

Processo C-222/04

Ministero dell'Economia e delle Finanze

contra

Cassa di Risparmio di Firenze SpA e o.

(pedido de decisão prejudicial apresentado pela Corte suprema di cassazione)

«Auxílios de Estado – Artigos 87.º CE e 88.º CE – Bancos – Fundações bancárias – Conceito de empresa – Regime privilegiado em matéria de imposto directo relativamente aos dividendos recebidos pelas fundações bancárias – Qualificação de auxílio de Estado – Compatibilidade com o mercado comum – Decisão 2003/146/CE da Comissão – Apreciação da validade – Inadmissibilidade – Artigos 12.º CE, 43.º CE e 56.º CE – Princípio da não discriminação – Liberdade de estabelecimento – Livre circulação de capitais»

Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas em 27 de Outubro de 2005

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 10 de Janeiro de 2006

Sumário do acórdão

1. *Questões prejudiciais – Apreciação da validade – Questão relativa à validade de uma decisão que não foi impugnada com fundamento no artigo 230.º CE*

(Artigos 230.º CE e 234.º CE)

2. *Questões prejudiciais – Competência do Tribunal de Justiça – Limites – Questão manifestamente destituída de pertinência*

(Artigo 234.º CE)

3. *Concorrência – Normas comunitárias – Destinatários – Empresas – Conceito*

(Artigo 87.º, n.º 1, CE)

4. *Concorrência – Normas comunitárias – Destinatários – Empresas – Conceito*

(Artigo 87.º, n.º 1, CE)

5. *Auxílios concedidos pelos Estados – Conceito*

(Artigo 87.º, n.º 1, CE)

6. *Auxílios concedidos pelos Estados – Conceito – Carácter selectivo da medida*

(Artigo 87.º, n.º 1, CE)

7. *Auxílios concedidos pelos Estados – Afectação das trocas entre Estados-Membros – Prejuízo da concorrência – Critérios de apreciação*

(Artigo 87.º, n.º 1, CE)

8. Auxílios concedidos pelos Estados – Conceito

(Artigo 87.º, n.º 1, CE)

1. Uma vez que uma questão prejudicial de apreciação da validade de uma decisão da Comissão foi submetida oficiosamente pelo órgão jurisdicional de reenvio, e não a pedido de uma pessoa que, tendo tido a possibilidade de interpor um recurso de anulação dessa decisão, não o fez no prazo imposto pelo artigo 230.º CE, a questão prejudicial não pode ser declarada inadmissível devido a esta última circunstância.

(cf. n.os 72?74)

2. O Tribunal de Justiça pode decidir não se pronunciar sobre uma questão prejudicial de apreciação da validade de um acto comunitário quando seja manifesto que essa apreciação, solicitada pelo órgão jurisdicional nacional, não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal.

(cf. n.º 75)

3. No contexto do direito da concorrência, o conceito de «empresa» abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.

Constitui uma actividade económica qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado. Embora, na maior parte dos casos, a actividade económica seja exercida directamente no mercado, não se exclui, no entanto, que seja exercida ao mesmo tempo por um operador em contacto directo com o mercado e, indirectamente, por outra entidade que controla este operador no âmbito de uma unidade económica formada por ambos.

A este respeito, a mera detenção de participações, mesmo de controlo, não basta para caracterizar uma actividade económica da entidade detentora destas participações, quando apenas dá origem ao exercício dos direitos resultantes da qualidade de accionista ou de associado, bem como, sendo caso disso, o recebimento de dividendos, simples frutos da propriedade de um bem. Em contrapartida, deve-se considerar que uma entidade que, pelo facto de deter participações de controlo numa sociedade, exerce efectivamente esse controlo através de uma participação directa ou indirecta na sua gestão, participa na actividade económica exercida pela empresa controlada e essa entidade deve, por conseguinte, a esse título, ser qualificada de empresa na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

Se tal não ocorrer, uma simples cisão de uma empresa em duas entidades diferentes, em que a primeira prossegue directamente a actividade económica anterior e a segunda controla a primeira ao mesmo tempo que intervém na sua gestão, bastaria para privar as normas comunitárias relativas aos auxílios de Estado de efeito útil. Isto permitiria à segunda entidade beneficiar de subvenções ou outros benefícios concedidos pelo Estado ou através de recursos estatais e utilizá-los, no todo ou em parte, em proveito da primeira, no interesse, igualmente, da unidade económica formada pelas duas entidades.

Pode, por isso, ser qualificada como «empresa» na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE e ser assim sujeita às normas comunitárias relativas aos auxílios de Estado uma pessoa colectiva como uma fundação bancária que controla o capital de uma sociedade bancária, cujo regime contém normas que traduzem uma missão que ultrapassa um simples investimento de capitais por um investidor,

tornam possível o exercício de funções de controlo, mas igualmente de impulso e apoio financeiro, e ilustram dessa forma a existência de relações orgânicas e funcionais entre as fundações bancárias e as sociedades bancárias.

(cf. n.os 107-118, 125, disp. 1)

4. Uma pessoa colectiva, como uma fundação bancária, cuja actividade se limita ao pagamento de contribuições a organismos sem fins lucrativos, não pode ser qualificada como «empresa» na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Com efeito, essa actividade tem um carácter exclusivamente social e não é exercida num mercado em concorrência com outros operadores. No âmbito da referida actividade, uma fundação bancária age como uma instituição de beneficência ou uma organização caritativa e não como uma empresa.

Em contrapartida, quando uma fundação bancária, agindo ela própria nos domínios de interesse público e de utilidade social, utiliza a habilitação que lhe é conferida pelo legislador nacional para efectuar operações financeiras, comerciais, imobiliárias e mobiliárias, necessárias ou oportunas para a realização dos objectivos que lhe são fixados, pode fornecer bens ou prestar serviços no mercado em concorrência com outros operadores, por exemplo, em domínios como a investigação científica, a educação, a arte ou a saúde.

Nesta hipótese, esta fundação bancária deve ser considerada uma empresa, na medida em que exerce uma actividade económica, não obstante a circunstância de a oferta de bens ou de serviços ser feita sem fins lucrativos, uma vez que esta oferta está em concorrência com a de operadores que prosseguem tais fins, e devem por isso ser-lhe aplicadas as normas comunitárias relativas aos auxílios de Estado.

(cf. n.os 119-125, disp. 1)

5. O conceito de auxílio é mais lato do que o de subvenção, pois abrange não apenas prestações positivas, como as próprias subvenções, mas também as intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, pelo que, não sendo subvenções na acepção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos.

Daqui decorre que a medida através da qual as autoridades públicas atribuem a certas empresas isenções fiscais que, embora não impliquem uma transferência de recursos do Estado, colocam os beneficiários numa situação financeira mais favorável do que a dos outros contribuintes constitui um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Do mesmo modo, uma medida que concede a determinadas empresas uma redução de imposto ou um diferimento do pagamento do imposto normalmente devido pode constituir um auxílio de Estado.

(cf. n.os 131, 132)

6. Um benefício fiscal, concedido a determinadas empresas tendo em consideração a sua forma jurídica, pessoa colectiva de direito público ou fundação, e os sectores em que exercem a sua actividade, não se aplica a todos os operadores económicos e, por conseguinte, não pode ser considerada uma medida geral de política fiscal ou económica, pelo que é selectivo.

(cf. n.os 135, 136, 138)

7. O artigo 87.º, n.º 1, CE proíbe os auxílios que afectem as trocas comerciais entre Estados-Membros e falseiem ou ameacem falsear a concorrência. Para efeitos da qualificação de uma medida como auxílio de Estado proibido, não é necessário demonstrar uma incidência real do auxílio sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros e uma distorção efectiva da

concorrência, mas apenas examinar se o auxílio é susceptível de afectar essas trocas e de falsear a concorrência. Em especial, quando um auxílio concedido por um Estado-Membro reforça a posição de uma empresa relativamente às demais empresas concorrentes nas trocas comerciais intracomunitárias, deve entender-se que tais trocas comerciais são influenciadas pelo auxílio. A este respeito, a circunstância de um sector económico ter sido liberalizado a nível comunitário é susceptível de caracterizar uma incidência real ou potencial dos auxílios na concorrência, bem como o seu efeito nas trocas comerciais entre Estados-Membros.

Por outro lado, não é necessário que a própria empresa beneficiária participe nas trocas comerciais intracomunitárias. De facto, quando um Estado-Membro concede um auxílio a uma empresa, a produção interna pode ser mantida ou aumentada, daí resultando que as hipóteses de as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros penetrarem no mercado deste Estado-Membro são diminuídas. Além disso, um reforço de uma empresa que, até então, não participava nas trocas comerciais intracomunitárias pode colocá-la numa situação que lhe permita entrar no mercado de outro Estado-Membro.

(cf. n.os 139-143)

8. Uma isenção de retenção sobre os dividendos distribuídos a fundações bancárias, titulares de participações em sociedades bancárias e que prossigam exclusivamente objectivos de beneficência, educação, ensino, estudo e investigação científica, pode ser qualificada como auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Com efeito, esta medida nacional implica um financiamento estatal. Além disso, é selectiva. Por último, este benefício intervém no sector dos serviços financeiros que foi objecto de um significativo processo de liberalização a nível comunitário, acentuando a concorrência já potencialmente resultante da livre circulação de capitais prevista no Tratado, e pode reforçar, por um lado, em termos de financiamento e/ou de tesouraria, a posição da unidade económica, activa no sector bancário, constituída pela fundação bancária e pela sociedade bancária, e, por outro, a posição da fundação bancária numa actividade exercida, designadamente, num domínio social, científico ou cultural.

(cf. n.os 133, 138, 145, 146, disp. 2)

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

10 de Janeiro de 2006 (*)

«Auxílios de Estado – Artigos 87.º CE e 88.º CE – Bancos – Fundações bancárias – Conceito de empresa – Regime privilegiado em matéria de imposto directo relativamente aos dividendos recebidos pelas fundações bancárias – Qualificação de auxílio de Estado – Compatibilidade com o mercado comum – Decisão 2003/146/CE da Comissão – Apreciação da validade – Inadmissibilidade – Artigos 12.º CE, 43.º CE e 56.º CE – Princípio da não discriminação – Liberdade de estabelecimento – Livre circulação de capitais»

No processo C-222/04,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pela Corte suprema di cassazione (Itália), por decisão de 23 de Março de 2004, entrada no Tribunal de Justiça em 28 de Maio de 2004, no processo

Ministero dell'Economia e delle Finanze

contra

Cassa di Risparmio di Firenze SpA,

Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato,

Cassa di Risparmio di San Miniato SpA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: C. W. A. Timmermans, presidente de secção, C. Gulmann (relator), R. Schintgen, R. Silva de Lapuerta e G. Arestis, juízes,

advogado-geral: F. G. Jacobs,

secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 7 de Julho de 2005,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Cassa di Risparmio di Firenze SpA, por P. Russo e G. Morbidelli, avvocati,
- em representação da Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e da Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, por A. Rossi e G. Roberti, avvocati,
- em representação do Governo italiano, por I. M. Braguglia, na qualidade de agente, assistido por P. Gentili, avvocato dello Stato,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por R. Lyal e V. Di Bucci, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 27 de Outubro de 2005,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 12.º CE, 43.º CE e seguintes, 56.º CE e seguintes, 87.º CE e 88.º CE, bem como a validade da Decisão 2003/146/CE da Comissão, de 22 de Agosto de 2002, relativa às medidas fiscais a favor das fundações bancárias aplicadas pela Itália (JO 2003, L 55, p. 56).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Cassa di Risparmio di Firenze SpA (a seguir «Cassa di Risparmio di Firenze»), a Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e a Cassa di Risparmio di San Miniato SpA (a seguir «Cassa di Risparmio di San Miniato»), com sede em Itália, ao Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministério da Economia e Finanças italiano) a respeito de um pedido da Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato com vista a obter uma isenção de uma retenção fiscal sobre os dividendos do exercício de 1998.

I – Quadro jurídico nacional

3 Em Itália, os dividendos distribuídos pelas sociedades anónimas estão sujeitos a uma retenção por conta dos impostos devidos, em aplicação do artigo 1.º da legge n. 1745, de 29 de Dezembro de 1962, que institui uma retenção por conta ou a título do imposto sobre os dividendos distribuídos pelas sociedades e que altera a legislação relativa ao carácter nominativo obrigatório das acções (GURI n.º 5, de 7 de Janeiro de 1963, p. 61), na redacção dada pelo decreto legge n. 22, de 21 de Fevereiro de 1967, que introduz novas disposições relativas à retenção por conta ou a título de imposto no que respeita aos dividendos distribuídos pelas sociedades (GURI n.º 47, de 22 de Fevereiro de 1967, p. 1012), convertido em lei, com alterações, pela legge n. 209, de 21 de Abril de 1967 (GURI n.º 101, de 22 de Abril de 1967, p. 2099, a seguir «legge n. 1745/62»).

4 O artigo 10.º da legge n. 1745/62 prevê que os dividendos distribuídos às organizações de pessoas ou de bens não sujeitas a imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, na medida em que estejam excluídos do âmbito de aplicação do referido imposto, bem como aos sujeitos passivos tributados com base no seu balanço, mas isentos do imposto sobre os rendimentos das pessoas colectivas, estão sujeitos, em vez da retenção por conta referida no artigo 1.º da mesma lei, a uma retenção a título de imposto de 30%.

5 O artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 isenta da retenção prevista no artigo 10.º os dividendos distribuídos às pessoas colectivas de direito público ou às fundações, isentas de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, que prossigam exclusivamente objectivos de beneficência, educação, ensino, estudo e investigação científica.

6 O artigo 6.º do Decreto del Presidente della Repubblica n. 601, de 29 de Setembro de 1973, que regula os benefícios fiscais (suplemento ordinário ao GURI n.º 268, de 16 de Outubro de 1973, p. 3, a seguir «decreto n. 601/73»), prevê uma redução de metade do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas a favor dos organismos e estabelecimentos de assistência social, sociedades mutualistas, organismos hospitalares, organismos de assistência e de beneficência, estabelecimentos de ensino e estabelecimentos de estudo e de experimentação de interesse geral sem fins lucrativos, organismos científicos, academias, fundações e associações históricas, literárias, científicas, de experimentação e de investigação com objectivos exclusivamente culturais, bem como dos organismos cujos fins sejam equiparados aos fins de beneficência e de ensino por força da lei.

7 Foi iniciado um processo de privatização do sistema bancário italiano pela legge n. 218/90, de 30 de Julho de 1990, que regula a reestruturação e o reforço da dotação patrimonial dos estabelecimentos de crédito de direito público (GURI n.º 182, de 6 de Agosto de 1990, p. 8, a seguir «legge n. 218/90»), e pelo decreto legislativo n. 356, de 20 de Novembro de 1990, que adopta disposições de reestruturação e de regulamentação do grupo bancário (suplemento ordinário ao GURI n.º 282, de 3 de Dezembro de 1990, p. 5, a seguir «decreto legislativo n. 356/90»).

8 O artigo 1.º do decreto legislativo n. 356/90 previa, em especial, a possibilidade de os organismos bancários públicos, incluindo as caixas de poupança, transferirem a actividade bancária para uma sociedade anónima por elas constituída. O organismo que efectua essa transferência, chamado na prática «fundação bancária» (a seguir «fundação bancária»), tornava-se o único accionista desta sociedade (a seguir «sociedade bancária»), que tinha por objectivo a prossecução da actividade bancária anteriormente exercida pelo organismo bancário público.

9 O artigo 11.º do mesmo decreto legislativo estabelecia que as fundações bancárias seriam

reguladas pelo referido decreto e pelos seus estatutos, seriam dotadas de plena capacidade jurídica de direito público e de direito privado e continuavam sujeitas às disposições legais relativas à nomeação dos órgãos de administração e de fiscalização.

10 O artigo 12.º precisava que as fundações bancárias com fundos de dotação de composição não associativa devem prosseguir fins de interesse público e de utilidade social, principalmente nos sectores da investigação científica, do ensino, da arte e da saúde, e que os objectivos iniciais de assistência e protecção das camadas sociais desfavorecidas podiam ser mantidos.

11 O mesmo artigo acrescentava, designadamente, que:

- as fundações bancárias podiam efectuar as operações financeiras, comerciais, imobiliárias e mobiliárias necessárias ou oportunas para atingirem esses objectivos;
- administravam a sua participação na sociedade bancária enquanto se mantivessem suas titulares;
- no entanto, não podiam exercer directamente a actividade bancária nem deter participações de controlo no capital de empresas bancárias ou financeiras diferentes da sociedade bancária;
- em contrapartida, podiam adquirir e ceder participações minoritárias no capital de outras empresas bancárias e financeiras;
- a título transitório, a continuidade operacional entre a fundação bancária e a sociedade bancária devia ser assegurada por disposições prevendo que membros da comissão de gestão ou órgão equivalente da fundação bancária seriam nomeados para o conselho de administração e membros do órgão de fiscalização para o conselho fiscal da sociedade bancária;
- as fundações bancárias deviam afectar uma percentagem determinada das receitas provenientes das participações nas sociedades bancárias a uma reserva destinada à subscrição dos aumentos de capital dessas sociedades;
- essa reserva podia ser investida em títulos das sociedades em que as fundações bancárias detivessem uma participação ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado;
- as fundações bancárias podiam contrair dívidas perante sociedades bancárias ou receber garantias destas últimas dentro de limites estabelecidos.

12 Por força do artigo 13.º do decreto legislativo n. 356/90:

- as transmissões públicas de acções das sociedades bancárias deviam ser efectuadas através de ofertas públicas de venda;
- dentro do limite global de um por cento do capital da sociedade bancária, as transmissões no mercado bolsista de acções cotadas podiam ser efectuadas livremente;
- o recurso a outros processos estava sujeito a autorização do Ministro do Tesouro;
- quando, em resultado da transmissão de acções, ou de qualquer outra operação, a fundação bancária perdesse, mesmo temporariamente, o controlo da maioria das acções com direito de voto na assembleia geral ordinária da sociedade bancária, a operação devia ser aprovada por decreto do Ministro do Tesouro;
- a fundação bancária que tivesse cedido a participação de controlo podia adquirir outra

participação de controlo numa sociedade bancária, na condição de ter obtido autorização por decreto do Ministro do Tesouro.

13 O artigo 14.º do decreto legislativo n. 356/90 sujeitava as fundações bancárias à supervisão do Ministério do Tesouro, a quem deviam transmitir as previsões de resultados e os balanços anuais.

14 Por força da mesma disposição:

- as fundações bancárias deviam, além disso, comunicar ao Ministério do Tesouro e ao Banco de Itália as informações, mesmo periódicas, que lhes fossem pedidas;
- o Ministério do Tesouro podia ordenar inspecções.

15 O artigo 1.º, n.º 7 bis, do decreto legge n. 332, de 31 de Maio de 1994, que prevê disposições para a aceleração dos processos de venda das participações do Estado e dos organismos públicos em sociedades por acções (GURI n.º 126, de 1 de Junho de 1994, p. 38), convertido em lei, com alterações, pela legge n. 474, de 30 de Julho de 1994 (GURI n.º 177, de 30 de Julho de 1994, p. 5), revogou as disposições do artigo 13.º do decreto legislativo n. 356/90, referidas no n.º 12 do presente acórdão, que previam o acordo do Ministro do Tesouro, por um lado, para toda e qualquer operação através da qual a fundação bancária perdesse o controlo da sociedade bancária e, por outro, para a aquisição de outra participação de controlo numa sociedade bancária.

16 O regime instituído pela legge n. 218/90 e pelo decreto legislativo n. 356/90 foi alterado pela legge n. 461, de 23 de Dezembro de 1998, relativa à autorização ao governo para legislar sobre a reorganização da regulamentação civil e fiscal dos organismos de transferência referidos no artigo 11.º, n.º 1, do decreto legislativo n. 356, de 20 de Novembro de 1990, e do regime fiscal das operações de reestruturação bancária (GURI n.º 4, de 7 de Janeiro de 1999, p. 4, a seguir «legge n. 461/98»), e pelo decreto legislativo n. 153, de 17 de Maio de 1999, relativo à regulamentação civil e fiscal dos organismos de transferência referidos no artigo 11.º, n.º 1, do decreto legislativo n. 356, de 20 de Novembro de 1990, e do regime fiscal das operações de reestruturação bancária, nos termos do artigo 1.º da legge n. 461, de 23 de Dezembro de 1998 (GURI n.º 125, de 31 de Maio de 1999, p. 4, a seguir «decreto legislativo n. 153/99»).

17 O artigo 30.º do decreto legislativo n. 153/99 revogou, designadamente, os artigos 11.º, 12.º, 13.º e 14.º do decreto legislativo n. 356/90.

18 O artigo 1.º do decreto legislativo n. 153/99, que retoma a denominação utilizada na prática, precisa que se deve entender por «fundação» o organismo que transferiu a actividade bancária, na acepção do decreto legislativo n. 356/90.

19 O artigo 2.º, n.º 1, do decreto legislativo n. 153/99 dispõe que:

- as fundações bancárias são pessoas colectivas de direito privado sem fins lucrativos, que gozam de total autonomia estatutária e de gestão;
- prosseguem exclusivamente fins de utilidade social e de promoção do desenvolvimento económico, nos termos das disposições dos respectivos estatutos.

20 O artigo 3.º acrescenta que:

- as fundações bancárias prosseguem os seus fins através de todos os meios compatíveis com a sua natureza jurídica, tal como definida no artigo 2.º;
- operam no respeito dos princípios da gestão rentável;
- só podem gerir empresas instrumentais que sirvam directamente para a realização dos seus fins estatutários e exclusivamente nos sectores relevantes;
- não estão autorizadas a exercer actividades bancárias;
- é-lhes proibida toda e qualquer forma de financiamento, de pagamento ou de subvenção, directos ou indirectos, a organismos que prossigam fins lucrativos ou em proveito de empresas, qualquer que seja a sua natureza, com excepção das empresas instrumentais e das cooperativas sociais.

21 Nos termos do artigo 1.º do decreto legislativo n. 153/99, na sua redacção inicial, os «sectores relevantes» deviam ser escolhidos entre os seguintes sectores: investigação científica, ensino, arte, conservação e promoção dos bens e das actividades culturais e dos recursos ambientais, saúde e assistência a camadas sociais desfavorecidas.

22 Na sequência de uma alteração desta disposição operada pelo artigo 11.º da legge n. 448, de 28 de Dezembro de 2001, que regulamenta a elaboração do orçamento anual e plurianual do Estado (lei de finanças de 2002) (suplemento ordinário ao GURI n.º 301, de 29 de Dezembro de 2001, p. 1, a seguir «legge n. 448/01»), os sectores relevantes devem actualmente ser escolhidos entre os seguintes sectores: família e valores conexos; crescimento e formação da juventude, educação, instrução e formação, incluindo a aquisição de produtos editoriais para a escola, voluntariado, filantropia e beneficência; religião e desenvolvimento espiritual; assistência aos idosos; direitos civis; prevenção da criminalidade e segurança pública; segurança alimentar e agricultura de qualidade; desenvolvimento local e habitação social local; protecção dos consumidores; protecção civil; saúde pública, medicina preventiva e de reabilitação; actividades desportivas; prevenção e recuperação das toxicodependências; patologias e perturbações psíquicas e mentais; investigação científica e tecnológica; protecção e qualidade do ambiente; arte, actividades culturais e bens culturais.

23 O artigo 4.º, n.º 3, do decreto legislativo n. 153/99, na sua redacção inicial, dispunha que os membros do órgão de administração estavam proibidos de ocupar as funções de membros do conselho de administração da sociedade bancária.

24 Na redacção resultante da legge n. 350, de 24 de Dezembro de 2003, que regulamenta a elaboração do orçamento anual e plurianual do Estado (lei de finanças de 2004) (suplemento ordinário ao GURI n.º 299, de 27 de Dezembro de 2003, p. 1), a mesma disposição enuncia que:

- as pessoas que exercerem funções de administração, direcção ou controlo na fundação bancária não podem exercer funções de administração, direcção ou controlo na sociedade bancária ou nas sociedades que esta controla ou em que detém uma participação;
- as pessoas que exercerem funções de orientação na fundação bancária não podem ocupar funções de administração, direcção ou fiscalização na sociedade bancária.

25 Na sua redacção inicial, o artigo 5.º, n.º 1, do decreto legislativo n. 153/99 dispunha que o património de uma fundação bancária devia ser totalmente afecto à prossecução dos seus fins estatutários e que, na administração do seu património, as fundações bancárias geriam os riscos respeitando critérios de prudência, de modo a conservar o seu valor e obter a rentabilidade

adequada. O artigo 11.º da legge n. 448/01 acrescentou uma precisão a esta disposição, segundo a qual a gestão deve estar em conformidade com a natureza das fundações bancárias, enquanto entidades sem fins lucrativos, que operam de acordo com os princípios da transparência e da moralidade.

26 O artigo 6.º, n.º 1, do decreto legislativo n. 153/99 dispõe que as fundações bancárias só podem deter participações de controlo em organismos e sociedades que tenham por objecto exclusivo a gestão de empresas instrumentais.

27 No que respeita à participação nas sociedades bancárias, o artigo 25.º, n.os 1 e 2, na sua redacção inicial, dispunha que:

- as participações de controlo nestas sociedades podiam ser mantidas durante um período de quatro anos a partir da data da entrada em vigor do decreto, com vista à sua transmissão;
- na falta da transmissão até ao fim desse prazo, as participações podiam ser mantidas durante um período suplementar não superior a dois anos;
- as participações de controlo em sociedades diferentes das sociedades bancárias, com excepção das detidas pelas fundações bancárias em empresas instrumentais, deviam ser cedidas até ao termo do prazo fixado pela autoridade de supervisão, tendo em conta a exigência de salvaguarda do valor do património e, em qualquer caso, até ao fim do período de quatro anos atrás referido.

28 Na sequência da alteração destas disposições pelo artigo 11.º da legge n. 448/01, e posteriormente pelo artigo 4.º do decreto legge n. 143, de 24 de Junho de 2003 (GURI n.º 144, de 24 de Junho de 2003), convertido em lei, com alterações, pela legge n. 212, de 1 de Agosto de 2003 (suplemento ordinário ao GURI n.º 185, de 11 de Agosto de 2003, a seguir «decreto legge n. 143/03»):

- o prazo máximo de quatro anos de conservação das participações de controlo foi substituído pela data limite de 31 de Dezembro de 2005;
- foi introduzida a possibilidade de confiar as participações nas sociedades bancárias a sociedades de gestão de poupança escolhidas no respeito dos processos concorrenciais e encarregadas de gerir essas participações em nome próprio segundo critérios de profissionalismo e de independência, conservando as fundações bancárias, em determinados casos, a possibilidade de dar indicações tendo em vista assembleias gerais extraordinárias e a transmissão dessas participações deve ocorrer, em todo o caso, o mais tardar no termo do terceiro ano a contar de 31 de Dezembro de 2005;
- o Ministro da Economia e das Finanças e o Banco de Itália exercem os poderes que lhes são conferidos pelas disposições aplicáveis à banca e ao crédito;
- as participações de controlo em sociedades diferentes das sociedades bancárias, com excepção das detidas pelas fundações bancárias em empresas instrumentais, devem ser cedidas no prazo fixado pela autoridade de supervisão, tendo em conta a exigência de salvaguarda do valor do património e, em qualquer caso, o mais tardar até 31 de Dezembro de 2005.

29 O artigo 25.º, n.º 3, do decreto legislativo n. 153/99, na sua redacção inicial não alterada pela legge n. 448/01, prevê que, quando as fundações bancárias, após o termo dos prazos fixados para a conservação das participações de controlo, continuem a detê-las, a autoridade de supervisão procede à sua transmissão na medida necessária para pôr termo ao controlo.

30 Em matéria fiscal, o artigo 12.º, n. 1, do decreto legislativo n. 153/99 dispõe que as fundações bancárias que tenham adaptado os seus estatutos às suas disposições serão consideradas entidades não comerciais, mesmo que prossigam os seus fins estatutários através de empresas instrumentais.

31 À data da decisão de reenvio, o artigo 12.º, n.º 2, dispunha que:

– o regime previsto no artigo 6.º do decreto n. 601/73 aplicava-se às fundações bancárias que tivessem adaptado os seus estatutos às disposições do decreto legislativo n. 153/99 e que operassem nos sectores relevantes;

– o mesmo regime aplicava-se, até à adopção das disposições de adaptação dos estatutos ao decreto legislativo n. 153/99, às fundações bancárias que não tivessem a natureza de entidades comerciais, e que tivessem prosseguido principalmente fins de interesse público e de utilidade social nos sectores indicados no artigo 12.º do decreto legislativo n. 356/90 e nas suas alterações posteriores.

32 O artigo 12.º, n.º 3, do decreto legislativo n. 153/99, na redacção dada pelo decreto legge n. 143/03, dispõe que as fundações bancárias perdem a natureza de entidades não comerciais e deixam de beneficiar das isenções fiscais previstas se, após 31 de Dezembro de 2005, ainda detiverem uma participação de controlo nas sociedades bancárias.

II – Litígio do processo principal e questões prejudiciais

33 A Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato requereu à administração fiscal italiana, nos termos do artigo 10.º bis da legge n. 1745/62, a isenção da retenção sobre os seus dividendos relativos ao exercício de 1998, recebidos pelas suas participações na Cassa di Risparmio di San Miniato e na sociedade Casse Toscane SpA, direitos à qual sucedeu a Cassa di Risparmio di Firenze.

34 Esse pedido foi indeferido com o fundamento de que a gestão por parte de uma fundação bancária das suas participações em sociedades bancárias devia ser considerada uma actividade comercial incompatível com a isenção prevista no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62.

35 A Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, bem como a Cassa di Risparmio di Firenze e a Cassa di Risparmio di San Miniato impugnaram esta decisão para a Commissione tributaria provinciale di Firenze.

36 Foi negado provimento ao recurso.

37 As três recorrentes impugnaram a decisão da Commissione tributaria provinciale di Firenze para a Commissione tributaria regionale di Firenze, que deu provimento ao recurso.

38 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a Commissione tributaria regionale di Firenze considerou que a Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, devido ao seu fim de interesse público ou de utilidade social em sectores determinados, devia beneficiar da redução de metade do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, nos termos do artigo 6.º do decreto n. 601/73, e que essa redução era acompanhada da isenção da retenção, nos termos do artigo 10.º

bis da legge n. 1745/62, independentemente da circunstância de uma fundação bancária poder exercer, sem ser a título principal, uma actividade económica empresarial.

39 Igualmente segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a Commissione tributaria regionale di Firenze referiu-se, a este respeito, ao novo regime resultante da legge n. 461/98 e do decreto legislativo n. 153/99, na parte em que prevê expressamente a aplicabilidade às fundações bancárias do benefício fiscal em causa.

40 Considerou que, no processo que lhe foi submetido, não tinha sido efectuada prova da primazia da actividade económica empresarial sobre os fins de utilidade social.

41 O Ministero dell'Economia e delle Finanze interpôs recurso de cassação da decisão proferida.

42 Invoca, em especial, a violação dos artigos 10.º bis da legge n. 1745/62, 6.º do decreto n. 601/73 e 14.º das disposições preliminares do Código Civil italiano, por força do qual as leis que introduzem excepções às normas gerais ou a outras leis apenas se aplicam aos casos e nas circunstâncias para os quais são previstas.

43 Na sua decisão de reenvio, a Corte suprema di cassazione observa que a solução do litígio no processo principal com base no direito nacional deve ter em conta a questão da compatibilidade do regime fiscal das fundações bancárias com o direito comunitário, em especial com os artigos 12.º CE, 43.º CE e seguintes, 56.º CE e seguintes, bem como 87.º CE e 88.º CE. Salaria que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, as autoridades nacionais têm a obrigação de aplicar, mesmo oficiosamente, as normas de direito comunitário, deixando de aplicar, se necessário, o direito nacional que esteja em contradição com elas.

44 No que respeita aos artigos 87.º CE e 88.º CE, refere que, se se considerar que as medidas fiscais em causa no litígio no processo principal constituem auxílios de Estado que favorecem certas empresas ou certas produções, não poderiam ser aplicadas sem decisão prévia da Comissão relativa à sua compatibilidade. Até à adopção de tal decisão, os órgãos jurisdicionais nacionais devem recusar-se a aplicá-los, por força do efeito directo do artigo 88.º, n.º 3, CE.

45 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio verifica que a Decisão 2003/146 analisou as medidas fiscais previstas no artigo 12.º, n.º 2, do decreto legislativo n. 153/99 à luz dos artigos 87.º CE e 88.º CE.

46 Por força desta decisão, as medidas analisadas, executadas a favor das fundações bancárias que não exercem directamente uma actividade nos sectores enumerados no artigo 1.º do referido decreto, na redacção dada pela legge n. 448/01, não constituem um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, uma vez que não se destinam a «empresas» na acepção desta última disposição.

47 O órgão jurisdicional de reenvio precisa que a natureza comercial ou não das fundações bancárias é objecto de divergências de análise.

48 A administração fiscal italiana defendeu de forma constante que as fundações bancárias têm natureza comercial, de modo que estão sujeitas ao regime fiscal ordinário.

49 O Governo italiano, no âmbito do processo que conduziu à Decisão 2003/146, defendeu, por sua vez, que as fundações bancárias não podem ser consideradas «empresas» para efeito das regras da concorrência.

50 Existem divergências até no órgão jurisdicional de reenvio. Certas decisões admitiram a

natureza não comercial das fundações bancárias, com o fundamento de que a gestão das participações em empresas bancárias, bem como das participações detidas em empresas diferentes da sociedade bancária, mais não são do que um instrumento de obtenção dos meios financeiros indispensáveis para a prossecução dos fins sociais e culturais atribuídos ao organismo. Outras decisões pronunciaram-se em sentido contrário, considerando irrelevantes, para efeitos do regime fiscal privilegiado, dos fins sociais e culturais, visto que as entidades em questão podiam exercer a sua actividade no mercado bancário e noutros mercados em concorrência com as outras empresas.

51 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que o artigo 12.º, n.º 2, do decreto legislativo n. 153/99 torna expressamente extensivo o regime previsto no artigo 6.º do decreto n. 601/73, até adoptarem as disposições de adaptação dos seus estatutos ao decreto legislativo n. 153/99, às fundações bancárias que não tenham a natureza de entidades comerciais que tenham prosseguido principalmente objectivos de interesse público e de utilidade social.

52 Acrescenta que, segundo parte da jurisprudência nacional, o artigo 12.º, n.º 2, do decreto legislativo n. 153/99 é de natureza interpretativa, pelo que o regime fiscal em causa se aplica também aos exercícios fiscais anteriores à data da entrada em vigor do decreto legislativo n. 153/99.

53 Por conseguinte, considera que há que analisar a questão da validade da Decisão 2003/146. A este respeito, se se devesse considerar que as fundações bancárias são, por natureza, empresas, esta última decisão seria considerada inválida.

54 Ora, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a atribuição simultânea, por força de uma obrigação legal, a entidades jurídicas constituídas especialmente para esse efeito, da propriedade dominante de uma parte importante das empresas bancárias e a manutenção dessa posição por um período considerável, bem como a utilização das receitas da transmissão dessas participações na aquisição e na gestão de participações relevantes noutras empresas, para finalidades diferentes, entre as quais o desenvolvimento económico do sistema, dá origem a uma actividade económica cujo resultado é a obtenção de um lucro, mesmo que este não possa ser distribuído e deva ser predominantemente utilizado em finalidades não lucrativas.

55 O órgão jurisdicional de reenvio refere que, no fim do exercício de 1995?1996, as fundações bancárias possuíam um património de 50 biliões de ITL e que, em 31 de Dezembro de 2002, o seu activo contabilístico era de 37 mil milhões de EUR, sem contar as mais-valias das participações detidas, habitualmente inscritas segundo o seu valor histórico.

56 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que o exercício pelas fundações bancárias de missões sem fim lucrativo não pode ocultar o elemento característico do sistema, ou seja, que essas fundações bancárias, orgânica e funcionalmente, têm como missão assumir a propriedade e a administração de um importante número de empresas bancárias, exercendo poderes de controlo sobre elas, entre os quais os de nomeação e destituição dos respectivos administradores.

57 Tal função não pode considerar-se subtraída às regras da concorrência. Esta função é um elemento essencial do sistema bancário público e, segundo os princípios do direito comunitário, constitui sempre o exercício de uma actividade económica. Representa incontestavelmente um factor de perturbação do mercado e das trocas intracomunitárias, tanto mais que as fundações bancárias podem adquirir participações também noutras empresas, incluindo bancárias.

58 As fundações vivem assim em simbiose jurídica e económica com o sistema bancário público, de modo que não são alheias a esse sistema nem ao mercado em causa.

59 O órgão jurisdicional de reenvio questiona-se, por outro lado, sobre se o regime fiscal em litígio no processo principal não constitui uma violação do princípio da não discriminação consagrado no artigo 12.º CE e, ao mesmo tempo, uma violação dos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre circulação de capitais, previstos, respectivamente, nos artigos 43.º CE e 56.º CE.

60 Nestas condições, a Corte suprema di cassazione decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) As normas comunitárias em matéria de concorrência devem considerar-se aplicáveis a uma categoria de entidades (chamadas ‘fundações bancárias’), criadas com base na [legge n. 218/90] e no [decreto legislativo n. 356/90], e suas alterações posteriores, para serem titulares de participações de controlo em sociedades que exercem a actividade bancária e para administrarem essas participações, representando uma percentagem bastante importante das entidades que operam no mercado, sendo os proveitos das empresas controladas entregues àquelas entidades, mesmo que lhes sejam conferidas funções de utilidade social? No que se refere ao regime introduzido com o [decreto legislativo n. 153/99], a faculdade atribuída a essas entidades de afectarem o produto da transmissão dessas participações à aquisição e gestão de participações significativas noutras empresas, mesmo bancárias, e até à aquisição de participações de controlo em empresas não bancárias, com diversos fins, entre os quais o do desenvolvimento económico do sistema, constitui o exercício de uma actividade empresarial, para efeitos de aplicação do direito comunitário da concorrência?

2) Essas entidades – na configuração constante da [legge n. 218/90] e do [decreto legislativo n. 356/90], e suas alterações posteriores, e também na da reforma introduzida pela [legge n. 461/98] e pelo [decreto legislativo n. 153/99] – estão, por consequência, submetidas ao regime comunitário em matéria de auxílios de Estado (artigos 87.º CE e 88.º CE), relativamente a um regime fiscal de favor de que são beneficiárias?

3) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, o regime privilegiado em matéria de impostos directos relativamente aos dividendos recebidos, em discussão no presente processo, constitui ou não um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º CE?

4) Ainda em caso de resposta afirmativa à questão [n.º 2], a [Decisão n.º 2003/146], através da qual as disposições relativas aos auxílios de Estado foram declaradas inaplicáveis às fundações de origem bancária, é válida, na perspectiva da sua legalidade e da falta e/ou insuficiência de fundamentação [...]?

5) Independentemente da aplicabilidade da legislação relativa aos auxílios de Estado, a consagração de um regime fiscal mais favorável para a distribuição dos dividendos das empresas bancárias cessionárias, exclusivamente nacionais, controladas pelas fundações, dividendos recebidos por estas últimas ou dividendos das empresas cujas participações tenham sido adquiridas com o produto da transmissão das participações nas sociedades bancárias cessionárias, constitui uma discriminação a favor das empresas participadas relativamente a outras empresas que operam no mercado de referência e, simultaneamente, uma violação dos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre circulação de capitais, nos termos dos artigos 12.º CE, 43.º CE e seguintes e 56.º CE e seguintes?»

III – Quanto às questões prejudiciais

A – Quanto à admissibilidade das questões

1. Quanto à admissibilidade das primeira, segunda e terceira questões

a) Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

61 As recorridas no processo principal consideram que as três primeiras questões são inadmissíveis porque:

– contrariamente ao que afirma o órgão jurisdicional de reenvio, a isenção prevista no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 apenas diz respeito a uma retenção por conta do imposto e não a título do pagamento do imposto;

– as questões suscitadas têm um interesse puramente nacional, uma vez que se trata apenas de estabelecer se, à luz das normas gerais enunciadas no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62, as fundações bancárias têm o direito de beneficiar da isenção prevista por esta disposição.

62 O Governo italiano e a Comissão não contestam a admissibilidade das três primeiras questões submetidas.

b) Apreciação do Tribunal de Justiça

63 Segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça não é competente, nos termos do artigo 234.º CE, para se pronunciar a título prejudicial sobre a interpretação de normas de direito interno (acórdãos de 19 de Março de 1964, Unger, 75/63, Colect. 1962?1964, p. 419, e de 26 de Setembro de 1996, Allain, C?341/94, Colect., p. I?4631, n.º 11). A competência do Tribunal de Justiça está limitada apenas à análise das disposições do direito comunitário (despacho de 21 de Dezembro de 1995, Max Mara, C?307/95, Colect., p. I?5083, n.º 5). Compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar o alcance das disposições nacionais e o modo como devem ser aplicadas (acórdão de 7 de Dezembro de 1995, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta, C?45/94, Colect., p. I?4385, n.º 26).

64 No processo principal, compete assim ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se a isenção prevista no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 diz respeito a uma retenção por conta de um imposto devido ou a uma retenção a título do pagamento do imposto.

65 Compete-lhe também apreciar se a fundação bancária tem direito a tal isenção no exercício em causa, através do efeito da aplicação conjugada do referido artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 e do artigo 6.º do decreto n. 601/73, bem como, se for caso disso, de uma aplicação retroactiva do artigo 12.º, n.º 2, do decreto legislativo n. 153/99.

66 Em caso afirmativo, o órgão jurisdicional de reenvio deverá decidir a questão de saber se o benefício fiscal correspondente constitui um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Com efeito, se tal for o caso, este benefício fiscal não poderá, nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE, ser executado sem ter sido notificado à Comissão.

67 A questão que, sendo caso disso, o órgão jurisdicional nacional deverá decidir é de direito comunitário.

68 Nestas condições, as três primeiras questões prejudiciais submetidas, na medida em que a incluem, são admissíveis.

2. Quanto à admissibilidade da quarta questão

a) Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

69 As recorrentes no processo principal defendem que a quarta questão submetida, relativa à validade da Decisão 2003/146, é inadmissível com o fundamento de que esta decisão se tornou definitiva relativamente à República Italiana que, tendo tido a possibilidade, não interpôs recurso de anulação com base no artigo 230.º CE (acórdão de 9 de Março de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, Colect., p. I-833).

70 O Governo italiano considera que a quarta questão não é relevante, uma vez que a Decisão 2003/146 foi adoptada tendo em consideração o regime das fundações bancárias na redacção dada pelo decreto legislativo n. 153/99.

71 A Comissão considera também que esta questão é inadmissível, uma vez que o litígio no processo principal diz respeito à situação existente em 1998, ao passo que a Decisão 2003/146 analisou os benefícios fiscais concedidos às fundações bancárias pelo decreto legislativo n. 153/99, benefícios que, além disso, correspondem a benefícios fiscais diferentes da isenção prevista no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62.

b) Apreciação do Tribunal de Justiça

72 A questão de apreciação da validade da Decisão n.º 2003/146 não foi submetida a pedido de uma pessoa que, tendo tido a possibilidade de interpor um recurso de anulação dessa decisão, não o tinha feito no prazo imposto pelo artigo 230.º CE.

73 A questão foi submetida oficiosamente pelo órgão jurisdicional de reenvio.

74 Por conseguinte, não pode ser declarada inadmissível por força da jurisprudência resultante do acórdão TWD Textilwerke Deggendorf, já referido.

75 No entanto, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça pode decidir não se pronunciar sobre uma questão prejudicial de apreciação da validade de um acto comunitário quando seja manifesto que essa apreciação, solicitada pelo órgão jurisdicional nacional, não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal (acórdão de 21 de Março de 2002, Cura Anlagen, C-451/99, Colect., p. I-3193, n.º 16).

76 A Decisão 2003/146 analisa, à luz dos artigos 87.º CE e seguintes, designadamente, o artigo 12.º, n.º 2, do decreto legislativo n. 153/99, relativo à concessão da redução de metade do imposto previsto no artigo 6.º do decreto n. 601/73.

77 Esta redução é um benefício fiscal distinto da isenção de retenção concedida pelo artigo 10.º bis da legge n. 1745/62.

78 No considerando 61 e no artigo 1.º da Decisão 2003/146, a Comissão concluiu que não constitui um auxílio de Estado a medida introduzida pelo artigo 12.º, n.º 2, do decreto legislativo n. 153/99 destinada às fundações bancárias que não exercem directamente uma actividade nos sectores enumerados no artigo 1.º do referido decreto, na redacção dada pela legge n. 448/01 (v.

n.º 22 do presente acórdão).

79 Compete ao órgão jurisdicional de reenvio decidir se o artigo 12.º, n.º 2, do decreto legislativo n. 153/99 tem ou não, em direito interno, incidência na aplicação do artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 no litígio no processo principal (v. n.º 65 do presente acórdão), relativo ao exercício de 1998.

80 Na afirmativa, este órgão jurisdicional será levado a apreciar se o benefício fiscal em litígio constitui um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

81 Na negativa, deverá proceder à mesma apreciação se decidir que o artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 beneficia a recorrida no processo principal no âmbito da aplicação deste em conjugação apenas com o artigo 6.º do decreto n. 601/73.

82 No entanto, em todo o caso, a sua apreciação não pode ser afectada pela Decisão n.º 2003/146.

83 Com efeito, a conclusão da Comissão de que a medida prevista no artigo 12.º, n.º 2, do decreto legislativo n. 153/99 não constitui um auxílio de Estado assenta no pressuposto de que as fundações bancárias não são empresas na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

84 Ora, o referido pressuposto resulta da análise, pela Comissão, do novo regime das fundações bancárias resultante da legge n. 461/98, do decreto legislativo n. 153/99 e da legge n. 448/01, regime que entrou em vigor após o exercício de 1998, em causa no processo principal.

85 Este novo regime comporta, tal como resulta da exposição do quadro jurídico nacional que figura nos n.os 7 a 32 do presente acórdão, diferenças sensíveis relativamente ao regime anterior e, à excepção do artigo 12.º, n. 2, do decreto legislativo n. 153/99, não se defende que seja de aplicação retroactiva.

86 No plano jurídico, a apreciação da Comissão incidiu assim, para efeitos da qualificação eventual das fundações bancárias como empresas, num regime diferente do aplicável no decurso do exercício fiscal em causa no processo principal.

87 A este respeito, no considerando 43 da Decisão 2003/146, a Comissão indica, como elementos importantes, que:

— o decreto legislativo n. 153/99 introduziu, no que respeita ao controlo de empresas comerciais pelas fundações bancárias, «salvaguardas específicas», analisadas nos considerandos 36 a 39 da mesma decisão;

— a legge n. 448/01 reforçou a separação entre fundações bancárias e instituições financeiras, contribuindo, assim, para dissipar as dúvidas manifestadas a este respeito na decisão de início do procedimento.

88 Por outro lado, no domínio dos factos, no que respeita ao eventual exercício directo pelas fundações bancárias de actividades nos sectores previstos pelas disposições aplicáveis, a Comissão tomou em consideração a descrição de uma situação factual posterior ao exercício fiscal de 1998, fornecida pelas autoridades italianas por carta de 16 de Janeiro de 2001.

89 No considerando 51 da sua decisão, observa que, nesta carta, as autoridades italianas declararam que, «até ao momento», nenhuma das fundações usufruiu da possibilidade prevista pela lei de exercer directamente uma actividade nesses sectores e, no considerando 54 da mesma decisão, salienta que essa informação a levou «a rever a sua posição inicial, expressa na

decisão de início do procedimento, no que se refere à classificação das fundações como empresas».

90 Neste contexto, a apreciação pela Comissão da qualificação das fundações bancárias no âmbito do seu novo regime não é susceptível de determinar a apreciação da qualificação destas no âmbito do seu regime anterior, eventualmente à luz de uma situação factual também diferente.

91 Por conseguinte, é manifesto que a questão do órgão jurisdicional de reenvio relativa à validade da Decisão 2003/146 não tem qualquer relação com o objecto do litígio no processo principal, de modo que não é pertinente para a solução deste último.

92 Esta questão deve, portanto, ser julgada inadmissível.

3. Quanto à admissibilidade da quinta questão

a) Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

93 As recorrentes no processo principal alegam que a quinta questão, relativa à existência de uma discriminação ou de restrições à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais, é inadmissível devido ao seu carácter indeterminado. O órgão jurisdicional de reenvio não especificou os aspectos da legislação em causa que poderão constituir um entrave ao exercício das liberdades garantidas pelo Tratado CE. Também não indicou, de forma clara, quais as fundações bancárias ou as sociedades bancárias que beneficiariam de uma discriminação.

94 O Governo italiano e a Comissão não contestam a admissibilidade da quinta questão.

b) Apreciação do Tribunal de Justiça

95 Contrariamente às afirmações das recorridas no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio afirma expressamente, na sua quinta questão, que:

- é o benefício fiscal em causa no processo principal que poderá estar na origem de uma discriminação e de uma restrição à liberdade de estabelecimento ou à livre circulação de capitais;
- a discriminação e a restrição existem em proveito das empresas, bancárias ou não, em que as fundações bancárias detêm participações.

96 A quinta questão é, portanto, admissível.

B – *Quanto à interpretação das disposições relevantes do direito comunitário*

97 Através das suas primeira e segunda questões, que devem ser analisadas em conjunto e lidas à luz das considerações efectuadas nos n.os 84 a 90 do presente acórdão quanto à falta de relevância do novo regime das fundações bancárias resultante da legge n. 461/98, do decreto legislativo n. 153/99 e da legge n. 448/01, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se uma pessoa colectiva como a que está em causa no processo principal pode, considerando o regime aplicável à época em causa, ser qualificada como «empresa» na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, e, como tal, sujeita, na referida época, às normas comunitárias relativas aos auxílios de Estado.

98 Pela sua terceira questão, a fim de determinar se a medida estatal instituída sem ter em conta o procedimento de controlo prévio previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE deve ou não ser?Ihe

submetida, o mesmo órgão jurisdicional pergunta, no essencial, se uma isenção da retenção sobre os dividendos como a que está em causa no processo principal, pode ser qualificada de auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

99 No que respeita à quinta questão, há que recordar que o artigo 12.º CE, que estabelece um princípio geral de não discriminação em razão da nacionalidade, só deve ser aplicado de modo autónomo a situações regidas pelo direito comunitário em relação às quais o Tratado não preveja regras específicas de não discriminação (v., designadamente, acórdão de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o., C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, n.º 38). Ora, o princípio da não discriminação foi posto em prática e concretizado, nos domínios do direito de estabelecimento e da livre circulação de capitais, respectivamente, pelos artigos 43.º CE e 56.º CE. Por conseguinte, a quinta questão deve ser lida no sentido de apenas se referir a estas últimas disposições.

100 Através desta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se um benefício fiscal como o que está em causa no processo principal constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento ou à livre circulação de capitais previstas nos artigos 43.º CE e 56.º CE, em proveito das empresas, bancárias ou não, nas quais as fundações bancárias detêm participações, relativamente às outras empresas que operam no mercado em causa, cujas participações não são detidas por tais fundações.

1. Quanto às primeira e segunda questões, relativas ao conceito de «empresa» na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE

a) Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

101 As recorrentes no processo principal defendem que as fundações bancárias não são «empresas» na acepção do direito comunitário da concorrência. Por conseguinte, não estão sujeitas ao regime dos auxílios de Estado. Limitam-se a receber dividendos das suas participações, tal como todo e qualquer proprietário de um imóvel recebe as rendas devidas por força do contrato de arrendamento.

102 O Governo italiano considera que, no período relevante do processo principal, as fundações bancárias eram empresas na acepção do direito da concorrência. As participações de controlo nas sociedades bancárias constituem, a este respeito, um indício suficiente da natureza comercial das fundações bancárias e o regime então aplicável às fundações revela a existência de uma relação orgânica e funcional entre as mesmas e o sistema bancário italiano. As fundações bancárias devem, em consequência, ser sujeitas às regras do Tratado relativas aos auxílios de Estado.

103 A Comissão alega que a actividade de detenção e de gestão do património exercida pelas fundações bancárias não incluía a prestação de serviços no mercado. À luz da jurisprudência, o simples investidor que recebe dividendos ou juros do seu capital não fornece bens nem presta serviços no mercado. Por conseguinte, as fundações bancárias não exerceram uma actividade económica. Não podiam, portanto, ser consideradas empresas, uma vez que não se verificou uma ingerência na actividade da sociedade bancária controlada.

104 Relativamente às actividades que consistiram em contribuir para organismos sem fins lucrativos nos sectores de utilidade social, actividades exercidas pelas fundações, não correspondem a actividades de uma empresa.

105 Por seu turno, as actividades financeiras, comerciais, imobiliárias e mobiliárias necessárias

ou úteis para os fins de interesse público ou de utilidade social das fundações bancárias, actividades que estas estavam autorizadas a exercer por força do artigo 12.º do decreto legislativo n. 356/90, podem, no entanto, ter comportado aspectos de actividade empresarial se tiverem incluído a oferta directa no mercado de bens e de serviços.

106 Em definitivo, organismos como as fundações bancárias não constituem empresas, na acepção do artigo 87.º CE, a não ser que tenham oferecido directamente bens ou prestado directamente serviços no mercado no âmbito das operações necessárias ou úteis para atingir os seus objectivos de interesse público e de utilidade social.

b) Resposta do Tribunal de Justiça

107 Segundo jurisprudência assente, no contexto do direito da concorrência, o conceito de «empresa» abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento (v., designadamente, acórdãos de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser, C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 21, e de 16 de Março de 2004, AOK Bundesverband e o., C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, Colect., p. I-2493, n.º 46).

108 Constitui uma actividade económica qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado (v., designadamente, acórdãos de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália, C-35/96, Colect., p. I-3851, n.º 36, e de 12 de Setembro de 2000, Pavlov e o., C-180/98 a C-184/98, Colect., p. I-6451, n.º 75).

109 Na maior parte dos casos, a actividade económica é exercida directamente no mercado.

110 No entanto, não se exclui que seja exercida ao mesmo tempo por um operador em contacto directo com o mercado e, indirectamente, por outra entidade que controla este operador no âmbito de uma unidade económica formada por ambos.

111 A este respeito, há que salientar que a mera detenção de participações, mesmo de controlo, não basta para caracterizar uma actividade económica da entidade detentora destas participações, quando apenas dá origem ao exercício dos direitos resultantes da qualidade de accionista ou de associado, bem como, sendo caso disso, o recebimento de dividendos, simples frutos da propriedade de um bem.

112 Em contrapartida, deve-se considerar que uma entidade que, pelo facto de deter participações de controlo numa sociedade, exerce efectivamente esse controlo através de uma participação directa ou indirecta na sua gestão, participa na actividade económica exercida pela empresa controlada.

113 Por conseguinte, essa entidade deve, a esse título, ser qualificada de empresa na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

114 Se tal não ocorrer, uma simples cisão de uma empresa em duas entidades diferentes, em que a primeira prossegue directamente a actividade económica anterior e a segunda controla a primeira ao mesmo tempo que intervém na sua gestão, bastaria para privar as normas comunitárias relativas aos auxílios de Estado de efeito útil. Isto permitiria à segunda entidade beneficiar de subvenções ou outros benefícios concedidos pelo Estado ou através de recursos estatais e utilizá-los, no todo ou em parte, em proveito da primeira, no interesse, igualmente, da unidade económica formada pelas duas entidades.

115 Há que referir que um envolvimento, na gestão de uma sociedade bancária, de uma entidade como a fundação bancária parte no litígio no processo principal pode concretizar-se no

âmbito de um regime como o resultante, para o período em causa, da legge n. 218/90 e do decreto legislativo n. 356/90.

116 Com efeito, no âmbito desse regime:

- uma fundação bancária que controla o capital de uma empresa bancária, se não puder exercer directamente a actividade bancária, deve assegurar a «continuidade operacional» entre ela própria e o banco controlado;
- para esse efeito, deve haver disposições prevendo que membros da comissão de gestão ou órgão equivalente da fundação bancária sejam nomeados para o conselho de administração e membros do órgão de fiscalização para o conselho fiscal da sociedade bancária;
- a fundação bancária deve afectar uma percentagem determinada das receitas provenientes das participações na sociedade bancária a uma reserva destinada à subscrição dos aumentos de capital dessa sociedade;
- pode investir a reserva, designadamente, em títulos da sociedade bancária controlada.

117 Tais normas traduzem uma missão das fundações bancárias que ultrapassa um simples investimento de capitais por um investidor. Tornam possível o exercício de funções de controlo, mas igualmente de impulso e apoio financeiro. Ilustram a existência de relações orgânicas e funcionais entre as fundações bancárias e as sociedades bancárias, o que é confirmado pela manutenção, designadamente por força de uma disposição como o artigo 14.º do decreto legislativo n. 356/90, de uma supervisão do Ministro do Tesouro.

118 Para efeitos da eventual qualificação como «empresa» da fundação bancária recorrida no processo principal, compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar se esta última não apenas detinha participações de controlo numa sociedade bancária mas, além disso, exercia efectivamente esse controlo participando directa ou indirectamente na sua gestão.

119 No que respeita, por outro lado, à missão confiada às fundações bancárias pelo legislador nacional em domínios de interesse público e de utilidade social, há que distinguir o simples pagamento de contribuições a organismos sem fins lucrativos da actividade exercida directamente nestes domínios.

120 A qualificação da fundação bancária como «empresa» está excluída no caso de uma actividade que se limita ao pagamento de contribuições a organismos sem fins lucrativos.

121 Com efeito, como refere a Comissão, esta actividade tem um carácter exclusivamente social e não é exercida num mercado em concorrência com outros operadores. No âmbito da referida actividade, uma fundação bancária age como uma instituição de beneficência ou uma organização caritativa e não como uma empresa.

122 Em contrapartida, quando uma fundação bancária, agindo ela própria nos domínios de interesse público e de utilidade social, utiliza a habilitação que lhe é conferida pelo legislador nacional para efectuar operações financeiras, comerciais, imobiliárias e mobiliárias, necessárias ou oportunas para a realização dos objectivos que lhe são fixados, pode fornecer bens ou prestar serviços no mercado em concorrência com outros operadores, por exemplo, em domínios como a investigação científica, a educação, a arte ou a saúde.

123 Nesta hipótese, sujeita à apreciação do juiz nacional, a fundação bancária deve ser considerada uma empresa, na medida em que exerce uma actividade económica, não obstante a circunstância de a oferta de bens ou de serviços ser feita sem fins lucrativos, uma vez que esta

oferta está em concorrência com a de operadores que prosseguem tais fins.

124 Quando se opta pela qualificação como empresa, devido ao controlo de uma sociedade bancária e à intervenção na sua gestão ou devido a uma actividade num domínio, designadamente, social, científico ou cultural, devem, em consequência, ser aplicadas a uma fundação bancária como a que está em causa no processo principal as normas comunitárias relativas aos auxílios de Estado.

125 Por conseguinte, há que responder às primeira e segunda questões que uma pessoa colectiva como a fundação bancária em causa no processo principal pode, após uma análise que compete ao órgão jurisdicional nacional considerando o regime aplicável à época em causa, ser qualificada como «empresa» na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE e, como tal, sujeita, na referida época, às normas comunitárias relativas aos auxílios de Estado.

2. Quanto à terceira questão, relativa ao conceito de «auxílio de Estado» na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE

a) Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

126 As recorridas no processo principal consideram que uma medida como a prevista no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 não constitui um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Consideram que tal medida não apresenta traços específicos de selectividade. Com efeito, podem dela beneficiar, sem distinção, todas as entidades não comerciais que apresentem as características previstas no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62. Corresponde a uma medida geral. Não derroga o sistema fiscal geral. As características específicas das entidades não comerciais justificam, por razões de coerência interna dos diferentes sistemas, a introdução de legislações sectoriais reservadas a este tipo de organismo.

127 Segundo o Governo italiano, se o órgão jurisdicional de reenvio decidisse que a fundação bancária recorrida no processo principal deve beneficiar da isenção da retenção prevista no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62, em conjugação com a redução de metade do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas previsto no artigo 6.º do decreto n. 601/73, o dispositivo fiscal em causa deveria ser qualificado como auxílio de Estado. Com efeito, a empresa seria colocada numa situação concorrencial privilegiada relativamente às outras empresas que operam no mercado de referência. Uma redução de metade do imposto devido permitiria que as fundações bancárias beneficiassem de um crédito de imposto relativamente ao Estado, na medida em que o accionista de uma sociedade tem o direito de deduzir o imposto pago a montante pela sociedade de que é accionista, imposto que seria superior ao devido após a redução.

128 A Comissão considera que uma isenção como a prevista no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 pode ser qualificada como auxílio de Estado. O benefício é financiado pelo Estado. É selectivo, no sentido de que é concedido em função da forma jurídica da empresa e da sua actividade em determinados sectores, e, destinado a favorecer organismos considerados socialmente úteis, não é justificado pela natureza ou pela economia geral do sistema em que se insere. Quanto à existência de uma incidência nas trocas e de uma distorção da concorrência, esta deverá ser apreciada em cada caso pelo órgão jurisdicional nacional.

b) Resposta do Tribunal de Justiça

129 Para efeitos da resposta à terceira questão submetida, há que fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio os elementos de interpretação dos requisitos de que o artigo 87.º, n.º 1,

CE faz depender a qualificação de uma medida nacional como auxílio de Estado, a saber: i) o financiamento desta medida pelo Estado ou através de recursos estatais, ii) a selectividade da referida medida, bem como iii) a incidência nas trocas comerciais entre Estados?Membros e a distorção da concorrência dela resultante.

i) No que respeita ao requisito do financiamento da medida pelo Estado ou através de recursos estatais

130 O artigo 87.º, n.º 1, CE tem por objecto «os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam».

131 Segundo jurisprudência assente, o conceito de auxílio é mais lato do que o de subvenção, pois abrange não apenas prestações positivas, como as próprias subvenções, mas também as intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, pelo que, não sendo subvenções na acepção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos (v., designadamente, acórdãos de 8 de Novembro de 2001, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, Colect., p. I-8365, n.º 38; de 15 de Julho de 2004, *Espanha/Comissão*, C-501/00, Colect., p. I-6717, n.º 90, bem como a jurisprudência referida; e de 15 de Dezembro de 2005, *Itália/Comissão*, C-66/02, Colect., p. I-0000, n.º 77).

132 Daqui decorre que a medida através da qual as autoridades públicas atribuem a certas empresas isenções fiscais que, embora não impliquem uma transferência de recursos do Estado, colocam os beneficiários numa situação financeira mais favorável do que a dos outros contribuintes constitui um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Do mesmo modo, uma medida que concede a determinadas empresas uma redução de imposto ou um diferimento do pagamento do imposto normalmente devido pode constituir um auxílio de Estado (acórdão *Itália/Comissão*, já referido, n.º 78).

133 Por conseguinte, há que observar que, qualquer que seja a resposta que será dada pelo órgão jurisdicional de reenvio à questão, ainda em discussão, de saber se a isenção prevista no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 diz respeito a uma retenção por conta de um imposto ou a uma retenção a título de imposto, uma medida nacional como a que será, sendo caso disso, considerada aplicável implica um financiamento estatal.

ii) Quanto ao requisito da selectividade da medida

134 O artigo 87.º, n.º 1, CE proíbe os auxílios que «favore[çam] certas empresas ou certas produções», ou seja, os auxílios selectivos.

135 Uma medida como a que está em causa no processo principal não se aplica a todos os operadores económicos. Por conseguinte, não pode ser considerada uma medida geral de política fiscal ou económica (acórdãos *Itália/Comissão*, já referido, n.º 99, e de 15 de Dezembro de 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, Colect., p. I-0000, n.º 49).

136 Como a Comissão alega com razão, o benefício fiscal em causa é concedido tendo em consideração a forma jurídica da empresa, pessoa colectiva de direito público ou fundação, e os sectores em que esta empresa exerce a sua actividade.

137 Tal benefício derroga o regime fiscal de direito comum sem ser justificado pela natureza ou pela economia do sistema fiscal em que se integra. A derrogação não se baseia na lógica da medida ou na técnica de imposição, mas resulta do objectivo do legislador nacional de favorecer o financiamento dos organismos considerados socialmente úteis.

138 Por conseguinte, tal benefício é selectivo.

iii) Quanto aos requisitos de incidência nas trocas comerciais entre Estados?Membros e de distorção da concorrência

139 O artigo 87.º, n.º 1, CE proíbe os auxílios que afectem as trocas comerciais entre Estados?Membros e falseiem ou ameacem falsear a concorrência.

140 Para efeitos da qualificação de uma medida como auxílio de Estado, não é necessário demonstrar uma incidência real do auxílio sobre as trocas comerciais entre Estados?Membros e uma distorção efectiva da concorrência, mas apenas examinar se o auxílio é susceptível de afectar essas trocas e de falsear a concorrência (acórdãos de 29 de Abril de 2004, Itália/Comissão, C-372/97, Colect., p. I-3679, n.º 44, e acórdãos, já referidos, de 15 de Dezembro de 2005, Itália/Comissão, n.º 111, e Unicredito Italiano, n.º 54).

141 Em especial, quando um auxílio concedido por um Estado?Membro reforça a posição de uma empresa relativamente às demais empresas concorrentes nas trocas comerciais intracomunitárias, deve entender-se que tais trocas comerciais são influenciadas pelo auxílio (v., designadamente, acórdãos, já referidos, de 15 de Dezembro de 2005, Itália/Comissão, n.º 115, e Unicredito Italiano, n.º 56, e a jurisprudência referida).

142 A este respeito, a circunstância de um sector económico ter sido liberalizado a nível comunitário é susceptível de caracterizar uma incidência real ou potencial dos auxílios na concorrência, bem como o seu efeito nas trocas comerciais entre Estados?Membros (v. acórdão de 13 de Fevereiro de 2003, Espanha/Comissão, C-409/00, Colect., p. I-1487, n.º 75, e acórdãos, já referidos, de 15 de Dezembro de 2005, Itália/Comissão, n.º 116, e Unicredito Italiano, n.º 57).

143 Por outro lado, não é necessário que a própria empresa beneficiária participe nas trocas comerciais intracomunitárias. De facto, quando um Estado?Membro concede um auxílio a uma empresa, a produção interna pode ser mantida ou aumentada, daí resultando que as hipóteses de as empresas estabelecidas noutros Estados?Membros penetrarem no mercado deste Estado?Membro são diminuídas. Além disso, um reforço de uma empresa que, até então, não participava nas trocas comerciais intracomunitárias pode colocá-la numa situação que lhe permita entrar no mercado de outro Estado?Membro (acórdãos, já referidos, de 15 de Dezembro de 2005, Itália/Comissão, n.º 117, e Unicredito Italiano, n.º 58).

144 No litígio no processo principal, compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar, à luz dos elementos de interpretação anteriores, se os dois requisitos analisados estão cumpridos.

145 Sem prejuízo dessa apreciação, há que observar que:

- o sector dos serviços financeiros foi objecto de um significativo processo de liberalização a nível comunitário, que acentuou a concorrência já potencialmente resultante da livre circulação de capitais prevista no Tratado (acórdãos, já referidos, de 15 de Dezembro de 2005, Itália/Comissão, n.º 119, e Unicredito Italiano, n.º 60);
- um benefício fiscal como o que está em causa no processo principal pode reforçar, em

termos de financiamento e/ou de tesouraria, a posição da unidade económica, activa no sector bancário, constituída pela fundação bancária e pela sociedade bancária;

– pode também reforçar a posição da fundação bancária numa actividade exercida, designadamente, num domínio social, científico ou cultural.

146 Tendo em consideração os elementos expostos, há que responder à terceira questão submetida que uma isenção de retenção sobre os dividendos, como a que está em causa no processo principal, pode, após uma análise que compete ao órgão jurisdicional nacional, ser qualificada como auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

3. Quanto à quinta questão, relativa aos conceitos de «restrição à liberdade de estabelecimento» e de «restrição à livre circulação de capitais» na acepção dos artigos 43.º CE e 56.º CE

a) Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

147 As recorridas no processo principal contestam a existência, evocada pela quinta questão, de um entrave à liberdade de estabelecimento ou à livre circulação de capitais em proveito das sociedades bancárias. Na sua opinião, uma isenção como a visada no artigo 10.º bis da legge n. 1745/62 não beneficia estas sociedades, que estão apenas encarregadas da cobrança do imposto devido pelas empresas que recebem o rendimento. As referidas sociedades não retiram nenhuma vantagem da isenção da retenção sobre os dividendos distribuídos.

148 O Governo italiano alega que, devido ao benefício fiscal em causa no processo principal, a sociedade em que uma fundação bancária detém participações pode beneficiar de investimentos mais elevados por parte desta, o que pode implicar uma violação da liberdade de estabelecimento ou uma violação da livre circulação de capitais susceptível de criar distorções no mercado em causa.

149 A Comissão considera que o benefício fiscal não favorece a sociedade bancária, mas a fundação bancária.

b) Resposta do Tribunal de Justiça

150 Tendo em conta as respostas dadas às três primeiras questões com base nos dados jurídicos e nos factos do litígio no processo principal, deve declarar-se que não há que analisar a quinta questão, seja qual for a decisão a proferir pelo órgão jurisdicional de reenvio quanto à qualificação do benefício fiscal em causa à luz das normas comunitárias relativas aos auxílios de Estado.

151 Com efeito, se o órgão jurisdicional de reenvio qualificar o benefício fiscal como auxílio de Estado, o referido benefício deverá ser suprimido, de modo que não subsistirá nenhuma diferença de tratamento susceptível de ser analisada à luz dos artigos 43.º CE e 56.º CE.

152 Se, pelo contrário, afastar a qualificação de auxílio de Estado, a questão da existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento ou à livre circulação de capitais já não se colocará.

Quanto às despesas

153 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de

Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) declara:

- 1) **Uma pessoa colectiva como a que está em causa no processo principal pode, após uma análise que compete ao órgão jurisdicional nacional considerando o regime aplicável à época em causa, ser qualificada como «empresa» na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE e, como tal, sujeita, na referida época, às normas comunitárias relativas aos auxílios de Estado.**
- 2) **Uma isenção de retenção sobre os dividendos, como a que está em causa no processo principal, pode, após uma análise que compete ao órgão jurisdicional nacional, ser qualificada como auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.**

Assinaturas

* Língua do processo: italiano.