

Enti non profit e diritto concorsuale: il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza a confronto con il nuovo Codice del Terzo settore

di Alessandro Solidoro - dottore commercialista, professore a contratto Università Bicocca di Milano

A lungo si è dibattuto in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla fallibilità degli enti non profit.

Oggi la conclusione in ordine alla fallibilità di tutti i soggetti che perseguono un lucro oggettivo pare essere unanimamente condivisa, così come quali siano gli effetti sugli amministratori e sugli associati. Partendo da questo, si indagano da un lato le novità che il Codice del Terzo settore introduce con effetto sulle implicazioni concorsuali e al contrario si evidenzia come l'accento posto sulla adeguatezza delle strutture organizzative del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza impatti sul mondo del non profit con effetti fortemente distorsivi, ove non si consideri adeguatamente la specificità del settore e la tipologia di indicatori normalmente usati per valutare efficacia ed efficienza degli enti non profit, poco idonei a dare segnali sulle eventuali situazioni di crisi degli enti stessi.

Premessa

Un problema interpretativo a lungo discusso dalla dottrina e dalla giurisprudenza è la fallibilità dell'ente non lucrativo che esercita attività commerciale.

Si è affermato il principio in forza del quale la distinzione tra le 2 tipologie di soggetti non sia legata allo svolgimento o meno di una attività economica, ma alla finalità a cui è deputato l'ente. Nelle società lo scopo è quello di trasferire ai soci l'utile dell'attività esercitata, negli enti non profit è una finalità di tipo altruistico, ideale, sociale in forza del quale i destinatari dei profitti dell'attività sono soggetti terzi, caratterizzati da diverse tipologie di "meritevolezza" sociale e non invece i soci statuari del capitale dell'ente. Da questo discende con chiarezza ormai condivisa che gli enti non profit possono esercitare una attività di impresa secondo criteri di economicità della gestione, senza però poter perseguire il lucro in senso oggettivo dei soci o degli associati.

Volendo sintetizzare, le società hanno uno scopo di lucro sia oggettivo (con riferimento alle modalità di raggruppamento dell'equilibrio economico) sia soggettivo nel momento in cui distribuiscono i loro proventi ai soci.

Gli enti non profit hanno o possono avere finalità di lucro oggettivo senza perdere la loro natura giuridica, ove per lucro oggettivo si intende l'assenza di attività economica finalizzata all'ottenimento di ricavi che pareggiano i costi e generano risorse per raggiungere gli scopi non soggettivamente lucrativi dell'ente. Tra gli ultimi interventi, la sentenza del 13 settembre 2017 c.c., Sezione I¹ chiarisce che lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non è elemento essenziale per il riconoscimento delle qualità di imprenditore commerciale, essendo individuabile l'attività di impresa tutte le volte che necessita una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa come proporzionalità tra costi ricavi (c.d. lucro oggettivo)².

La stessa sentenza ricorda, con riferimento a una società cooperativa, che la stessa è assoggettabile a fallimento ex [articolo 2545-terdecies](#), cod. civ., ove svolga attività commerciale.

È rilevante il momento in cui l'ente acquisisce – o perde – la qualifica di imprenditore commerciale:

- se statutariamente è prevista la finalità di svolgimento di attività di impresa, lo è sempre, in quanto l'ente è *ab origine* imprenditore e tale resta per tutta la sua esistenza;
- se non prevista statutariamente, quando l'attività di impresa è condotta in via esclusiva o prevalente, e non invece in via meramente accessoria, o per il tramite di un soggetto giuridico diverso.

Irrilevanti ai fini della caratterizzazione della commercialità, sono le disposizioni fiscali contenute dall'[articolo 148](#), Tuir che prevede per gli enti di tipo associativo:

- l'esclusione dalla formazione del reddito complessivo delle quote o contributi associativi;
- l'imponibilità come reddito di impresa o reddito diverso, della cessione dei beni o prestazioni di servizi agli associati in funzione di prestazioni con corrispettivi specifici (salvo le eccezioni soggettive di cui al comma 3: associazioni politiche, sindacali di categoria, religiose, etc.) a condizione dell'adozione di determinate clausole statutarie (articolo 148, comma 8, Tuir).

Dette clausole statutarie sono:

- a) divieto di distribuire anche in modo indiretto, utili o avanzi di gestione nonché fondi, riserve o capitale durante la vita dell'associazione, salvo che la destinazione o la distribuzione non siano imposte dalla legge;

¹ www.ilcaso.it.

² La medesima sentenza peraltro, sottolinea come la natura commerciale, a prescindere dalle enunciazioni dell'oggetto sociale e dei requisiti iscrivibili, tutti requisiti non vincolanti, è a maggior ragione affermata dall'esistenza eventuale di rilevanti operazioni che per natura e complessità risultano inconcepibili con lo scopo dell'ente.

- b) obbligo di devolvere il patrimonio dell'ente, in caso di suo scioglimento per qualunque causa, ad altra associazione con finalità analoghe o ai fini di pubblica utilità, sentito l'organismo di controllo di cui all'[articolo 3](#), comma 190, L. 662/1996, e salvo diversa destinazione imposta dalla legge;
- c) disciplina uniforme del rapporto associativo e delle modalità associative volte a garantire l'effettività del rapporto medesimo, escludendo espressamente la temporaneità della partecipazione alla vita associativa e prevedendo per gli associati o partecipanti maggiori d'età il diritto di voto per l'approvazione e le modificazioni dello statuto e dei regolamenti e per la nomina degli organi direttivi dell'associazione;
- d) obbligo di redigere e di approvare annualmente un rendiconto economico e finanziario secondo le disposizioni statutarie;
- e) eleggibilità libera degli organi amministrativi, principio del voto singolo di cui all'[articolo 2532](#), comma 2, cod. civ., sovranità dell'assemblea dei soci, associati o partecipanti e i criteri di loro ammissione ed esclusione, modi e idonee forme di pubblicità delle convocazioni assembleari, delle relative deliberazioni, dei bilanci o rendiconti; è ammesso il voto per corrispondenza per le associazioni il cui atto costitutivo, anteriore al 1° gennaio 1997, preveda tale modalità di voto ai sensi dell'articolo 2532, ultimo comma, cod. civ. e sempre che le stesse abbiano rilevanza a livello nazionale e siano prive di organizzazione a livello locale;
- f) intrasmissibilità della quota o contributo associativo a eccezione dei trasferimenti a causa di morte e non rivalutabilità della stessa.

Dell'estensibilità del fallimento agli amministratori e agli associati

Nessun problema sussiste su questo tema per le associazioni riconosciute, in quanto connotate da autonomia patrimoniale perfetta (quindi l'eventuale dichiarazione di fallimento non ha effetto su chi ha agito in rappresentanza).

Per le associazioni non riconosciute invece la dichiarazione di fallimento si estende agli associati che hanno agito in nome e per conto della associazione. Peraltro, in logica garantistica, la responsabilità personale e solidale è collegata non alla mera titolarità formale delle funzioni rappresentative, bensì alla attività negoziale concretamente svolta per conto dell'associazione nella creazione dei rapporti obbligatori.

La norma a cui fare riferimento è l'[articolo 38](#), comma 1, secondo capoverso, cod. civ., tuttavia interpretata in senso restrittivo dalla giurisprudenza di legittimità³.

³ Sezione lavoro, n. 18188/2014, www.cortedicassazione.it.

Per completezza di informazione, è rilevante notare come la giurisprudenza abbia anche chiarito il tema della possibile sussistenza di una società di fatto parallela all'associazione o fondazione, concludendo in senso positivo, determinando così la fallibilità del soggetto che rappresenta all'esterno l'ente, anche quando questo sia un ente riconosciuto, non essendovi alcuna astratta incompatibilità tra fallimento di società di fatto ed ente non profit⁴.

Le novità del Codice del Terzo settore rilevanti sotto il profilo concorsuale

Rispetto a tale assetto giurisprudenziale, il combinato disposto del nuovo Codice del Terzo settore (CTS) e del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza (CCI), determina alcuni significativi elementi di novità⁵:
a) un'accresciuta responsabilità degli organi amministrativi degli enti non profit, non più chiamati alla responsabilità del "buon padre di famiglia" proprio del mandato, ma alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (richiamo all'[articolo 2392](#), cod. civ.). È opportuno qui richiamare il commento della circolare "Riforma del Terzo settore: elementi professionali e criticità applicative" elaborata dal Cndcec, che evidenzia:

"Anche se la dottrina e la giurisprudenza più recenti avevano già sostenuto che trattandosi di obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, risultare applicabile l'articolo 1176, comma 2, cod. civ., sicché la diligenza dovuta non fosse comunque quella media, ma quella di grado più elevato richiesta agli amministratori delle società commerciali, finendo dunque per assimilare le relative forme di responsabilità. L'esigenza che gli amministratori degli ETS debbano essere dotati di adeguata professionalità, trova comunque adesso definitivo riconoscimento normativo, come necessario corollario della complessità del mondo del Terzo settore, in cui i relativi attori non siano animati unicamente da passione e generosità, ma anche da capacità e competenze tecniche di rilievo, in modo che risultino adeguatamente tutelati non soltanto l'ente, ma tutti soggetti variamente coinvolti nella sua attività (associati, fondatori, creditori, terzi). In particolare per ciò che riguarda la responsabilità nei confronti dell'ente (richiamo all'articolo 2392, cod. civ.), risulta doveroso sottolineare tutti i profili di responsabilità ulteriori e peculiari degli amministratori di ETS, rispetto a quelli degli enti lucrativi, inerente il necessario e concreto perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale ..."⁶;

b) un esplicito riconoscimento di fallibilità, attraverso il richiamo all'[articolo 2394-bis](#), cod. civ. relativo alle azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali, ([articolo 28](#), CTS);

⁴ Tribunale di Nocera inferiore, sezione I, n. 23/2019/15, www.ilcaso.it.

⁵ Non viene trattata in questa sede la speciale procedura prevista per le Fondazioni dall'articolo 25, L.F..

⁶ www.cndcec.it.

c) la formalizzazione delle modalità di redazione dei bilanci ([articolo 13](#), CTS), che possono essere per cassa/competenza con proventi < 220.000 euro o per competenza con proventi > 220.000 euro.

Quanto agli elementi costitutivi del documento, nell'ipotesi di enti non piccoli, il bilancio è formato da Stato patrimoniale, Rendiconto gestionale con indicazione di proventi e oneri e dalla relazione di missione; il bilancio sociale è obbligatorio per gli enti con proventi > 1.000.000 euro.

Per ciò che concerne la tutela in sede concorsuale dei crediti degli ETS, il riconoscimento del privilegio ex articoli [2751-bis](#) e [2777](#), comma 2, lettera c), cod. civ., per i crediti delle Odv e delle Aps.

Da ultimo, per quanto qui rileva, viene espressamente previsto l'obbligo di adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile sulla cui adeguatezza e concreto funzionamento è chiamato a vigilare l'organo di controllo ([articolo 30](#), CTS), con piena autonomia con l'[articolo 3](#), CCI e con il nuovo tenore dell'[articolo 2086](#), comma 2, cod. civ.:

“L'imprenditore che opero in forma societaria o collettiva ha il dovere di istituire un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa...”.

Focus: gli assetti organizzativi degli enti non profit

Gli articoli [30](#) e [31](#), D.Lgs. 117/2017 prevedono per le fondazioni e le associazioni, riconosciute e non, l'obbligo di un organo di controllo e di revisione legale dei conti.

Nelle fondazioni l'organo di controllo deve esistere sempre, anche eventualmente in composizione monocratica; nelle associazioni, riconosciute e non, l'obbligo scatta quando per due esercizi consecutivi, sono superati 2 di questi 3 parametri:

- totale attivo patrimoniale 110.000 euro;
- totali proventi 220.000 euro;
- dipendenti occupati in media: 5.

All'organo di controllo è attribuita la vigilanza sull'osservanza di Legge e di statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione anche con riferimento al D.Lgs. 231/2001, nonché sulla adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo, contabile e al suo concreto funzionamento.

Per ciò che concerne invece l'obbligo di revisione, se non si superano i limiti che comportano le nomina specifica di un revisore, questa è attribuita all'organo di controllo:

- totale attivo patrimoniale 1.100.000 euro;
- totale proventi 2.200.000 euro;
- dipendenti occupati in media: 12.

Focus: l'adeguatezza della struttura organizzativa negli enti non profit

A questo punto merita una riflessione quale sia la struttura organizzativa adeguata per un ente non profit.

Occorre partire dal significato specifico di adeguatezza nel contesto in esame. Essa può essere identificata come l'idoneità a perseguire gli obiettivi assegnati in maniera efficace e, nel caso specifico, ad esempio, con riferimento alle modalità di erogazione, ai criteri individuativi dei progetti, alla trasparenza della scelta, all'efficacia degli interventi.

La responsabilità della struttura e del suo funzionamento sono ovviamente in capo all'organo amministrativo sotto la vigilanza dell'organo di controllo.

Quest'ultimo è chiamato a una verifica di adeguatezza che consiste nell'esame del funzionamento della struttura e delle procedure nonché di effettuazione dei controlli periodici per verificare la rispondenza nel tempo, nel modello, la sua capacità di evolversi in funzione della dinamica e dimissione dell'attività associativa. La verifica di efficacia invece passa necessariamente da un esame operativo della struttura, dalla verifica della sua dimensione in funzione dei volumi di "output" erogativo e dalla sua adeguata proporzionalità in funzione dei *benchmark* con le migliori prassi del settore.

È evidente che i criteri che valgono per i soggetti con finalità lucrative non possono non tenere conto delle specificità degli enti non profit. In particolare:

- la complessità aziendale determina l'assetto organizzativo;
- i profili operativi che rilevano sono specifici e cioè quelli attinenti alle fasi della raccolta fondi, della proporzionalità della struttura e dei suoi costi, della modalità di utilizzo/erogazione;
- con riferimento alle fasi rilevanti, occorre munirsi di appositi regolamenti improntati al regime di massima garanzia della trasparenza, attraverso lo sviluppo di siti internet e pubblicità del sistema di *accountability* non solo in termini contabili, ma anche di processo;
- proporzionalità tra dimensione/complessità e articolazione della struttura organizzativa con la creazione di un processo di tracciabilità delle azioni.

Con riferimento specifico al principio di proporzionalità, si osserva, che il suo corretto apprezzamento è fondamentale sia per guidare le scelte organizzative sia per valutare *ex post* eventuali profili di responsabilità. Immaginare articolazioni complesse in realtà dimensionalmente piccole o piccolissime vuol dire esplicitare gap di aspettative destinate a costruire responsabilità all'interno di realtà nelle quali il corretto livello di diligenza non può non essere apprezzato in funzione della rilevanza dimensionale degli enti.

Nelle realtà più piccole, quindi ci si può limitare a identificare i ruoli (chi fa) le mansioni (che cosa) e i modi di svolgimento (come). In detta realtà un semplice ed esaustivo mansionario che definisce in modo semplice ma efficace “*chi fa che cosa e in che modo*” può già essere un riferimento importante per valutare sia i rischi organizzati vivi sia quelli di *execution*.

Nelle realtà più grandi è opportuno che si creino regolamenti interni, procedure predefinite che garantiscano assenza di conflitti di interesse tra beneficiari ed erogante e i suoi organi sociali e ripartizione dei ruoli tra organi di indirizzo, organi di amministrazione e organi di valutazione, nonché procedure di istruzione, valutazione, rendicontazione e monitoraggio delle iniziative.

Gli istituti di allerta e gli enti non profit

L'[articolo 12](#), comma 7, CCI prevede che:

“*gli strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriali ..., anche alle imprese agricole e alle imprese minori, compatibilmente con la loro struttura organizzativa*”.

In linea con la corrente interpretazione giurisprudenziale, che sottopone gli enti non commerciali alle procedure concorsuali in caso di insolvenza ove esercitino attività oggettivamente commerciali gli strumenti di allerta, si applicano anche agli enti non profit.

Così come allo stesso modo, assumono rilevanza:

“*gli indicatori della crisi che evidenziano squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario ... rilevabili attraverso appositi indici ...*” ([articolo 13](#), comma 1, CCI).

Se ciò è vero, non può non essere evidente che ne discendono problemi applicativi non indifferenti:

- innanzitutto quale sia la compatibilità della elaborazione di indici bilancistici o prospettici economici, patrimoniali o finanziari con la contabilità per cassa che caratterizza gli enti non profit di minore dimensione;
- in secondo luogo quale sia la compatibilità del concetto di adeguatezza della struttura organizzativa nell'ambito di un soggetto giuridico con fine di lucro e di adeguatezza della struttura per un soggetto giuridico senza fine di lucro, al fine della valutazione dell'operato dell'organo amministrativo e di controllo.

È in effetti di tutta evidenza che in un ente senza fine di lucro l'adeguatezza della struttura amministrativa si misura su KPI (*Key Performance Indicator*) diversi da quelli rilevanti per le imprese commerciali con fine di lucro.

Conseguentemente il *focus* organizzativo di amministratori e organi di controllo è diverso, per potersi adattare alle caratteristiche specifiche all'attività.

Nel seguito si ipotizzano alcuni indici significativi per gli enti senza fini di lucro.

a) Indice di efficienza e raccolta fondi

$$\frac{\text{On. R.F.}}{\text{Pr. R.F.}}$$

Dove al numeratore sono allocati gli oneri diretti di raccolta dei fondi e al denominatore i ricavi della medesima raccolta, con il risultato che tanto più l'indice è inferiore a 1 la raccolta è stata efficiente e che se l'indice è stato superiore a 1 la raccolta fondi non solo è stata poco efficiente, ma è stata anche in perdita.

b) Indice di impiego delle risorse

$$\frac{\text{On. Ist.}}{\text{On. Gen}} \text{ indice di impiego nell'attività istituzionale}$$

L'indicatore evidenzia quanta perdita degli oneri generali è dedicata all'attività propria dell'ente. Se detto rapporto si approssima a 1 significa che la maggior parte dell'anno viene concentrata sull'attività istituzionale e non invece altrove disperso.

$$\frac{\text{On. R.F.}}{\text{On. Gen}} \text{ indice di impiego nella raccolta fondi}$$

L'indicatore evidenzia quanta parte degli oneri complessivi vengono impiegati per raccogliere fondi. Anche in questo caso tanto più l'indice si avvicina a 1 tanto più le risorse vengono impiegate direttamente per dotare l'ente delle disponibilità per lo svolgimento dell'attività propria.

$$\frac{\text{On. Supp.}}{\text{On. Gen}} \text{ indice di impiego nell'attività di supporto}$$

Questo indice invece indica quanta parte dei costi complessivi viene destinata ad attività accessorie. Al contrario degli indici che precedono, tanto più l'indice è prossimo a 1 tanto evidenzia un impiego dispersivo delle risorse.

c) Indici della capacità organizzativa che misurano la capacità di sostenere nel tempo lo sviluppo.

Si tratta di indicatori più vicini a fornire il *set* informativo necessario a conoscere le capacità dell'ente di restare attivo nel tempo.

$$(\text{Y}_n / \text{Y}_{n-1})^{(1/n)} - 1 \quad \text{Tasso di crescita dei proventi}$$

Questo è un indicatore che contribuisce a informare sulle capacità di crescita nel tempo dell'attività dell'ente.

$$(\text{X}_n / \text{X}_{n-1})^{(1/n)} - 1 \quad \text{Tasso di crescita degli oneri}$$

Ha lo stesso significato del precedente con il quale si deve essere posto in correlazione al fine di comprendere quale sia il *trend* di economicità della gestione, consentendo di apprezzare se i risultati economici hanno prospettive di miglioramento o peggioramento.

$$\frac{\text{Capitale funzionamento}}{\text{Totale Spese Gen.}} \quad \text{Indice di continuità}$$

Si tratta di un indicatore che consente ancorché in maniera grossolana, di apprezzare quanto possa continuare finanziariamente nel tempo la gestione dell'ente. Se l'indice è superiore a 1 significa che le disponibilità finanziarie esistenti sono sufficienti a garantire almeno un anno di gestione. Si tratta di indice grossolano in quanto da un lato basato su dati storici e dall'altro non dà evidenza delle dinamiche correnti della gestione.

In ogni caso, a un esame attento, solo l'ultimo di tali indici ha un rilievo quantitativo predittivo della situazione di crisi.

Conclusioni in ordine alla struttura organizzativa

L'adeguatezza della struttura organizzativa di un ente non profit può essere correttamente apprezzata sulla base della *best practice*, senza che questo significhi l'esistenza di adeguati strumenti predittivi della crisi.

In concreto, gli strumenti necessari per organizzare, gestire e controllare l'attività di un ente non profit, propri per la natura degli stessi, possono e devono essere implementati, ma tale attività pur coerente gli obiettivi perseguiti, può ugualmente risultare completamente inadeguata sostituire strumenti produttivi della crisi.

Quindi l'elaborazione di adeguati indici predittivi dell'insolvenza per le società commerciali rispondono non solo a finalità normative, ma anche alla necessità di dotarsi di strumenti gestionali idonei dell'esercizio dell'attività.

In estrema sintesi, sono utili in via generale.

Al contrario, per gli enti non profit, gli indici di valutazione della gestione elaborati dalle prassi e utili per organizzare e valutare l'attività dell'ente, complici anche i diversi Principi contabili applicabili, possono essere sostanzialmente inadeguati a fornire strumenti di allerta sulla crisi.

È importante rendersi conto di tale "distanza" tra gli strumenti cognitivi dell'attività di impresa lucrativa e quelli degli enti non profit per evitare di immaginare un sistema di responsabilità connessa all'eventuale mancata emersione tempestiva della crisi che si poggia su una non adeguata capacità di cogliere le specificità dei principi gestionali che sottendono l'attività del mondo non profit.