁵ 435 U.S. 679 (1978).

¹⁰⁶ 457 U.S. 332 (1982).

¹⁰⁷ 493 U.S. 411 (1990).

¹⁰⁸ 432 F.2d 650 (D.C. Cir.), cert. denied, 400 U.S. 965 (1970).

¹⁰⁹ M.D.SELWYN, Higher Education Under Fire: The New Target of antitrust, 26 Columbia J.L., 117 (1992)109.

¹¹⁰ 5 F.3d 658 (3rd Cir. 1993).

nell'ambito di applicazione dello *Sherman Act* argomentando che "quando una *NPO* svolge atti che costituiscono l'antitesi di un'attività commerciale, essi risultano sottratti alla normativa *antitrust*". I giudici del Terzo circuito, tuttavia, hanno concluso che, nel caso di specie, gli aiuti finanziari la cui determinazione è oggetto di controversia sono un elemento di sicura rilevanza economica e, dunque, essi rientrano nella locuzione "*trade or commerce*" prevista dal §1 dello *Sherman Act*.

II.2.2. Le Mergers

Nel caso *Ukiah*¹¹¹, per esempio, gli ospedali hanno concentrato la loro attenzione sulla circostanza se la *Federal Trade Commission* ha giurisdizione sulle fusioni che avvengono tra *NPO*. In proposito, la Corte ha risposto molto chiaramente che anche a tali soggetti si applicano le regole previste dalle *Merger Guidelines* generali.

Nel 1991, la *Federal Trade Commission* agì in giudizio perchè venisse vietata la fusione tra due ospedali non profit (*University Health* e *St. Joseph*) ad Augusta, Georgia¹¹². La Corte Distrettuale, autorizzando la concentrazione, *inter alia*, affermò che le *NPO* sono differenti dagli enti *for profit* e sono meno portati a colludere perchè i loro amministratori vogliono tenere prezzi bassi. Nella sua impugnativa della decisione, la *FTC* affermò che lo status di *NPO* non elimina la minaccia alla concorrenza che deriva dall'aumento del grado di concentrazione. In proposito, è molto importante accertare se la concorrenza non di prezzo merita di essere protetta o se la sua riduzione attraverso la concentrazione è desiderabile.

L'Università convenuta ha espressamente affermato che la concorrenza non di prezzo è rovinosa e che, attraverso la concentrazione essa sarebbe evitata. Ha, inoltre, affermato che l'acquisizione produce effetti positivi perchè essa permetterà loro, piuttosto che il mercato, di decidere sul livello ottimale di servizi umani e tecnologici disponibili in ospedale per i pazienti di Augusta.

E', inoltre, importante che la Corte sembra accettare che si può ritenere che le *NPO* agiscono più in consonanza con l'interesse pubblico di quanto non facciano gli enti *for profit*. Si può dedurre che la ridotta concorrenza permetterà agli amministratori di indirizzare le attività dell'ospedale nei modi che esso sceglie, piuttosto che siano costretti dalle forze di mercato. In effetti, si ha ragione di essere scettici. Infatti, la concorrenza ha spinto gli ospedali a divenire più sensibili ai desideri del consumatore.

A dispetto di una sostanziale minaccia alla concorrenza, tuttavia, l'operazione fu autorizzata. Comunque, una Corte d'appello riformulò la decisione della Corte distrettuale, ordinando una *preliminary injunction*.

Nel caso *Rockford*, la Corte affermò:

"Noi siamo consapevoli di non avere nessuna prova, e i convenuti non ne presentano nessuna, che i fornitori *non profit* di beni e servizi sono più portati a concorrere vigorosamente di quanto siano i fornitori produttori di profitto. Alla maggior parte della gente non piace competere e cercheranno modi per eliminare la concorrenza attraverso accordi, taciti o espliciti, dipendendo naturalmente dal costo dell'accordo. L'ideologia dell'impresa *non profit* è cooperativa piuttosto che concorrenziale. Se è vero che i *manager* delle imprese *non profit* sono meno indotti a sforzarsi per incrementare il loro profitto, possono essere meno inclini a impegnarsi in una collusione per massimizzare il profitto, ma allo stesso tempo meno pronti a impegnarsi per la concorrenza nel profitto.

Da quanto precede sembra proprio che lo status di *Non Profit Organization* non sembra ridurre la minaccia alla concorrenza che proviene dalle fusioni tra ospedali. In particolare, il potere di contrattare dei grandi acquirenti sarebbe sostanzialmente ridotto se cresce il livello di concentrazione.

II.3. Cenni alla situazione italiana

Le osservazioni relative alla rilevanza concorrenziale data dalla Corte di Giustizia alle *NPO*, ovviamente, incidono sull'inquadramento che queste ultime hanno all'interno del nostro ordinamento. In base all'individuazione del soggetto impresa d'anzì operata non è più all'organizzazione interna che occorre fare riferimento, bensì all'esistenza di un mercato sul quale attualmente o potenzialmente può

¹¹¹ *Adventist Health System/West and Ukiah Adventist Hospital*.

¹¹² *University Health Inc. et al. and St. Joseph Hospital Augusta Inc. et al., FTC v. (1991c), Brief of the FTC before the U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit. File No.91 - 8308, April 24.*

operare un soggetto privato. Non sembra, pertanto, che *a priori* possa essere operata un'esclusione assoluta dell'ente *non profit* dalla categoria dell'impresa rilevante per il diritto della concorrenza.

Il problema dell'applicazione delle disposizioni per la tutela della concorrenza si presenta particolarmente stimolante in Italia, dove la legge quadro sul volontariato, 11 agosto 1991, n.226, disciplinando le organizzazioni di volontariato all'art.3, comma 2, dispone che esse "possono assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata ai loro fini, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico". In questo caso si affrontano da una parte i principi della solidarietà, dall'altra quelli dell'incidenza di tali attività su settori nei quali esercitano la propria attività entità riconducibili alla categoria dell'impresa e come tali operanti in regime di libero mercato.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con segnalazione del 13 luglio 1995, ha rappresentato al Parlamento ed al Governo la necessità di adeguare la normativa in materia di formazione professionale per quanto riguarda gli enti *non profit*, ai principi della concorrenza. In particolare, essa ha affermato che "in linea di principio, le organizzazioni *non profit* risultano soggetti idonei a garantire un più elevato standard qualitativo del servizio offerto e costi più contenuti. La riserva prevista a loro favore dalle leggi regionali oggetto della segnalazione sarebbe, pertanto, giustificata e non costituirebbe una violazione della legge n.287/90.

Tuttavia, l'assenza di una definizione rigorosa di ente senza scopo di lucro consente di partecipare alle convenzioni previste dalla normativa in esame a soggetti i cui comportamenti risultano del tutto analoghi a quelli delle imprese con scopo di lucro. Spesso le stesse imprese con scopo di lucro si dotano di fondazioni ed organizzazioni *non profit* al fine di accedere ai finanziamenti pubblici previsti per la promozione della formazione professionale. Pertanto, la realtà dei fatti mostra come la riserva ai soli enti senza scopo di lucro dei finanziamenti previsti dalle menzionate leggi regionali rischi di produrre ingiustificate restrizioni della concorrenza".

Più recentemente, l'Autorità garante ha avuto modo di esprimere la propria posizione su una delle più controverse categorie di ente *NP*, quella delle fondazioni bancarie.

Con la segnalazione del 10 dicembre 1998 relativa al d.d.l. recante "Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n.356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria" (A.C. 3194-B/XIII legislatura) ha affrontato la rilevanza concorrenziale di due profili essenziali delle *NPO*: i limiti dello *status* di ente non commerciale e la possibilità per le fondazioni di mantenere partecipazioni in imprese bancarie¹¹³.

L'Autorità ha rilevato che "l'assenza di una chiara separazione tra i due tipi di attività può comportare effetti negativi sull'assetto concorrenziale dei mercati sia in considerazione del favorevole trattamento fiscale riservato alle fondazioni, sia per gli effetti che la presenza delle fondazioni in imprese bancarie e non bancarie può esplicare sugli assetti proprietari delle imprese e sull'accesso al credito delle imprese non bancarie. (...) Le agevolazioni fiscali previste in capo alle fondazioni, una volta attribuita alle stesse la possibilità di permanere quali azionisti di riferimento nelle banche e anche in imprese attive in altri settori, potrebbero avere l'effetto di attribuire un indebito vantaggio competitivo alle imprese partecipate dalle fondazioni. Il vantaggio fiscale si può infatti tradurre in una maggiore capacità delle fondazioni, rispetto agli azionisti privati, di sostenere finanziariamente le imprese da esse partecipate con l'ovvio effetto di falsare la dinamica concorrenziale avvantaggiando alcune imprese a scapito di altre.

La presenza di imprese direttamente partecipate in forma massiccia da fondazioni nei settori più diversi può provocare, inoltre, un'ingiustificata rigidità negli assetti proprietari delle imprese interessate, a causa della diversa contendibilità che caratterizza i diritti di proprietà detenuti da azionisti privati rispetto a quelli in possesso delle fondazioni. Tale fenomeno può condurre, anche per effetto della particolare natura delle fondazioni e degli interessi che esse esprimono, ad una sostanziale irresponsabilità nella gestione di un importante insieme di imprese con un inevitabile indebolimento delle normali dinamiche economiche e concorrenziali dei mercati interessati.

Concludendo, l'Autorità ha affermato di ritenere più conforme "alle esigenze di tutela del corretto assetto concorrenziale dei mercati che la nozione di controllo sia ricondotta ad un'accezione più ampia, quale quella contenuta nell'art.23 del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, e in ogni caso che le partecipazioni azionarie detenute dalle fondazioni, in settori non compresi tra quelli di utilità sociale, siano affidate a gestori professionali. Tale ultima indicazione sarebbe sufficiente a scindere ogni legame di impresa fra le fondazioni e le società partecipate, atteso che l'affidamento dei pacchetti azionari a

¹¹³ Bollettino, n.48/98.