

gestori professionali priverebbe le fondazioni bancarie della capacità di indirizzo sulle imprese partecipate operanti in settori non di utilità sociale. Peraltro, le fondazioni otterrebbero, per questa via, di massimizzare i proventi derivanti dal patrimonio azionario da dedicare alla promozione delle proprie specifiche finalità di utilità sociale".

Con una segnalazione successiva, resa qualche mese dopo sempre sul medesimo schema di d.d.l., l'Autorità prende atto degli elementi nuovi contenuti nell'atto risultante dal dibattito parlamentare in relazione ai punti sollevati nella precedente segnalazione¹¹⁴.

In particolare, in merito "alla questione relativa alla disciplina degli scopi delle fondazioni, il decreto legislativo prevede, all'art.3, comma 1, che le stesse possano "esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statuari ed esclusivamente nei settori rilevanti". Questi sono definiti all'art.1, comma 1, lett.d) come i settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli". La formulazione della norma appare idonea a circoscrivere l'esercizio di impresa da parte delle fondazioni ai soli casi in cui si tratti di imprese strumentali e comunque attive esclusivamente in settori di utilità sociale. In tal modo viene espressamente escluso che tali enti svolgano attività di impresa in settori estranei alle finalità tipicamente riconducibili alle organizzazioni *non profit*, evitando quindi, che gli stessi possano operare al fianco ed in concorrenza con soggetti la cui natura commerciale imponga vincoli diversi."

A fronte di tale elemento positivo, tuttavia, l'Autorità ha rilevato che la ridefinizione degli ambiti di attività delle fondazioni bancarie rischia di essere vanificata dall'accezione della nozione di controllo prevista dal decreto legislativo. Una nozione eccessivamente ristretta può consentire in concreto una significativa permanenza delle fondazioni, talvolta nelle forme di un mero controllo di fatto, in imprese operanti in settori diversi.

Sul punto, l'Autorità ha rilevato che "l'attuale formulazione della norma in esame potrebbe in definitiva, consentire alle fondazioni il mantenimento, oltre il periodo transitorio, di importanti partecipazioni azionarie in società bancarie e non, partecipazioni che possono, per la loro rilevanza, facilmente risolversi in ipotesi di controllo di fatto. Tale situazione può determinare consistenti distorsioni del corretto assetto concorrenziale dei mercati, in quanto può comportare il perpetuarsi della presenza nel sistema economico italiano, al fianco dei normali operatori di mercato, di soggetti caratterizzati da rilevanti peculiarità nel trattamento fiscale e nel grado di responsabilità nei confronti della gestione delle imprese partecipate. Siffatte peculiarità possono nuocere all'efficienza dell'intero sistema e alle capacità competitive di altri operatori. In tali condizioni, l'Autorità ritiene che la nozione di controllo adottata dal decreto legislativo, che richiama solo parzialmente l'art.23 del T.U. bancario, incide in misura significativa sull'effettivo perseguimento dell'obiettivo della riforma ed è suscettibile, al contempo, di comportare rilevanti distorsioni dell'assetto concorrenziale".

III] Il vantaggio competitivo

Al fine di risolvere il quesito *supra* posto, relativo alla compatibilità con i principi della concorrenza di eventuali agevolazioni fiscali a favore di soggetti NP, in primo luogo bisogna domandarsi se la leva fiscale, attraverso il regime di facilitazioni previste, possa essere utilizzata a piacimento del legislatore creando disparità di trattamento tra operatori sul mercato. In altri termini, occorre chiedersi se le facilitazioni di natura fiscale previste a favore di particolari categorie di soggetti in nome di fini sociali possano considerarsi in violazione dei principi della concorrenza o se, al contrario, gli obiettivi perseguiti possano giustificare una deroga al sistema.

III.1. Il rilievo costituzionale

Come è noto, nella Costituzione italiana non si trova alcuna traccia della libertà di concorrenza. Tuttavia, tanto il disposto dell'art.1 della legge n.287/90 che afferma esplicitamente che le disposizioni della citata legge sono in attuazione dell'art.41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, che l'interpretazione data dalla dottrina giuridica, che il valore "costituzionale" che il Trattato dell'Unione Europea attribuisce al principio fanno propendere per qualificare tale libertà come

¹¹⁴ Bollettino n. 15/99.

avente carattere sovraordinato rispetto alla normativa ordinaria. La libertà di concorrenza intesa tanto sotto il profilo statico (pari condizioni di accesso e di svolgimento di attività economica sul mercato), che dinamico (mantenimento di condizioni tali da poter permettere il libero dispiegarsi della libertà di iniziativa economica) risulta, quindi, principio cardine della nostra Costituzione economica vivente.

In verità il richiamo non sembrerebbe riguardare il generico diritto all'iniziativa economica, bensì proprio il canone dell'utilità sociale richiamato dal secondo comma della disposizione, in applicazione del quale può comprendersi la natura della normativa *antitrust*, la quale non procede a nessuna valutazione aprioristica, ma che, al contrario, deve essere interpretata tenendo conto del complesso di elementi della fattispecie concreta. In quest'ottica, l'obiettivo da raggiungere non è, quindi, l'assetto concorrenziale in quanto tale, essendo la concorrenza un mero strumento funzionale al raggiungimento dell'utilità sociale, che può essere perseguita anche attraverso altri e diversi percorsi economici.

In altri termini, l'utilità sociale, mutuando una locuzione contenuta nell'art.41 della nostra Carta Costituzionale, può essere perseguita anche attraverso il ricorso ad assetti di mercato diversi da quello concorrenziale. Non vi è, dunque, un collegamento diretto tra iniziativa economica e concorrenza, bensì esiste un fine ultimo costituito dall'utilità sociale che è normalmente perseguibile in un mercato dall'assetto concorrenziale.

La risposta al nostro interrogativo va, dunque, cercata nell'utilità sociale perseguita dalle NPO oggetto di incentivi e facilitazioni fiscali. Solo ed esclusivamente il perseguimento di fini di utilità sociale particolarmente apprezzabili, infatti, può giustificare la creazione in capo a tali soggetti di un regime fiscale favorevole e discriminatorio nei confronti degli altri operatori presenti sul mercato che si pone in alternativa rispetto all'assetto di mercato concorrenziale.

Pertanto, come si è già accennato, diviene estremamente rilevante individuare non soltanto forme organizzative particolarmente selettive, ma anche funzioni tipiche all'interno di specifici settori. In altre e più semplici parole, incentivi fiscali discriminatori potranno certamente essere tollerati nei confronti di soggetti operanti nei settori della sanità, dell'educazione o in altri settori particolarmente sensibili, mentre difficilmente ciò potrà risultare compatibile con i principi che regolano la libertà di iniziativa economica per soggetti operanti in settori caratterizzati da una minore utilità sociale.

In quest'ottica, particolare attenzione dovrà essere riservata anche alla disciplina delle attività c.d. accessorie (*related*), ossia a quelle attività svolte dall'ente *non profit* in settori non caratterizzati da fini sociali, ma strettamente connesse a queste. In questi casi, evidentemente, non potrà essere tollerata alcuna forma di discriminazione fiscale se non in presenza di un forte e stringente legame tra le due forme di attività, quella *non profit* e quella accessoria, tale da renderle strettamente collegate¹¹⁵.

La dottrina usa distinguere tra attività correlate e non correlate, qualificando come attività correlate quelle integralmente e direttamente legate agli obiettivi programmatici e sostanziali della NPO, ritenendo attività non correlata quella non legata alle finalità istituzionali delle NPO. Generalmente la distinzione tra attività correlate e attività non correlate poggia su tre fattori: "1) un'attività non correlata è un'attività condotta per generare un profitto; 2) l'attività non correlata è regolare e non è un evento occasionale; 3) un'attività non correlata non è sostanzialmente legata alla finalità primaria della NPO che gode dell'esenzione fiscale"¹¹⁶.

Dunque, un regime fiscalmente favorevole a vantaggio delle attività accessorie potrà essere previsto solo laddove esse, alla stregua dei principi sopra enunciati, siano strettamente correlate.

III.2. Rapporto tra normativa fiscale e normativa *antitrust*

In linea di principio la normativa *antitrust* non dovrebbe poter sindacare le valutazioni che sottendono le scelte di natura fiscale.

Ai fini della normativa italiana, peraltro, tale possibilità, come già accennato, è limitata alla segnalazione da inoltrare a Parlamento e Governo (art.21 e 22 della legge n.287/90). La legge stabilisce che tale facoltà debba limitarsi ai casi in cui la norma oggetto di segnalazione non sia giustificata da esigenze di carattere generale. In linea di principio tutti i provvedimenti di natura fiscale hanno finalità di

¹¹⁵Cfr. *The Macaroni Monopoly: The Developing Concept of Unrelated Business Income of Exempt Organizations*, 81 *Harvard Law Review*, 1280 (1968).

¹¹⁶In questi termini, L.GANDULLIA, *La regolamentazione fiscale degli "enti non-profit"*, in *Gli enti non profit. Aspetti tributari*, Padova, 1996, 41.

interesse generale. Pertanto, un eventuale intervento da parte dell'Autorità in risposta ad un provvedimento di carattere fiscale non può essere giustificato che dalla eccezionale distorsività della concorrenza e/o inutilità fiscale del provvedimento in esame.

La valutazione che dovrà farsi è dunque una valutazione in chiave di efficienza generale del provvedimento a fronte del sistema generale.

La analisi che segue sarà quindi condotta su due piani, in primo luogo attraverso un esame della correttezza dei comportamenti si valuterà se è astrattamente lesivo del diritto di un concorrente un provvedimento fiscale che tratta in modo diseguale soggetti che operano sullo stesso mercato, laddove ciò sia, occorrerà svolgere una valutazione in chiave di efficienza generale per misurare l'impatto anticoncorrenziale. In questa prospettiva, è necessario svolgere alcune valutazioni di valenza generale.

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

L'elaborazione di una nozione di impresa sociale all'interno di un ordinamento giuridico muove dalla necessità di individuare nuove materie e nuovi soggetti di diritto agevolando un processo di emersione di risorse da destinare al mercato. In altri termini, la valutazione di fondo secondo cui le dinamiche mercantili della domanda e dell'offerta costituiscono strumento ottimale per l'allocazione delle risorse deve spingere, attraverso opportuni incentivi, a liberare risorse e organizzarle convenientemente per il confronto concorrenziale.

A tal fine, in un'ottica prospettica di medio-lungo periodo, da una parte, bisogna individuare incentivi all'emersione di nuovi mercati, mediante un sostegno alla domanda, dall'altra, incentivi alla partecipazione al mercato di nuovi soggetti.

Evidentemente occorre che tale processo avvenga nel rispetto delle regole della concorrenza, evitando quindi di attribuire a una categoria di soggetti particolari vantaggi competitivi. O meglio, bisogna che eventuali differenze nella disciplina delle condizioni di accesso o di competizione sul mercato siano controbilanciate da altre previsioni o che tali agevolazioni trovino una giustificazione in esigenze di efficienza generale del sistema. In questa chiave e prospettiva, la sopraccennata nascita di nuovi mercati o prodotti e l'emersione di nuovi soggetti potrebbe consentire nel breve-medio periodo un trattamento differenziato dei nuovi attori presenti sui nuovi mercati, intervenendo a tali fini sia sul lato della domanda che su quello dell'offerta.

III.3.1. Incentivi dal lato della domanda

La necessità di creare nuovi mercati e, dunque, di individuare nuovi prodotti e servizi per la soddisfazione dei bisogni del consumatore implica l'opportunità di intervenire sotto il profilo della domanda. Tale opportunità potrebbe esser soddisfatta mediante contributi (*vouchers*) da distribuire ai consumatori per l'acquisto di beni e prodotti la cui diffusione si intenderebbe far aumentare. In tal modo si giungerebbe, da una parte, a un aumento degli scambi e dei fatturati relativi ai singoli nuovi mercati, dall'altra, si attribuirebbe al consumatore la possibilità di scegliere l'impresa che ritiene possa fornirgli il servizio più efficiente, a prescindere dalle sue modalità organizzative o di finanziamento. In questa maniera, indubbiamente, si creerebbe l'opportunità per uno sviluppo del mercato rimesso alla razionalità dei consumatori che deciderebbero sulla base del loro apprezzamento sulla qualità delle prestazioni che ciascuna impresa dovrebbe erogare.

Tale approccio certamente non altererebbe le dinamiche concorrenziali. Al contrario, esso ricondurrebbe nel solco della logica di mercato le prestazioni dei soggetti NP, rimettendo alla razionalità del consumatore, qualsiasi scelta circa la qualità del servizio prestato o del bene offerto, a nulla rilevando la circostanza che l'impresa che eroga la prestazione medesima sia un'impresa sociale o un'impresa *for profit*.

III.3.2. Incentivi dal lato dell'offerta

La premessa necessità di spingere per l'emersione di nuove risorse che si possano confrontare sul mercato con strutture caratterizzate da un'organizzazione di tipo tradizionale conduce all'opportunità di elaborare strumenti che possano garantire lo *starting-up* di nuovi settori dell'economia.

In questa chiave e prospettiva e alla luce dell'opportunità di garantire un sempre crescente numero di soggetti che operano sul mercato, si potrebbero prevedere incentivi anche di ordine fiscale volti a permettere a nuovi soggetti di operare sul mercato.

In tale chiave l'esperienza delle asimmetrie regolamentative volte a disciplinare in modo differente i soggetti nei mercati in via d'apertura, distinguendo le regole di condotta a seconda che si tratti di soggetti che abbiano operato su quei medesimi mercati in regime di monopolio o con diritti speciali o esclusivi ovvero si tratti di soggetti che intendono entrare su questi specifici mercati, può essere particolarmente utile. In altri termini, in chiave di agevolazione dello *start-up* di un dato mercato in condizioni di concorrenza, potrebbe rientrare in una generale *policy* di promozione della concorrenza stessa, il permettere a nuovi soggetti, caratterizzati, per esempio, da particolari caratteristiche proprietarie, come quelle proprie dell'impresa sociale, di avere condizioni di favore, magari anche sotto il profilo fiscale per un dato periodo di tempo.

III. 4. Un modello di analisi economica

Alla luce di quanto precede e considerando sempre le preminenti esigenze di efficienza generale del sistema, può essere opportuno verificare, applicando un modello di analisi economica elaborato da Susan Rose-Ackerman¹¹⁷, in quali ipotesi possa esistere in astratto una distorsione della concorrenza.

Coloro i quali sostengono il vantaggio competitivo che la leva fiscale può arrecare al soggetto *non profit* muovono da due ordini di considerazioni di equità orizzontale:

I) vengono comparate imprese che operano all'interno della stessa industria e si asserisce che è sleale per il sistema fiscale favorire un concorrente rispetto all'altro;

II) vengono comparate imprese *for profit* in differenti mercati - quelli con e quelli senza imprese *tax-favored* -. In questo caso si asserisce che è sleale per alcune imprese competere con imprese *tax-favored*, quando le imprese *for profit* in altri mercati competono solo con imprese tassate.

In ordine al *primo dei rilievi* sollevati è da ritenere che il giudizio circa la correttezza nella politica fiscale sarebbe basato sulla comparazione dell'imposizione rispetto ad imprese concorrenti. Tuttavia, come abbiamo cercato di argomentare *supra*, la questione appare mal posta. Il termine di riferimento non può essere, infatti, la tassazione delle imprese concorrenti, bensì l'imposizione differenziata in relazione ai diversi fattori umani e all'individuazione di differenti assetti proprietari.

Il *secondo dei profili* sollevati merita una ben diversa attenzione potendo fornirsi direttrici per una risposta solo a seguito di un'indagine empirica. A tal fine sarà necessario analizzare alcune questioni fattuali:

- i) la struttura del mercato dell'industria in questione;
- ii) l'informazione per l'impresa disponibile prima che essa entri sul mercato;
- iii) i costi di uscita;
- iv) l'efficienza del mercato dei capitali.

L'impatto sulle varie forme di mercato

Le imprese *for profit* (FP) sostengono due ordini principali di argomentazioni al fine di ritenere fondata una particolare protezione nei confronti della concorrenza che proviene dalle organizzazioni *non profit* (NPO).

I] Le imprese FP sostengono che le NPO abbasseranno i prezzi al di sotto del livello che le imprese tassate potranno praticare.

In un *mercato concorrenziale*, dove le imprese non sono in grado di incidere sui prezzi di mercato, l'entrata delle NPO potrebbe abbassare i prezzi al di sotto del livello che le imprese tassate possono praticare, spostando la curva dell'offerta dell'intera industria. Le NPO possono voler entrare dentro un'industria anche quando le imprese FP marginali sono al punto di *break-even*. Se le imprese FP non possono uscire facilmente, l'offerta sarà rappresentata da una più ampia gamma di produttori, i ricavi di questi ultimi saranno più bassi di quanto non siano in un mercato senza NPO.

In un *mercato oligopolistico*, dove le singole imprese sono *price-maker*, i prezzi di equilibrio potrebbero essere più bassi quando uno degli operatori è esente da tasse, anche se nessuno fissa i prezzi al di sotto dei costi.

II] Le imprese FP sostengono che le NPO cresceranno più velocemente delle imprese FP e saranno meno vulnerabili al fallimento in quanto hanno la possibilità di accumulare guadagni più velocemente.

¹¹⁷S. ROSE-ACKERMAN, *Unfair Competition and Corporate Income Taxation*, 34 *Stanford Law Review* 1017-1039 (1982).

Tale assunto dovrà essere verificato soprattutto tenendo conto dell'efficienza del mercato dei capitali.

Concorrenza

A. Concorrenza anticipata da parte delle NPO

Se un mercato fosse perfettamente concorrenziale con facilità di entrata e di uscita e con completa informazione anticipata circa la possibilità di entrare sul mercato da parte di imprese che vi operano con forme di organizzazione differenziata (per esempio NPO), le preoccupazioni in relazione all'alterazione della concorrenza non sarebbero fondate.

In altre e più banali parole, se le *FP* avessero potuto prevedere la concorrenza delle *NPO* al tempo del loro ingresso in quel mercato, avrebbero tenuto conto di tale circostanza nella valutazione dei ricavi previsti e avrebbero preso le loro decisioni di investimento in funzione di ciò. Esse non avrebbero investito meno di quello che si aspettavano di lucrare rispetto al loro investimento alternativo.

Nel caso di completa e anticipata informazione circa le regole fiscali che gravano sugli operatori presenti sul mercato, non può ammettersi la fondatezza di nessuna preoccupazione di alterazione della concorrenza. Tale conclusione esula da qualsiasi valutazione circa la condotta delle NPO sul mercato.

B. Concorrenza non anticipata

Ricorre l'ipotesi della concorrenza non anticipata nel caso in cui un'impresa *FP* decide di entrare in un dato mercato, prevedendo, erroneamente, che tutti i concorrenti tanto al momento attuale, che in futuro, siano imprese *FP*. E' evidente che le decisioni di investimento muteranno nel momento in cui sul mercato di riferimento entreranno soggetti che hanno un trattamento fiscale diverso. Cosa succederà ai fini della nostra analisi?

Prospettiamo l'ipotesi che sul mercato entrino numerose *NPO* e che, a causa del loro favorevole trattamento fiscale e dei costi di uscita dal mercato stesso, le imprese *FP* lucrino ricavi lordi più bassi di quanto si aspettassero *ex ante*. Assumiamo, inoltre, che le *NPO* abbiano eccesso di contanti da investire e che il ritorno che possono ottenere prestando il loro danaro sul mercato dei titoli sia più basso del tasso di ritorno sugli interessi imprenditoriali attivi. Supponiamo da ultimo che l'attività imprenditiva *NP* è trascurabile rispetto al complesso dell'economia e che è tutta concentrata in un singolo mercato.

Le *NPO* continueranno ad entrare sul mercato, finché le *NPO* marginali sono indifferenti tra gli investimenti attivi e passivi. E' da immaginare che le imprese *FP* marginali, il cui *break-even point* sarà localizzato ad un livello superiore rispetto a quello delle *NPO*, vorranno lasciare il mercato, in quanto i loro margini saranno subcompetitivi e quindi inferiori ai costi marginali.

L'importanza di queste conclusioni dipende:

- i) dalla concentrazione degli investimenti *NP* in particolari mercati;
- ii) dal numero di imprese marginali *FP* in ogni mercato che guadagnano solo ritorni competitivi;
- iii) dall'assunto che le *NPO* hanno eccesso di contante disponibile per gli investimenti.

Vediamo di prendere in considerazione ipotesi in cui le tre variabili incidono diversamente.

i) Se le attività produttive delle *NPO* fossero ampiamente diffuse, vi sarebbe un piccolo impatto sui profitti in ogni settore dell'economia. Dato che le *NPO* operano solo in pochi settori dell'economia, ci si potrebbe aspettare che la loro presenza sia idonea a spingere giù i ritorni molto al di sotto degli ordinari tassi di rendimento competitivi, rispetto a quanto accadrebbe se gli investimenti fossero uniformemente spalmati su tutta l'economia.

ii) Se la maggior parte delle imprese *FP* sono più che profittabili marginalmente, poche imprese vorranno uscire dall'industria nella quale entrano le *NPO*, sebbene tutti guadagneranno qualcosa di meno di quanto facessero prima dell'entrata delle *NPO*.

iii) Le *NPO* potrebbero subire tassi di interesse per il prestito di capitale superiori a quelli delle imprese *FP*, in quanto le banche hanno difficoltà a monitorare la condotta delle *NPO*. I *managers* delle *NPO* devono poi decidere se usare una combinazione di donazioni e prestiti per svolgere i loro affari. Minore è la disponibilità di fondi interni ad una *NPO*, più alto il tasso di interesse ad essa praticato, minore sarà la possibilità di un'entrata attiva da parte di una *NPO*. In verità, se il costo del prestito è alto abbastanza, entrare può interessare solo se la *NPO* è più efficiente di quanto non siano le imprese *FP*.

marginali. Ma, in questo caso, se alcune imprese *FP* fossero eventualmente condotte fuori dal mercato vi sarebbe un netto guadagno di efficienza.

In funzione delle tre variabili indicate, dunque, sarà una questione empirica verificare quale sarà l'incidenza dell'entrata delle NPO senza che in ordine ad essa vi sia una completa informazione a favore delle imprese FP.

C. Oligopolio

Occorre, adesso, verificare quale può essere l'impatto dell'attività delle imprese esentate sui loro concorrenti tassati se un mercato è in situazione oligopolistica, piuttosto che concorrenziale.

1. Effetto dello *status NP* sulla produzione

In un mercato oligopolistico, lo *status* di impresa tassata può incidere sulle sue scelte marginali e un'impresa esente da tasse può avere una maggiore produzione e un significativo effetto sul prezzo di mercato che la differenzia da un'impresa *FP* tassata.

Per capire che cosa può accadere, occorre considerare un semplice modello di duopolio, nel quale un'impresa *FP*, A, si trova di fronte ad un singolo concorrente, B, che può essere o un'impresa *NP* esente da tasse o un'impresa *FP* tassata.

Qualunque sia il suo *status* fiscale, l'impresa B produce la quantità che massimizza il profitto attraverso l'equazione tra il ricavo marginale guadagnato attraverso un incremento della produzione (dopo le tasse per le imprese *FP*) con la somma degli incrementi marginali nei costi operativi e nei costi capitale nella stessa crescita della produzione (di nuovo, dopo le tasse per le imprese *FP*). Dunque, la produzione che massimizza il profitto dell'impresa B dipenderà dal suo *status* fiscale se la tassa riguarda le sue decisioni marginali.

Tanto più alcuni dei suoi costi di capitale marginali aumentano attraverso un aumento dei saggi sullo *stock* di capitale, quanto più all'impresa *FP* costa espandere la produzione rispetto a quanto costa ad una *NPO* comparabile.

Pertanto, al livello di produzione che massimizza i profitti netti per l'impresa *FP*, i ricavi marginali eccederanno i costi marginali per le *NPO*. Inoltre, tanto più il ricavo marginale diminuirà con le crescite nella produzione ed il margine operativo e i costi di capitale rimarranno costanti, quanto più la *NPO* sceglierà un livello maggiore di produzione rispetto ad un'impresa *FP* similmente situata.

2. Impatto sui concorrenti *FP*

Occorre chiedersi a questo punto in che modo, in un mercato in oligopolio, l'impresa *FP*, A, è influenzata dallo *status* organizzativo e tributario del suo concorrente *NP*, B. Supponiamo che le imprese si comportino come oligopolisti di Cournot, cioè che ognuna di esse massimizzi i propri profitti assumendo che la produzione del suo rivale rimane costante. Tracciamo allora le funzioni di reazione A et B che mostrano come le imprese A et B, rispettivamente risponderanno alle scelte di produzione delle altre imprese. Allora A mostra la produzione massimizzante il profitto scelto da A, data la sua opinione circa la scelta di produzione di B.

Da quanto precede emerge che A sta chiaramente peggio quando il suo concorrente è un'impresa *NP* esente.

3. Importanza del rischio di fallimento

Tranne il caso in cui le *NPO* siano molto ben sussidiate, esse devono finanziare la loro attività con il debito. Il rischio di fallimento può essere più basso per le imprese *FP* visto che esse possono essere finanziate anche da investimenti di *equity*. In altri termini, le imprese *FP* possono avere un accesso ai capitali più agevole. In funzione di ciò A, impresa *FP*, può dunque preferire di affrontare un concorrente *NP*.

Tuttavia, le imprese *FP* si lamentano che le *NPO* meno probabilmente sono soggetti al fallimento di quanto non siano le stesse imprese *FP*. Tale denuncia poggia sulla considerazione che le *NPO* non

devono redistribuire gli utili e sono esenti dalla tassazione sul reddito delle società e che dunque possono accumulare maggiori capitali di quanto non facciano le imprese *FP* tali da poter coprire le perdite degli anni successivi.

Tali considerazioni, però, possono essere facilmente confutate se si considera che le leggi tributarie rendono possibile il riporto della perdita di gestione agli esercizi successivi. In funzione di tale previsione, infatti, quando i profitti oscillano nel tempo dal positivo al negativo, un'impresa tassata è trattata quasi come un'impresa esente sui guadagni che sono bilanciati dalle perdite in altri anni.

Il più basso rischio di fallimento delle *NPO* è stato, dunque, sovraenfaticizzato dalle imprese concorrenti *FP*. Il diritto tributario tratta, infatti, le due forme organizzative quanto agli effetti della tassazione in modo analogo.

In conclusione, un oligopolista FP preferirebbe competere con un altro FP se le NPO non hanno particolari difficoltà ad ottenere capitale e le leggi tributarie non permettono il riporto delle perdite ad altri esercizi. L'impresa FP preferirà, invece, un concorrente NP se le NPO hanno difficoltà a raccogliere capitali e, dunque, sono concorrenti piccoli ed inefficienti. Ancora una volta, la capacità dell'impresa NP di alterare il quadro competitivo si fonderà su elementi di fatto che occorre verificare in concreto, quali per esempio il funzionamento del mercato dei capitali o singole previsioni delle leggi tributarie.

IV] Conclusioni

Le considerazioni che precedono ci permettono di giungere ad alcune conclusioni in termini di tutela e promozione della concorrenza:

- a) le *NPO* si confrontano con le imprese *FP* sul mercato;
- b) alle *NPO* si applicano tanto nell'Unione Europea che negli Stati Uniti d'America, le disposizioni per la tutela della concorrenza volte a reprimere intese anticoncorrenziali, abusi di posizione dominante e operazioni di concentrazione allo stesso modo di quanto accada per le imprese *FP*;
- c) l'organizzazione e l'attività delle *NPO* può essere destinataria di una normativa specifica a condizione che soddisfi l'utilità sociale indicata dall'art.41 della Costituzione;
- d) l'elaborazione della nozione di impresa sociale implica la nascita di nuovi mercati e nuovi soggetti, destinando al mercato risorse che altrimenti rimarrebbero immobilizzate, promuovendo la concorrenza tra i nuovi soggetti;
- e) al fine di promuovere la nascita di nuovi mercati, occorre intervenire con incentivi dal lato della domanda, in termini di contributi ai consumatori per l'acquisto di determinati beni e servizi che possono essere spesi tanto nei confronti dei soggetti *FP*, che di quelli *NP*;
- f) analogamente, al fine di agevolare l'emersione di nuovi soggetti, sotto il profilo dell'offerta, si potrebbero prevedere incentivi anche di ordine fiscale volti a permettere a nuovi soggetti di operare sul mercato, che nella fase di *start-up* potrebbero essere giustificati anche in chiave di promozione della concorrenza;
- g) il modello di analisi economica di Susan Rose-Ackerman dimostra come tanto nel caso di concorrenza, che in quello di oligopolio, l'esistenza di tassazione differenziata a favore delle *NPO* produce particolari vantaggi competitivi solo in presenza di variabili fattuali difficilmente valutabili *a priori*, la cui individuazione è rimessa a un'analisi empirica.

Quanto discende dall'analisi così sintetizzata è, dunque, l'opportunità di modulare una disciplina degli enti *non profit* idonea a permettere loro di dedicarsi ad attività economica nell'ambito della logica di mercato. In questo *framework* concettuale, da una parte occorre prevedere che sia promosso il sorgere di nuovi soggetti che possano confrontarsi secondo logiche concorrenziali, dall'altra, che gli stessi soggetti trovino un opportuno limite alle loro condotte nelle norme poste a tutela della libertà di concorrenza sul mercato.

CAPITOLO V

Impresa sociale e statuto dell'impresa

Sommario.

Premessa

1. L'attività degli enti giuridici: comunanza dell'attività e criterio funzionale
2. L'ente non profit e l'attività d'impresa
3. L'ente non profit imprenditore
4. L'ente non profit holding
5. Il fallimento dell'ente non profit insolvente
- 5.1 Falliscono i membri illimitatamente responsabili di un ente non profit?
6. L'ente non profit e l'attività d'impresa nell'ordinamento comunitario

Conclusioni

Premessa

La recente presa di coscienza che la finalità del profitto non conduce necessariamente all'efficienza economica, come risulta immediatamente dimostrato dal caso dell'impresa monopolistica, o dalla produzione di beni pubblici, permette di considerare quelle organizzazioni che perseguono finalità diverse dal lucro, da tempo presenti nel sistema economico, non più come semplici eccezioni volontaristiche alla legge dell'economia (c.d. fenomeni extraeconomici) ma come una risposta economicamente adeguata a specifiche esigenze, cui né lo Stato né il mercato sono in grado di dare una risposta efficiente.

Si afferma, così, la convinzione che nei moderni sistemi economici, basati sulla distribuzione di diverse categorie di beni, il metodo di produzione capitalistico non è sempre il più efficiente.

La teoria economica dà alcune spiegazioni convincenti della superiorità delle imprese *non profit* sulle imprese *profit* nella fornitura di servizi (in primo luogo i servizi alla persona) dove sono rilevanti gli aspetti qualitativi e dove l'imperfezione e l'asimmetria informativa possono determinare differenze notevoli tra qualità pattuita e qualità effettiva del prodotto, a svantaggio del consumatore. Quest'ultimo risulta più tutelato nel caso in cui: a) l'impresa, non potendo ridistribuire utili, non ha alcun interesse a massimizzare il profitto a scapito della qualità; b) l'impresa è organizzata in modo da coinvolgere direttamente il consumatore nelle decisioni.

La differenza tra azienda *profit* e *non profit* non si basa più, pertanto, sulla natura dell'attività esercitata, ma piuttosto sulla natura dei fini perseguiti: ove prevalga l'attenzione a quelli di carattere economico, si potrà parlare di azienda *profit*; se invece a prevalere è la tensione al raggiungimento di obiettivi di carattere sociale, ci si trova di fronte ad un'azienda *non profit*.

Gli elementi, dunque, che sicuramente contraddistinguono e caratterizzano in maniera specifica le imprese c.d. sociali riguardano la carica ideale e motivazionale di coloro che danno vita all'iniziativa, con la capacità di simili organizzazioni di mobilitare risorse e attivare l'impegno di volontari, così come di farsi carico, sovente, dei problemi di persone svantaggiate che avrebbero grandi difficoltà a collocarsi nel mercato del lavoro.

Gli interrogativi principali che, sul piano giuridico, si pongono in seguito a suddetta modificazione del ruolo economico svolto dalle organizzazioni non lucrative attengono principalmente alla compatibilità tra la causa lucrativa che apparentemente sembra connotare la nozione tipica di imprenditore individuale o collettivo e la natura ideale degli scopi perseguibili dagli enti non di profitto.

Più precisamente, ci si chiede se lo scopo di lucro costituisca effettivamente uno degli elementi essenziali che concorrono a determinare la nozione tipica di imprenditore o non sia piuttosto sufficiente l'esercizio di un'attività secondo criteri di efficienza economica anche a prescindere dall'esistenza di un profitto.

Qualora si ritenga di dover optare a favore di quest'ultima impostazione sarà necessario, allora, verificare se lo statuto dell'imprenditore, e quindi lo statuto dell'imprenditore commerciale, trovi o meno applicazione alla struttura organizzativa della quale l'ente non profit si avvale, e più specificamente, se esso sia applicabile integralmente o solo parzialmente.

In altri termini, si tratta di chiedersi se nei confronti degli enti non profit debba trovare applicazione la disciplina generale in tema di impresa o sia necessario, piuttosto, prevedere un trattamento giuridico differenziato.

A tale proposito, anticipando quelle che saranno le conclusioni della presente trattazione, riteniamo di dover affermare che se l'utilità sociale rappresenta quella che appare la motivazione più fondata che può offrirsi dell'esistenza degli enti senza scopo di lucro ciò a maggior ragione non giustifica un trattamento giuridico più favorevole rispetto a quello riservato ad una attività produttiva esercitata da un ente lucrativo.

Come ha chiaramente scritto Zoppini: se tali organizzazioni non profit esistono dal momento che "soddisfano una domanda sociale reale - poco importa (a questi fini) se essa si manifesta sotto forma di finanziamento pubblico, di contributi volontari degli associati o dei terzi, di retribuzione di un'attività economica -, non vale il reciproco: essi non soddisfano una domanda sociale per il solo fatto di esistere.

E di conseguenza, se un ente senza scopo di lucro è inefficientemente gestito o non incontra più la domanda collettiva non vi sono ragioni per riservare ad esso un trattamento di favore."

1 *L'attività degli enti giuridici: comunanza dell'attività e criterio funzionale*

Un lavoro che si propone di indagare sulle problematiche attinenti all'attività economica delle organizzazioni non profit richiede una preliminare, seppur sintetica, disamina del concetto di attività comune che può essere sinteticamente intesa come l'attività giuridicamente rilevante posta in essere da un ente giuridico.

Premesso che la comunanza dell'attività deve realizzarsi in sede di esecuzione o attuazione del rapporto associativo in senso lato, e non già in sede di formazione della fattispecie associativa, una parte della dottrina ritiene che l'attività sia comune quando siano "programmate in comune le operazioni sociali" [AULETTA, *Attività*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, 981; DALMARTELLO, *La concezione unitaria della società attraverso i suoi aspetti di contratto atto complesso e di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 256; FERRI, *Delle società*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro V, del lavoro, Bologna - Roma, 1968, 33. Si instaura, in questo modo, un legame necessario tra attività comune e organizzazione dell'attività, sicché la presenza dell'una implica quella dell'altra.

Un'altra parte della dottrina, al contrario, ritiene che tale accennata corrispondenza non possa essere riconosciuta, "perché un'organizzazione, come ordinamento della programmazione comune delle operazioni sociali, non è essenziale ad ogni manifestazione associativa fornita di rilievo reale; e perché viceversa un'organizzazione, sempre nel senso di previsione di figure di decisione comune, non solo può ricorrere, ma è talora essenziale a schemi negoziali non preordinati alla produzione di attività comune" [SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 140].

A sostegno di questa seconda osservazione, si adduce la disciplina del contratto di consorzio per il coordinamento della produzione e degli scambi (art. 2602 c.c.) - alla cui identità funzionale sembra necessario un momento organizzativo - sottolineando come tale struttura non sia destinata alla programmazione in comune di un'attività, ma piuttosto alla produzione di regole che investono l'azione degli imprenditori partecipanti (*uti singuli*) al consorzio.

L'ultima dottrina richiamata, nel disconoscere rilevanza al momento organizzativo quale indice rivelatore di un'attività comune, rinviene il connotato peculiare delle figure associative nella possibilità di un'unitaria azione negoziale nell'interesse di più persone, nel senso che "i partecipanti commettono l'esercizio dei loro diritti e doveri ad un'organizzazione [...] e si escludono da questo esercizio" [BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 295]

In altre parole, si avrebbe attività comune quando il "contratto realizza una figura unitaria di produzione giuridica nella cui azione sia consentito riconoscere il gruppo come produttore di diritto comune; ciò che sarebbe possibile attraverso l'utilizzo della tecnica della spendita del nome sociale"

[SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 146]. Dalla considerazione che tutto ciò comporta una deroga al principio di imputazione di diritto comune, consistente nella coincidenza tra produttore dell'atto e destinatario delle relative conseguenze giuridiche, si fa discendere che tale deroga non può essere realizzata che in virtù di un precetto normativo. Scriveva Holder "Io posso nell'ambito della mia sfera giuridica privata costituire le più svariate figure organizzative quel che non posso fare è renderle rilevanti per i terzi".

Sono numerose le formazioni sociali che svolgono attività negoziali destinate ad incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi rispetto al rapporto contrattuale che le ha originate, con conseguente deroga al principio generale della relatività del contratto previsto dall'art. 1372 c.c.. La vicenda del sindacato e del contratto collettivo è esemplare sotto tale riguardo. Tale riportata incidenza dell'attività dei gruppi su sfere giuridiche "terze" rende necessaria l'esatta individuazione delle tipologie di attività consentite dall'ordinamento giuridico a ciascuna formazione sociale.

Per compiere siffatta individuazione si potrebbe ricorrere al concetto di funzione.

Posto, infatti, che l'attività giuridica può essere definita quale "insieme di atti di diritto privato coordinati e unificati sul piano funzionale dall'unicità dello scopo" [AULETTA, *Attività*, in *Enc. del dir.*, cit.] si potrebbe estendere all'attività dell'ente l'accezione tecnica di "funzione". Che il concetto di "funzione" sia connaturale alla sfera privatistica oltre che a quella pubblicistica emerge dallo stesso dettato letterale dell'art. 42 Cost., che attribuisce carattere funzionale perfino all'istituto privatistico più tradizionale, la proprietà. Il significato del termine funzione corrisponde a quello di "attività rivolta al raggiungimento di un risultato" e poiché nulla vieta di pensare lo scopo come un "risultato idealmente anticipato" [MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156], è appunto lo scopo del gruppo ad unificare i vari atti che compongono l'attività comune.

Che tale processo di funzionalizzazione coinvolga l'attività e non i singoli atti, si coglie chiaramente nel caso dell'associazione altruistica, con riguardo alla quale gli effetti giuridici dei singoli atti saranno imputati all'associazione medesima, mentre il risultato dell'attività sarà imputato ai terzi. La qualificazione dell'attività comune come funzione permette di valutare le molteplici azioni che il gruppo, tramite le persone fisiche che agiscono per suo nome e per suo conto, compie in termini di congruenza o incongruenza rispetto al fine. Un'eventuale, accertata incongruenza provocherà conseguenze giuridiche che sono state designate come "vizi estrinseci dell'atto", per sottolineare che l'atto non è invalido, nel senso cioè di difforme dal modello legale, ma piuttosto privo della sua dimensione funzionale.

Il tradursi del vizio della funzione in un vizio dell'atto, se è indubbiamente la base concettuale, in ambito amministrativistico, della teoria dell'eccesso di potere [v. per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1993, 319], è tuttavia fenomeno presente anche nell'alveo privatistico. Considerato infatti che l'art. 1711 c.c. prevede che "il mandatario non può eccedere i limiti fissati dal mandato. L'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario se il mandante non lo ratifica.", si constata come la mancata produzione di effetti dell'atto compiuto dal mandatario nella sfera giuridica del mandante non derivi da una condizione di invalidità dell'atto, ma piuttosto da una non ascrivibilità dell'atto medesimo all'attività funzionale del mandatario, richiesta dal contratto di mandato. In altre parole, il contratto di mandato traccia i confini e i limiti dell'attività del mandatario e dunque la funzionalizza [SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 159]. Atteso che, a parere di una parte della dottrina civilistica [GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro II, delle persone e della famiglia, Bologna - Roma, 1976, 61; ID., *Delle persone giuridiche*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro II, delle persone e della famiglia, Bologna - Roma, 1969, 185], gli enti del primo libro del codice civile dovrebbero perseguire scopi di ordine ideale, potrebbe porsi il problema di individuare quali comportamenti e quali atti siano coerenti con questi scopi e quali eventualmente non lo siano. La natura funzionale dell'attività, cioè il suo essere volta verso la realizzazione di uno scopo, e il suo carattere di attività comune, che comporta una deroga all'operare del principio di imputazione di diritto comune, comporta che la sorte giuridica degli atti che esorbitano dalla funzione non sarà quella di essere invalidi, ma di essere inidonei a produrre i propri effetti giuridici in capo al gruppo in quanto tale, con conseguente loro imputazione in capo alla persona fisica che ha posto in essere l'atto (in conformità al principio di diritto comune).

2 L'ente non profit e l'attività d'impresa

Si tratta a questo punto di individuare quali siano le tipologie di attività conformi alla funzione attribuita all'ente non profit dall'ordinamento giuridico.

Tale tematica è venuta assumendo connotati di particolare interesse a fronte della crescente diffusione del fenomeno, un tempo decisamente marginale, dello svolgimento di attività economiche di significativo rilievo ad opera di tali organizzazioni non lucrative.

L'attività d'impresa, che costituisce una specifica forma di attività economica, è definita dall'art. 2082 c.c. come "attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi" (nel senso che tale norma, nel definire colui che è imprenditore finisce col dare una definizione dell'attività d'impresa v. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, I, Padova, 1992).

Nell'esame delle norme codicistiche ed extracodicistiche che disciplinano i vari aspetti dell'attività imprenditoriale emerge come all'esercizio di tale attività siano connesse molteplici deroghe alla disciplina di diritto comune [per una disamina delle problematiche attinenti al concetto di attività e in particolare dell'attività d'impresa v. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti ed attività. L'attività d'impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 417]. Laddove si faccia riferimento alla disciplina prevista per i singoli atti secondo la loro identità tipologica si riscontra come la normativa generale sia a volte influenzata e derogata da regole specificamente dettate sul presupposto della loro inerenza all'esercizio di un'impresa; il che significa che l'attività d'impresa non si risolve nei singoli atti che la compongono ma è invece portatrice di una specifica valenza che si ripercuote sui singoli atti medesimi. Alcuni esempi di tale "influenza" dell'attività d'impresa si riscontrano in tema di formazione del contratto, con riguardo all'influenza della sopravvenuta morte o incapacità del proponente imprenditore (art. 1330 c.c.); delle pratiche interpretative (art. 1366 c.c.); nella consegna della cosa nel luogo in cui il venditore ha la sede dell'impresa (art. 1510 c.c.).

La presenza di una disciplina giuridica "speciale" che si applica a causa dell'inerenza di singoli atti giuridici all'esercizio di attività d'impresa, pone il problema di individuare specificamente il profilo soggettivo di tale attività e cioè quali soggetti giuridici possano porla in essere.

Mentre alle società commerciali è imposto, quale oggetto sociale, l'esercizio di un'attività economica (art. 2247 c.c.), con riguardo alle associazioni e alle fondazioni, l'art. 16 c.c. non prevede l'oggetto tra i requisiti essenziali dell'atto costitutivo. L'oggetto (e dunque l'attività) è qui individuato dallo scopo; gli organi della associazione o della fondazione possono intraprendere qualsiasi attività che sia di per sé idonea al raggiungimento dello scopo indicato nell'atto costitutivo.

Si pone, allora, un duplice ordine di problemi: in primo luogo, si tratta di verificare se, aderendo a quell'orientamento della dottrina civilistica che ritiene che gli enti del primo libro debbono perseguire scopi di carattere ideale [GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 61; ID., *Delle persone giuridiche*, cit., 185], un'associazione o una fondazione possano avere ad oggetto l'esercizio di attività economiche; e si tratta, in secondo luogo, di accertare se l'attività economica svolta da un ente non profit possa assumere caratteri che, a norma dell'art. 2082 c.c. valgano a qualificarla come attività d'impresa.

Si intende che ritenere eventualmente l'esercizio di attività economica eccedente la funzione dell'ente non di profitto non significa dover qualificare come invalidi gli atti, componenti l'attività, posti in essere dall'ente medesimo. Piuttosto, il problema è, da un lato, di qualificazione dell'atto costitutivo e, dall'altro di individuazione del criterio di imputazione concretamente operante. Nel nostro ordinamento giuridico, per ragioni già accennate, non sono ammessi enti giuridici atipici, con la conseguenza che ogni organizzazione giuridica presente nella realtà sociale deve essere necessariamente ricondotta a un determinato tipo legale. L'ordinamento nel tipizzare qualunque istituto giuridico non si limita ad individuarne gli elementi qualificanti ma va oltre, attribuendo ad esso una specifica funzione. Ne discende che l'atto costitutivo di un ente giuridico sorto come appartenente ad un determinato tipo legale, ma che pone in essere degli atti giuridici eccedenti la sua funzione tipica, dovrà necessariamente essere riqualificato così da ricondurre l'ente a quel determinato tipo legale la cui funzione è realizzata dagli atti concretamente posti in essere dall'ente medesimo. Gli effetti giuridici degli atti eccedenti la funzione tipica dell'ente non potranno essere imputati al gruppo in quanto tale ma ricadranno sulle persone fisiche che li hanno posti in essere. Ciò perché la deroga all'operare del principio di imputazione di diritto comune, in base al quale gli effetti giuridici dell'atto cadono sulla persona fisica che lo ha posto in essere, ha luogo esclusivamente rispetto a quegli atti che "rientrano" nella funzione che l'ordinamento giuridico ha attribuito a quel determinato ente.

La motivazione addotta, in dottrina e in giurisprudenza per sostenere l'inammissibilità di un'associazione con oggetto economico è che l'unica forma di esercizio collettivo d'impresa prevista nel

nostro ordinamento è quella societaria [FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione* in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 987; VERRUCOLI, *Società cooperative*, 140; BLANCA, *Diritto Civile, I, La norma giuridica e i soggetti*, Milano, 1981, 334; RAGUSA MAGGIORE, *Associazione non riconosciuta e fallimento* in *Dir. fall.* 1980, I, 244 in giurisprudenza App. Roma, 5 giugno 1957 in *Foro it.* 1957, I, 1274; Trib. Salerno 14 Aprile 1977, in *Giur. merito*, 1977, I, 1015; Trib. Roma 11 giugno 1954 in *Dir. fall.* 1954, II, 455]. Ne consegue, a parere di tale dottrina, l'inevitabile trasformazione di un ente non profit che svolga attività economica in società di fatto. Per giungere ad una tale conclusione si è sostenuto che l'elemento causale caratterizzante il contratto di società, espresso all'art. 2247 c.c., andrebbe ravvisato unicamente nell'esercizio comune di un'attività economica e non anche nello scopo di dividere gli utili conseguenti, scopo anch'esso previsto nella definizione codicistica del contratto di società [FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione*, cit., 992]. Quest'ultimo infatti, rivestirebbe il ruolo di "semplice motivo" poiché la divisione degli utili rappresenterebbe la ragione che determina le parti a "volere la costituzione dell'organismo sociale" e pertanto assumerebbe "giuridico valore" solo quando sia stato tradotto in "contenuto del negozio" dalle parti [FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione*, cit., 992]. Di conseguenza, avendo il legislatore riservato l'esercizio collettivo di attività economica esclusivamente alle società, non sarebbe ammissibile l'esercizio di attività d'impresa da parte degli enti del primo libro del codice civile. Tale tesi appare tuttavia in insanabile contrasto con il dettato letterale dell'art. 2247 c.c., dal quale emerge chiaramente che "la causa sociale è costituita, nella definizione legislativa, non dal semplice esercizio dell'impresa, o meglio dell'attività economica, ma da questo esercizio allo scopo di dividerne gli utili; il primo anzi in funzione strumentale rispetto al secondo" [OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 385]. La dottrina dominante e la giurisprudenza sono favorevoli all'ammissibilità dell'esercizio di attività economica da parte degli enti non di profitto e ciò perché si individua nello scopo e non nell'attività il carattere distintivo tra enti economici e enti non economici [BIGLAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1986, 86; GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit. 61.; ID, *L'imprenditore commerciale*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. eco.* diretto da Galgano, *L'impresa*, Padova, 1978, 86; MINERVINI, *L'imprenditore fattispecie e statuti*, Napoli, 1981, 219; FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991, 249; RESCIGNO, voce "Fondazione" in *Enc. dir.* XVII, Milano, 1968, 812; ZOPPINI, *Le fondazioni della tipicità alle tipologie*, Roma, 1992; FARENGA, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento*, *Dir. fall.*, 1981, I, 218; in giurisprudenza: Cass. 18 settembre 1993, n. 9589 in *Fallimento*, 1994, 151; App. Palermo, 7 aprile 1989 in *Giur. comm.* 1992, II, 61; Cass. 17 gennaio 1983 n. 341 in *Banca, Borsa, tit. cred.* II, 165; Cass. 9 novembre 1979 n. 5770 in *Foro it.*, 1980, I, 358; App. Firenze 14 maggio 1974, in *Dir. fall.* 1974, II, 1145; Trib. Savona, 18 gennaio 1982, in *Foro it.*, 1982, I, 832].

3 L'ente non profit imprenditore

L'attività d'impresa è una specifica forma di attività economica definita, nei testi legislativi, dall'art. 2082 c.c. secondo il quale "E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi". Si pone pertanto il problema se gli enti non profit possano, a causa dell'attività economica esercitata, assumere la qualità di imprenditore a norma del citato art. 2082 c.c. e, in tal modo, essere sottoposte a tutte le conseguenze giuridiche che l'ordinamento ricollega a tale qualità. L'esercizio di un'attività definibile come economica, pur se condizione necessaria, non è però condizione sufficiente ai fini dell'assunzione della qualità di imprenditore. Occorre, infatti, che l'attività economica sia esercitata *professionalmente*.

Secondo l'interpretazione più restrittiva, è professionalmente esercitata solo l'attività economica svolta a scopo di lucro [ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale, introduzione*, Milano, 1955, 127; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 321; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993, 52; in giurisprudenza: Cass. 9 dicembre, 1976, n. 4577, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 628; Trib. Torino, 10 luglio 1975, in *Dir. eccl.*, 1979, II, 441]. Una tale ricostruzione della nozione d'impresa, anche se può apparire in insanabile contrasto con la natura ideale degli scopi perseguibili dagli enti del primo libro, non comporta però l'inconfigurabilità di un ente non profit imprenditore. E ciò perché tale contrasto è stato superato in dottrina distinguendo gli scopi ultimi dagli

scopi intermedi e precisando che solo i primi devono avere natura ideale [BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., 89]. Ciò significa che si avrà ente *non profit* e non società laddove venga statutariamente perseguito, mediante l'esercizio di attività economica (scopo intermedio), uno scopo di natura ideale (scopo ultimo). E' questa stessa dottrina che propone di considerare necessario, ai fini dell'attribuzione della qualità di imprenditore, non più l'effettivo perseguimento di uno scopo di lucro, ma il semplice esercizio di un'attività astrattamente lucrativa, cioè di un'attività che può procurare lucro, di guisa che tale astratto carattere lucrativo dell'attività è compatibile con il perseguimento in concreto di qualsiasi ordine di scopi.

Anche tale ricostruzione presenta, però, dei limiti, non risultando idonea a spiegare la natura imprenditoriale di tutte le attività legislativamente qualificate come attività d'impresa. E', soprattutto, a spiegare l'attribuzione agli enti pubblici economici (art. 2093, 2201 c.c.) della qualità di imprenditore.

Atteso che la nozione d'impresa ha la "caratteristica di essere nozione di diritto comune - o secondo altra terminologia un superconcetto, riferibile tanto al diritto civile come a quello amministrativo" [CASSESE, voce *Ente pubblico economico*, in *Noviss. Dig. It.*, 210ss] e che "gli enti pubblici non si propongono di regola, con la loro azione intenti speculativi bensì finalità di interesse sociale" [CASANOVA, *Impresa e Azienda*, Torino, 1974, 201] o, che è lo stesso, il perseguimento di scopi altruistici, si coglie come neanche il carattere dell'astratta lucratività dell'attività possa essere, alla luce del diritto positivo, ritenuto insito al concetto di professionalità. E' proprio la dottrina pubblicistica ad aver interpretato per prima il concetto di *professionalità* nel senso oggi quasi unanimemente accolto, anche presso la dottrina e la giurisprudenza civilistiche [GALGANO, *Le società per azioni in mano pubblica*, in *Politica del diritto*, 1972, 704; FLORIDIA, *L'economicità della gestione come principio di correttezza*, in *Quadrimestre*, 1989, 13; in giurisprudenza, Cass 22 maggio 1991, n. 5787, in *Foro It.*, 1992, I, 2205].

Scrivendo Ottaviano che "lo svolgimento professionale di attività economica importa che chi la compie ritragga, almeno tendenzialmente, dalla cessione dei beni e dei servizi prodotti occorre per compensare i fattori produttivi impiegati" [OTTAVIANO, voce *Ente pubblico*, in *Enc. del dir.*, 970]: non rileva dunque, l'astratta idoneità a procurare un lucro, ma l'obiettivo economicità, intesa come tendenziale e almeno programmato equilibrio tra costi e ricavi.

Il principio di economicità della gestione si applica non solo all'impresa privata ma anche all'impresa pubblica. La Corte di Cassazione ha più volte affermato che l'obbligo di attenersi a criteri di economicità riguarda ogni ente pubblico che gestisca attività commerciale [Cass 22 maggio 1991, n° 5787, in *Foro It.*, 1992, I, 2205 dove la S.C., decidendo in materia di concorrenza sleale, ha affermato che uno strumento per valutare la correttezza dell'ente pubblico nell'esercizio di attività d'impresa è quello dell'economicità della gestione, per mezzo della quale si può valutare il compimento di atti contrari alla norma contenuta nell'art. 2598 c.c.].

In dottrina, nell'interrogarsi sulle ragioni di tale obbligo, si è rilevato che il principio di economicità "ha il compito di dare attuazione al dettato costituzionale e, in particolare, di sviluppare le indicazioni espresse dall'art. 41, terzo comma, in armonia con i principi generali della Costituzione, dal principio di uguaglianza enunciato dall'art. 3 alla libertà di iniziativa economica privata riconosciuta dal primo comma dell'art. 41" [FLORIDIA, *L'economicità della gestione come principio di correttezza*, cit., 13]. Si è altresì osservato che "i criteri di economicità sono imposti (agli enti pubblici) dal rispetto delle leggi di mercato. Non un'esigenza interna all'ente pubblico, dunque, ma un'esigenza esterna ad esso e propria del mercato o, se si preferisce, del sistema economico all'interno del quale l'ente pubblico è destinato ad operare: un'esigenza di salvaguardia delle leggi proprie di questo sistema; un'esigenza riferibile, perciò, alla classe imprenditoriale privata: l'esigenza che l'intervento pubblico, per quanto destinato a ridurre gli spazi della produzione privata, non modificherà il modo di produzione, il quale resterà, pur sempre, anche se applicato da pubblici operatori, il modo di produzione capitalistico[.....] tendere alla remunerazione dei fattori produttivi significa osservare la suprema legge dell'economia capitalistica, quella della riproduzione del capitale" [GALGANO, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 704].

Alle stesse esigenze di salvaguardia e di mantenimento del modo di produzione capitalistico risponde l'applicazione dell'obbligo di economicità della gestione a operatori economici che compongono l'ampio settore non profit.

In tal modo, sarà qualificabile come impresa ogni organizzazione non lucrativa che eserciti attività economica, purché non si atteggi a semplice azienda di erogazione. Anche in quest'ultima ipotesi,

comunque, vi è chi ritiene che possa ravvisarsi un'impresa c.d. per conto proprio qualora non sia esclusa l'economicità della gestione o comunque la potenziale remunerazione dei fattori produttivi.

In questi termini si è pronunciata la stessa Corte di Cassazione in un caso relativo all'attribuzione della qualifica di imprenditore ad un istituto religioso (Piccolo cottolengo di Don Orione) che svolgeva attività di assistenza ai bisognosi, ai fini dell'assoggettabilità dell'ente allo statuto dei lavoratori [Cass. 9 febbraio 1989, n. 819, in *Riv. It. dir. lav.*, 1989, 519 con nota di Poso].

Il ricorrere di tali presupposti comporterà l'applicabilità di tutte quelle norme di diritto positivo collegate all'esercizio di un'impresa senza ulteriore specificazione.

Una volta acquisita la piena ammissibilità all'interno del nostro ordinamento degli enti non lucrativi - imprenditori è opportuno rilevare che, in concreto, l'attività economica può assumere rispetto all'oggetto sociale dell'ente una posizione strumentale sia realizzare direttamente gli scopi dell'organizzazione non profit.

Quest'ultimo è il caso, oramai di scuola, della fondazione che, al fine di diffondere la cultura musicale, esaurisce la propria attività sociale nella gestione di un teatro che organizza imprenditorialmente attività concertistiche.

Tale tematica del coordinamento tra l'oggetto sociale e l'esercizio di attività economica è stata oggetto di attenzione anche da parte degli economisti i quali riconoscono "un diverso valore all'area dell'imprenditorialità che si sovrappone all'attività specificamente riferibile allo scopo, in raffronto a quella che invece è ad essa indifferente e in cui la strumentalità si realizza per il fatto del reimpiego degli utili. Nel primo caso si scorge una garanzia di efficienza, perché il venir meno della domanda sociale si riflette immediatamente sulla conseguibilità dello scopo e poi sull'esistenza dell'ente. Nell'altra si ha invece un finanziamento incrociato (cross subsidiation) che trasferisce un reddito efficientemente prodotto in favore di un'attività non remunerativa o comunque non remunerata; e in quest'ultima ipotesi si scorge il rischio dell'inefficienza allocativa, perché ciò consente la sopravvivenza anche di enti che servono scopi obsoleti o che non soddisfano più una domanda socialmente apprezzabile." [ZOPPINI, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 170]

Non è sufficiente, invece, la qualificazione dell'ente non di profitto come imprenditore, ma è necessario qualificarlo come imprenditore *commerciale*, per ritenerlo soggetto all'obbligo di tenuta delle scritture contabili, e per assoggettarlo alle procedure concorsuali in caso di insolvenza. A tale proposito, in dottrina e in giurisprudenza vi è chi ritiene che perché un ente non profit sia qualificabile come imprenditore commerciale, non basti che l'attività imprenditoriale da esso svolta risulti riconducibile all'elenco di cui all'art. 2195 c.c. ma occorra, altresì, che detta attività si ponga, di fatto, come oggetto esclusivo o principale dell'ente [GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 103; in giurisprudenza, Cass. 9 novembre, 1979, n. 5770, in *Foro It.*, 1980, I, 358].

Ciò discenderebbe dall'applicazione analogica dell'art. 2201 c.c. in tema di esonero degli enti pubblici dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, il quale, ben al di là del suo contenuto testuale, esprimerebbe un principio (consistente nell'inapplicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale) valevole per ogni imprenditore collettivo non societario.

Suddetta tesi è però respinta dalla dottrina prevalente [GATTI, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, 108; SPADA, *Nota sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2274; GRECO, *Le fondazioni non riconosciute*, Milano, 1980, 130; FARENGA, *Esercizio d'impresa*, cit., 222].

Si osserva che il disposto dell'art. 2201 c.c. non esprime un principio generale, ma si presenta come una norma di carattere eccezionale, la cui *ratio* si rinviene nell'opportunità di esentare dall'obbligo di registrazione quegli enti pubblici che esercitano attività commerciale in modo marginale, risultando già essi sottoposti a controlli e a forme pubblicitarie di carattere amministrativo. Tale *ratio* non ricorrerebbe nel caso di un ente *non profit* rispetto al quale, al contrario, emerge l'esigenza di tutela dei terzi che con esso vengono in contatto. Si aggiunge poi che, pur volendo ammettere l'applicabilità in via analogica dell'art. 2201 c.c. agli enti del primo libro del codice civile, non sarebbe corretto farne discendere la completa inapplicabilità dell'intero statuto dell'imprenditore commerciale.

D'altra parte la sottrazione della maggior parte degli enti non profit dall'applicazione della disciplina commerciale finirebbe con il garantire ad essi un regime di immunità nel campo dell'iniziativa economica incoerente con le principali esigenze di efficienza economica del settore.

4 L'ente non profit holding

Le considerazioni sinora svolte e le conclusioni in base ad esse raggiunte si fondono sul presupposto che l'attività d'impresa venga direttamente esercitata dall'ente non profit. Nella pratica, tuttavia, frequentemente avviene che gli enti *non profit*, soprattutto al fine di tenere distinta la gestione dell'attività economica da quella afferente alle altre attività non economiche dell'ente, anziché esercitare in proprio attività d'impresa si avvalgano di specifiche società *a latere*, le cui azioni sono detenute, in tutto o in parte, dall'organizzazione non lucrativa medesima. Si tratta allora di verificare se l'ente non profit holding assuma o meno la qualità di imprenditore commerciale.

Risposta negativa a tale interrogativo viene data da una parte della dottrina sulla base della considerazione che requisito indispensabile per l'imputazione dell'attività d'impresa sia la spendita del nome [FERRARA JR. e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992, 45ss.; PROVINCIALI e RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, 65; RESCIGNO, voce *Fondazione*(diritto civile), cit].

Ne consegue che, essendo l'attività economica esercitata dalla società *a latere* in nome proprio, solo a quest'ultima sarebbe applicabile lo statuto dell'imprenditore commerciale.

Nel panorama giurisprudenziale un leading case di tale indirizzo interpretativo è rappresentato dal c.d. caso "Fondazione Pitagora".

Si trattava di un'associazione non riconosciuta (impropriamente definita fondazione) che si avvaleva per il conseguimento dei suoi scopi di un istituto di istruzione, s.r.l. Pitagora, dichiarato fallito.

La Suprema Corte chiamata a pronunciarsi su tale fattispecie ha affermato che: "per vero perché un soggetto possa acquistare lo status di imprenditore commerciale, occorre che l'attività oggettivamente economico commerciale sia a lui direttamente imputabile, e, a tal fine non è sufficiente la connessione anche se stretta o il collegamento con altro soggetto effettivamente imprenditore, ovvero, l'utilizzazione dell'attività formalmente imputabile a questo soggetto per il conseguimento dei propri scopi, quando questa utilizzazione non si realizza attraverso un'attività intrinsecamente imprenditoriale.

Pertanto un'associazione non diventa imprenditore commerciale ove, per raggiungere i propri scopi altruistici, si limiti ad utilizzare i proventi dell'attività imprenditoriale di un soggetto soggettivamente distinto, anche se collegato o collaterale; perché ciò avvenga, invece, occorre che ai fini dell'utilizzazione svolga in via esclusiva o prevalente, un'attività oggettivamente imprenditoriale, e ad essa imputabile anche formalmente" [Cass. 18 settembre 1993, n. 9589 in *Foro It.*, 1993, I, 3503 con nota di Patanè]. In dottrina, vi è però chi critica tale impostazione, ritenendo che essa, sostanzialmente, disconosca la rilevanza giuridica dell'unità del gruppo riconosciuta invece sia dal legislatore del '42, che dettò norme sui controlli azionari nella piena consapevolezza del fenomeno dei gruppi, sia soprattutto dalla miniriforma della disciplina delle società per azioni del 1974 (l. del 1974 n. 216). Quest'ultima legge introduceva il concetto di gruppo, con la previsione, per le società quotate in borsa e su prescrizione della CONSOB, dei bilanci consolidati di gruppo (art. 3 lett. a).

La risposta affermativa al quesito se l'ente holding sia o meno qualificabile come imprenditore commerciale è basata in dottrina e in giurisprudenza su due diverse impostazioni.

Secondo una prima impostazione "l'ente holding costituisce di per sé un'impresa commerciale risolvendosi nella produzione di servizi [...] riconducibili nella categoria delle imprese ausiliarie ex art. 2195c.c. n. 5, nella quale, in correlazione con la definizione data dall'art. 2082c.c., sono comprese tutte quelle operazioni non industriali e non intermedie che, in quanto suscettibili di organizzazione in modo autonomo come impresa siano dirette obiettivamente ad agevolare l'esercizio delle attività principali nella loro tipica funzionalità" [Trib. Roma, 3 luglio 1982, in *Foro It.*, 1982, I, 1913]

In tal modo l'ente holding viene considerato un'impresa satellite che esercita un'attività ausiliaria, ai sensi dell'art. 2195 n. 5 c.c. [LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, 73]

Una seconda impostazione ritiene che l'art. 2082c.c. debba essere letto tenendo conto del fatto che l'attività economica può essere esercitata oltre che in modo immediato e diretto anche nei modi mediati e indiretti che sono propri dell'ente holding [GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1994, 50ss.]. Si aggiunge che la stessa Corte di Cassazione ha ritenuto che la società del gruppo che agisce nell'interesse di una società del medesimo gruppo realizza un proprio interesse sia pure mediato e indiretto [Cass. 14 settembre 1976, n. 3150 in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 220, con nota di Ferri, in cui la S.C. ha ritenuto legittima, perché atto gratuito "preordinato ad un interesse economico mediato e indiretto della società" la fideiussione prestata da una società per debiti di altra società del medesimo gruppo]

Si sostiene, inoltre, che questo modo indiretto e mediato di realizzare l'interesse sociale altro non è, a ben guardare, se non un modo di attuare l'oggetto sociale. A norma dell'art. 2361 c.c., in tema di società per azioni, "l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se previsto genericamente nell'atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo". Il che significa che una data attività di produzione o di scambio può essere dedotta quale oggetto sociale secondo una duplice modalità: come oggetto immediato (società operante) e inoltre, come oggetto solo mediato (società *holding*) [GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 52]. Quest'ultima prospettiva è stata adottata dalla Corte di Appello di Palermo con riferimento allo stesso caso "Pitagora" sopra citato.

In tale pronuncia i giudici di merito hanno riconosciuto l'importanza fondamentale dello stretto collegamento tra l'associazione Pitagora e la s.r.l. con lo stesso nome: "non sempre il fenomeno (consistente nell'esercizio di un'impresa da parte di un ente morale) si manifesta nei termini di una strumentale attività lucrativa <<direttamente>> esercitata dall'associazione: spesso l'impresa fa capo ad un ente soggettivamente distinto dall'associazione e costituito in forma di società, della quale l'associazione o fiduciari di essa sono soci. Nei casi ora descritti l'attività economica svolta dall'associazione si pone in rapporto soltanto <<indiretto>> con i fini da questa perseguiti: essa presenta caratteri di <<strumentalità>> rispetto allo svolgimento di un'attività ulteriore che, sola, realizza gli scopi dell'associazione." [App Palermo, 7 aprile 1989 in *Giur. Comm.*, 1992, II, 61 con nota di Perrino]

Una posizione intermedia tra questi due orientamenti interpretativi riportati è stata assunta in dottrina da un Autore il quale sostiene che "la qualità di imprenditore deve essere negata quando l'associazione si limiti ad una gestione puramente conservativa dei pacchetti azionari di controllo; si limiti cioè ad esercitare i relativi diritti amministrativi e patrimoniali nelle singole società, senza ingerirsi nelle scelte operative di competenza dell'organo amministrativo.

Deve invece essere riconosciuta quando in fatto risulta che, in modo sistematico e con metodo economico, l'associazione indirizza, coordina ed eventualmente finanzia, secondo una direzione unitaria, l'attività delle società partecipate." [CAMPOBASSO, *Associazioni e attività d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 589]

5 Il fallimento dell'ente non profit insolvente

Ammissa la possibilità che l'ente *non profit* acquisti la qualità di imprenditore commerciale, relativamente agevole è la risposta in senso affermativo al quesito concernente l'assoggettabilità a fallimento dell'ente che sia venuto a trovarsi in stato di insolvenza. Non può, infatti, trarsi argomento contrario dalla circostanza che non è presente nel nostro ordinamento giuridico una norma che specificamente preveda e disciplini il fallimento degli enti giuridici diversi dalle società. Non sarebbe corretto, sostenere che l'art. 1 della legge fallimentare ai sensi del quale "Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione controllata gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori" abbia esclusivo riguardo agli imprenditori individuali, rimanendo il fallimento degli imprenditori collettivi disciplinato dalle disposizioni degli artt. 146 e ss. legge fallimentare, concernenti le sole società. Una tale lettura risulterebbe immediatamente smentita dallo stesso contenuto letterale dell'art. 1 legge fallimentare, il quale, escludendo al primo comma, l'assoggettabilità a fallimento degli enti pubblici, lascia intendere come la nozione di "imprenditore che esercita un'attività commerciale" abbracci, in realtà, ogni forma individuale o collettiva di esercizio d'impresa commerciale. Né potrebbe con fondamento sostenersi che agli enti *non profit* debbano analogicamente applicarsi l'art. 2221 c.c. e l'art. 1 legge fallimentare, che prevedono l'esclusione da tale procedura concorsuale per gli enti pubblici, immediata essendo l'obiezione che tale trattamento rintraccia le proprie motivazioni negli interessi generali connessi all'attività degli enti pubblici e nell'esistenza di particolari rimedi di natura pubblicistica per il caso di loro insolvenza; di guisa che l'estensione di tale regime di favore alle organizzazioni non lucrative si risolverebbe in un ingiustificato privilegio.

Resta ferma, in ogni modo, la necessità di verificare che l'attività commerciale esercitata dall'ente *non profit* superi i limiti dimensionali della piccola impresa, non risultando applicabile agli enti in questione l'art. 1 secondo comma legge fallimentare lì dove nega che sia attribuibile alle società commerciali la qualità di piccolo imprenditore.