

Spetta al Giudice nazionale valutare i caratteri delle attività svolte dalle Fondazioni bancarie
di Salvatore Lepre()*

Corte di giustizia (seconda sezione). Sentenza 10 gennaio 2006, causa C-222/04.

Ministero dell'Economia e delle Finanze contro Cassa di Risparmio di Firenze SpA,
Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e Cassa di Risparmio di San Miniato SpA.

Domanda di pronuncia pregiudiziale: Corte Suprema di Cassazione – Italia.

«Aiuti concessi dagli Stati – Artt. 87 CE e 88 CE – Banche – Fondazioni bancarie – Nozione d'impresa – Riduzione dell'imposta diretta sui dividendi percepiti dalle fondazioni bancarie – Qualificazione come aiuto di Stato – Compatibilità con il mercato comune – Decisione della Commissione 2003/146/CE – Giudizio di validità – Irricevibilità – Artt. 12 CE, 43 CE e 56 CE – Divieto di discriminazione – Libertà di stabilimento – Libera circolazione dei capitali»

(La sentenza è attualmente reperibile in curia.eu.int)

I QUESITI POSTI ALLA CORTE E LE NORME NAZIONALI RILEVANTI IN MATERIA

1.- La sentenza che qui si annota riguarda l'annosa questione relativa alla compatibilità con il diritto comunitario del regime tributario applicabile alle fondazioni di origine bancaria.

La questione è stata proposta in una ordinanza di rinvio pregiudiziale adottata dalla V Sezione della Corte di cassazione il 23 marzo 2004. Il giudice nazionale chiede alla Corte comunitaria di verificare se le fondazioni bancarie debbano considerarsi imprese ai sensi della normativa del Trattato CE in materia di concorrenza ed, in particolare, di aiuti di Stato (primo quesito); se, in conseguenza, tali enti siano sottoposti alla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato - artt. 87 e 88 CE - (secondo quesito); ed, in caso di risposta affermativa al precedente quesito, se le agevolazioni fiscali in contestazione nella presente causa debbano considerarsi aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87 CE (terzo quesito); inoltre se debba considerarsi legittima la decisione della Commissione del 22 agosto 2002(1), con la quale è stata ritenuta inapplicabile la disciplina sugli aiuti di Stato alle fondazioni di origine bancaria (quarto quesito); ed infine, se il riconoscimento di un regime fiscale più favorevole sulla distribuzione degli utili delle imprese bancarie conferitarie, esclusivamente nazionali, controllate dalle fondazioni, costituisca una discriminazione ai danni di altre imprese operanti nello stesso mercato e, al tempo stesso, una violazione dei principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, in relazione agli artt. 12, 43 ss. e 56 ss. CE (quinto quesito).

Per comprendere appieno le conclusioni a cui è giunto il giudice comunitario è indispensabile richiamare le disposizioni nazionali più rilevanti in materia di fondazioni bancarie. La legge 29 dicembre 1962, n. 1745(2) prevede una ritenuta d'acconto sui dividendi distribuiti dalle società. L'art. 10 bis della predetta legge, però, esenta da tale misura le persone giuridiche pubbliche e le fondazioni esenti dall'imposta sulle società che hanno esclusivamente scopo di beneficenza, educazione, istruzione, studio e ricerca scientifica. Il decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601(3) all'art. 6 prevede una riduzione della metà dell'imposta sulle società per gli enti attivi nei settori dell'assistenza sociale, della sanità, dell'educazione, della cultura e simili.

Il giudizio a quo riguarda l'estensione alle fondazioni bancarie delle agevolazioni fiscali ora menzionate. Si ricorda che l'istituzione delle c.d. fondazioni bancarie è da inserirsi nel più ampio quadro relativo alla privatizzazione delle Casse di Risparmio e degli Istituti di credito di diritto pubblico, avviata a partire dal 1990, dunque ben dopo l'entrata in vigore delle predette agevolazioni tributarie. I radicali mutamenti intervenuti a livello comunitario, nel senso della liberalizzazione e della

concorrenza e, conseguentemente, della riduzione del potere pubblico di autorizzazione, indirizzo e controllo del mercato creditizio, spinsero l'Italia a predisporre una serie di interventi normativi per adeguarsi alle regole europee e dotare il sistema creditizio nazionale di più idonei strumenti per sostenere la prevista maggiore concorrenza.

La prima fase del processo di privatizzazione è iniziata con la legge 30 luglio 1990, n. 218 (4) e dal decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356(5), che hanno trasformato le banche pubbliche in società bancarie per azioni. L'art. 1 del D.lgs. n. 356/90 ha permesso agli enti pubblici creditizi di scorporare l'azienda bancaria e di conferirla ad un nuovo soggetto, costituitosi in forma di società per azioni, la proprietà del cui pacchetto azionario veniva attribuita ai c.d. enti conferenti, continuazione giuridica delle vecchie casse di risparmio. Nascevano in tal modo due soggetti distinti: da una parte la banca conferitaria svolgente l'attività bancaria, dall'altra l'ente conferente con il compito di amministrare la partecipazione bancaria e di perseguire fini di interesse pubblico e di utilità sociale, principalmente nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte e della sanità. Agli enti pubblici conferenti, ai quali venne attribuita nella prassi la denominazione di fondazioni, era riconosciuta dalla prevalente dottrina natura di enti non commerciali, sì da giustificare un regime fiscale di favore nei loro confronti. Fino al 1994 le fondazioni avevano l'obbligo del mantenimento della maggioranza del capitale sociale delle banche conferitarie. Con l'entrata in vigore della legge 30 luglio 1994, n. 474(6) e con la direttiva del Ministro del Tesoro del 18 novembre 1994(7) tale obbligo è stato eliminato e sono stati introdotti incentivi fiscali per la dismissione delle partecipazioni detenute dalle fondazioni.

Con l'intento di dare compiutezza al processo di privatizzazione delle banche iniziato con la legge "Amato", il legislatore interveniva nuovamente in materia con la legge 23 dicembre 1998, n. 461 con il relativo decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153(8). L'art. 2 del D.lgs. 153/99 definisce le fondazioni bancarie persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia gestionale, che perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti.

Per quanto riguarda l'ambito tributario, l'art. 12 del D.lgs. 153/99 prevede che le fondazioni bancarie che hanno adeguato i propri statuti alle disposizioni del decreto stesso siano considerate enti non commerciali, anche se perseguono le proprie finalità statutarie attraverso le imprese strumentali. Il predetto articolo, al secondo comma, estende alle fondazioni bancarie che hanno adeguato i propri statuti alle disposizioni del decreto e operanti nei "settori rilevanti" il regime previsto dall'art. 6 del D.P.R. n. 601/73. Lo stesso regime si applicava, fino all'adeguamento dei rispettivi statuti al D.lgs. n. 153/99, alle fondazioni bancarie non aventi natura di enti commerciali che avessero perseguito in prevalenza fini di interesse pubblico e di utilità sociale nei settori indicati nell'art. 12 del D.lgs. 356/90 e successive modificazioni. Infine al terzo comma dell'art. 12 è prevista la perdita dell'agevolazione fiscale in caso di possesso, successivamente al 31 dicembre 2005, di una partecipazione di controllo nella società bancaria conferitaria.

LA NOZIONE DI IMPRESA E L'ATTIVITÀ DELLE FONDAZIONI BANCARIE

2. – La controversia prende avvio dalla richiesta della Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 1745/62, per il riconoscimento dell'esonero dalla ritenuta d'imposta per l'anno 1998 sugli utili percepiti a seguito della partecipazione in società bancarie (Cassa di Risparmio di San Miniato e Società Casse Toscane Spa, alla quale è subentrata la Cassa di Risparmio di Firenze), respinta dalla Direzione Regionale delle Entrate per la Toscana. La Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, insieme con la Cassa di Risparmio di San Miniato Spa e la Cassa di Risparmio di Firenze Spa hanno impugnato, con esito negativo, il provvedimento dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Firenze. Viceversa, in appello dinanzi alla Commissione tributaria regionale di Firenze veniva accolto il ricorso. Avverso tale decisione il Ministero dell'Economia e delle Finanze proponeva ricorso dinanzi alla Corte di cassazione, la quale, a sua volta, rimetteva al giudizio della Corte di giustizia la soluzione della controversia formulando ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE le domande pregiudiziali già sopra menzionate.

Le prime due questioni sono state poste alla Corte UE per chiarire se le

fondazioni bancarie, poiché possiedono e gestiscono partecipazioni di controllo nelle banche conferitarie ed in altre imprese, possano essere qualificate come "imprese" ai fini della normativa del Trattato CE in materia di concorrenza e se, conseguentemente, siano sottoposte alla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato. La Corte, nell'intento di conferire totale chiarezza e precisione alla soluzione della problematica in esame, enuncia preliminarmente la nozione di impresa in ambito comunitario ed in particolare in materia di concorrenza, per poi passare all'esame dei compiti e delle attività delle fondazioni bancarie.

La Corte ha elaborato, per quanto riguarda la normativa comunitaria in materia di concorrenza, una nozione funzionale d'impresa. Nell'importante pronuncia che ha reso il 23 aprile 1991 nel caso *Höfner* si esprime in questi termini: "La nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento"(9).

L'opposizione della Corte all'utilizzo di un metodo formale per stabilire cosa si debba intendere per impresa, che così caratterizza la sentenza *Höfner*, trova conferma in altre sentenze della Corte(10). La Corte evita di determinare a priori un concetto rigido di impresa, poiché ciò potrebbe andare a detimento di esigenze di giustizia emergenti dal caso concreto. Secondo il giudice comunitario costituisce attività economica qualsiasi attività consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato(11). La Corte inoltre chiarisce che la mancanza di scopo di lucro è irrilevante ai fini della qualificazione di impresa(12).

Gli enti non lucrativi non sono automaticamente e in ragione di ciò sottratti alle regole sulla concorrenza, ma il fatto della loro soggezione, o meno, a tali norme dipende dalle caratteristiche oggettive del loro *modus operandi* e in particolare se la loro attività possa incidere sul mercato. Quindi le fondazioni bancarie pur essendo entità senza scopo di lucro, o meglio senza fine di lucro soggettivo, non possono essere per tale motivo sottratte alle regole in materia di aiuti di Stato. È agevole awedersi della logica di quanto detto se si pensa che le stesse imprese pubbliche, benché sprovviste di un fine di lucro soggettivo, sono destinatarie delle regole sulla concorrenza. Mi sembra pertanto di poter dire che per negare l'esistenza di un'impresa occorre che l'attività esercitata non sia suscettibile, in linea di principio, di essere svolta per il conseguimento di un profitto.

Circa la natura dell'attività di amministrazione di partecipazioni in altre imprese la Corte afferma che "non è sufficiente a configurare un'attività economica del soggetto che detiene tali partecipazioni, quando tale possesso dà luogo soltanto all'esercizio di diritti connessi alla qualità di azionista o socio, nonché, eventualmente, alla percezione di dividendi, semplici frutti della proprietà di un bene". Pertanto l'attività di amministrazione delle partecipazioni effettuata nei termini di presenza alle assemblee e riscossione dei dividendi non conferisce natura commerciale all'attività svolta. In tal caso la Corte richiama il concetto di attività economica sviluppato relativamente alla sesta direttiva IVA(13). L'utilizzazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di IVA appare ragionevole e condivisibile, infatti ai fini dell'imposta comunitaria per eccellenza, soggetto passivo è chiunque svolga un'attività economica rivolta al mercato, concetto quest'ultimo coincidente con quello utilizzato ai fini della concorrenza. Ciò vuol dire che le fondazioni che si limitano a percepire i dividendi distribuiti dalle società partecipate e ad utilizzarli per le finalità di pubblico interesse indicate dalla legge e consacrate nei rispettivi statuti, non avranno alcun problema a beneficiare delle agevolazioni previste all'art. 10 bis della L. n. 1745/1962 e all'art. 6 del D.P.R. n. 601/1973. Il giudice comunitario quindi in modo non equivoco respinge la tesi dell'Amministrazione finanziaria secondo cui le fondazioni che detengono partecipazioni di controllo nelle s.p.a. bancarie svolgono un'attività commerciale che preclude loro di beneficiare delle agevolazioni fiscali qui discusse. Tuttavia la stessa Corte precisa che laddove l'ente titolare di partecipazioni di controllo in una società eserciti tale controllo partecipando in maniera diretta o indiretta alla gestione di essa deve essere considerato ente commerciale. Pertanto le fondazioni bancarie che intervengono direttamente o indirettamente nella gestione di altre imprese vanno considerate come enti svolgenti un'attività economica. Se non fosse così per eludere le norme comunitarie sugli aiuti di Stato basterebbe creare due enti distinti, uno con il compito di svolgere direttamente l'attività economica e l'altro con la funzione di controllo sul

primo.

Il giudice comunitario si sofferma poi ad esaminare se sia possibile per una fondazione bancaria un coinvolgimento diretto o indiretto nella gestione delle imprese partecipate. Nell'ambito della disciplina prevista per il periodo che interessa, vale a dire per i periodi di imposta anteriori al 1998, la Corte rinvia la possibilità di un'ingerenza della fondazione nella società bancaria partecipata. La L. 218/90 ed il D.lgs. n. 356/90 rendono concreta la possibilità per le fondazioni di esercitare una "influenza decisiva" sulle relative banche conferitarie. La Corte menziona alcune norme che dimostrano l'esistenza nel periodo rilevante di legami organici e funzionali tra le fondazioni e le società bancarie, come è ad esempio il caso delle disposizioni dell'art. 12 del predetto decreto che prevedevano, al fine di assicurare "la continuità operativa" tra la fondazione e la banca controllata, la nomina di alcuni membri del comitato di gestione della fondazione nel consiglio di amministrazione della banca, e, analogamente, i membri dell'organo di controllo della fondazione nel collegio sindacale della banca conferitaria. L'art. 4, terzo comma, del D.lgs. 153/99 ha vietato ai membri dell'organo di amministrazione della fondazione di assumere funzioni di consigliere di amministrazione nella società bancaria e la legge 24 dicembre 2003, n. 350(14) ha previsto che i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la fondazione non possono assumere funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la società bancaria o sue controllate o partecipate e che i soggetti che svolgono funzioni di indirizzo nella fondazione bancaria non possono assumere funzioni di amministrazione, direzione o controllo nella società bancaria.

Alla luce delle considerazioni svolte il giudice comunitario ritiene possibile in astratto che una fondazione bancaria possa essere qualificata come impresa ai sensi del diritto comunitario; la Corte ritiene peraltro che ogni pronuncia su tale questione spetti al giudice nazionale, il quale dovrà valutare caso per caso se la fondazione, oltre a detenere una partecipazione di controllo in una società bancaria, eserciti effettivamente tale controllo ingerendosi nella gestione di essa.

In questa prospettiva sembrano emergere dalle affermazioni della Corte i dubbi, peraltro già espressi dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, sulla qualifica delle fondazioni bancarie nel periodo in esame. Si ritiene che il giudice comunitario, non escludendo in linea di principio la possibilità di qualificare come commerciale l'attività di amministrazione delle partecipazioni svolta dalle fondazioni e investendo il giudice nazionale del compito di valutare concretamente l'idoneità o meno della fondazione ad esercitare un'attività economica, abbia compiuto una scelta convincente. Il giudice nazionale deve verificare se l'attività svolta da colui che detiene le partecipazioni è attività commerciale o attività di mero godimento. Nel caso in cui la fondazione si limiti ad una gestione meramente conservativa del pacchetto azionario di controllo, esercitando solo i poteri ed i diritti connessi alla titolarità giuridica delle quote di partecipazione, senza concretamente ingerirsi nelle scelte operative dell'organo di gestione della partecipata, non assumerà la qualifica di impresa. È evidente, come si avrà modo di vedere anche più avanti, che la Corte si esprime in modo prudente sotto il profilo "politico", il giudice comunitario si mostra particolarmente cauto nell'interferire nelle politiche macroeconomiche di natura prevalentemente fiscale dei singoli Stati.

Per quanto riguarda il ruolo svolto dalle fondazioni nei settori di interesse pubblico e utilità sociale la Corte opera innanzi tutto un distinguo tra il versamento di contributi ad enti senza scopo di lucro e l'attività svolta direttamente in tali settori. (Ad esempio nell'ambito della ricerca scientifica, dell'educazione, dell'arte o della sanità). Nel primo caso la fondazione agisce come un ente di beneficenza e pertanto la qualificazione di impresa è da escludersi. Nel secondo caso, invece, agendo essa stessa negli ambiti di interesse pubblico e di utilità sociale, offre beni o servizi su un mercato, ponendosi in concorrenza con altri operatori. In quest'ultimo caso, che deve essere valutato dal giudice nazionale, la fondazione bancaria deve essere considerata come un'impresa.

Il ragionamento della Corte nell'operare quest'ultima distinzione è condotto in modo persuasivo. Appare evidente che l'utilizzo da parte delle fondazioni dei redditi ottenuti dalla gestione dei patrimoni in vista del versamento ad enti non lucrativi ha una funzione sociale, e soprattutto per quanto qui ci interessa, è un'attività che non trova

imprese interessate a gestirla. Non c'è un mercato per l'attività di erogazione di contributi a fondo perduto e dunque non sarà applicabile la disciplina in materia di concorrenza. Viceversa, quando una fondazione bancaria svolge direttamente un'attività in ambito sociale, può trovarsi ad offrire beni o servizi in concorrenza con operatori agenti per fini di lucro, in tal caso potrà essere sottoposta alle norme comunitarie sugli aiuti di Stato.

LE CONDIZIONI AL VERIFICARSI DELLE QUALI IL GIUDICE NAZIONALE SARÀ TENUTO A CONSIDERARE IL REGIME TRIBUTARIO DISCUSSO COME AIUTO DI STATO

3 - Se le fondazioni bancarie vengono ritenute imprese devono essere sottoposte alla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato; conseguentemente occorre valutare se il sistema di agevolazioni ed esenzioni fiscali descritto nell'ordinanza di rinvio della Cassazione costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 CE (terza questione pregiudiziale).

La Corte di giustizia ha prima di tutto precisato che spetta al giudice nazionale valutare la portata delle norme nazionali ed il modo in cui devono essere applicate(15). Il giudice comunitario non può pronunciarsi sull'interpretazione di norme di diritto interno: egli deve limitarsi ad interpretare il diritto comunitario(16). Nel caso di specie spetta, quindi, al giudice a quo determinare se l'esenzione prevista dall'art. 10 bis della legge n. 1745/62 riguardi una ritenuta d'acconto o una ritenuta a titolo d'imposta; egli deve altresì determinare se la fondazione bancaria resistente abbia diritto a tale esenzione per l'esercizio fiscale 1998, mediante un'applicazione congiunta delle disposizioni contenute nell'art. 6 del D.P.R. n. 601/73, oltretutto, se necessario, attraverso un'applicazione retroattiva dell'art. 12, secondo comma, del decreto legislativo n.153/99. Viceversa, una volta che il giudice nazionale abbia deciso nel senso della concessione delle agevolazioni fiscali in esame, spetta al giudice comunitario pronunciarsi circa l'eventuale natura di aiuti di Stato delle stesse.

La Corte di giustizia ricorda che l'art. 87, n. 1 del Trattato CE subordina la qualificazione di una misura nazionale come aiuto di Stato alle seguenti condizioni: deve essere concesso da uno Stato o mediante risorse statali, deve avere carattere selettivo (cioè deve favorire solo "talune imprese o talune produzioni"), deve incidere sugli scambi tra gli Stati membri ed essere idoneo a falsare la concorrenza. Procede poi ad un esame delle singole condizioni e se queste siano ravisabili nella fattispecie concreta.

In merito alla prima condizione l'art. 87, n. 1, CE riguarda "gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma"; ciò sta a significare che è necessario che l'aiuto sia imputabile allo Stato. La Corte poi precisa, richiamando alcuni suoi precedenti, che il concetto di aiuto è più ampio di quello di sovvenzione, "dato che esso vale a designare non soltanto delle prestazioni positive del genere delle sovvenzioni stesse, ma anche degli interventi, i quali in varie forme alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti"(17). Pertanto un'esenzione fiscale concessa a talune imprese, pur non implicando, a rigore, un trasferimento di risorse statali, può costituire un aiuto di Stato poiché "una perdita di gettito fiscale è equivalente al consumo di risorse statali sotto forma di spesa fiscale"(18). Venendo alla valutazione del caso di specie, il giudice comunitario afferma che è irrilevante, ai fini della qualificazione di aiuto, sapere se l'agevolazione fiscale consiste nell'esenzione da una ritenuta alla fonte, come ritiene la Cassazione nell'ordinanza di rinvio, o da una ritenuta di acconto, come sostengono le parti in causa, in quanto in entrambi i casi il beneficiario dell'esenzione ottiene un vantaggio gratuito comportante un finanziamento statale, che si tratti di una riduzione d'imposta o di un rinvio del pagamento dovuto(19). Sul punto mi sembra doveroso osservare, sebbene ai fini del rinvio pregiudiziale la questione non sia decisiva, che l'ordinanza della Cassazione qualifica erroneamente la ritenuta a titolo di imposta, mentre si tratta di ritenuta a titolo di acconto.

Per quanto riguarda il criterio della selettività l'art. 87, n. 1, CE vieta gli aiuti che favoriscono "determinate imprese o produzioni"(20). In difetto di quest'ultimo criterio ci troveremmo di fronte ad una misura di carattere generale, non suscettibile, in quanto tale, di rientrare nel campo di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE. La distinzione tra aiuto e misura

generale è peraltro, spesso, assai incerta, tuttavia nel caso in esame la Corte rileva che la misura discussa si applica solo a talune imprese individuate per la loro natura giuridica (fondazioni o enti di diritto pubblico), e per lo specifico settore in cui svolgono la propria attività (istruzione, sanità, cultura, ecc.); inoltre i provvedimenti in questione non possono essere giustificati dalla natura o dalla struttura generale del sistema fiscale di cui fanno parte. Il legislatore con le agevolazioni concesse alle fondazioni bancarie ha voluto favorire enti ritenuti socialmente meritevoli e non rispondere ad una logica interna delle norme fiscali: pertanto l'agevolazione è selettiva.

L'ultima condizione esaminata dalla Corte è quella relativa all'incidenza sugli scambi tra Stati membri ed alla distorsione della concorrenza. In proposito il giudice comunitario rileva la potenziale idoneità dell'aiuto ad incidere sugli scambi intracomunitari, mentre non è necessario accertarne l'effettiva incidenza(21).

Quanto alla distorsione della concorrenza questa è stata interpretata in senso estensivo: essa si realizza qualora l'intervento dello Stato provochi una modifica artificiale dei costi di produzione dell'impresa beneficiaria e ne rinforzi la posizione nei confronti dei concorrenti(22).

La Corte anche in questo caso rimette la valutazione al giudice nazionale, il quale, alla luce degli elementi interpretativi illustrati nella sentenza, deve verificare di volta in volta se l'aiuto incida sugli scambi e falsi la concorrenza. Tuttavia il giudice comunitario lascia intendere un giudizio tutt'altro che favorevole verso le agevolazioni in esame. Infatti la Corte considera che l'agevolazione fiscale in questione può rafforzare finanziariamente la posizione dell'unità economica formata dalla fondazione bancaria e dalla società bancaria; inoltre può rafforzare la posizione della fondazione in un'attività svolta dalla stessa.

LA DECISIONE DELLA COMMISSIONE

4 - Un ulteriore problema sollevato dalla Corte di Cassazione riguarda la validità della decisione della Commissione del 22 agosto 2002(23). Con tale decisione la Commissione, a conclusione della procedura di verifica avviata nei confronti dello Stato italiano per valutare la natura delle misure fiscali previste dall'Italia nel decreto legislativo n. 153/99, ha stabilito che non costituiscono aiuti di Stato le agevolazioni destinate alle fondazioni bancarie, poiché queste ultime non svolgendo attività economica non possono essere considerate imprese ai sensi dell'art. 87 del trattato CE. Più precisamente la pronuncia della Commissione, pur presentandosi come sostanzialmente positiva per le fondazioni bancarie, non si astiene dall'affermare che nel caso esse intervenissero direttamente in un'attività economica nella quale si realizzano scambi tra Stati membri, anche se nei settori nei quali la legge attribuisce ad esse questa facoltà, qualsiasi agevolazione fiscale in favore di tale attività sarebbe atta a costituire aiuto di Stato e dovrebbe, pertanto, essere notificata ai sensi dell'art. 88, n. 3 del Trattato CE. Allo stesso modo il controllo di imprese strumentali nei c.d. settori rilevanti, in mercati dove sono presenti operatori che esercitano la stessa attività per scopi di lucro, è potenzialmente in grado di falsare la concorrenza, per cui l'attività delle fondazioni non può essere sottratta dall'applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza, benché ciò non implichi che tutte le attività indicate siano da ritenersi di natura economica, dovendosi verificare questo requisito caso per caso.

Dall'esame dell'ordinanza della Cassazione emerge chiaramente la volontà del giudice nazionale di prendere una chiara posizione di disaccordo con la decisione della Commissione, che porta a chiedere alla Corte di giustizia di verificarne la validità.

Un tale rinvio solleva innanzi tutto il dubbio se sia ricevibile, avendo ad oggetto un atto della Commissione che non è stato impugnato dagli interessati ai sensi dell'art. 230 CE. Secondo la Cassazione la definitività di tale atto non esclude la possibilità di verificarne la validità nell'ambito della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia. Sotto tale profilo la Corte, in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale, ritiene il rinvio ricevibile. Sul punto il giudice comunitario, infatti, osserva che la questione della validità della decisione 2003/146 è stata sollevata d'ufficio dal giudice nazionale e non da un soggetto che avrebbe potuto impugnare la decisione ma non lo ha fatto nei termini previsti dall'art. 230 CE. Pertanto il rinvio non può essere dichiarato irricevibile richiamando la giurisprudenza derivata dalla sentenza *TWD Textilverke Deggendorf*(24), poiché in quel caso ricorrente era lo stesso soggetto che avrebbe potuto impugnare l'atto. Traendo le conseguenze implicite

del caso si può dire che il giudice comunitario ritiene che il giudice nazionale possa sollevare d'ufficio la questione di legittimità di un atto comunitario di cui era destinatario uno Stato che non ha proposto il ricorso di annullamento entro i termini previsti dall'art. 230. Questa impostazione sembra senza dubbio condivisibile, poiché mette nelle condizioni di far accedere il più possibile liberamente il giudice nazionale alla Corte di giustizia, tutto ciò a vantaggio del rispetto e dell'uniforme applicazione del diritto comunitario. Tuttavia le argomentazioni utilizzate dalla Corte sembrano piuttosto scarse, non avendo esaminato diffusamente tutti i profili della questione. In particolare la Corte, ad avviso di chi scrive, avrebbe potuto sottolineare più efficacemente che la procedura prevista dall'art. 234 è uno strumento di collaborazione tra giudice nazionale e giudice comunitario e non un procedimento delle parti, e soprattutto, avrebbe potuto dedicare più ampio spazio al tema dei rapporti che intercorrono tra l'uso dell'azione di annullamento e del rinvio pregiudiziale.

L'esame della Corte sulla ricevibilità del quesito pregiudiziale in esame va oltre quanto detto finora ed investe anche l'aspetto della rilevanza della decisione della Commissione al fine della soluzione della controversia di fronte al giudice nazionale. Secondo giurisprudenza consolidata, la Corte può decidere di non pronunciarsi sulle questioni poste qualora risulti che queste siano manifestamente irrilevanti rispetto ai fatti ed all'oggetto della causa principale(25). Discostandosi dalle conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte ritiene che la questione della validità della decisione 2003/146 "non ha alcuna relazione con l'oggetto della causa principale e non è quindi rilevante per la decisione di quest'ultima". La conclusione della Commissione, secondo la quale la misura di cui all'art. 12, secondo comma, del decreto legislativo n. 153/99 non costituisce aiuto di Stato, è stata adottata sulla base della nuova disciplina delle fondazioni bancarie prevista dalla legge 461/98, dal decreto legislativo sopra menzionato e dalla legge n. 448/01, disciplina che è entrata in vigore successivamente ai fatti oggetto della causa principale risalenti all'esercizio fiscale 1998.

La nuova disciplina pur presentando significative differenze rispetto a quella precedente non è, ad avviso di chi scrive, irrilevante rispetto ai fatti e all'oggetto della causa principale; inoltre l'esame della decisione della Commissione avrebbe fornito l'occasione al giudice comunitario di dare un utile contributo chiarificatore anche nell'ambito dell'attuale disciplina. Invece l'irricevibilità dichiarata nei confronti di questo quarto quesito, consente alla Corte di non dover prendere in esame il presente assetto normativo delle fondazioni bancarie e soprattutto di evitare un'eventuale posizione di contrasto con la decisione della Commissione. Sotto quest'ultimo profilo è lo stesso Avvocato generale nelle sue conclusioni ad evidenziare che "la giurisprudenza comunitaria non è totalmente univoca circa la reale portata del sindacato della Corte".

Da quanto detto dal giudice comunitario infine si può senz'altro desumere che la decisione della Commissione è valida ed applicabile alle fondazioni bancarie soltanto per i periodi di imposta successivi all'entrata in vigore della c.d. legge Ciampi e che non è in condizione di svolgere alcun tipo di influenza nell'ambito delle valutazioni che la Cassazione deve compiere nel caso in esame.

NON VI È ALCUNA DIFFERENZA DI TRATTAMENTO RILEVANTE AI FINI DEGLI ARTT. 12, 43 E 56 CE

5.- Per quanto riguarda il quinto quesito l'Avvocato generale riteneva che la questione dovesse essere risolta nel senso della legittimità delle agevolazioni fiscali, oggetto della causa principale, rispetto al principio di non discriminazione (art. 12 CE), alla libertà di stabilimento (art. 43 CE e ss.) ed alla libera circolazione di capitali (art. 56 CE e ss.). La Corte, invece, non ha ritenuto necessario esaminare il quesito.

Il giudice comunitario, anzitutto, ricorda che l'art. 12 CE ha una propria sfera di applicazione autonoma solo nelle ipotesi in cui non vi siano norme che in modo specifico vietino trattamenti discriminatori(26). Quindi osserva che nel nostro caso gli artt. 43 CE e 56 CE sanciscono il divieto di discriminazione rispettivamente nell'ambito del diritto di stabilimento e della libera circolazione dei capitali; pertanto, la quinta questione va letta come riguardante solo queste due ultime disposizioni. Comunque venga qualificata l'agevolazione fiscale non vi sarebbe alcuna differenza di trattamento rilevante ai fini dei due predetti ultimi articoli, in quanto se l'agevolazione venisse considerata aiuto di Stato

sarebbe eliminata, se, al contrario, tale qualificazione fosse esclusa si eliminerebbe il problema della violazione dei succitati articoli; infatti, se l'attività delle fondazioni non fosse ritenuta "attività d'impresa" ai fini degli aiuti di Stato, allo stesso modo tale attività sarebbe irrilevante ai fini dell'esistenza di violazioni dei principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali.

LE CONCLUSIONI

6.- La sentenza della Corte di giustizia che qui si annota era molto attesa dalle fondazioni bancarie e dal Governo italiano, sia per i notevoli interessi economici in gioco nel contenzioso tra tali enti e l'Amministrazione finanziaria, che per le possibili ripercussioni sull'assetto della normativa di settore.

La pronuncia potrebbe lasciare spazio a qualche perplessità e spunto critico per la volontà dei giudici di Lussemburgo di non prendere una posizione netta per ciò che riguarda la qualificazione delle fondazioni bancarie come "imprese", assoggettate alla disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. La sensazione che emerge dalla lettura della sentenza è che la Corte abbia ecceduto in prudenza nel prendere posizione in rapporto al riconoscimento delle agevolazioni fiscali alle fondazioni bancarie. Il permanere di alcune incertezze è del resto testimoniato dai diversi orientamenti espressi dalla dottrina all'indomani della decisione della Corte di giustizia.

A parere di chi scrive la complessità delle problematiche in esame giustifica il cautelativo approccio utilizzato dal giudice comunitario. Appare ragionevole la decisione della Corte, del resto conforme a quanto già affermato dall'Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni, di rimettere al giudice nazionale la valutazione ai fini della qualificazione di impresa delle attività delle fondazioni bancarie. Il giudice comunitario, inoltre, non lascia comunque sprovvisto il giudice interno di diversi parametri interpretativi che agevolano la valutazione di quest'ultimo. Oltre a ciò vi è da dire che la scelta di investire il giudice nazionale dell'onere di valutare caso per caso se l'attività della fondazione bancaria concretizzi o meno un'attività economica trova un'ulteriore giustificazione nella realtà delle cose: le fondazioni bancarie sono un insieme piuttosto eterogeneo, con modalità organizzative e di azione non uniformi. La Corte di cassazione pone un problema di principio per tutte le fondazioni, invece la Corte di giustizia, dando maggiore importanza alle situazioni di fatto, ritiene necessario l'accertamento in concreto dell'idoneità o meno della singola fondazione a svolgere un'attività economica.

(*) Dottorando di ricerca in diritto della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea nell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

Note

(1) dec. n. 2003/146/CE in *G.U.U.E.*, n. L 55 del 1° marzo 2003, p. 56 a 64

(2) *G.U.R.I.*, 7 gennaio 1963, n. 5, p. 61

(3) *G.U.R.I.*, 16 ottobre 1973, n. 268, p. 3

(4) in *G.U.R.I.*, 30 luglio 1990, n. 182, p. 8, legge "Amato"

(5) nel suppl. ord. alla *G.U.R.I.* del 3 dicembre 1990, n. 282, p. 5

(6) in *G.U.R.I.* del 30 luglio 1994, n. 177, p. 5

(7) direttiva "Dini" in *G.U.R.I.*, n. 273 del 22 novembre 1994

(8) rispettivamente in *G.U.R.I.*, n. 4 del 7 gennaio 1999, p. 4 e *G.U.R.I.*, n. 125 del 31 maggio 1999, p. 4, seconda fase del processo di privatizzazione che suole essere ricordato come riforma "Ciampi"

(9) CE 23 aprile 1991, *K. Höfner e F. Elser c. Macrotron GmbH*, C-41/90 – in *Racc.*, I-1979

(10) in particolare 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*, *Racc.*, I-6451, p.to 75

(11) vedi in particolare, sent. 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione/Italia*, *Racc.*, I-3851, p.to 36, e 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Paulov e a.*, *Racc.*, I-6451, p.to 75

(12) Vedi le sentenze 16 novembre 1995, causa C-244/94, *FFSA e a.*, *Racc.*, I-4013, p.to 21, e *Paulov* sopra citata

(13) vedi in tal senso la sentenza 14 novembre 2000, causa C-142/99,

Floridienne e Berginvest, Racc., I-9567, p.ti 17-19 e giurisprudenza ivi citata

(14) suppl. ord. alla *G.U.R.I.* n. 299 del 27 dicembre 2003, p. 1

(15) sentenza 7 dicembre 1995, causa C-45/94, *Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta, Racc.*, I-4385, p.to 26

(16) sentenza 19 giugno 1973, causa 77/72, *Campolongo/Azienda agricola Maya, Racc.*, I-613 ss.; ordinanza 21 dicembre 1995, causa C-307/95, *Max Mara, Racc.*, I-5083, p.to 5

(17) la giurisprudenza della Corte è su questo punto ben consolidata, sentenza 23 febbraio 1961, C-30/59, *De Geramenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autorità, Racc.*, I-3, p.to 4, anche se tale definizione è stata elaborata riferendosi all'art. 4, lett. c TCECA essa è applicabile anche al TCE; vedi inoltre sentenza 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España, Racc.*, I-877; sentenza 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio, Racc.*, I-3735, p.to 34; sentenza 13 giugno 2000, cause T-204/97 e T-270/97, *EPAC c. Commissione, Racc.*, II-2267, p.ti 65 e 66; sentenza 8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementewerke, Racc.*, I-8365, p.to 38; sentenza 15 luglio 2004, causa C-501/00, *Spagna/Commissione, Racc.*, I-6717, p.to 90 e giurisprudenza ivi citata, da ultimo sentenza 15 dicembre 2005, causa C-66/02, *Italia/Commissione*, non ancora pubblicata nella raccolta, p.to 77

(18) vedi la comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato approvata l'11 novembre 1998, in *G.U.C.E.*, n. C-384 del 10 dicembre 1998, p. 2

(19) Sentenza *Italia/Commissione*, cit., p.to 78

(20) sentenza 17 giugno 1999, C-75/97, *Belgio c. Commissione, Racc.*, I-3671, p.to 28 e sentenza 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, cit., p.to 41

(21) sentenza 19 sett. 2002, causa C-114/00, *Spagna c. Commissione, Racc.*, I-7657, p.to 68; sentenza 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Italia/Commissione, Racc.*, I-3679, p.to 44 e citata sentenza 15 dicembre 2005, *Italia/Commissione*, p.to 111 e sentenza 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito Italiano*, non ancora pubblicata nella raccolta, p.to 54

(22) sentenza 11 novembre 1987, C-259/85, *Francia c. Commissione, Racc.*, I-4393, p.to 24

(23) dec. CE 2003/146, in *G.U.U.E.*, L 55, dell'1-3-2003, p. 56 ss.

(24) sentenza 9 marzo 1994, causa C-188/92, *Racc.*, I-833

(25) in tal senso si veda la sentenza 21 marzo 2002, causa C-451/99, *Cura Anlagen, Racc.*, I-3193, p.to 16 e la sentenza 5 febbraio 2004, causa C-380/01, *Schnieder, Racc.*, I-1389 p.to 22

(26) si veda in tal senso la sentenza 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft e a., Racc.*, I-1727, p.to 38