

**La (presunta) concorrenza sul
mercato delle organizzazioni *non profit*.
Alcune considerazioni in merito alle osservazioni dell'Antitrust sul
disegno di legge di riforma del Terzo settore e delle imprese sociali
in discussione alla Camera dei Deputati**

Alceste Santuari

AICCON - Associazione Italiana per la Promozione della Cultura della Cooperazione e del Non Profit è il Centro Studi promosso dall'Università di Bologna, dall'Alleanza delle Cooperative Italiane e da numerose realtà, pubbliche e private, operanti nell'ambito dell'Economia Sociale, con sede presso la Scuola di Economia, Management e Statistica di Forlì.

L'Associazione ha l'obiettivo di incoraggiare, supportare e organizzare iniziative per promuovere la cultura della solidarietà, con particolare attenzione alle idealità, prospettive e attività delle Cooperative e delle Organizzazioni Non Profit.

www.aiccon.it

La (presunta) concorrenza sul mercato delle organizzazioni *non profit*.

Alcune considerazioni in merito alle osservazioni dell'Antitrust sul disegno di legge di riforma del Terzo settore e delle imprese sociali in discussione alla Camera dei Deputati

Alceste Santuari

**Docente di Diritto dell'economia degli enti non profit
Università di Bologna – Sede di Forlì**

Marzo 2015

Indice – sommario degli argomenti trattati

1. Premessa
2. Teorie economiche tradizionali ed evoluzione in senso imprenditoriale dell'azione delle organizzazioni *non profit*
3. Le organizzazioni *non profit* negli Stati Uniti
 - 3.1. Le attività svolte dalle organizzazioni *non profit* e la concorrenza con le imprese commerciali tradizionali
4. Il ruolo delle organizzazioni *non profit* nello svolgimento di attività commerciali: alcune teorie economiche
5. Concorrenza sleale: teorie a confronto
6. Attività economica delle organizzazioni *non profit*, concorrenza (sleale) e la posizione della Corte europea di giustizia
7. Le imprese sociali: un'opportunità per un autentico s-viluppo sociale
8. Le previsioni contenute nel disegno di legge delega di riforma del Terzo Settore
9. Le osservazioni dell'Antitrust
10. Brevi considerazioni finali

1. Premessa

Nel corso dell'iter di approvazione del disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale"¹ è intervenuto il Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Giovanni Pitruzzella, che ha indirizzato una lettera al Presidente della Commissione Affari Sociali della Camera, Pierpaolo Vargiu.² La lettera richiama l'attenzione della Commissione sulla necessità che la disciplina riguardante l'impresa sociale sia compatibile con la normativa europea in materia di concorrenza e di aiuti di Stato.

La posizione espressa dall'Antitrust, peraltro sollecitata da alcuni parlamentari, ripropone un tema "classico" dell'azione delle organizzazioni *non profit*, segnatamente la loro presunta concorrenza sleale nei confronti delle imprese for profit. Il presente contributo, muovendo dalle teorie economiche e dall'analisi delle attività svolte dalle organizzazioni *non profit* e dall'impresa sociale, intende esaminare l'azione delle organizzazioni non lucrative, al fine di verificare se le previsioni contenute nel disegno di legge delega siano effettivamente tali da esporre le organizzazioni non lucrative al rischio di essere accusate di concorrenza sleale nei confronti delle imprese tradizionali.

¹ Si tratta del disegno di legge delega n. 2617 presentato il 22 agosto 2014 dal Presidente del Consiglio dei Ministri Renzi e dal Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali (Poletti) di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze (Padoan), attualmente incardinato per la discussione presso la Commissione XII Affari Sociali della Camera dei Deputati. Al momento in cui si scrive il presente articolo, in data 18 marzo 2015, la Commissione Affari Sociali XII della Camera dei Deputati ha licenziato un testo che ora sarà inviato alle altre Commissioni parlamentari per il loro parere.

² Vedi AS1177 – Legge delega 2617 concernente la Riforma del Terzo Settore e delle Imprese Sociali, Roma, 27 febbraio 2015.

2. Teorie economiche tradizionali ed evoluzione in senso imprenditoriale dell'azione delle organizzazioni *non profit*

Le numerose evoluzioni che stanno interessando l'attuale contesto sociale ed economico e le dinamiche di sviluppo che in esso si manifestano sembrano evidenziare la tendenza, all'interno dei rapporti economici intersoggettivi e delle riflessioni teoriche e scientifiche, a superare barriere e steccati culturali fino ad oggi esistenti, anche attraverso la sperimentazione di nuovi modelli organizzativi.³ L'esperienza insegna che la via per raggiungere il benessere comune non passa né per lo Stato totalitario né per lo Stato liberale, inteso come mano invisibile che svolge funzioni imparziali di supervisione. In presenza di diseguaglianze sociali⁴ e di nuove povertà,⁵ né i vincoli

³ In argomento, si veda P. VENTURI – F. ZANDONAI (a cura di), *Ibridi organizzativi*, Bologna. Il Mulino, 2014.

⁴ Autorevole dottrina, in argomento, ha evidenziato che "la storia del principio d'eguaglianza è segnata dalla differenza, non dalla parità di trattamento. Per meglio dire, è segnata dalla progressiva consapevolezza della necessità di differenziare le situazioni e i casi, per rendere effettiva l'eguaglianza. Quest'ultima, pertanto, da un'idea irrealistica e astratta diventa un programma d'azione più materiale, più concreto. Dall'indistinta platea dei cittadini passa a misurare le categorie, i diversi corpi collettivi. Questo passaggio coincide con la trasformazione dello Stato liberale ottocentesco in *Welfare State*, nello Stato sociale anticipato dall'esperienza del *New Deal* di Roosevelt e poi codificato nelle Costituzioni del secondo dopoguerra. E a sua volta il *Welfare State* – senza negare il principio generale d'eguaglianza di tutti i cittadini al cospetto della legge – gli affianca un secondo principio d'eguaglianza, particolare e settoriale. In breve, dall'eguaglianza formale a quella sostanziale, rispettivamente conclamati nei due commi dei quali si compone l'art. 3 della Costituzione italiana. Il primo vieta ogni discriminazione legale; il secondo reclama l'intervento dello Stato per rimuovere le discriminazioni di fatto." M. AINIS, *La piccola eguaglianza*, Torino, Einaudi Editore, 2015, pp. 62-63.

⁵ Il fenomeno della povertà e dell'emarginazione, nei molteplici volti che esso assume, anche quelli più negletti ovvero controversi obbliga la collettività intera a mettere in discussione la propria capacità di accoglienza. In termini moderni, si tratta di una "riedizione" di

esagerati, caratterizzanti anche alcuni Paesi democratici nei quali, tuttavia, prevale sovente l'imposizione di regole asfittiche e poco rispettose delle *relationships* economiche, né le libertà nel senso del "*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui meme*" hanno dimostrato di essere strumenti e approcci adeguati a rispondere alle esigenze provenienti dalla società civile.⁶

Anche in quegli Stati in cui emerge una spiccata tendenza verso il liberalismo economico, ossia definito in primo luogo dalle leggi di mercato e dalla prevalenza del privato inteso come l'insieme di unità economiche miranti al profitto, si sono sviluppate esperienze organizzative sociali che, *prima facie*, non rispondono ai criteri tradizionali con cui si è soliti giudicare i fatti di mercato.⁷ Tali realtà dimostrano, da un

situazioni economiche e sociali che già in passato hanno interessato e attraversato l'Europa. La recente crisi economica e finanziaria ha ulteriormente evidenziato che, in molti casi, ci si trova di fronte a fenomeni di nuove povertà e di esclusione sociale che interrogano istituzioni, imprese e soggetti *non profit* circa le modalità più adeguate ed efficaci per affrontare le situazioni di disagio.

⁶ In particolare, in dottrina si è osservato che mentre i diritti civili individuali hanno avuto un progresso significativo e riconosciuto, i diritti sociali, espressione delle istanze comunitarie e locali, non hanno vissuto una stagione altrettanto positiva: "[i] diritti sociali sono rimasti estranei al tumultuoso avanzare dei diritti di libertà individuale non per ragioni tecniche, ma per ragioni prevalentemente culturali, perché la globalizzazione economica ha reso prevalenti anche nella cultura comune i valori dello scambio e dell'individualismo, che sono indifferenti ai valori umani della liberazione dal bisogno, determinanti della stessa ragion d'essere dei diritti sociali". L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, G. Einaudi Editore, Torino, 2014, pp. 27-28. Riconduce i diritti sociali nell'alveo dei principi costituzionali correlati alla solidarietà S. RODOTA', *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Editori Laterza, Bari, 2014, p. 39 ove l'A. segnala che "non dobbiamo dimenticare che lo Stato costituzionale di diritto è sicuramente caratterizzato dall'innovazione rappresentata dal riconoscimento pieno dei diritti fondamentali, che tuttavia non solo comprende i diritti sociali, ma complessivamente li colloca in un contesto di principi tra i quali quello di solidarietà assume una autonoma rilevanza".

⁷ Tra le strutture organizzative che non possono essere riferite ai meccanismi tradizionali del mercato capitalistico si annoverano le cooperative e le imprese sociali. Il modello cooperativo è stato inteso alla stregua di "un modo più avanzato di fare impresa in sistemi socialmente avanzati; e ciò nel senso che esso rappresenta il coronamento dell'aspirazione di quanti intendono il lavoro come occasione di autorealizzazione e non solo come fattore di produzione. E'

lato, l'imperfezione del mercato e, dall'altro, l'esistenza di effetti esterni, cioè di effetti dell'attività aziendale che si esplicano al di fuori del mercato e portano ad una allocazione delle risorse non ottimale. Ne discende che il mero benessere economico, inteso come l'accrescimento della quantità dei beni e dei servizi offerti sul mercato, deve essere ampliato nella direzione di un benessere sociale inteso in senso lato, nel senso, cioè, della funzione del benessere sociale affermato da Bergson-Samuelson,⁸ nel quale sono compresi giudizi di tipo etico⁹ e nel quale vengono compresi i costi e le utilità sociali. Le organizzazioni *non profit*, pertanto, rappresentano, in questo

a questa interpretazione che pare alludere J.S. Mill – grande pensatore liberale - quando alla terza edizione dei suoi *Principles of Political Economy* pubblicati nel 1852 aggiunge il seguente brano, veramente notevole: "La forma di associazione che, se l'umanità continua a migliorare, ci si deve aspettare che alla fine prevalga, non è quella che può esistere tra un capitalista come capo e un lavoratore senza voce alcuna nella gestione, ma l'associazione degli stessi lavoratori su basi di eguaglianza che possiedono collettivamente il capitale con cui essi svolgono le loro attività e che sono diretti da managers nominati e rimossi da loro stessi" (p.772)." Così, S. ZAMAGNI, *Per una teoria economico-civile dell'impresa cooperativa*, Università degli studi di Bologna, Facoltà di Economia, Sede di Forlì, in collaborazione con AICCON, Working Paper n. 10, marzo 2005, p. 2.

⁸ Si tratta di un concetto centrale nell'economia del benessere: "tale funzione (*Social Welfare Function*, SWF) consiste nel costruire uno strumento analitico che consenta l'aggregazione delle preferenze individuali in preferenze collettive, al fine di guidare le scelte pubbliche, tra i diversi equilibri di ottimo paretiano possibile, verso quello ritenuto socialmente ottimo. Seppure rintracciabile in nuce nelle argomentazioni di J. Bentham (1789), J.S. Mill (1859), F.Y. Edgeworth (1925) e A.C. Pigou (1920), il concetto fu dapprima introdotto, nel quadro dell'analisi paretiana, da A. Bergson (1938) e poi, successivamente, approfondito da P.A. Samuelson (1947)." A. CASTALDO, voce *Benessere sociale, funzione del*, *Dizionario di Economia e Finanza* (2012), in www.treccani.it.

⁹ Sulla valenza conformativa dell'etica pubblica, in specie nei rapporti tra P.A. e soggetti affidatari di servizi di pubblica utilità, si veda l'interessante articolo di V.C. RENNA, *La cosiddetta "certificazione etica" può costituire un requisito di accreditamento per la selezione dei contraenti della P.A.?*, in www.amministrativamente.com, Rivista di diritto amministrativo, fascicolo 1-2/2015, in specie laddove l'A. afferma che "a differenza dei dibattiti economici sul tema, l'analisi sull'etica applicata alla P.A. sotto un profilo più squisitamente giuridico non ha come obiettivo la valutazione circa l'efficienza relativa di forme produttive diverse, bensì la relazione intercorrente tra efficienza e qualità dei servizi e giustizia, tra libertà di concorrere ed equità, tra diritti e benessere".

contesto, l'evoluzione di unità economiche nella direzione di affermare la possibilità di realizzare una crescita economica muovendo anche dalle istanze sociali di solidarietà e di sostegno che, tradizionalmente, vengono relegate in secondo piano.¹⁰

Pur mantenendo la propria specificità, le organizzazioni non lucrative che gestiscono servizi di natura pubblica progressivamente, in questi ultimi anni, hanno subito notevoli trasformazioni in senso aziendale, ossia ponendo maggiore attenzione a fattori quali l'organizzazione dei fattori produttivi, l'impiego razionale delle risorse umane e la gestione efficiente.¹¹ In tal senso, le organizzazioni *non profit* e le imprese costantemente concorrono e si confrontano sul mercato per il reperimento delle risorse necessarie al loro funzionamento. Il contesto nel quale la concorrenza in argomento è maggiormente sentita è tradizionalmente quello statunitense, anche se, in epoca recente, proprio per l'evoluzione in senso imprenditoriale di una parte significativa del settore *non profit*, il tema della concorrenza (sleale) degli organismi non lucrativi è stato affrontato anche dalle istituzioni europee.¹²

¹⁰ Al riguardo, è interessante l'osservazione di P. VENTURI, *Ibridi organizzativi: nuove forme di impresa ad alto impatto sociale*, in *Il Giornale delle Fondazioni*, pubblicato il 16/03/2015, il quale sostiene che è in atto un'evoluzione in cui la "novità è l'introduzione della componente partecipata, dove l'approccio è multi-stakeholder. Tutti, intendo Stato/Mercato/Terzo Settore partecipano alla produzione di valore, che non è solo economico e di profitto, ma sociale. Non esiste più la dicotomia fra lo Stato Committente che incarica il Terzo Settore nell'erogazione esternalizzata di beni e servizi di utilità sociale, contro il Mercato e le imprese di profitto. Oggi sono tutti chiamati a produrre valore. L'impresa sociale si trova a vivere il passaggio dall'Utente al Cliente, dunque si deve trasformare da Operatore Sociale a Imprenditore, producendo così un processo di disintermediazione rispetto allo Stato".

¹¹ Per una approfondita analisi delle organizzazioni non profit dal punto di vista dell'economia aziendale, si veda F. BANDINI (a cura di), *Economia e Management delle aziende non profit e delle imprese sociali*, Padova, Cedam, 2013.

¹² Si veda al riguardo, la Comunicazione della Commissione europea: Investire nel settore sociale a favore della crescita e della coesione, in

3. Le organizzazioni non profit negli Stati Uniti

È noto il forte radicamento sociale e culturale del fenomeno *not-for-profit* negli Stati Uniti,¹³ così bene descritto dall'aristocratico francese Alexis de Toqueville già nella metà del secolo diciannovesimo, di ritorno da un suo viaggio in America, sovente portato come esempio. Tuttavia, la realtà è più complessa. Infatti, dall'analisi comparata, emergono alcune importanti differenziazioni tra il sistema americano e quello europeo, utili soprattutto a far comprendere le eccessive forzature che sovente vengono operate, quando ci si riferisce al sistema USA per importarne o copiarne *sic et simpliciter* modelli e paradigmi. Tra tutte, in particolare, spicca la diversa natura delle organizzazioni in questione: mentre nei paesi europei contemporanei si nota una certa prevalenza del fenomeno associativo/cooperativo, l'ordinamento statunitense si caratterizza per una più marcata presenza di fondazioni e *corporations*. Ciò significa che la maggior parte delle organizzazioni senza scopo di lucro negli USA è rappresentata da entità costituite da lasciti o donazioni *mortis causa* ovvero da patrimoni vincolati al perseguimento di un determinato scopo,

particolare attuando il Fondo sociale europeo nel periodo 2014-2020 (Pacchetto Investimenti sociali), Bruxelles, 20.2.2013 SWD(2013) 40 def.

¹³ Negli USA, il sentimento diffuso della rilevanza delle organizzazioni *not-for-profit* può essere fatto risalire ai primi immigrati europei, i quali si trovarono lontani dai centri finanziari e dai governi centrali della loro madrepatria. Essi compresero che, se avessero voluto sopravvivere, era assolutamente necessario che essi si unissero in associazioni volontarie, allo scopo di rispondere ai bisogni basilari della società civile, quali l'assistenza medica, l'educazione, la protezione reciproca. John Winthrop, il primo governatore della Massachusetts Bay Colony, riconobbe l'esigenza di costituire organizzazioni *not-for-profit*, quando, a bordo della nave Arbella, nel 1630, predicò ai confratelli coloni su "A model of Christian Charity". Così in B. O'CONNELL, *America's Voluntary Spirit: A Book of Readings*, New York, The Foundation Center, 1983.

investiti da grandi capitani d'industria o *grosse corporations*. Degno di nota il fatto che, contrariamente a quanto si è tenuti solitamente a pensare, il *not-for-profit* negli USA, non è progredito in così larga misura grazie soprattutto agli incentivi e alle detrazioni di natura fiscale. Infatti, nonostante la forte riduzione delle agevolazioni fiscali concesse alle organizzazioni senza scopo di lucro sotto l'Amministrazione Reagan, esse non hanno smesso di crescere. Una simile circostanza dimostrerebbe il carattere pregiudiziale dell'affermazione secondo cui la crescita degli enti *not-for-profit* è da ricondurre, in termini di causa e di effetto, in prevalenza alla specialità del diritto tributario.

Fatta questa breve premessa di contesto, quali sono gli elementi di interesse del sistema nordamericano utili per la nostra analisi? Per semplicità di esposizione, essi possono essere sintetizzati come segue:

a. affievolimento del *non distribution constraint*: il vincolo di non distribuzione dei profitti ha sempre contraddistinto, soprattutto da un punto di vista normativo, le organizzazioni *not-for-profit* negli USA. Recentemente, tale vincolo ha cominciato tuttavia a perdere di significato: da un lato, la folta presenza di attori commerciali tradizionali in aree di intervento, quali sanità, istruzione, assistenza, ha messo in luce la debolezza del vincolo di cui sopra, da sempre considerato come quello capace di generare e garantire la fiducia dell'organizzazione nei confronti dell'opinione pubblica.¹⁴ Si afferma, infatti, che se qualcuno desidera occuparsi di

assistenza ai bambini, egli lo può fare sì in un centro diurno *not-for-profit*, ma altresì in uno gestito da un'impresa *for-profit*. In altri termini, il vincolo alla non distribuzione dei profitti, rappresenta certo un vincolo, ma non abbastanza "vincolante". Dall'altro, anche gli assiomi storici secondo cui le società nascono per massimizzare il profitto, mentre le organizzazioni *not-for-profit* tendono a massimizzare la qualità o la quantità dell'output, sono stati messi a dura prova. Infatti, in pratica, a causa dei numerosi vincoli, sia interni sia esterni, le società sono meno guidate dalla massimizzazione del profitto di quanto si possa credere e lavorare per una *not-for-profit*, in alcuni casi, equivale a svolgere un lavoro come altri.

b. equivalenza tra forme imprenditoriali *for-profit* e *not-for-profit*: diversi fattori economici, quali la dipendenza dalle risorse disponibili sul mercato, la complessità organizzativa e istituzionale, nonché la gestione amministrativa rendono società commerciali ed organizzazioni *not-for-profit* sempre più simili tra loro.¹⁵

Da queste due brevi osservazioni discende una conseguenza, che recentemente sta avanzando nella società americana: data la generale convergenza economica dei due settori (commerciale e *not-for-profit*), l'opinione pubblica potrebbe preferire di sovvenzionare gli output di natura sociale prodotti da tutte le organizzazioni, in luogo di prevedere sostegni fiscali alle *not-for-profit*, in forza della loro forma organizzativa.¹⁶

¹⁴ "Il *non distribution constraint* da solo non basta a creare fiducia; dopo tutto, anche il settore pubblico agisce in forza del vincolo di non distribuzione dei profitti, ma molti non ritengono che il governo utilizzi le proprie risorse in modo saggio". Così, E. BRODY, "Agents without principals: the economic convergence of the nonprofit and for-profit organisational forms", in *New York Law School Law Review*, vol. 40, 1996, p. 463.

¹⁵ Per un'analisi delle attività svolte dalle organizzazioni non profit negli USA nel comparto della sanità, si veda D.M. HARRIS, *Contemporary Issues in Healthcare Law and Ethics*, Fourth Edition, Health Administration Press (May 15, 2014).

¹⁶ Per quanto riguarda l'Italia, nonostante l'Amministrazione Finanziaria continui a distinguere le organizzazioni senza scopo di lucro dalle imprese tradizionali (*rectius*: gli enti non commerciali dagli enti commerciali) sulla base dell'oggetto principale dell'attività svolta (da ultimo, in ordine cronologico, si veda il decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460 [Riordino della disciplina tributaria degli enti non

3.1. Attività delle organizzazioni non profit e concorrenza con le imprese commerciali tradizionali

Negli Stati Uniti, si è registrato nel corso degli ultimi anni un acceso dibattito innescato dalle società commerciali, le quali sostengono che le organizzazioni *non profit* svolgerebbero le loro attività sul mercato in una situazione di concorrenza sleale, derivante dal particolare trattamento di favore riservato loro da parte dello Stato, sia sotto forma di esenzioni fiscali sia in termini di finanziamenti e sovvenzioni. Ciò deriva principalmente dal fatto che nell'ultimo decennio le organizzazioni *non profit* si sono trasformate da semplici destinatari di erogazioni liberali vincolate alla realizzazione di scopi benefici, in vere e proprie imprese sociali, capaci di gestire, con metodi imprenditoriali, l'erogazione di servizi di rilevanza collettiva.

Le attività delle organizzazioni *non profit* sono andate progressivamente estendendosi anche in settori ed aree di azione peculiari delle società di capitali, sovente attingendo in larga misura alle operazioni commerciali per lo svolgimento della propria azione istituzionale. Alcuni operatori hanno individuato la causa di tale espansione nella progressiva diminuzione di sovvenzioni e sussidi pubblici a favore delle organizzazioni *non profit*, le quali, di conseguenza, si sono trovate costrette a ricorrere ad altre forme di finanziamento,

commerciali e delle ONLUS] e in particolare la circolare del Ministero delle Finanze n. 124/E del 12 maggio 1998), talvolta detta impostazione viene contraddetta. E', questo il caso della risoluzione 25 marzo 1998, n. 21 del Ministero delle Finanze che opera la sopra richiamata divisione sulla base della particolare forma organizzativa assunta. In essa, infatti, si afferma che, nonostante le prestazioni socio-sanitarie siano oggettivamente inquadrabili fra quelle dichiarate esenti da IVA dall'art. 10, n. 27-ter del D.P.R. n. 633/72, qualora tali prestazioni siano effettuate da una società a responsabilità limitata esse devono essere assoggettate all'aliquota ordinaria del 20%.

finanche quello di reperire le risorse necessarie direttamente sul mercato, tradizionale appannaggio delle società lucrative. Tale "sconfinamento" é stato interpretato da alcuni studiosi come pericoloso per la stessa natura delle organizzazioni senza scopo di lucro, in quanto esse verrebbero così a perdere la loro originale identità e le caratteristiche motivazioni altruistiche. Altri interrogativi sono stati sollevati dalla presenza di organizzazioni *non profit* che beneficiano di particolari trattamenti fiscali e tributari in mercati ove operano altresì società commerciali, che, come più sopra ricordato, lamentano una disparità di trattamento non motivata.¹⁷

4. Il ruolo delle organizzazioni non profit nello svolgimento di attività commerciali: alcune teorie economiche

Henry Hansmann ha suggerito che la comprensione del ruolo e del comportamento delle organizzazioni *non profit* é importante al fine di tentare una risposta ai problemi sollevati dalle medesime nell'eventualità che esse svolgano attività definibili commerciali.¹⁸ L'assunto generalmente condiviso relativo ad una *non-profit organization* consiste nel considerare quest'ultima alla stregua di un'organizzazione che conducendo azioni

¹⁷ Negli Stati Uniti, si registra una imposta sulle entrate cosiddette "unrelated", ossia non correlate all'attività istituzionale della organizzazione non profit. Tale imposta dovrebbe individuare le entrate derivanti da attività commerciali: tuttavia, alcuni autori sostengono che l'applicazione di tale imposta risulta difficile data l'ampia definizione di entrata correlata all'attività dell'organizzazione.

¹⁸ H. HANSMANN, *Economic theories of Nonprofit Organizations*, in W.W. Powell (ed.), *The Nonprofit Sector*, Yale University Press, New Haven, 1987.

socialmente auspicabili è legittimata a realizzare un surplus, ma è contestualmente costretta alla non distribuzione di detti guadagni. I guadagni residui di una *non-profit organization* debbono infatti essere reinvestiti per la realizzazione degli scopi statutari, comprendendo in questi ultimi eventuali finanziamenti a progetti futuri ovvero la distribuzione dei profitti ad entità che non controllino in alcun modo l'attività dell'organizzazione.¹⁹

La differenza cruciale tra organizzazioni non lucrative e società *for-profit* che concorrono sul mercato risiede nel loro obiettivo. L'obiettivo di una *for-profit organization* coincide tradizionalmente con la massimizzazione del profitto, mentre in una organizzazione *non profit* prevale la produzione di beni ovvero di servizi, i quali realizzano l'obiettivo ovvero lo finanziano trasversalmente.²⁰ Vi sono molte teorie che considerano il ruolo delle organizzazioni non lucrative nell'ambito del mercato e della società civile in generale. Alcune di esse si fondano su modelli concernenti il lato della domanda: Weisbrod ha avanzato la teoria dei beni pubblici (*public goods*),²¹

¹⁹ I guadagni residui di cui sopra debbono essere impiegati per sostenere gli scopi dell'organizzazione: tali scopi non possono risultare né illeciti né tantomeno coincidere con il profitto personale dei membri o di coloro i quali controllano l'organizzazione medesima.

²⁰ Per un'attenta e approfondita disamina delle funzioni dello scopo di lucro nelle società di capitali, si rinvia al noto saggio di G. SANTINI, *Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali*, in RIV. DIR. CIV., 1973.

²¹ Un bene pubblico - secondo la definizione fornita dagli economisti - è un bene il quale è in grado di essere goduto da un numero di persone senza limitazione alcuna per il godimento da parte di altri soggetti dello stesso bene. Il problema che sorge in relazione alla fornitura di beni pubblici coincide con il fatto che una volta fornito, il bene è disponibile a chiunque, sia che questi abbia pagato per esso o meno. Ciò determina un comportamento chiamato "*free riding*" in base al quale gli individui non sono disposti a pagare l'intero valore dei beni prodotti ovvero dei servizi erogati. Alcuni studiosi sostengono che secondo la tradizionale teoria economica, i beni pubblici sono meglio forniti da parte dello Stato in quanto esso è in grado di imporre a ciascuno di pagare il valore dei beni ovvero dei servizi attraverso l'imposizione fiscale. Qualora lo Stato non fosse in grado di rispondere a tale responsabilità e, quindi, alla richiesta di beni pubblici, tale risultato è

la quale origina dall'idea secondo cui lo Stato produce beni di natura pubblica ad un livello che soddisfa la domanda dell'elettore mediano. Le organizzazioni *non profit* sono considerate come il risultato emergente dalla incapacità dell'azione statale di soddisfare la parte di domanda di beni pubblici in eccesso. Hansmann ha evidenziato che nonostante il fatto tale modello abbia incontrato alcuni sostenitori, esso non è in grado di spiegare la produzione di beni privati da parte di organizzazioni *non profit* di tipo commerciale o perché le organizzazioni non lucrative piuttosto che le *for-profit organizations* sono preferite nella risposta alla domanda in eccesso di cui sopra. Alcuni autori hanno sostenuto che l'offerta di beni pubblici da parte delle organizzazioni *non profit* è preferita in quanto gli utenti ripongono la loro fiducia nel fatto che dette organizzazioni producono il bene che essi hanno pagato. Altri, invece, come Estelle James, sottolineano come le organizzazioni *non profit* producano beni quasi-pubblici, i quali, in quanto tali, sono concorrenziali con l'azione statale a livello di produzione.²² Tuttavia, a livello finanziario le organizzazioni senza scopo di lucro e l'amministrazione pubblica sono complementari in quanto lo Stato finanzia le organizzazioni non lucrative per entrare sul mercato al fine di fornire servizi ad un costo inferiore di quanto saprebbe determinare lo Stato nel soddisfare l'eterogeneità delle domande e l'eccesso delle stesse. Ciò potrebbe servire a

raggiunto attraverso l'azione collettiva, ossia attraverso l'impiego di strutture ed esperienze *non profit*. Si vedano, in proposito, B.A. WEISBROD, *The Nonprofit Economy*, Harvard University Press, Cambridge, 1988; M.A. HALL - J.D. COLOMBO, *The Donative Theory of the Charitable Tax Exemption*, in *Ohio State Law Journal*, 52, pp. 1379-1476, 1991.

²² E. JAMES, *The Nonprofit Sector in Comparative Perspective*, in W.W. Powell (ed.), *The Nonprofit Sector*, Yale University Press, New Haven, p. 397-415, 1987.

spiegare perché le organizzazioni *non profit* rappresenterebbero un successo, se paragonate alle società, nella produzione di beni quasi-pubblici.

Una teoria alternativa, ossia quella relativa al fallimento del mercato, evidenzia che le organizzazioni non lucrative fanno il loro ingresso sul mercato in quanto meccanismi di politica economica, che permettono ai consumatori di misurare meglio la qualità e la quantità del servizio erogato. Il postulato identifica nelle organizzazioni *non profit*, grazie al vincolo di non distribuzione dei profitti che caratterizza tali realtà, strutture che hanno assai meno motivazioni di trarre in inganno gli utenti di quanto possa accadere nelle società lucrative. Queste ultime, *a contrario*, in quanto motivate dalla massimizzazione del profitto, sono incentivate a produrre meno per ottenere un prezzo maggiore. Comunque, la teoria qui richiamata, ancorché molto sinteticamente, presenta una serie di debolezze in quanto essa ignora il controllo societario, il quale, secondo la teoria dell'agenzia, assicura che il *management* delle società non agisca in modo opportunistico e muove altresì dall'assunto che le organizzazioni *non profit* siano in grado di fornire una migliore qualità e quantità di servizi. Hansmann ha replicato che tali debolezze sono superabili attraverso la promulgazione di un corpo di leggi relative alle organizzazioni che non perseguono scopi di lucro, le quali dovrebbero imporre ai *managers* delle stesse alcuni standard di comportamento molto rigidi. Ellman ha criticato la teoria di Hansmann del fallimento del contratto sulla base del fatto che quest'ultima non sembra operare alcuna differenziazione tra l'utente-donante e il consumatore.²³ Ellman ha rimarcato come Hansmann non sia stato in

grado di differenziare tra l'impatto del monitoraggio marginale,²⁴ il quale sarebbe l'unico problema dell'utente-donante e il problema del monitoraggio della qualità,²⁵ il quale, invece, influenza sia l'utente-donante sia il consumatore. Altre teorie relative alla domanda sono quelle inerenti i finanziamenti e il controllo del consumatore. Secondo la prima, la concorrenza esistente tra organizzazioni non lucrative e *for-profit* è determinata dalle sovvenzioni accordate alle prime. La seconda, invece, spiega l'esistenza di taluni tipi di organizzazioni *non profit*, nelle quali gli utenti (*patrons*) si impegnano a prevenire uno sfruttamento monopolistico della situazione in cui si vengono a trovare le organizzazioni senza scopo di lucro.

Dall'altra parte, le teorie che si riferiscono all'offerta sembrano maggiormente in grado di dare risposte più convincenti in merito all'esistenza delle *non profit organisations*, al loro successo e alla loro "concorrenza" con le società commerciali. James nel 1987 ha elaborato una teoria in grado di spiegare perché le realtà non lucrative si sviluppano e possono ottenere un ottimo riscontro sul mercato rispetto alle società lucrative. Essa muove dalla constatazione secondo cui, essendo difficile per le organizzazioni senza scopo di lucro aumentare il proprio capitale, esse si concentrano in settori di attività ad alta intensità di lavoro. L'accesso alle donazioni e i costi della manodopera inferiori permettono alle stesse di fornire beni e servizi a prezzi più bassi di quanto siano in grado di fare le società lucrative. Un altro studioso ha elaborato una ulteriore teoria concernente l'offerta, la quale prende in considerazione il potere relativo delle

²³ I.M. ELLMAN, *Another Theory of Nonprofit Corporations*, in *Michigan Law Review*, 80, April, p. 999-1050, 1982.

²⁴ Esso implica la capacità di misurare il beneficio aggiunto che scaturisce da ciascun dollaro che un donante contribuisce.

²⁵ Attraverso il monitoraggio di qualità si è in grado di misurare la qualità aggiunta fornita dalla organizzazione non profit rispetto a quella fornita da una società lucrativa o dallo Stato.

diverse classi di attori sul mercato.²⁶ Tale modello postula che le classi di attori, oltre ad avere accesso al capitale e alle capacità imprenditoriali nell'ambito di una attività, debbono disporre del potere di mobilitare il settore *non profit*. Le agenzie governative e le società lucrative devono altresì possedere il suddetto potere al fine di ottenere risultati soddisfacenti in un settore di attività. Winkle ha criticato la validità della teoria del fallimento dello stato in quanto, egli sostiene, è assai difficile che un gruppo sia in grado di ottenere un buon risultato in un settore di mercato in cui altri hanno fallito.

5. Concorrenza sleale: teorie a confronto

Dalle teorie relative al ruolo delle *non-profit organizations* commerciali sembrerebbe che le stesse godano certamente di alcuni vantaggi nei confronti delle società lucrative operanti nello stesso settore di mercato. Ciascuna teoria suggerisce che le organizzazioni non lucrative godono di qualche vantaggio: la fiducia da parte del consumatore, l'accesso alle sovvenzioni o costi di produzione inferiori. Ne discende che, stante queste formulazioni, le organizzazioni *non profit* sembrano svolgere la propria attività in una situazione concorrenziale più favorevole rispetto alle società lucrative propriamente dette. Negli Stati Uniti, molti sono coloro i quali sostengono tale visione, soprattutto le piccole imprese che risentono dei vantaggi riconosciuti alle imprese non lucrative operanti sul mercato.²⁷

²⁶ C. WINKLE, *Supply-Side Theory of the Role of the Nonprofit Sector: An Analysis of the Two Case Studies*, ARNOVA Conference, London School of Economics, 1990.

²⁷ WEISBROD, *op. cit.*, p. 103 e U.S. SMALL BUSINESS ADMINISTRATION, *Unfair Competition by Nonprofit Organizations with*

Tuttavia, questa non è l'interpretazione maggioritaria tra gli studiosi e gli operatori del settore. Alcuni di essi,²⁸ invero, sostengono che le società e le organizzazioni *non profit* possano coesistere attraverso la produzione di beni e l'erogazione di servizi eterogenei per i quali ciascuno ottiene un vantaggio in termini concorrenziali, attraverso l'identificazione e aderenza alla loro particolare nicchia di mercato. Altri,²⁹ assegnando diversi obiettivi alle organizzazioni *non profit* e alle società lucrative rispettivamente, sostengono spiegazioni alternative per la coesistenza delle medesime. Innanzitutto, essi affermano che nel lungo periodo il settore non è in equilibrio; che le organizzazioni *non profit* realizzano un guadagno sufficiente per compensare la loro azione, mentre le società realizzano un profitto economico tendente approssimativamente a zero; oppure che in almeno un settore di attività le società e le organizzazioni *non-profit* forniscono prodotti diversi. Gli autori sopra citati sostengono, inoltre, che la previsione di esenzioni fiscali a favore delle organizzazioni *non profit* commerciali non causa una concorrenza sleale, ma, piuttosto genera inefficienze. Gli autori affermano che le inefficienze relative alle attività commerciali e alle attività *non profit* potrebbero essere il risultato dei vantaggi

Small Business: An Issue for the 1980s (3rd ed.), U.S. Small Business Administration, Washington D.C. 1984.

²⁸ Si veda, in argomento, S. ROSE-ACKERMAN, *Unfair Competition of Nonprofit Institutions: Studies in Structure and Policy*, Oxford University Press, New York, 1986.

²⁹ J. SCHIFF - B.A. WEISBROD, *Competition Between For-profit and Nonprofit Organizations in Commercial Markets*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 62(4), p. 619-639, 1991. Gli autori qui citati partono dall'assunto secondo il quale le Organizzazioni non profit svolgono attività commerciali per sovvenzionare indirettamente le loro attività non lucrative. In quanto tale, l'utilità dei managers delle Organizzazioni non profit risulta aumentata dalla produzione di attività *nonprofit* e ridotta dalla produzione di risultati commerciali: in questo senso, si registra un minor incentivo per le Organizzazioni non profit a soddisfare la domanda dei consumatori.

fiscali accordati alle organizzazioni *non profit*. L'esenzione fiscale riguardante l'attività commerciale potrebbe indurre lo Stato a sovvenzionare le attività commerciali delle organizzazioni non lucrative senza ottenere alcun beneficio esterno. Permettendo alle organizzazioni *non profit* di realizzare livelli di produzione inferiori a prezzi più bassi, si consente alle società di soddisfare l'eccesso di domanda ad un prezzo più elevato. L'inefficienza dell'attività *non profit* scaturisce dall'allocazione non ottimale delle sovvenzioni a favore delle attività esenti delle organizzazioni non lucrative. Esse sarebbero in grado di ottenere maggiori benefici dalle esenzioni fiscali se maggiore fosse il loro impegno nello svolgimento di attività commerciali. Se si presume l'esistenza della sovvenzione trasversale, è plausibile che i vantaggi fiscali vengano allocati a favore di attività per le quali può non esserci un beneficio pubblico, invece che a favore di attività *non profit*, il cui principale obiettivo è l'esistenza dell'organizzazione. Schiff e Weisbrod concludono il loro studio,³⁰ sottolineando che una più efficiente allocazione deriverebbe dalla sovvenzione diretta da parte della pubblica amministrazione dell'output filantropico delle organizzazioni *non profit*, piuttosto che dal sostegno alle attività commerciali per mezzo dei vantaggi fiscali.

Tuttavia, Weisbrod ha sostenuto la tesi secondo la quale determinate attività sono meritorie di essere sovvenzionate attraverso le organizzazioni senza scopo di lucro e, in quanto tale, la concorrenza tra le organizzazioni *non profit* sovvenzionate e *for-profit* non sovvenzionate risulterebbe efficiente.³¹ Al contrario, Hansmann ha criticato la legittimità della previsione di

esenzioni fiscali a favore delle attività commerciali delle organizzazioni non lucrative, sostenendo che è assai difficile razionalizzare le esenzioni in argomento per le organizzazioni *non profit* sulla base del fatto che esse forniscono un servizio meritevole di essere sovvenzionato. Tale argomentazione suggerisce che le società che forniscono lo stesso servizio dovrebbero anch'esse essere oggetto di sovvenzioni. Hansmann sostiene che le affermazioni secondo le quali il vincolo di non distribuzione dei profitti assicura che ogni eventuale vantaggio venga trasferito ai consumatori può essere contraddetto dal fatto che, l'esistenza della concorrenza tra società, generalmente, dovrebbe assicurare che eventuali benefici accordati alle società lucrative siano altresì distribuiti tra i consumatori.

6. Attività economica delle organizzazioni non profit, concorrenza (sleale) e la posizione della Corte europea di giustizia

Ma a che cosa ci si deve riferire quando si introduce il termine “*non profit*”? Quale è l'esatta configurazione delle organizzazioni in parola? E perché si deve introdurre il concetto di “concorrenzialità” per realtà che non organo per “stare sui” mercati concorrenziali? Al riguardo, è opportuno ribadire che il principio di libera concorrenza costituisce uno dei *pillars* su cui si regge la “casa europea”. Ed è con la concorrenza, ancorché “mitigata” da modalità e strumenti che tendono a valorizzare appieno le caratteristiche peculiari delle organizzazioni *non profit* (es.

³⁰ SCHIFF-WEISBROD, *op. cit.*, p. 132.

³¹ WEISBROD, *op. cit.*, p. 110.

per tutti l'accreditamento),³² le organizzazioni non lucrative hanno cominciato a confrontarsi nel corso degli ultimi decenni. Conseguentemente, non si dovrebbe temere una procedura di infrazione da parte della Commissione europea – come sembra paventare la lettera dell'Antitrust - per eventuali aiuti di Stato che non si pongono laddove si assista ad un'apertura al mercato dei servizi erogati.

Uno degli elementi che caratterizza l'agire *non profit* è rappresentato dal divieto di lucro soggettivo, requisito che impone alle organizzazioni di impiegare gli utili eventualmente conseguiti nello svolgimento delle loro attività per il perseguimento delle finalità di pubblico interesse, peraltro

³² Le deroghe europee al principio della libertà di concorrenza riguardano, tra l'altro, i Servizi di interesse economico generale (SIEG), nei quali sono ricompresi i Servizi sociali di interesse generale (per un inquadramento dei servizi sociali nel contesto europeo, si vedano, tra gli altri, Parere del Comitato economico e sociale sul tema "I servizi sociali privati senza scopo di lucro nel contesto dei servizi di interesse generale in Europa", in GUCE, 2001, C-311, pp. 33 ss.; Commissione delle Comunità Europee, Libro verde sui servizi di interesse generale, 21 maggio 2003, par. 44, COM (2003) 270 def.; Comunicazione recante "Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione Europea COM (2006) 177 def.). Ai servizi sociali (alla persona) deve essere riconosciuta una specificità, non rinvenibile in altri comparti di servizi, identificabile nei due seguenti elementi:

1. i servizi alla persona non sono standardizzati, ma erogati in base ai bisogni e non in base a chi li eroga;
2. i servizi sociali sottendono un'interazione personale di carattere peculiare e ad alto contenuto relazionale tra chi li produce e chi li riceve. Un attento osservatore delle dinamiche giuridico-tributarie che interessano le organizzazioni non profit ha recentemente evidenziato che gli aspetti riguardanti la concorrenza "dovrebbero essere correttamente letti anche in relazione alla disciplina comunitaria sui SIEG (servizi di interesse economico generale) che consente deroghe ai divieti sugli aiuti di stato che siano giustificati dal carattere compensatorio dei benefici apportati allo Stato (vedi sentenza [Altmark](#)). Sul punto, mi limito a ricordare che l'introduzione di "tax expenditures" per le imprese sociali rientra nell'ambito dell'azione chiave n. 11 della *Social Business Initiative* ed è posta in relazione specifica proprio rispetto all'assolvimento di quegli obblighi di servizio d'interesse economico generale che ammette deroghe alla disciplina ordinaria degli aiuti di Stato (art. 107 TCE)." Così, A. MAZZULLO, *La Riforma va in Aula*, articolo pubblicato nella Rubrica "La lampadina", Vita, 20 marzo 2015.

riconosciute dall'ordinamento giuridico, in specie ai sensi dell'art. 118 Cost. Nella realizzazione delle finalità di pubblico interesse, le organizzazioni *non profit* operano spesso in regime di convenzione con la pubblica amministrazione, che interviene a sostenere realtà della società civile che operano negli stessi ambiti di competenza e responsabilità degli enti locali. In questo senso, pertanto, laddove non si introducano meccanismi concorrenziali dovuti allo specifico settore di intervento o alle specifiche caratteristiche del servizio da erogare, non siamo in presenza di aiuti di Stato incompatibili con le norme del Trattato UE.

Alla luce delle su esposte considerazioni, si potrebbe dunque inferire che, sul piano soggettivo, è necessario inquadrare gli enti *non profit* che svolgono attività "in nome e per conto" della pubblica amministrazione tra quegli enti che non si pongono sul mercato in un regime di libera concorrenza. E' su questo punto che anche in Italia dovremmo passare da una condizione di minorità delle organizzazioni *non profit*, coincidente con l'attribuzione di "privilegi" ad un riconoscimento pieno, civile e moderno delle loro funzioni sociali e, pertanto, valorizzate da parte degli enti locali che ad esse assegnano servizi per la realizzazione della sussidiarietà orizzontale e, a livello europeo, di una migliore e più efficace coesione sociale.

Le istituzioni comunitarie asseriscono che "la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale deve essere ritenuta "un'attività economica" conformemente agli articoli 43 e 49 del Trattato". Detta impostazione attribuisce, dunque, la rilevanza economica o meno dell'attività svolta e, quindi del servizio erogato, all'elemento che legittima la limitazione delle regole di concorrenza. Un simile approccio, pertanto, privilegia una

prospettiva di analisi, in cui la nozione di impresa, più che dal soggetto, deriva dalla specifica attività concretamente.

Sul tema è intervenuta in più occasioni la Corte di Lussemburgo, la quale, in termini generali, ha riconosciuto che l'attribuzione di "diritti speciali" a favore delle organizzazioni non lucrative, cui nel caso di specie era stato affidato il servizio di trasporto malati in ambulanza,³³ non impedisce di qualificare detta attività come attività economica e conseguentemente le organizzazioni dedite allo svolgimento di tale attività economica quali imprese, evidenziando, nelle proprie conclusioni, la compatibilità tra natura *non profit* di un'organizzazione e la qualificazione imprenditoriale della medesima.

Sul tema specifico della concorrenza (sleale) che le organizzazioni non profit potrebbero svolgere a discapito delle imprese commerciali tradizionali, in un'altra occasione,³⁴ la Corte si è trovata ad affrontare la questione. L'avvocato generale della Corte di giustizia europea, nelle proprie conclusioni del 14 marzo 2013, è intervenuto su un tema di particolare rilevanza e delicatezza, in specie per l'attività e il ruolo delle organizzazioni non lucrative. Invero, all'avvocato generale è stato richiesto di pronunciarsi in merito alla qualificazione giuridico(economica) dei centri di accoglienza, diurni e notturni, per persone anziane. Le conclusioni dell'avvocato generale risultano di estremo interesse, soprattutto per la portata che esse possono avere non soltanto sul futuro delle strutture in parola ma anche sullo sviluppo dei servizi sociali in genere.

La corte costituzionale belga ha sottoposto all'attenzione della Corte europea di giustizia la seguente questione: la Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel

mercato interno, esclude dall'applicazione delle norme in essa contenute (rectius: dal principio di libera concorrenza) i servizi sanitari in generale e determinati servizi sociali prestati secondo diverse modalità. In questo senso, la Corte costituzionale belga chiede se i centri di accoglienza diurni e notturni per persone anziane costituiscano servizi sanitari o sociali, e conseguentemente, possano essere esclusi dall'applicazione del principio di libera concorrenza.

Per quanto riguarda i servizi sanitari, si rammenta che essi, indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione o di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata sono esclusi dalle regole sulla concorrenza. Ma i centri diurni e notturni per anziani sono riferibili a "servizi sanitari"? Secondo taluni no in quanto la loro attività principale non consiste nella prestazione di servizi sanitari e, quindi, essi dovrebbero risultare assoggettati alla direttiva servizi del 2006. Al contrario, nel caso di specie, l'ente pubblico territoriale belga ritiene che essi siano da considerare quali "servizi sanitari", in quanto essi evidenziano la stretta connessione tra detti centri e le strutture che prestano trattamenti più intensivi, come i centri sanitari veri e propri. L'avvocato generale non ha nascosto che la definizione contenuta nella direttiva servizi del 2006 è ampia e forse anche generica e che quindi l'interpretazione deve essere svolta nel contesto generale della norma. Nel caso di specie, la legge regionale belga (24 aprile 2008) definisce i centri di accoglienza diurni come centri installati all'interno di una casa di riposo o in collegamento con una casa di riposo, che offrono una "struttura di accoglienza durante il giorno a persone anziane che

³³ Corte europea di giustizia, C-113/13.

³⁴ Sentenza dell'11 luglio 2013, C-57/12.

vivono al proprio domicilio”. L’avvocato generale ribadisce che sia l’oggetto delle prestazioni offerte da tali centri, sia il tipo di personale responsabile delle prestazioni stesse, indicano che non esiste una funzione sanitaria preponderante o una presenza di personale sanitario decisiva per la prestazione del servizio. Stesso dovrebbe dirsi – conclude l’avvocato generale – anche per i centri di accoglienza notturni, qualora nella conduzione degli stessi si dovessero registrare gli stessi “parametri” indicati sopra. Conseguentemente, i centri di accoglienza, diurni e notturni, non costituirebbero “servizi sanitari” ai sensi dell’art. 2, comma 2, par. 2, lett. f) della Direttiva sui servizi del 2006.

Avuto riguardo ai servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l’assistenza all’infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato non rientrano nella disciplina della direttiva sui servizi del 2006 (art. 2, part. 2, lett. j)). Si tratta quindi di comprendere se i centri di accoglienza previsti dalla legge regionale belga in parola possano rientrare nella deroga stabilita dalla direttiva sui servizi inerente quei servizi erogati da “Prestatori incaricati dallo Stato”. In questo senso, l’avvocato generale sottolinea che per aversi erogazione di servizi da parte di “prestatori incaricati dallo Stato” occorre che l’associazione erogatrice operi all’interno di uno specifico rapporto determinato da obblighi di servizio pubblico e con un obiettivo specifico di protezione sociale. In altri termini, non è sufficiente un mero obbligo giuridico gravante sul privato che presta un servizio sociale, ma l’ente *non profit* deve presentare un rapporto di dipendenza rispetto allo Stato. Si tratta a ben vedere di un tema delicato e

complesso che, con un occhio al sistema italiano, implica conseguenze sul piano giuridico-amministrativo di non poco conto. Con sentenza dell’11 luglio 2013, C-57/12, la I sezione della Corte UE si è espressa sulla questione affrontata dall’Avvocato generale nel seguente modo:

“L’articolo 2, paragrafo 2, lettera f), della direttiva 2006/123 dev’essere interpretato nel senso che l’esclusione dei servizi sanitari dall’ambito di applicazione di tale direttiva comprende qualsiasi attività finalizzata a valutare, mantenere o ripristinare le condizioni di salute dei pazienti, sempre che tale attività sia fornita da professionisti riconosciuti come tali in base alla legislazione dello Stato membro interessato, a prescindere dalle modalità di organizzazione e di finanziamento e dalla natura pubblica o privata della struttura in cui le cure sono assicurate. Spetta al giudice nazionale verificare se i centri di accoglienza diurni e i centri di accoglienza notturni, in funzione della natura delle attività ivi esercitate da professionisti sanitari e del fatto che esse costituiscano la parte principale dei servizi offerti da tali centri, siano esclusi dall’ambito di applicazione di tale direttiva.

L’articolo 2, paragrafo 2, lettera j), della direttiva 2006/123 dev’essere interpretato nel senso che l’esclusione dei servizi sociali dall’ambito di applicazione di tale direttiva si estende a qualsiasi attività relativa, in particolare, all’ausilio e all’assistenza alle persone anziane, sempre che sia esercitata da un prestatore di servizi privato incaricato dallo Stato mediante un atto che conferisce in modo chiaro e trasparente un vero e proprio obbligo di garantire siffatti servizi, rispettando determinate condizioni di esercizio specifiche. Spetta al giudice nazionale verificare se i centri di accoglienza diurni e i centri di accoglienza notturni, in funzione della natura delle

attività di ausilio e di assistenza alle persone anziane svolte a titolo principale nei centri medesimi nonché del loro status risultante dalla normativa belga applicabile, siano esclusi dall'ambito di applicazione di tale direttiva.”

La Corte europea di giustizia ha dunque ribadito, almeno in potenza, l'esclusione dei servizi sociali e sanitari dall'applicazione della Direttiva 133/2006 sui servizi nel mercato interno, decretandone quindi il non assoggettamento alle regole ordinarie della concorrenza. Inoltre, pur rimettendo la decisione agli Stati membri, che rimangono – ricordiamolo – i soli competenti ad organizzare i propri servizi sociali e sanitari, la Corte ha definito il sistema di accreditamento quale (potenziale) istituto autorizzatorio/concessorio che stabilisce un legame obbligatorio tra le istituzioni pubbliche (locali) e i fornitori dei servizi socio-sanitari.

7. Le imprese sociali: un'opportunità per un autentico sviluppo sociale

Mentre a livello europeo, anche sulla spinta dell'azione denominata “Social Business Initiative”, l'impresa sociale gode di un pieno diritto di cittadinanza, in Italia, che pure vanta una tradizione secolare di imprenditorialità vocata al sociale e alla solidarietà, le imprese sociali fanno ancora fatica a decollare. Forse anche a causa di un loro inquadramento giuridico che non consente di individuarle alla stregua di fattori innovativi nello sviluppo di iniziative sociali. Il disegno di legge delega di riforma del Terzo Settore e delle imprese sociali intende proprio modificare questo stato di cose, in un'ottica di maggiore valorizzazione dell'apporto delle imprese sociali alla

crescita economica e alla coesione sociale.³⁵

Giova ricordare, in attesa di conoscere l'esito definitivo del testo della riforma citato, che l'impresa sociale non è un nuovo soggetto giuridico, ma è una “nozione giuridica”, pensata dal legislatore quale struttura organizzativa e gestionale idonea a contribuire allo sviluppo di un'azione sociale che sappia coniugare un'adeguata vocazione imprenditoriale e la promozione di valori socialmente riconosciuti. Non si tratta di una nuova forma giuridica, quanto piuttosto di una caratterizzazione imprenditoriale trasversale che sia le organizzazioni *non profit*, disciplinate nel libro I, sia le società di cui al Libro V del Codice civile, ivi comprese le cooperative sociali, ricorrendo taluni requisiti, possono assumere.

Pertanto, oltre alle associazioni, fondazioni e cooperative sociali, possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le società di cui al Libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale (d. lgs. 24.3.2006, n. 155, art. 1, 1 comma).³⁶ Non possono, invece, essere imprese sociali le amministrazioni pubbliche e tutte le organizzazioni nelle quali l'erogazione di beni e servizi è limitata per statuti ai soli soci. Gli enti ecclesiastici possono

³⁵ Al riguardo, si segnala l'art. 7, comma 3 del disegno di legge delega in discussione nella Commissione XII Affari Sociali della Camera, rubricato “Vigilanza, monitoraggio e controllo”, che attribuisce al Ministero del lavoro e delle politiche sociali la predisposizione delle linee guida in materia di bilancio sociale e di sistemi di valutazione di impatto sociale delle attività svolte dagli enti *non profit*. Per valutazione di impatto sociale, il comma in parola, intende “la valutazione qualitativa e quantitativa sul breve, medio e lungo periodo degli effetti sulla comunità di riferimento delle attività svolte rispetto all'obiettivo individuato”.

³⁶ Per un'analisi compiuta del fenomeno dell'impresa sociale in Italia, si veda P. VENTURI – F. ZANDONAI (a cura di), *L'Impresa Sociale in Italia. Identità e sviluppo in un quadro di riforma*, Rapporto Iris Network, 2014.

assumere la qualifica di impresa sociale limitatamente a un ramo di attività, purché adottino un apposito regolamento (art. 1, 3 comma).

L'impresa sociale è dunque quella forma organizzativa in grado di coniugare l'attività di impresa con il perseguimento di finalità di interesse sociale e generale. Dall'attività imprenditoriale, segnatamente da quella principale, caratterizzata alla stregua di tutte le organizzazioni *non profit*, dall'assenza di uno scopo lucrativo, l'impresa sociale deve ottenere la maggior parte dei propri ricavi: "Per attività principale ai sensi dell'articolo 1, comma 1, si intende quella per la quale i relativi ricavi sono superiori al settanta per cento dei ricavi complessivi dell'organizzazione che esercita l'impresa sociale" (d. lgs. 24.3.2006, n. 155, art. 2, 3 comma).

E' opportuno sottolineare che la disciplina normativa sull'impresa sociale integra ovvero si affianca alle altre discipline settoriali riguardanti le organizzazioni *non profit*. In questo senso, pertanto, il legislatore delegato ha confermato che le organizzazioni non lucrative di utilità sociale e gli enti non commerciali di cui al decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, che acquisiscono anche la qualifica di impresa sociale, continuano ad applicare le disposizioni tributarie previste nel medesimo decreto legislativo n. 460 del 1997, subordinatamente al rispetto dei requisiti e delle altre condizioni ivi previsti" (d. lgs. 24-3-2006, n. 155, art. 17, 1 comma).

Pertanto, le Onlus e gli enti non commerciali che assumono la qualifica di impresa sociale dovrebbero continuare ad applicare le disposizioni tributarie previste dal d. lg. n. 460/97. Si segnala che detto raccordo non è di facile implementazione atteso l'assetto particolarmente complesso della normativa dei soggetti *non profit*

collegato non solo ad aspetti regolativi ma di identità e di ruolo. E su questo punto è intervenuta la Commissione Tributaria (CTR) della Toscana, la quale, con sentenza 18 febbraio 2013, n. 20/24/13, ha considerato le due discipline, quella sull'impresa sociale e quella sulle ONLUS, come attinenti a due branche giuridiche diverse tra loro.

E' utile ricordare anche che né la legge delega del 2005 né il decreto legislativo del 2006 hanno previsto alcuna specifica agevolazione per le imprese sociali, nonostante fin dall'inizio era forse questa la "novità" maggiormente attesa dagli operatori. Ne consegue che l'elemento da prendere in considerazione per valutare il trattamento tributario delle imprese sociali si rivela essere l'esercizio, in via stabile e principale, di un'attività commerciale.

L'assenza di previsioni agevolative di carattere fiscale e, la conseguente collocazione nel novero degli enti commerciali, rende sì l'impresa sociale una reale innovazione degli strumenti giuridici a disposizione dei "privati" per interventi di utilità sociale, ma da un punto di vista meramente tributario non apporta alcuna innovazione o incentivo utile a superare il confine tra modalità operative commerciali, da un lato, e intervento sociale, dall'altro. Ma possiamo affermare che sia soltanto un problema di agevolazioni fiscali ad aver frenato (e a frenare) lo sviluppo delle imprese sociali? O le ragioni dell'insuccesso di tale "nozione giuridica" sono da ricercare anche altrove? Taluni sostengono che uno dei motivi del mancato decollo delle imprese sociali sia da ricercare nel divieto di distribuzione di utili che caratterizza la fattispecie giuridica, che terrebbe lontani gli imprenditori che intenderebbero investire in attività sociali. Questa causa tuttavia non risulta così convincente, in quanto il *non*

distribution constraint, da un lato, è proprio di quelle iniziative e attività che fin dall'origine si distinguono dalle imprese "tradizionali" in ragione della finalità perseguita e, dall'altro, rafforza la patrimonializzazione dell'impresa sociale, incrementando, allo stesso tempo, il valore reputazionale dell'organizzazione. Si potrebbe anche prevedere una parziale distribuzione degli utili, vincolata al di sotto di una certa (contenuta) percentuale.

Lo statuto trasversale che il legislatore del 2005/2006 ha inteso individuare nella nozione giuridica di impresa sociale trova una implementazione operativa e gestionale nella partnership tra società commerciali e organizzazioni *non profit*. Insieme, queste due realtà decidono di costituire una impresa sociale sotto forma, immaginiamo di srl, suddividendo, quindi, in modo più o meno proporzionale, a seconda degli accordi strategici, la sottoscrizione delle quote. Così facendo, da un lato, l'organizzazione *non profit* può gemmare (spin off) una struttura societaria vocata esclusivamente alla gestione di determinate attività (di natura prettamente economico-imprenditoriale). Dall'altro, la società commerciale può partecipare ad una sperimentazione gestionale / innovazione sociale sul territorio, dalla quale può conseguire una maggiore reputazione di carattere sociale (responsabilità sociale d'impresa),³⁷ ma anche una possibilità di allargare il proprio mercato di riferimento. A ciò si aggiunga l'obbligo per l'impresa sociale di contribuire all'occupazione di una certa percentuale di persone svantaggiate. In ultima analisi, fino a quando non si abatteranno le barriere ideologiche che ancora permeano l'agire

sociale, identificabili, in specie, nel dogma fisiocratico e nel timore della c.d. "manomorta" sarà difficile che la cultura imprenditoriale *non profit* possa progredire in modo deciso.

8. Le previsioni contenute nel disegno di legge di riforma del Terzo Settore

Su questo impianto normativo, si innestano gli articoli 4 e 6 del disegno di legge in esame. L'articolo 4 è espressamente dedicato al riordino della disciplina dell'impresa sociale che,³⁸ secondo quanto

³⁸ ART. 4. (Impresa sociale). 1. I decreti legislativi di cui all'articolo 1 procedono al riordino e alla revisione della disciplina in materia di impresa sociale, tenuto conto di quanto previsto dagli articoli 2 e 6 e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) qualificazione dell'impresa sociale quale impresa privata con finalità d'interesse generale, avente come proprio obiettivo primario la realizzazione di impatti sociali conseguiti mediante la produzione o lo scambio di beni o servizi di utilità sociale, che destina prevalentemente i propri utili al raggiungimento di obiettivi sociali e che adotta modelli di gestione responsabili, trasparenti e che favoriscono il più ampio coinvolgimento dei dipendenti, degli utenti e di tutti i soggetti interessati alle sue attività; [b] questa lettera è stata soppressa nel testo licenziato dalla Commissione XII] c) ampliamento dei settori di attività di utilità sociale aggiungendo ai settori previsti dal decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155 anche quelli del commercio equo e solidale, dei servizi al lavoro finalizzati all'inserimento dei lavoratori svantaggiati, dell'alloggio sociale e dell'erogazione del microcredito da parte di soggetti a ciò abilitati in base alla normativa vigente e individuazione dei limiti per lo svolgimento di attività commerciali diverse da quelle di utilità sociale; d) previsione di forme di remunerazione del capitale sociale e di ripartizione di utili, da assoggettare a condizioni e limiti massimi, differenziabili anche in base alla forma giuridica adottata dall'impresa, in analogia con quanto disposto per le cooperative a mutualità prevalente, che assicurino in ogni caso la prevalente destinazione degli utili al conseguimento degli obiettivi sociali; d-bis) previsione di specifici obblighi di trasparenza e di limiti in materia di remunerazione delle cariche sociali e di redistribuzione dei titolari degli organismi dirigenti; e) ridefinizione delle categorie di lavoratori svantaggiati tenendo conto delle nuove forme di esclusione sociale, anche con riferimento ai principi di pari opportunità e non discriminazione di cui alla vigente normativa nazionale e dell'Unione europea; f) possibilità, nel rispetto delle disposizioni di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, per le imprese private e per le amministrazioni pubbliche di assumere cariche sociali negli organi di amministrazione delle imprese sociali, salvo il divieto di assumerne la presidenza e il controllo; g) coordinamento della disciplina dell'impresa sociale con il regime delle attività d'impresa svolte dalle organizzazioni non lucrative di utilità

³⁷ Sul tema, tra gli altri, si rinvia a G. ECCHIA – M. VIVIANI, *Responsabilità sociale e impresa sociale*, Università degli studi di Bologna, Facoltà di Economia – Sede di Forlì (in collaborazione con AICCON), working paper n. 34, giugno 2006.

chiarito nella relazione di accompagnamento al disegno di legge, si renderebbe necessaria perché con il decreto n. 155/2006 non si sono prodotti i risultati attesi dalla introduzione di questa nuova categoria di imprese in termini di promozione dell'economia sociale. L'articolo 4 stabilisce i criteri di delega che intendono guidare la riforma del settore, tra i quali si evidenziano:³⁹

1. la qualificazione dell'impresa sociale quale impresa privata con finalità d'interesse generale avente come proprio obiettivo primario il raggiungimento di impatti sociali positivi misurabili, realizzati mediante la produzione o lo scambio di beni o servizi di utilità sociale, utilizzando prioritariamente i propri utili per il conseguimento di obiettivi sociali, anche attraverso l'adozione di modelli di gestione responsabili, trasparenti e idonei ad assicurare il più ampio coinvolgimento dei dipendenti, degli utenti e di tutti i soggetti interessati alle sue attività;⁴⁰

sociale; g-bis), c) previsione della nomina, fin dall'atto costitutivo, di uno o più sindaci allo scopo di monitorare e vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto dell'impresa sociale, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile."

³⁹ A seguito di un emendamento proposto dalla Relatrice, Donata Lenzi, approvato nella seduta del 5 marzo 2015, all'articolo 4 è stato aggiunto un secondo comma che prevede che "le cooperative sociali e i loro consorzi acquisiscono di diritto la qualifica di impresa sociale". Una simile previsione, più astrusa, era contenuta nell'art. 4, comma 1, lettera b) che, ad esito di un emendamento approvato nella seduta del 4 marzo 2015, come si è avuto modo di ribadire sopra, è stato soppresso.

⁴⁰ A seguito dell'approvazione di un emendamento approvato nel corso della seduta del 4 marzo 2015, il comma 1, lettera a) dell'articolo 4 è stato riformulato come segue, tra l'altro espungendo dal testo originario il riferimento alla misurabilità degli impatti sociali positivi prodotti: "a) qualificazione dell'impresa sociale quale impresa privata con finalità di interesse generale, avente come proprio obiettivo primario la realizzazione di impatti sociali positivi conseguiti mediante la produzione o lo scambio di beni o servizi di utilità sociale, che destina prevalentemente i propri utili al raggiungimento di obiettivi sociali e che adotta modelli di gestione responsabili, trasparenti e che favoriscono il più ampio coinvolgimento dei dipendenti, degli utenti e di tutti i soggetti interessati alle sue attività". Per quanto riguarda le categorie di soggetti svantaggiati che l'impresa sociale deve necessariamente coinvolgere, un emendamento approvato nella seduta del 5 marzo

2. l'ampliamento dei settori di attività definiti di utilità sociale;⁴¹
3. la possibilità di svolgere attività commerciali diverse da quelle di utilità sociale, pur secondo limiti da individuare;
4. la previsione di forme di remunerazione del capitale sociale e di ripartizione di utili nel rispetto di condizioni e limiti prefissati;⁴²
5. la possibilità per le imprese private e per le amministrazioni pubbliche di assumere cariche sociali negli organi di amministrazione delle imprese sociali, salvo il divieto di assumerne la direzione e il controllo.

L'articolo 6 del disegno di legge reca i principi e i criteri direttivi cui si deve uniformare il legislatore delegato al fine di introdurre misure agevolative e di sostegno economico in favore degli enti del terzo settore e di procedere al riordino e all'armonizzazione della relativa disciplina tributaria e delle diverse forme di fiscalità di vantaggio. La disposizione in commento individua, in via generale, una prima categoria di agevolazioni che dovrebbero operare trasversalmente a sostegno di tutti i soggetti operanti nel Terzo settore anche

2015 ha sostituito la parola "razionalizzazione" contenuta al comma 1, lettera e) dell'art. 4 con il termine "ridefinizione". Sull'impresa sociale e le proposte contenute nel disegno di legge di riforma del Terzo Settore si veda A. CETRA, *La riforma del Terzo Settore e gli enti del primo libro del c.c. titolari di impresa*, in *Non Profit*, 3.14, pp. 45-50.

⁴¹ Con un emendamento approvato nel corso della seduta del 5 marzo 2015, il comma 1, lettera c) dell'articolo 4 è stato così riformulato: "ampliamento dei settori di attività di utilità sociale *aggiungendo ai settori previsti dal decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, anche quelli del commercio e equo solidale, dei servizi al lavoro finalizzati all'inserimento dei lavoratori svantaggiati, dell'alloggio sociale e dell'erogazione del microcredito da parte di soggetti a ciò abilitati in base alla normativa vigente e individuazione dei limiti* per lo svolgimento di attività commerciali diverse da quelle di utilità sociale".

⁴² È stato segnalato (MAZZULLO, *op. cit.*) che nel disegno di legge di riforma del Terzo Settore in materia di imprese sociali "tuttavia, manca un chiaro riferimento alla possibilità di riconoscere una leva fiscale che faccia perno non solo sugli investimenti, ma anche sugli utili effettivamente prodotti, tenendo conto delle zone di quasi-mercato in cui spesso si trovano ad agire le imprese sociali; ma anche in ragione di quell'impatto sociale che si concretizza in risparmio per la spesa pubblica."

razionalizzando e semplificando i regimi già in essere per alcune figure giuridiche. Sono quindi previste le seguenti disposizioni specificamente dedicate alle imprese sociali, finalizzate a facilitare il reperimento di capitali di rischio sul mercato e a sostenere i finanziamenti:

- a) possibilità di accedere a forme di raccolta di capitali di rischio tramite portali telematici, in analogia a quanto previsto per le start-up innovative;
- b) misure agevolative volte a favorire gli investimenti di capitale;
- c) istituzione di un fondo rotativo destinato a finanziare a condizioni agevolate gli investimenti in beni strumentali materiali e immateriali (articolo 6, comma 1, lettera f).

9. La segnalazione dell'Antitrust del 27 febbraio 2015

Nella lettera inviata dal Presidente dell'Antitrust Pitruzzella al Presidente della Commissione XII Affari Sociali della Camera dei Deputati si può leggere che “già dai criteri di delega sopra richiamati, può evincersi la volontà del legislatore di riformare in radice i requisiti necessari per accedere alla qualifica di impresa sociale. Ciò, secondo quanto si legge nella relazione tecnica che accompagna il disegno di legge, al fine di “generare nuove opportunità di lavoro e di crescita professionale” e di “recuperare livelli di competitività e contribuendo in modo sostanziale alla ripresa economica”.

Chiariti gli obiettivi che la delega intende perseguire, l'Antitrust registra che “la maggior parte delle entità che hanno assunto la qualifica di impresa sociale risultano essere state costituite nella forma giuridica della società cooperativa ed, in

particolare, della cooperativa sociale. Queste ultime si considerano a mutualità prevalente allorché lo statuto preveda specifici divieti e limiti di distribuzione di utili e di remunerazione del capitale e godono di specifiche agevolazioni e vantaggi fiscali (accordate dalla normativa sia specificamente alle cooperative sociali che in via generale alle cooperative a mutualità prevalente).” Dalla particolare configurazione giuridico-organizzativa delle cooperative sociali - imprese sociali, l'Antitrust fa derivare il “trattamento differenziato rispetto alle imprese tradizionali in ragione della connotazione sociale del loro operato e dello scopo mutualistico dalle stesse perseguito.”

Alla luce di tale regime differenziato a favore delle imprese sociali, l'Autorità osserva che “nella prospettiva di tutela della concorrenza, le misure previste per il perseguimento di tali finalità di crescita economica devono risultare necessarie e proporzionate rispetto all'obiettivo che intendono realizzare.” In quest'ottica, l'Autorità invita il Parlamento a verificare la proporzionalità del “regime di agevolazioni prefigurato nel disegno di legge per le imprese sociali che, unitamente alla circostanza che a queste ultime (diversamente da quanto previsto dall'attuale disciplina) sarà consentito svolgere attività commerciali e distribuire gli utili, si presta a tradursi in un vantaggio competitivo per le imprese sociali che opereranno in concorrenza con imprese tradizionali.” In altri termini, come abbiamo evidenziato nei paragrafi precedenti, l'Autorità ritiene che lo svolgimento di attività commerciali e l'assenza di vincoli alla distribuzione degli utili, in uno con la possibilità di beneficiare di agevolazioni fiscali connesse alla particolare finalità perseguita, finisca con l'attribuire alle imprese sociali una posizione di privilegio

(ingiusto e sleale) nei confronti degli altri attori economici. In ragione di questa apertura al mercato, le imprese sociali non dovrebbero rientrare nella definizione di Terzo Settore.⁴³ A suffragio di questa posizione, l'Antitrust richiama altresì l'orientamento giurisprudenziale della Corte europea di giustizia espresso in occasione della decisione volta ad accertare i limiti entro i quali le esenzioni fiscali di cui fruiscono le società cooperative di diritto italiano possono essere ritenute compatibili con il diritto dell'UE ed in particolare con la disciplina relativa agli aiuti di Stato.⁴⁴

In ragione delle suesposte osservazioni, l'Antitrust ha concluso la propria lettera di segnalazione ribadendo che “affinché il ridisegno della disciplina dell'impresa sociale - per come individuato dalla legge di delega nelle sue linee portanti e per come sarà declinato in dettaglio dai decreti delegati - possa realizzarsi in conformità ai

principi che governano il diritto antitrust occorre che il regime delle agevolazioni previste venga adeguatamente modulato e coordinato con le disposizioni volte ad aprire l'impresa sociale al mercato dei capitali e ad una maggiore remunerazione del capitale investito.” Si tratta di un intervento che l'Antitrust ritiene “necessario al fine da evitare di conferire vantaggi competitivi ingiustificati in capo a tali categorie di imprese, che possano esporre la disciplina così tracciata a censure di natura concorrenziale, anche in relazione a possibili violazioni della normativa in tema di aiuti di Stato.”

10. Brevi considerazioni finali

L'articolo ha cercato di mettere in evidenza che la concessione di benefici fiscali e di sovvenzioni al settore *non profit* non crea necessariamente un ambiente che incoraggia la concorrenza sleale: può forse scoraggiare la competizione aumentando le barriere all'entrata per altre organizzazioni. Laddove sembra registrarsi concorrenza diretta tra il settore *for-profit* e quello *non profit* si deve fare almeno un tentativo di misurare il *trade-off* tra il modello economico razionale ed altri risultati che ricadono sull'intera società, quale, per esempio, la formazione di persone svantaggiate. La comunità dovrebbe essere consapevole che alcuni obiettivi organizzativi possono andare oltre la realizzazione di un prodotto al minor costo possibile. Contestualmente, sono maturi i tempi per riconoscere – come il disegno di legge delega approvato dalla Commissione XII della Camera dei Deputati sembra affermare – la possibilità alle imprese sociali di stabilire un certo livello di distribuzione degli utili conseguiti.

⁴³ Si tratta di una posizione sostenuta dalla Corte dei Conti in occasione dell'Audizione sul disegno di legge delega presso la XII Commissione – Affari Sociali della Camera dei Deputati tenutasi in data 21 novembre 2014, durante la quale i giudici contabili hanno sottolineato che “sembrerebbe non rientrare nel Terzo settore, per il quale è confermato il divieto di lucro soggettivo, l'impresa sociale, in quanto i criteri direttivi per l'esercizio della specifica delega appaiono allontanare il modello dalle caratteristiche dell'impresa non profit” e che “l'attribuzione di vantaggi fiscali ai soggetti non profit che operano anche sul mercato va valutata alla luce dei vincoli comunitari in materia di libertà di concorrenza e di divieto di aiuti di Stato”.

⁴⁴ Sentenza dell'8 settembre 2011, cause riunite da C-78/08 a C-80/08. In quell'occasione, i giudici europei hanno individuato le principali caratteristiche che connotano le società cooperative destinatarie delle agevolazioni: a) assente o ridotto accesso al mercato dei capitali, b) limitato tasso di rendimento del capitale investito e c) margine di profitto nettamente inferiore a quello delle società di capitali. Tuttavia, la Corte europea di giustizia ha inteso evidenziare che le caratteristiche sopra individuate debbono integrare il *modus operandi* delle cooperative medesime, segnatamente, l'agire nell'interesse economico dei loro soci, con i quali la cooperativa deve intrattenere una relazione non puramente commerciale, bensì personale particolare, in cui i soci siano attivamente partecipi e abbiano diritto ad un'equa ripartizione dei risultati economici. Ha sostenuto la Corte che, infatti, “cooperative di produzione e lavoro che presentassero caratteristiche diverse da quelle inerenti a siffatto tipo di società non perseguirebbero realmente una finalità mutualistica e dovrebbero pertanto essere distinte dal modello descritto nella comunicazione della Commissione sulla promozione delle società cooperative in Europa”.

Particolarmente degna di attenzione è la previsione contenuta nell'art. 4, comma 1, lett. d) di fissare dei tetti massimi alla ripartizione, differenziabili in ragione della particolare forma giuridica adottata dall'impresa sociale. Tale previsione sembra invero un efficace garanzia a presidio della natura "low profit" delle organizzazioni imprenditoriali a vocazione sociale, le quali potranno mantenere inalterata la loro natura originaria.

Benché di carattere limitato, la riflessione condotta nell'area della concorrenza tra *for-profit* e organizzazioni *non profit* può costituire un interessante punto di partenza per costruire gradualmente un quadro di riferimento più ampio dell'interazione della concorrenza tra realtà non lucrative, società *for-profit* e Stato che concorrono simultaneamente sui mercati per reperire le risorse, il ruolo della tassazione e delle esenzioni fiscali, nonché dei sovvenzionamenti provenienti dalle pubbliche amministrazioni.⁴⁵

In ultima analisi, si tratta di costruire una o più architetture della scelta in cui operare e realizzare alcune "spinte gentili"⁴⁶ volte a favorire lo sviluppo di soluzioni giuridico-organizzative che siano in grado, da un lato, di salvaguardare la "biodiversità" del settore non profit e, dall'altro, di contribuire al superamento

delle separazioni e divisioni che storicamente hanno contraddistinto il rapporto tra mercato, settore volontario/non profit e Stato.⁴⁷ Il disegno di legge delega di riforma del terzo settore costituisce, in quest'ottica, una piattaforma riformatrice da sfruttare.

⁴⁵ Al riguardo, preme evidenziare che la Corte Europea di giustizia (Sez. IX, sentenza 12 marzo 2015, n. C-594-13) ha statuito che, ai sensi dell'art. 132, par. 1, lett. g) della Direttiva 2006/112 del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, non è sufficiente che una società metta a disposizione il proprio personale infermieristico a favore di istituti di cura convenzionati per essere definita "organismo avente carattere sociale" e quindi avente diritto alle agevolazioni fiscali. Occorrono altri requisiti riconosciuti dal diritto dei singoli Stati Membri, tra i quali spicca "il carattere di interesse pubblico delle attività del soggetto passivo interessato" (punto 20 della sentenza). Le organizzazioni non profit e le imprese sociali, in particolare, quindi, possono beneficiare di un simile riconoscimento che, conseguentemente, sottende anche un diverso regime fiscale, giustificato dalla finalità perseguita.

⁴⁶ E' il termine impiegato da C.R. SUNSTEIN nel suo volume *Semplice. L'arte del governo nel Terzo millennio*, Feltrinelli, 2014.

⁴⁷ Tra gli "steccati" storici che il disegno di legge delega potrebbe invero contribuire a superare rientra "l'affrancamento del Terzo settore da quella visione improduttiva dentro cui è stato confinato dal legislatore codicistico del 1942 e la netta distinzione tra una finalità non lucrative e la possibilità di svolgere attività commerciali: la prima, rimarcata dall'art. 1, non esclude le seconde, espressamente riconosciute dall'art. 2, co. 1, lett. b) come dall'art. 3, co. 1, lett. d)." MAZZULLO, *op. cit.*

AICCON

**Associazione Italiana per la promozione
della Cultura della Cooperazione e del Non Profit**

P.le della Vittoria 15

47121 Forlì (FC)

Italia

[@AICCONnonprofit](#)

www.aiccon.it