



ESENTE DA REGISTRAZIONE
 AI SENSI DEL D.P.R. 26/4/1986
 N. 111 TAB. ALL. B - N. 5
 MATERIA TRIBUTARIA

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE QUINTA CIVILE

Composta dagli Ill. m. S. g. r. m. Magistrate:

08319 / 04

Dott. Enrico	DI BLASI	Presidente-Esten-	di Giur. Uienza pubblica
Dott. Francesco	RUGGIERO	Consigliere	del 23/03/2004
" Giuseppe	FALCONE	Consigliere	ORDINANZA
" Ettore	FERRARA	Consigliere	N.
" Antonino	DI BLASI	Consigliere-Relatore	R.G.N.16429/02

ha pronunciato la seguente:

Cron. 16143

ORDINANZA

Rep.

sul ricorso proposto da:

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona
 del Ministro pro tempore e da Agenzia delle Entrate,
 in persona del Direttore pro tempore, rappresentati
 e difesi, per legge, dall'Avvocatura Generale dello
 Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Porto-
 ghesi 12, sono domiciliati;

Oggetto: Fondazioni
 bancarie - natura di
 imprese o di enti
 non esercenti atti-
 vità imprenditoria-
 le-soggezione alla

- Ricorrenti -

ritenuta di imposta
 sui dividendi per-
 cepiti dalle banche
 conferitarie.

contro

CASSA DI RISPARMIO DI FIRENZE S.p.a., incorporante
 delle CASSE TOSCANE S.p.a. in persona del legale
 rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa,

375/04
 1

han



Giusta procura in Notaio Gunnella di Firenze, Rep. N. 79.831, dall'avv. Prof. Pasquale Russo ed elettivamente domiciliata in Roma, Viale B. Buoizzi, 102 presso lo studio del Prof. Guglielmo Fransoni;

e

FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI SAN MINIATO, e CASSA DI RISPARMIO DI SAN MINIATO S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi, giusta delega a margine del controricorso, dagli Avv.ti Franco Gallo e Adriano Rossi nel cui studio in Roma, Viale Mazzini, 11 sono elettivamente domiciliate;

- Controricorrenti -

a v v e r s o

la sentenza n. 125/31/2001 della Commissione Tributaria Regionale di Firenze, Sezione n. 31, in data 28/09/2001, depositata il 06/11/2001.

Udita la relazione della causa svolta all'udienza del 23/03/2004 dal Relatore Cons. Antonino Di Blasi;

udito per l'Amministratore ricorrente, l'Avv. Di Martino dell'Avvocatura Generale dello Stato;

udito, altresì, l'Avv. Pasquale Russo per la Cassa di Risparmio di Firenze S.p.a.;



udito, pure, l'Avv. Adriano Rossi, per la Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e per la Cassa di Risparmio di San Miniato S.p.a.;

sentito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Marcello Matera, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

1
non



§ 1. Svolgimento del processo

L'Ente Cassa di Risparmio di San Miniato chiedeva il riconoscimento dell'esonero della ritenuta a titolo d'imposta sugli utili percepiti a seguito della partecipazione in società bancaria (la Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.), incontrando il diniego della Direzione Regionale delle entrate per la Toscana.

L'ufficio finanziario, nel motivare il diniego, rilevava che l'Ente non era, né istituto di istruzione o di studio, né fondazione o associazione storiche, letterarie, scientifiche, aventi esclusivamente scopi culturali, né ente di assistenza, dato il carattere meramente eventuale ed accessorio di tali attività rispetto all'attività principale, consistente nella gestione della partecipazione nella società per azioni conferitaria.

L'Ente Cassa e la Cassa di Risparmio di Firenze s.pa. impugnavano il diniego dinanzi alla commissione tributaria provinciale di Firenze, la quale, con decisione n. 572 del 1999, rigettava i ricorsi. La commissione tributaria regionale della Toscana, con sentenza 28 settembre - 6 novembre 2001, accoglieva l'appello dell'Ente Cassa e della società, osservando che, non

non



essendovi in atti la prova dell'ingerimento in concreto dell'Ente nell'amministrazione della società conferitaria, non poteva ritenersi la prevalenza di un'attività imprenditoriale sui fini di interesse pubblico e di utilità sociale.

La commissione regionale seguiva, in sostanza, un'interpretazione estensiva dell'art.6 del d.P.R. 29 settembre 1973, n.601, ritenendo comprese le fondazioni bancarie tra i soggetti indicati in tale norma, per i quali la riduzione alla metà dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche (i.r.pe.g.), con conseguente esonero della ritenuta ai sensi dell'art.10 *bis* della legge 29 dicembre 1962, n. 1745, viene accordata soltanto per le loro finalità di interesse pubblico o utilità sociale in determinati settori, indipendentemente dal fatto che le stesse esercitino, in via non prevalente, attività d'impresa.

Tale interpretazione, secondo i giudici di merito, era imposta dalla sopravvenuta legge n. 461 del 1998 e dal d.l.vo n. 153 del 1999, applicabili nella presente controversia, i quali prevedono espressamente l'applicabilità alle fondazioni bancarie dell'agevolazione in contestazione. Inoltre, l'art. 19, quinto comma, dello statuto dell' Ente Cassa di Risparmio inibiva a coloro che ricoprivano la carica di amministratore delegato o

luon



cariche simili nella società conferitaria di assumere la carica di presidente o di vice presidente dell'Ente Cassa.

Infine, secondo la commissione regionale, non vi era prova della prevalenza di un'attività imprenditoriale su attività socialmente utili.

Avverso tale sentenza il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha proposto ricorso per cassazione, sulla base di un mezzo d'annullamento.

Hanno resistito, con controricorso e con memorie, la Fondazione Cssa di Risparmio di San Miniato e la Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.

§ 2. Il contesto normativo nazionale

2.1. L'istituzione delle c.d. fondazioni bancarie venne giustificata con l'esigenza di ristrutturazione dell'impresa bancaria, nei numerosi casi in cui la stessa veniva esercitata da enti di diritto pubblico, fra i quali dovevano annoverarsi le casse di risparmio.

La riforma fu introdotta dalla legge delega 30 luglio 1990, n. 218 (c.d. legge Amato), la quale non seguì l'indirizzo suggerito, in un primo momento, dalla Banca d'Italia in una memoria del 1981(*Ordinamenti de-*



gli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive), secondo cui gli enti avrebbero dovuto assumere *tout court* la veste di società per azioni. La legge scelse, invece, la via dello scorporo, attribuendo l'azienda bancaria a società per azioni (*società conferitarie*), la cui proprietà - totalitaria o quanto meno di controllo - veniva attribuita, secondo l'art.1 della legge delega, ad enti di nuova costituzione (*enti conferenti*). In esecuzione della delega fu emanato il decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 282. L'art.6 di tale decreto prevedeva il conferimento, da parte degli enti pubblici creditizi, « *dell'azienda bancaria o di rami di essa ... in società per azioni di nuova costituzione o già esistenti, bancarie, finanziarie o strumentali* ». Secondo l'art. 12, gli enti pubblici conferenti dovevano perseguire « *fini di interesse pubblico e di utilità sociale preminentemente nei settori della ricerca scientifica* » (comma 1, lett. A); amministrare le partecipazioni nella società bancaria per azioni conferitaria finchè ne erano titolari, con divieto di esercitare direttamente l'impresa bancaria e di acquisire partecipazioni di controllo in altre imprese bancarie o finanziarie diverse dalla conferitaria, mentre potevano acquisire partecipazioni minoritarie in tali imprese, e anche maggioritarie in imprese aventi diver-

Luca



so oggetto(lett.B) ; costituire una riserva finalizzata alla sottoscrizione di aumenti di capitale delle società conferitarie, «con una quota prefissata dei proventi derivanti dalle partecipazioni» di tali società (lett. D).

Il titolo VII del decreto disciplinava il *gruppo creditizio*, il quale, secondo l'art. 1, comma 1, poteva essere composto anche dall'ente creditizio e dalle società controllate, esercenti attività bancaria o finanziaria. Al primo veniva attribuito il ruolo di capo gruppo. Quest'ultimo, secondo l'art. 33, non poteva essere sottoposto a fallimento, ma a liquidazione coatta amministrativa.

Agli enti pubblici conferenti, al quale venne attribuita nella prassi la denominazione di *fondazioni*, era riconosciuta dalla prevalente dottrina natura di enti non commerciali, sì da giustificare, nei loro confronti, il regime fiscale di favore, nel quale è compresa l'esenzione dalla ritenuta d'imposta sui dividendi percepiti. In altre parole, gli enti conferenti - secondo l'opinione dominante in dottrina - avevano una posizione di semplici *rentiers*, non essendo ad essi riconlegabile alcuna funzione di direzione o di gestione delle società bancarie conferitarie.



2.2. Il sistema bancario pubblico veniva sottoposto a riforma da parte della legge - delega 23 dicembre 1998, n. 461 e del relativo decreto delegato 17 maggio 1999, n. 153.

La riforma assegna agli enti conferenti scopi esclusivi « di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico » (art. 2, comma 1, lett. A, della legge delega e 2, comma 1, lett. A, del d.l.vo n. 153 / 99); dispone che essi operino « secondo principi di economicità » (art. 2, comma 1, lett.C, della legge - delega), e che possano acquisire partecipazioni in imprese, strumentali ai fini statutari, esclusivamente nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli(lett.D). Gli stessi enti conferenti, secondo il comma 2, lett. B), della legge - delega, possono emettere titoli di debito convertibili in azioni ordinarie delle società bancarie conferitarie.

Per quanto attiene alle partecipazioni bancarie detenute dagli enti, l'art. 4, lett. B), della legge - delega prevede la « perdita, ai fini tributari, della qualifica di ente non commerciale ...qualora, allo scadere del termine previsto dalla lettera A) del presente



comma, risulti ancora posseduta una partecipazione di controllo... nelle società di cui alla medesima lettera A ».

La legge delega e il decreto delegato prevedono, inoltre, una serie di agevolazioni ed esenzioni fiscali, nel campo delle imposte dirette e in quelle indirette, sia nei confronti degli enti conferenti, sia nei confronti delle società bancarie conferitarie al dichiarato scopo di favorire le operazioni di ristrutturazione dei gruppi bancari.

Altre agevolazioni, come quella di cui si discute nella presente causa, e cioè l'esenzione dalla ritenuta a titolo d'imposta sui dividendi percepiti dalle società partecipate, come conseguenza - ex art. 10 bis della legge 29 dicembre 1962, n. 1745 - dell'aliquota ridotta dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche (art. 6, comma 1, del d.P.R. n. 601 del 1973), derivano, per il periodo anteriore all'entrata in vigore del d.l.vo n. 153 /99, dall'affermata natura non commerciale - contestata dall'Amministrazione finanziaria - degli enti conferenti. Mentre, come si è detto, l'art.12 del d.l.vo n. 153 del 1999 ha espressamente esteso a tali enti l'agevolazione i.r.pe.g. di cui al citato art. 6. Tale norma, secondo una parte della giurisprudenza, avrebbe natura interpretativa, in quanto

trans



nella stessa è espressamente stabilita l'applicazione del regime agevolato « alle fondazioni non aventi natura di enti commerciali che abbiano perseguito esclusivamente fini di interesse pubblico e di utilità sociale nei settori indicati nell'art. 12 del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356 e successive modificazioni ». Ne conseguirebbe l'applicazione dell'agevolazione anche ai periodi d'imposta precedenti, e cioè agli enti conferenti secondo la disciplina della legge - delega n. 218 del 1990 e del d.l.vo n. 282 del 1990.

2.3. Sulla natura commerciale o non commerciale degli enti in questione esiste un contrasto, sia nelle posizioni assunte dal Governo e dall'amministrazione finanziaria, sia nella giurisprudenza di questa Corte. Mentre nelle controversie instaurate dinanzi alle giurisdizioni nazionali la difesa dell'Amministrazione finanziaria ha costantemente sostenuto la natura commerciale delle fondazioni bancarie, e quindi la loro soggezione al regime fiscale ordinario, nella procedura iniziata dalla Commissione CE, ai sensi dell'art. 88 del Trattato CE, per verificare la compatibilità col mercato comune del regime fiscale agevolato quale aiuto di Stato, il Governo italiano ha sostenuto (capo IV della decisione finale C (2002) 3118 del 22 agosto

Quasi



2002) che le fondazioni non possono essere considerate " imprese " ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza. La portata e il tenore di tale decisione, che ha ritenuto la natura non imprenditoriale degli enti in questione, saranno di seguito considerati. Per quanto riguarda la giurisprudenza di questa Corte, le decisioni che hanno ritenuto la natura non commerciale (si veda la sentenza 9 maggio 2002, n. 6607) si sono basate, fundamentalmente, sulla considerazione che la gestione delle partecipazioni in imprese bancarie, come pure quelle che possono essere assunte dalle fondazioni in altre imprese diverse dalla conferitaria, costituiscono soltanto uno strumento per procurarsi i mezzi finanziari indispensabili per l'esercizio delle finalità sociali e culturali affidate all'ente conferente. L'indirizzo di segno contrario (sentenza 20 novembre 2001, n. 14574) ha, invece, evidenziato l'irrilevanza, ai fini del regime fiscale agevolativo, dei compiti sociali e culturali, una volta che gli enti in questione possono, in base al loro statuto giuridico, agire sul mercato bancario e su altri mercati, in concorrenza con le altre imprese.

Luana

2.4. La risoluzione della questione sulla base dell'ordinamento nazionale è pregiudicata, secondo questa



Suprema Corte, da quella della compatibilità del regime fiscale agevolato delle fondazioni bancarie con norme e principi del Trattato CE, sia in materia di concorrenza, in particolare in relazione alla disciplina degli aiuti di Stato (artt. 87 - 88), sia in relazione al principio di non discriminazione, nonché alle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali (articoli 12, 43 e seguenti, 56 e seguenti).

Sotto il primo profilo, è evidente che, se le misure fiscali, tra cui quella in contestazione, dovessero ritenersi un aiuto a determinate imprese o produzioni, le stesse - secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia - non potrebbero trovare attuazione senza una previa decisione di compatibilità della Commissione delle Comunità Europee, con divieto dei giudici nazionali di dare applicazione alle norme interne che prevedono tali misure.

La Commissione CE, considerando che il regime fiscale agevolato costituisca un aiuto di Stato incompatibile col mercato comune, apriva due procedimenti, ai sensi degli articoli 87 e 88 del Trattato CE, nei confronti delle società bancarie e nei confronti delle fondazioni.

Mentre il primo si concludeva con la decisione d'incompatibilità dell'11 dicembre 2001, nel secondo,



come si è detto in precedenza, la Commissione ha emesso una decisione (n. C 54/b/ 2000 del 22 agosto 2002) di inapplicabilità del regime degli aiuti di Stato, ritenendo che gli enti in questione non siano imprese. La Commissione ha invocato, a sostegno della decisione, la giurisprudenza della Corte in materia di i.v.a., secondo la quale la mera detenzione di una partecipazione non comporta esercizio d'impresa, quando il titolare della stessa non s'ingerisce nella conduzione di quest'ultima. La predetta decisione viene spesso invocata a sostegno della tesi della natura non commerciale delle fondazioni bancarie nell'ordinamento nazionale.

2.5. La compatibilità del regime fiscale agevolativo in contestazione col diritto comunitario (e, ovviamente, la validità della decisione della Commissione che ha ritenuto tale compatibilità) deve essere verificata, anche d'ufficio, da parte di questa Corte. Secondo una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza 14 dicembre 1995 in causa C - 312 / 93, *Peterbroek e a. c. Stato Belga*; sentenza in pari data in cause C - 430 e 431 / 93, *Van Schijndel e a. c. Stichtingpensioenfonds voor Fysiotherapeuten* e, da ultima, 27 febbraio 2003 in causa C - 327 / 2000, *Santex spa*



c. USSL n. 42 di Pavia), i principi di effettività e di non discriminazione comportano l'obbligo per le autorità nazionali di applicare, anche d'ufficio, le norme di diritto comunitario, se necessario attraverso la disapplicazione del diritto nazionale che sia in contrasto con tali norme, senza che possano ostarvi preclusioni, non operanti in casi analoghi.

In applicazione di tale principio questa Corte ha ritenuto (sentenze 9 giugno 2000, n.7909; 10 dicembre 2002, n. 17564; 28 marzo 2003, n. 4703) che il carattere *chiuso* del giudizio di cassazione non impedisce che venga applicato il diritto comunitario nella sua interezza, indipendentemente da specifiche domande proposte nel giudizio di merito o introdotte coi motivi di ricorso, col solo limite dell'avvenuta definizione del rapporto controverso, così come avviene per le questioni di legittimità costituzionale e per lo *jus superveniens*.

Orbene, nella specie, essendo aperto il dibattito sul diritto della Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato all'agevolazione fiscale, la verifica di compatibilità di tale regime col diritto comunitario comporta l'esame di tale questioni in



cassazione, indipendentemente dalla formulazione di specifici motivi.

2.6. La rilevanza della predetta verifica appare evidente, tanto più che le stesse controrricorrenti hanno espressamente invocato il vincolo discendente dalla decisione della Commissione anche nei confronti dei giudici nazionali. Ne consegue che, innanzitutto, deve porsi in discussione la validità della decisione. La definitività di tale atto non esclude, infatti, una verifica della sua validità, nell'ambito della competenza pregiudiziale della Corte ex art. 234 del Trattato CE.

Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, il giudice nazionale, in forza dell'efficacia diretta dell'art. 88.3 (ex 93.3) del Trattato CE, deve, fra l'altro, assicurare che le misure di aiuto illegali e/o incompatibili non siano eseguite.

Come evidenzia la comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra la stessa Commissione e i giudici nazionali (95/C 312/07, punti 4 e 10-12), questi ultimi sono incaricati di tutelare i diritti e i doveri derivanti dal diritto comunitario, anche in materia di concorrenza, su richiesta delle parti o anche d'uf-

has



ficio. I giudici devono, quindi, utilizzare ogni strumento ed applicare tutte le disposizioni di diritto nazionale pertinenti per garantire l'efficacia diretta dell'obbligo imposto dal Trattato agli Stati membri, disapplicando le eventuali misure di diritto interno contrastanti col diritto comunitario (ivi comprese le decisioni della Commissione che abbiano dichiarato l'incompatibilità degli aiuti) ed assumere, se del caso, provvedimenti provvisori, ad esempio ordinando il congelamento o la restituzione delle somme illegalmente pagate ed accordare il risarcimento dei danni alle parti i cui interessi siano stati lesi.

L'efficacia diretta della norma del Trattato comporta anche quella delle decisioni della Commissione che abbiano dichiarato l'incompatibilità di un aiuto e abbiano adottato le conseguenti statuizioni sulla restituzione degli aiuti incompatibili ricevuti. La tesi dell'esistenza di un vincolo soltanto per i destinatari indicati nella decisione, sostenuta da una parte della dottrina, è stata respinta da una consolidata giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza 6 ottobre 1970 in causa 9/70, *Leber - Pfennig*.

Per quanto attiene alla cessazione della misura, la stessa si deve realizzare, oltre che con l'abrogazione o modificazione delle norme legislative che istituisco-



no l'aiuto, attraverso un regime di invalidità degli atti giuridici coi quali l'aiuto è stato erogato (sentenza 21 novembre 1991 in causa C- 354/90, *Fédération nationale des produits alimentaires*) e, ovviamente, la disapplicazione delle norme di legge e degli atti amministrativi che non fossero stati abrogati.

Dall'effetto diretto dell'art. 88.3 (ex 93) del Trattato CE, discende, altresì, che le decisioni della Commissione con le quali è stata dichiarata l'incompatibilità di un aiuto col mercato comune sono vincolanti, oltre che per gli Stati membri, per tutti i soggetti dell'ordinamento nazionale.

Occorre, quindi, accertare se le fondazioni di origine bancaria siano sottoposte alla disciplina della concorrenza, con conseguente invalidità della decisione della Commissione. Infatti, se la Corte di Giustizia dovesse statuire, in via pregiudiziale, che le fondazioni hanno natura d'impresa e che, conseguentemente, è invalida la decisione della Commissione, tale statuizione svolgerebbe un effetto vincolante nei confronti di quest'ultima (sentenze della Corte di Giustizia in cause riunite 117/76 e 16/77, *Ruckdeschel*, Racc., 1977, pag. 1753, e in cause riunite 124/76 e 20/77, *Moulinis et huileries de Pont-à-Mousson*, Racc., 1977, pag. *han*



1795), che sarebbe obbligata a ritirare la decisione e a concludere la procedura di verifica della compatibilità col mercato comune del regime fiscale agevolato.

Ove fosse adottata una decisione d'incompatibilità, i giudici nazionali non potrebbero applicare il regime fiscale agevolativo e, in particolare, i commi 1 e 2 dell'art. 12 del d.l.vo n.153 del 1999, i quali prevedono espressamente la natura non commerciale degli enti e l'estensione agli stessi dell'agevolazione di cui all'art. 6 del d.P.R. n. 601 del 1973.

2.7. D'altra parte, secondo la giurisprudenza comunitaria (sentenza 30 ottobre 1975 in causa 23/75, *Rey Soda*), la dichiarazione d'invalidità resa in via pregiudiziale, oltre a produrre un vincolo nei confronti della Commissione, imporrebbe anche alle autorità nazionali di trarre le conseguenze di tale dichiarazione nel loro ordinamento giuridico.

Oltre all'esame di validità della decisione si deve porre, altresì, la questione se le misure fiscali agevolative di cui si discute nella presente causa, in considerazione della loro specificità,

how



selettività e non riconducibilità alla struttura generale del sistema fiscale, costituiscano un aiuto di Stato, secondo l'art. 87 del Trattato, e secondo quanto previsto dalla stessa Commissione nella sua comunicazione sull'applicazione della normativa in materia di aiuti alle misure di tassazione diretta delle imprese (98/C 384/03).

La qualificazione delle misure fiscali in contestazione come aiuto di Stato può, infatti, essere dichiarata dalla Corte comunitaria in via pregiudiziale a prescindere dall'adozione, da parte della Commissione, di una decisione sulla compatibilità dell'aiuto, come emerge dalle sentenze 1 dicembre 1998, C - 200/97, *Ecotrade*, e 17 giugno 1999, C - 295/97, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Piaggio s.p.a.* Nella seconda sentenza la Corte, dopo aver qualificato come aiuto alcuni aspetti della normativa italiana sull'insolvenza delle grandi imprese, ha espressamente censurato (punti da 44 a 49) il fatto che la Commissione, ritenendo erroneamente trattarsi di aiuti preesistenti, e perciò non soggetti al suo controllo, non avesse adottato alcuna decisione finale nella procedura aperta per la verifica di compatibilità. Pertanto, a prescindere da una decisione della Commissione sulla

non



(in)compatibilità dell'aiuto, una statuizione della Corte di Giustizia sulla qualificazione della misura in contestazione come aiuto costituirebbe una base giuridica per l'esercizio dei poteri del giudice nazionale in relazione alla (il)legalità dell'aiuto stesso. E', infatti, *jus receptum* nella giurisprudenza comunitaria che la decisione della Commissione, la quale abbia dichiarato la *compatibilità* dell'aiuto, non può mai costituire una sanatoria della *illegalità* dello stesso, previsto o erogato prima di tale decisione. Resterebbe, naturalmente, aperto il problema dell'affidamento, suscitato dall'atto di un organo comunitario nel quale è stato ritenuto inapplicabile il regime degli aiuti di Stato ai soggetti di cui si discute.

Inoltre, come si è già rilevato, il regime fiscale in contestazione pone ulteriori problemi di compatibilità con norme e principi di diritto comunitario, a prescindere dalla sua qualificazione come aiuto di Stato.

§ 3. Le questioni pregiudiziali



3.1. La mera utilizzazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di i.v.a. (sentenze della Corte di Giustizia C- 60/90, *Polysar Investment Nederlands*; C - 333/91, *Sofitam*, richiamate alla nota 13 della decisione)appare alquanto riduttiva per un esatto inquadramento - ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria sulla concorrenza - delle fondazioni di origine bancaria e della loro posizione nel mercato. Non pare inutile rilevare l'ampia nozione di impresa che la giurisprudenza comunitaria ha elaborato al fine di individuare i destinatari della disciplina sulla concorrenza. A tal proposito, in primo luogo occorre rammentare che, nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e delle modalità del suo finanziamento (v. sentenza 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 - C-184/98, *Pavlov e a.*, Racc. pag. I-6451, punto 74); che, inoltre, costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (sentenza *Pavlov e a.*, citata, punto 75). Non pare, quindi, corretto, utilizzare la nozione d'impresa contenuta nell'art.4 della sesta direttiva i.v.a. (77/388/CEE), come interpretato dalla Corte di Giu-

lwan



stizia, per definire l'ambito, assai più ampio, dei soggetti sottoposti alla disciplina della concorrenza, nella quale è compresa quella sugli aiuti di Stato.

Per completezza si richiamano alcune pronunce della Corte di Giustizia.

Nella sentenza 25 ottobre 2001, *Ambulanz Glockner*, (C-475/99), si ribadisce (punto 17) che «*la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento* ». Nello stesso senso le sentenze 17 febbraio 1993, *Poucet e Pistre* (C-155/91), al punto 50; 16 novembre 1995.

Nella sentenza 21 luglio 1992, *Dansk Pels/Commissione*, (T-61/89), punto 22 e dispositivo, il Tribunale di primo grado ha affermato che: «*Un ente che, senza perseguire scopo di lucro, gestisce un regime di assicurazione per la vecchiaia (...) che opera nel rispetto delle norme statutarie stabilite dalle autorità amministrative, (...) è un'impresa ai sensi dell'art 85 (adesso 81) del trattato*».

La nozione d'impresa come *qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle modalità del suo finanziamento*, rilevante ai fini del diritto della concorrenza, è stata confermata dalla recente sentenza della Corte 16

hans



marzo 2004, AOK Bundesverbände altri, in cause riunite C- 264, 306, 354, 355/01, punto 46.

Infine, non sembra superfluo rilevare che la nozione di impresa accolta nella decisione non appare in sintonia con la prassi della stessa Commissione. Ci si limiterà a richiamare: la decisione del 2 dicembre 1975 (GUCE, n.L 6 del 13 gennaio 1976, pag. 8), nella quale è stato ritenuto imprenditore la persona fisica che sia inventore, solo perché incassa *royalties* dalla sua invenzione; la decisione del 20 luglio 1999 (GUCE, n. L 5 dell'8 gennaio 2000, pag. 55), secondo la quale un'organizzazione senza scopo di lucro incaricata della vendita di biglietti della FIFA e della federazione ospitante i mondiali di calcio (Coppa del mondo del 1998) svolgerebbe attività economica.

3.2. Orbene, come emerge chiaramente dalla disciplina nazionale, che rappresenta un *unicum* nel panorama delle legislazioni bancarie dei Paesi membri dell'Unione Europea, l'assunzione di partecipazioni di controllo di imprese bancarie non costituisce un evento accidentale, ma è la stessa ragione di esistenza delle fondazioni, le quali, in forza di disposizioni di legge (e non per singole iniziative) nascono e vivono in funzione della proprietà di un' importante quota delle imprese bancarie nazionali, la quale rappresenta una rilevante parte del capitale investito nell'intero set-

Luigi



tore bancario. Secondo dati riferiti dal Governatore della Banca d'Italia nella sua audizione alla Commissione Finanze e Tesoro del Senato, l'11 giugno 1998, sul disegno di legge di riforma delle fondazioni bancarie, queste ultime possedevano, alla fine dell'esercizio 1995 - 96, un patrimonio di circa 50.000 miliardi di lire. Dal rapporto 2003 sulle fondazioni bancarie della Associazione fra le Casse di Risparmio risulta, inoltre, che il patrimonio contabile delle fondazioni, al 31 dicembre 2002, ammontava a circa 37 miliardi di euro. Per una migliore valutazione dell'impatto della presenza delle fondazioni sul mercato, si tenga, altresì, conto del fatto che tale valore non include le plusvalenze delle partecipazioni detenute, che vengono normalmente iscritte al valore storico.

Manu

La permanenza del possesso delle partecipazioni di controllo si è protratta anche successivamente alla riforma introdotta con la legge delega n. 461 del 1998 e il d.l.vo n. 153 del 1999, il cui art. 25 poneva un termine di quattro anni per la dismissione di tali partecipazioni. L'esame della compatibilità col diritto comunitario di tale regime, oltre ad essere necessario per risolvere i problemi interpretativi della situazione anteriore alla riforma, in quanto non appare sicura l'applicazione retroattiva della nuova disciplina, deve



essere condotto anche sul nuovo regime in quanto, come ha avvertito l'Autorità nazionale della concorrenza, la destinazione del ricavato della dismissione delle partecipazioni di controllo nelle banche conferitarie all'acquisto di quote rilevanti di partecipazioni in altre imprese, anche bancarie, può costituire un fattore rilevante di turbativa dei diversi mercati di riferimento.

La qualificazione dell'attività di amministrazione delle partecipazioni di controllo sulle banche conferitarie e su altre imprese come strumentale (sostenuta in dottrina e in alcune pronunce di questa Corte, sulla base di un'interpretazione del d.l.vo n. 153 del 1999) rispetto all'esercizio di compiti *non profit* non può eliminare il dato emergente dal sistema, e cioè che i c.d. enti conferenti, qualunque sia la loro forma giuridica e benchè privi di scopi di lucro, sia geneticamente che funzionalmente assolvono al compito di assumere la titolarità e l'amministrazione di un rilevante numero di imprese bancarie, esercitando i poteri di controllo sulle stesse, fra cui la nomina e revoca degli amministratori. Proprio tale funzione - che non può considerarsi sottratta alla disciplina della concorrenza quale pubblico servizio, costituendo un segmento essenziale del sistema bancario pubblico che, secondo i

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'L. M...' or similar, written in a cursive style.



principi del diritto comunitario (a partire dalla direttiva 77/780/CEE del 12 dicembre 1977) costituisce sempre esercizio d'impresa, al pari di quello privato - rappresenta incontestabilmente un fattore di possibile turbativa del mercato e dei rapporti intracomunitari, soprattutto se si considera la possibilità, mantenuta dal d.l.vo n. 153 /1999, di acquisire partecipazioni anche in altre imprese, ivi comprese quelle bancarie. Si potrebbe dire che le fondazioni vivano in una simbiosi giuridica ed economica col sistema bancario pubblico, e non possono, quindi, considerarsi avulse da tale sistema e dal mercato di riferimento, anche se alle stesse sono assegnati, contemporaneamente, compiti nel c.d. terzo settore. Gli enti in questione adempiono perciò, nel loro complesso, ad una missione di carattere economico in vista del conseguimento di un ricavo, anche ammesso, e non concesso, che la nozione d'impresa, ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza, coincida con quella ricavabile dall'art. 4 della sesta direttiva i.v.a.

han

L'inquadramento degli enti conferenti nel sistema creditizio e il loro collegamento istituzionale con le imprese bancarie conferitarie, i quali rappresentano *la ragion d'essere principale delle fondazioni*, emerge chiaramente dal quadro disegnato dalla Corte Costitu-



zionale nella sentenza 16 maggio 1995, n. 163, nella quale viene osservato quanto segue:

« E' d'altro canto vero - come sottolinea la difesa statale - che gli enti pubblici conferenti dismettono, con il conferimento, la loro originaria natura di enti creditizi, dal momento che, per espressa previsione legislativa, "non possono esercitare direttamente l'impresa bancaria, nonche' possedere partecipazioni di controllo nel capitale di imprese bancarie o finanziarie diverse dalla societa' per azioni conferitaria" (art. 12, lettera b), cpv.): ma e' anche vero che gli stessi enti, derivati dagli originari enti pubblici creditizi, possono pur sempre restare collegati da un nesso funzionale con l'impresa bancaria, dal momento che ad essi spetta il compito di amministrare "la partecipazione nella societa' per azioni conferitaria dell'azienda bancaria finche' ne sono titolari". Com-



pito che, piu' di ogni altro, tende a connotare la natura dell'ente conferente nella fase di avvio del processo di ristrutturazione e che permane fino a quando non venga attuata (ai sensi della legge 30 luglio 1994, n. 474) la dismissione della partecipazione di controllo sulla societa' conferitaria.

La sussistenza di un vincolo genetico e funzionale tra enti conferenti e societa' bancarie conferitarie viene, del resto, a emergere, oltre che dalla specialita' del regime sopra richiamato, dall'intero contesto della disciplina posta in tema di ristrutturazione con il d.lgs. n. 356 del 1990, dove, fin dal titolo della legge, la stessa disciplina viene riferita al "gruppo creditizio" inteso nel suo complesso. La presenza di tale vincolo, finche' permanga attraverso la titolarita' della partecipazione di controllo nella societa' conferitaria, puo', dunque, giustificare, sul piano sostanziale, un

non



effetto di "attrazione" in base al quale agli enti conferenti, in quanto collegati agli enti conferitari, seguita ad applicarsi il regime previsto dallo Statuto speciale e dalle relative norme di attuazione in tema di enti ed aziende creditizie. E questo tanto piu' ove si consideri che la competenza statutaria che la Regione intende affermare attiene complessivamente all'"ordinamento" delle Casse di risparmio (art. 5, numero 3), mentre le norme attuative dello Statuto assegnano specificamente alla sfera regionale - attraverso una disciplina dotata di forza speciale - il compito di approvare le modifiche statutarie di tali enti (art. 3, lettera c) del d.P.R. n. 234 del 1977) ».

long

Nessun sostegno interpretativo, a favore della natura non imprenditoriale delle fondazioni ai fini del diritto comunitario della concorrenza, può ricavarsi dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 300 e 301 del 29 settembre 2003, nelle quali si afferma che il nuovo regime ha spezzato il vincolo genetico funzionale esistente tra fondazioni - qualificate come persone



diche private senza scopo di lucro - e società bancarie conferitarie e, quindi, realizzato la loro separazione dall'attività creditizia, sia perché tale ricostruzione - nello stesso ragionamento della Corte Costituzionale - implica la totale dismissione delle partecipazioni sulle banche conferitarie, sia perché non è certo che la nuova disciplina abbia efficacia retroattiva.

In ogni caso, le citate sentenze non si fanno alcun carico delle osservazioni contenute nella segnalazione dell'Autorità nazionale *antitrust* (della quale ci si occuperà in seguito) sul ruolo che le fondazioni, anche dopo la dismissione delle partecipazioni di controllo, possono svolgere sui mercati di riferimento, non ponendosi alcun problema circa l'applicabilità del diritto (comunitario e nazionale) della concorrenza.

han

Anzi, per quanto riguarda la disciplina precedente alla riforma e per il c.d. periodo transitorio (e cioè, fino a quando non saranno dismesse le partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie) le sentenze richiamano la «*continuità operativa*» tra fondazioni e banche conferitarie, e la precedente giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale (in particolare, le pronunce n. 341 e 342 del 2001), nella



quale si dava per ammessa l'esistenza del vincolo genetico e funzionale tra i due soggetti.

3.3. Una significativa posizione sul ruolo delle fondazioni bancarie in relazione all'applicazione del diritto della concorrenza, quale emergeva dalla riforma del 1999, era stata assunta dall'Autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato, nella cui segnalazione del 10 dicembre 1999, resa ex art. 22 della legge n. 287 del 1990, veniva osservato quanto segue:

« L'attuale formulazione della norma in esame potrebbe dunque, in definitiva, consentire alle fondazioni il mantenimento, oltre il periodo transitorio, di importanti partecipazioni azionarie in società bancarie e non, partecipazioni che possono, per la loro rilevanza, facilmente risolversi in ipotesi di controllo di fatto. Tale situazione può determinare consistenti distorsioni del corretto assetto concorrenziale dei mercati, in quanto può comportare il perpetuarsi della presenza nel sistema economico italiano, al fianco dei normali operatori di mercato, di soggetti caratterizzati da rilevanti peculiarità nel trattamento fiscale e nel grado di responsabilità nei confronti della gestione delle imprese partecipate. Siffatte

how



peculiarità possono nuocere all'efficienza del l'intero sistema ed alle capacità competitive di altri operatori. In tali condizioni, l'Autorità ritiene che la nozione di controllo adottata dal decreto legislativo, che richiama solo parzialmente l'articolo 23 del Testo unico bancario, incide in misura significativa sull'effettivo perseguimento dell'obiettivo della riforma ed è suscettibile, al contempo, di comportare rilevanti distorsioni dell'assetto concorrenziale.

In conclusione, l'Autorità auspica che, al fine di salvaguardare le esigenze di tutela della concorrenza, la nozione di controllo utilizzata nella definitiva approvazione del decreto legislativo ricomprenda pienamente le situazioni previste dal Testo unico bancario, ciò che consentirebbe di ottenere l'effettivo raggiungimento dell'obiettivo finale della riforma delle fondazioni in termini di definitivo riorientamento degli ambiti della loro attività esclusivamente verso i settori di utilità sociale che sono quelli propri degli enti non profit.»

Wan

Si aggiunga che questa stessa Corte (sentenza 2 agosto 2002, n. 11591) aveva ritenuto che le fondazioni bancarie - in quanto ad esse appartiene il controllo delle imprese bancarie - erano soggette al pote-



re sanzionatorio della CONSOB per violazione di norme sulla concorrenza.

Orbene, la decisione della Commissione, dopo aver preso atto della già richiamata segnalazione dell'Autorità *antitrust* nazionale, non contiene alcuna valutazione o giudizio, neppure sintetico, su tale questione. Appare, poi, del tutto singolare il fatto che la stessa Commissione, nella decisione di apertura (GUCE, C 44 del 10 febbraio 2001) aveva ritenuto la natura di imprese delle fondazioni, osservando testualmente: « *Benchè siano entità senza scopo di lucro vincolate dagli obiettivi sociali definiti dalla legge e impossibilitate a distribuire i vantaggi fiscali ai loro membri o ad altri, le fondazioni restano qualificabili come entità economiche che svolgono attività d'impresa in settori "commerciali" e rientrano, quindi, nel campo d'applicazione dell'art. 87 del trattato* ».

Anche di tale problematica la decisione finale omette di darsi carico, limitandosi, come si è detto, a richiamare principi giurisprudenziali in tema di soggetti passivi i.v.a.

3.4. Inoltre la decisione - nel richiamare i settori d'intervento assegnati alle fondazioni bancarie dalla riforma del 1998 - 1999 (punto 42)- omette di



far menzione del compito, attribuito in via primaria (e non quale funzione strumentale) a tali enti dall'art. 2 della legge - delega del 1998, dello «sviluppo economico del sistema ». Per quanto attiene a tale campo d'intervento vi è da segnalare che, pur essendo vietata, ai sensi dell'art. 3, comma 2°, del d.l.vo 17 maggio 1999, n. 153, alle fondazioni qualsiasi attività di finanziamento, di erogazione o, comunque, di sovvenzione ad enti con fini di lucro, non esiste una espressa inibizione di tali attività nei rapporti tra le stesse fondazioni.

3.5. Ancora, la Commissione ha omissis di svolgere un'indagine sul permanere del controllo delle fondazioni sulle banche conferitarie oltre i tempi ragionevoli per realizzare un'adeguata ristrutturazione dei gruppi bancari, sulle iniziative assunte dalle fondazioni per l'assunzione di altre partecipazioni e sulla gestione di queste ultime, limitandosi a recepire la generica affermazione del Governo italiano che nessuna iniziativa in tal senso risultava assunta. Si pone, comunque, l'esigenza di una verifica su tale problema, considerando recenti e significativi episodi, quali l'assunzione, da parte di un numero rilevante di fondazioni (65), di un' importante quota di partecipazioni

Man



(il 30% del capitale totale, per un valore complessivo di 1 miliardo e 50 milioni di euro)della Cassa Depositi e Prestiti, struttura che opera attualmente nel mercato del credito, a seguito della recente trasformazione in società per azioni.

3.6. Infine, la Commissione non ha adeguatamente considerato i particolari problemi sollevati dall'art. 12 del d.l.vo 153 /1999 a proposito della dismissione, da parte delle fondazioni, delle partecipazioni nella società bancaria conferitaria, dismissione che sarebbe già dovuta avvenire in forza della legge 30 luglio 1994, n. 474. Vi è da rilevare, in proposito, che l'assunzione - in forza di un obbligo legislativo - della partecipazione di controllo della c.d. società conferitaria non può certamente considerarsi una misura temporanea per consentire un' effettiva privatizzazione del sistema bancario pubblico, in quanto tale regime dura da oltre tredici anni, per cui sono evidenti le conseguenti possibilità di turbamento del mercato.

D'altra parte, la stessa lettera dell' art. 12, secondo il quale la mancata dismissione comporta *la perdita della qualità non imprenditoriale* delle fondazioni, solleva forti perplessità, in quanto prevede la perdita delle agevolazioni fiscali, non di per se stes-

hans



sa, ma per conseguenza della perdita della natura *non profit* delle fondazioni. Infatti, l'attribuzione della qualifica imprenditoriale all'ente deriva dalla sua concreta disciplina ricevuta dall'ordinamento giuridico, e non può dipendere dal rispetto dell'obbligo di dismissione. Tanto che da più parti - come la difesa della Fondazione S. Miniato ha ricordato nelle sue conclusioni orali - è stato sollevato un problema di compatibilità della norma che prevede le dismissioni col principio costituzionale di libertà d'impresa (art.41 Cost.). La norma - lungi dal contenere un'interpretazione autentica sulla natura delle fondazioni bancarie, applicabile anche agli enti conferenti nella loro originaria previsione della legge n. 218 / 90 - rispecchia, invece, una natura quanto meno *ibrida* degli enti in questione. In altre parole, sembra che il mantenimento - generalizzato e in forza di disposizioni normative - delle partecipazioni di controllo su imprese bancarie sia considerato dallo stesso legislatore come esercizio d'impresa.

l'ora

3.7. Sempre a proposito dell'assunzione di partecipazioni in imprese, la Commissione non sembra aver adeguatamente valutato la portata dell'art.6 del d.l.vo n. 153 del 1999, secondo cui le fondazioni possono conti-



nuare ad assumere partecipazioni di controllo in imprese anche dopo la dismissione di quelle sulle banche conferitarie, ed anche, quindi, partecipazioni di minoranza in imprese bancarie. Secondo il terzo comma di tale articolo, le fondazioni possono, in base ad accordi con altri soci, riservarsi il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori e di subordinare al proprio assenso tale nomina.

Insomma, come ha esattamente rilevato l'Autorità Garante della concorrenza nazionale nella già citata segnalazione, la completa dismissione delle partecipazioni di controllo sulle banche conferitarie non eviterà il permanere di una presenza potenzialmente distortiva delle fondazioni sui mercati di riferimento.

In sintesi, non pare possa contestarsi che il contemporaneo affidamento in forza di un obbligo di legge, a soggetti appositamente costituiti, della proprietà dominante di una rilevante parte d'impresе bancarie e il mantenimento di tale posizione per un tempo considerevole, nonchè l'impiego delle risorse della dismissione di tali partecipazioni per l'acquisto e la gestione di partecipazioni rilevanti in altre imprese, per finalità diverse, fra cui *lo sviluppo economico del sistema*, diano luogo ad un'attività economica il cui risultato è il conseguimento di un ricavo, anche se lo

Man



stesso non può essere distribuito e deve prevalentemente essere impiegato per finalità *non profit*.

3.8. In conclusione, oltre al quesito sulla qualificazione del regime fiscale agevolato in contestazione come aiuto di Stato, si devono prospettare le seguenti questioni di validità della decisione della Commissione:

a) violazione di norme e principi di diritto comunitario circa la definizione di impresa rilevante ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza: la Commissione - senza applicare i principi tratti dalla giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza e utilizzando soltanto quelli elaborati per la definizione dei soggetti i.v.a. - si è limitata a considerare il fenomeno con riferimento alla mera titolarità di partecipazioni delle singole entità, e non nel suo aspetto globale, e cioè non considerando che la contemporanea attribuzione, per legge, ad un numero elevato di enti, appositamente istituiti, di una rilevante quota di capitale di imprese bancarie e della loro amministrazione, nonché la possibilità di impiegare il ricavato della dismissione di tali partecipazioni nell'acquisto di rilevanti partecipazioni in altre imprese al fine di perseguire lo sviluppo economico del sistema,

Waw



conferiscono per ciò solo agli stessi enti, considerati nel loro complesso, una funzione economica capace di esercitare una determinante influenza sul mercato bancario, e quindi soggetta alla normativa comunitaria in materia di concorrenza e di aiuti di Stato;

b) insufficienza e/o carenza della motivazione, per non avere la Commissione tenuto conto delle particolarità del ruolo delle fondazioni, della loro complessiva influenza sul mercato bancario e del loro rapporto con le imprese bancarie conferitarie, omettendo un' adeguata valutazione della disciplina normativa nazionale in materia; inoltre, per non aver dato alcuna risposta alle questioni poste dall'Autorità nazionale garante della concorrenza nella segnalazione relativa alla legge n. 153 / 1999, che pur veniva espressamente richiamata nelle premesse della decisione; infine, per non aver fornito alcuna risposta alle questioni circa la natura d'impresa delle fondazioni bancarie prospettate dalla stessa Commissione nella decisione di apertura;

Man

c) insufficienza e/o carenza della motivazione sotto altro profilo, e cioè per non avere la Commissione svolto alcuna indagine sull'attività delle fondazioni bancarie volta all'acquisizione e alla gestione di partecipazioni in altre imprese diverse dalla banca conferitaria.



3.9. La Commissione non pare, inoltre, aver considerato che - a prescindere dalla natura commerciale o non commerciale delle fondazioni bancarie - lo speciale regime fiscale accordato ad una determinata categoria di soggetti in relazione al reddito conseguito attraverso i dividendi erogati dalle imprese bancarie conferitarie, con cui i soggetti in questione mantengono un rapporto istituzionale, comporta come inevitabile conseguenza una discriminazione dello status delle banche, solo nazionali, controllate dalle fondazioni, nei confronti di tutte le altre, in quanto queste ultime vedono colpita alla fonte, e in misura rilevante, l'erogazione dei dividendi. Si consideri che l'esonero dalla ritenuta alla fonte, di cui beneficiano le fondazioni, non è stato neppure considerato dalla Commissione CE nella propria decisione, nella parte in cui vengono descritte le agevolazioni fiscali accordate a tali enti (punto 5).

trans

In forza dei principi che si ricavano da una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, una tassazione più favorevole sui dividendi erogati da imprese esclusivamente nazionali, appartenenti ad una determinata categoria, e cioè comprendente soltanto quelle controllate dalle fondazioni bancarie, rispetto a



quella praticata sui dividendi erogati da altre società bancarie, comporta una violazione del principio di non discriminazione (art. 12 del Trattato CE) nei confronti, oltre che dei soggetti titolari dei diritti di partecipazione, sulle stesse imprese, con ulteriore ricaduta sfavorevole sui principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, di cui agli articoli 43 e seguenti, 56 e seguenti del Trattato CE.

In altre parole, la creazione di un sistema speciale di soggetti che, come già precisato, esercitano un controllo su una rilevante quota del mercato dei servizi bancari in forza di un vincolo imposto dalla legge e non estensibile ad altre imprese bancarie, e che nel contempo godono di uno speciale regime fiscale in relazione a diversi settori dell'imposizione, diretta e indiretta, costituisce un fattore di ostacolo per l'esercizio dei diritti fondamentali nel mercato di riferimento da parte delle altre imprese, alle quali è inibito l'accesso a tale regime speciale, e che possono soltanto accedere all'acquisto di partecipazioni, se e quando le fondazioni decideranno la dismissione delle proprie. Si rileva, in particolare, che il prelievo fiscale effettuato mediante ritenuta sui dividendi coinvolge direttamente l'interesse, non solo dei soci, ma

W. J. J.



anche della stessa impresa, che vede limitate le *chan-*
ces di nuovi investimenti da parte degli stessi soci.
Si è ricordato, d'altra parte, che, secondo la legisla-
zione previgente alla riforma del 1999, gli enti confe-
renti dovevano accantonare una parte degli utili per
operazioni di aumento di capitale delle società confe-
ritarie.

Gli stessi problemi si porrebbero, inevitabilmente,
anche per i mercati di riferimento diversi da quelli
bancari, nei quali andrebbero ad operare le imprese le
cui partecipazioni, anche di controllo, fossero assunte
dalle fondazioni di origine bancaria utilizzando la
contemporanea disponibilità delle rilevanti risorse ri-
cavate dalla dismissione delle partecipazioni nelle
banche conferitarie.

Wes

3.10. In conclusione, poiché le particolari que-
stioni sollevate in relazione alla compatibilità del
regime fiscale delle fondazioni bancarie col diritto
comunitario non hanno trovato specifiche risposte nella
giurisprudenza comunitaria e, d'altra parte, sussistono
fondati dubbi circa la validità della decisione della
Commissione sopra richiamata, questa Corte, quale giu-
dice di ultima istanza, deve formulare alla Corte di



Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, le seguenti domande pregiudiziali:

a) se una serie di soggetti (c.d. fondazioni bancarie), creati in base alla legge n. 218 del 1990 e al d.l.vo n. 356 del 1990 e successive modificazioni per essere titolari di partecipazioni di controllo di società esercenti attività bancaria e per amministrare tali partecipazioni, in relazione ad una quota assai rilevante dei soggetti operanti sul mercato, con devoluzione a questi degli utili delle imprese controllate, debbano ritenersi sottoposti - anche quando agli stessi vengano affidati compiti di utilità sociale - alla disciplina comunitaria in materia di concorrenza; se, con riguardo alla disciplina introdotta col d.l.vo n. 153 del 1999, la possibilità offerta a tali enti di destinare il ricavato della dismissione di tali partecipazioni all'acquisto e gestione di rilevanti partecipazioni in altre imprese anche bancarie, e anche di controllo in imprese non bancarie, per diverse finalità, tra cui quella dello sviluppo economico del sistema, costituisca del pari esercizio d'impresa, ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza;

uay



- b) se, in conseguenza, tali enti - nella disciplina contenuta nella legge n. 218 del 1990 e nel d.l.vo n. 356 del 1990 e successive modificazioni, nonché nella riforma di cui alla legge n.461 del 1998 e d.l.vo n. 153 del 1999 - siano sottoposti alla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato (articoli 87 - 88 del Trattato CE), in relazione ad un regime fiscale di favore di cui siano destinatari;
- c) se, in caso di risposta affermativa al precedente quesito, il regime di imposizione diretta agevolata sui dividendi percepiti, in contestazione nella presente causa, costituisca o meno un aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 87 del Trattato CE;
- d) sempre nel caso di risposta affermativa al quesito di cui alla lettera b), se sia valida, sotto i profili di legittimità e di difetto e/o insufficienza della motivazione evidenziati nella presente ordinanza, la decisione della Commissione delle Comunità Europee del 22 agosto 2002, con la quale è stata ritenuta inapplicabile la disciplina sugli aiuti di Stato alle fondazioni di origine bancaria;

luov



e) a prescindere dall'applicabilità della disciplina in materia di aiuti di Stato, se il riconoscimento di un regime fiscale più favorevole sulla distribuzione degli utili delle imprese bancarie conferitarie, esclusivamente nazionali, controllate dalle fondazioni, e da queste percepiti, ovvero delle imprese le cui partecipazioni fossero acquistate col ricavato della dismissione delle partecipazioni in società bancarie conferitarie, costituisca una discriminazione delle imprese partecipate nei confronti delle altre imprese operanti nel mercato di riferimento e, nel contempo, una violazione dei principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, in relazione agli articoli 12, 43 e seguenti, 56 e seguenti del Trattato CE.

U-27

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione;
Visto l'art.234 del Trattato CE;
dispone di sottoporre alla Corte di Giustizia, in via pregiudiziale, le questioni di interpretazione del diritto comunitario e di validità della decisione della



Commissione del 22 agosto 2002 enunciate in motivazio-
ne;

ordina la sospensione del procedimento e che copia del-
la presente ordinanza, unitamente agli atti elencati in
separato provvedimento, siano trasmessi alla canceller-
ria della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della
Sezione tributaria, il 23 marzo 2004.

ESENTE DA REGISTRAZIONE
AI SENSI DEL D.P.R. 26/4/1986
N. 131 TAB. ALL. B - N. 5
MATERIA TRIBUTARIA



Il Presidente

Enrico Altieri

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi 30 APR 2004
IL CANCELLIERE GI
Arraldo Casano