

Downloaded via the EU tax law app / web

Affaire C-222/04

Ministero dell'Economia e delle Finanze

contre

Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.

(demande de décision préjudicielle, introduite par la Corte suprema di cassazione)

«Aides d'État — Articles 87 CE et 88 CE — Banques — Fondations bancaires — Notion d'entreprise — Allègement de l'impôt direct sur les dividendes perçus par les fondations bancaires — Qualification d'aide d'État — Compatibilité avec le marché commun — Décision 2003/146/CE de la Commission — Appréciation de validité — Irrecevabilité — Articles 12 CE, 43 CE et 56 CE — Principe de non-discrimination — Liberté d'établissement — Libre circulation des capitaux»

Conclusions de l'avocat général M. F. G. Jacobs, présentées le 27 octobre 2005

Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 10 janvier 2006

Sommaire de l'arrêt

1. *Questions préjudicielles — Appréciation de validité — Question portant sur la validité d'une décision n'ayant pas été attaquée sur le fondement de l'article 230 CE*

(Art. 230 CE et 234 CE)

2. *Questions préjudicielles — Compétence de la Cour — Limites — Question manifestement dénuée de pertinence*

(Art. 234 CE)

3. *Concurrence — Règles communautaires — Destinataires — Entreprises — Notion*

(Art. 87, § 1, CE)

4. *Concurrence — Règles communautaires — Destinataires — Entreprises — Notion*

(Art. 87, § 1, CE)

5. *Aides accordées par les États — Notion*

(Art. 87, § 1, CE)

6. *Aides accordées par les États — Notion — Caractère sélectif de la mesure*

(Art. 87, § 1, CE)

7. *Aides accordées par les États — Affectation des échanges entre États membres — Atteinte à la concurrence — Critères d'appréciation*

(Art. 87, § 1, CE)

8. Aides accordées par les États — Notion

(Art. 87, § 1, CE)

1. Dès lors qu'une question préjudicielle en appréciation de validité d'une décision de la Commission a été posée d'office par la juridiction de renvoi, et non pas à la demande d'un sujet de droit qui, ayant eu la possibilité d'introduire un recours en annulation contre cette décision, ne l'a pas utilisée dans le délai imparti par l'article 230 CE, ladite question préjudicielle ne peut être déclarée irrecevable en raison de cette dernière circonstance.

(cf. points 72-74)

2. La Cour peut décider de ne pas statuer sur une question préjudicielle en appréciation de validité d'un acte communautaire, lorsqu'il apparaît de manière manifeste que cette appréciation, demandée par la juridiction nationale, n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal.

(cf. point 75)

3. Dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'«entreprise» comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.

Constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné. Si, le plus souvent, l'activité économique est exercée directement sur le marché, il n'est cependant pas exclu qu'elle soit le fait à la fois d'un opérateur en contact direct avec le marché et, indirectement, d'une autre entité contrôlant cet opérateur dans le cadre d'une unité économique qu'ils forment ensemble.

À cet égard, la simple détention de participations, même de contrôle, ne suffit pas à caractériser une activité économique de l'entité détentrice de ces participations, lorsqu'elle ne donne lieu qu'à l'exercice des droits attachés à la qualité d'actionnaire ou d'associé, ainsi que, le cas échéant, à la perception de dividendes, simples fruits de la propriété d'un bien. En revanche, une entité qui, détenant des participations de contrôle dans une société, exerce effectivement ce contrôle en s'imisçant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci doit être considérée comme prenant part à l'activité économique exercée par l'entreprise contrôlée et doit donc elle-même, à ce titre, être qualifiée d'entreprise au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

À défaut, un simple démembrement d'une entreprise en deux entités distinctes, dont la première poursuivrait directement l'activité économique antérieure et la seconde contrôlerait la première tout en s'ingérant dans sa gestion, suffirait à priver de leur effet utile les règles communautaires relatives aux aides d'État. Il permettrait à la seconde entité de bénéficier de subventions ou d'autres avantages accordés par l'État ou au moyen de ressources d'État et de les utiliser en tout ou partie au profit de la première, dans l'intérêt, également, de l'unité économique formée par les deux entités.

Est dès lors susceptible d'être qualifiée d'«entreprise» au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE et être ainsi soumise aux règles communautaires relatives aux aides d'État une personne morale telle qu'une fondation bancaire contrôlant le capital d'une société bancaire, dont le régime comporte des règles qui traduisent une mission s'étendant au-delà d'un simple placement de capitaux par un investisseur, rendent possible l'exercice de fonctions de contrôle, mais également

d'impulsion et de soutien financier, et illustrent ainsi l'existence de liens organiques et fonctionnels entre les fondations bancaires et les sociétés bancaires.

(cf. points 107-118, 125, disp. 1)

4. Une personne morale, telle une fondation bancaire, dont l'activité se limite au versement de contributions à des organismes sans but lucratif, ne saurait être qualifiée d'«entreprise» au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. En effet, une telle activité a un caractère exclusivement social et n'est pas exercée sur un marché en concurrence avec d'autres opérateurs. Au titre de ladite activité, une fondation bancaire agit comme un organisme de bienfaisance ou une organisation caritative et non comme une entreprise.

En revanche, lorsqu'une fondation bancaire, agissant elle-même dans les domaines d'intérêt public et d'utilité sociale, utilise l'habilitation qui lui est donnée par le législateur national d'effectuer des opérations financières, commerciales, immobilières et mobilières nécessaires ou opportunes en vue de la réalisation des buts qui lui sont fixés, elle est susceptible d'offrir des biens ou des services sur le marché en concurrence avec d'autres opérateurs, par exemple dans des domaines comme la recherche scientifique, l'éducation, l'art ou la santé.

Dans cette hypothèse, une telle fondation bancaire doit être considérée comme une entreprise, en tant qu'elle exerce une activité économique, nonobstant la circonstance que l'offre de biens ou de services est faite sans but lucratif, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs poursuivant un tel but, et doit se voir ainsi appliquer les règles communautaires relatives aux aides d'État.

(cf. points 119-125, disp. 1)

5. La notion d'aide est plus générale que celle de subvention, parce qu'elle comprend non seulement des prestations positives, telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques.

Il en découle qu'une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises une exonération fiscale qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, place les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables constitue une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. De même, peut constituer une aide d'État une mesure accordant à certaines entreprises une réduction d'impôt ou un report du paiement de l'impôt normalement dû.

(cf. points 131-132)

6. Un avantage fiscal, accordé à certaines entreprises en considération de leur forme juridique, personne morale de droit public ou fondation, et des secteurs dans lesquels elles exercent leur activité, ne s'applique pas à tous les opérateurs économiques et ne peut donc être considéré comme une mesure générale de politique fiscale ou économique, de sorte qu'il est sélectif.

(cf. points 135-136, 138)

7. L'article 87, paragraphe 1, CE prohibe les aides qui affectent les échanges entre États membres et faussent ou menacent de fausser la concurrence. Aux fins de la qualification d'une mesure nationale en tant qu'aide d'État prohibée, il y a lieu, non pas d'établir une incidence réelle de l'aide sur les échanges entre États membres et une distorsion effective de la concurrence, mais

seulement d'examiner si l'aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence. En particulier, lorsqu'une aide accordée par un État membre renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide. À cet égard, la circonstance qu'un secteur économique a fait l'objet d'une libéralisation au niveau communautaire est de nature à caractériser une incidence réelle ou potentielle des aides sur la concurrence, ainsi que leur effet sur les échanges entre États membres.

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'entreprise bénéficiaire participe elle-même aux échanges intracommunautaires. En effet, lorsqu'un État membre octroie une aide à une entreprise, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de pénétrer le marché de cet État membre en sont diminuées. En outre, un renforcement d'une entreprise qui, jusqu'alors, ne participait pas à des échanges intracommunautaires peut la placer dans une situation lui permettant de pénétrer le marché d'un autre État membre.

(cf. points 139-143)

8. Une exonération de retenue sur des dividendes revenant à des fondations bancaires, titulaires de participations dans des sociétés bancaires et qui poursuivent exclusivement des buts de bienfaisance, d'éducation, d'enseignement, d'étude et de recherche scientifique, est susceptible d'être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. En effet, une telle mesure nationale relève d'un financement étatique. De plus, elle est sélective. Enfin, un tel avantage intervient dans le secteur des services financiers qui a fait l'objet d'un important processus de libéralisation au niveau communautaire ayant accentué la concurrence pouvant résulter déjà de la libre circulation des capitaux prévue par le traité, et est susceptible de renforcer, d'une part, en termes de financement et/ou de trésorerie, la position de l'unité économique, active dans le secteur bancaire, constituée par la fondation bancaire et la société bancaire, et, d'autre part, la position de la fondation bancaire dans une activité exercée, notamment, dans un domaine social, scientifique ou culturel.

(cf. points 133, 138, 145-146, disp. 2)

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

10 janvier 2006 (*)

«Aides d'État – Articles 87 CE et 88 CE – Banques – Fondations bancaires – Notion d'entreprise – Allègement de l'impôt direct sur les dividendes perçus par les fondations bancaires – Qualification d'aide d'État – Compatibilité avec le marché commun – Décision 2003/146/CE de la Commission – Appréciation de validité – Irrecevabilité – Articles 12 CE, 43 CE et 56 CE – Principe de non-discrimination – Liberté d'établissement – Libre circulation des capitaux»

Dans l'affaire C-222/04,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par la Corte suprema di cassazione (Italie), par décision du 23 mars 2004, parvenue à la Cour le 28 mai 2004, dans la procédure

Ministero dell'Economia e delle Finanze

contre

Cassa di Risparmio di Firenze SpA,

Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato,

Cassa di Risparmio di San Miniato SpA,

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. C. W. A. Timmermans, président de chambre, MM. C. Gulmann (rapporteur), R. Schintgen, Mme R. Silva de Lapuerta et M. G. Arestis, juges,

avocat général: M. F. G. Jacobs,

greffier: Mme M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 7 juillet 2005,

considérant les observations présentées:

- pour la Cassa di Risparmio di Firenze SpA, par Mes P. Russo et G. Morbidelli, avvocati,
- pour la Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato et la Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, par Mes A. Rossi et G. Roberti, avvocati,
- pour le gouvernement italien, par M. I. M. Braguglia, en qualité d'agent, assisté de M. P. Gentili, avvocato dello Stato,
- pour la Commission des Communautés européennes, par MM. R. Lyal et V. Di Bucci, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 27 octobre 2005,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 12 CE, 43 CE et suivants, 56 CE et suivants, 87 CE et 88 CE, ainsi que sur la validité de la décision 2003/146/CE de la Commission, du 22 août 2002, relative aux mesures fiscales mises à exécution par l'Italie en faveur des fondations bancaires (JO 2003, L 55, p. 56).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant la Cassa di Risparmio di Firenze SpA (ci-après la «Cassa di Risparmio di Firenze»), la Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato et la Cassa di Risparmio di San Miniato SpA (ci-après la «Cassa di Risparmio di San Miniato»), établies en Italie, au Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministère de l'Économie et des Finances italien) au sujet d'une demande de la Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato visant à l'exonération d'une retenue fiscale sur les dividendes de l'exercice 1998.

I – Le cadre juridique national

3 En Italie, les dividendes distribués par les sociétés par actions sont soumis à une retenue à titre d'acompte sur les impôts dus, en application de l'article 1er de la loi n° 1745, du 29 décembre 1962, portant institution d'une retenue d'acompte ou d'impôt sur les dividendes distribués par les sociétés et modifications de la réglementation du caractère nominatif obligatoire des actions (GURI n° 5, du 7 janvier 1963, p. 61), telle que modifiée par le décret-loi n° 22, du 21 février 1967, portant nouvelles dispositions en matière de retenue d'acompte ou d'impôt sur les dividendes distribués par les sociétés (GURI n° 47, du 22 février 1967, p. 1012), converti en loi, avec modifications, par la loi n° 209, du 21 avril 1967 (GURI n° 101, du 22 avril 1967, p. 2099, ci-après la «loi n° 1745/62»).

4 L'article 10 de la loi n° 1745/62 prévoit que les dividendes revenant aux organisations de personnes ou de biens non assujetties à l'impôt sur les sociétés, dans la mesure où ils sont exclus du champ d'application dudit impôt, ainsi qu'aux sujets imposables sur la base de leur bilan, mais exemptés de l'impôt sur les sociétés, sont assujettis, au lieu de la retenue à titre d'acompte visée à l'article 1er de la même loi, à une retenue à titre d'imposition de 30 %.

5 L'article 10 bis de la loi n° 1745/62 exonère de la retenue prévue à l'article 10 les dividendes revenant aux personnes morales de droit public ou aux fondations, exemptées de l'impôt sur les sociétés, qui poursuivent exclusivement des buts de bienfaisance, d'éducation, d'enseignement, d'étude et de recherche scientifique.

6 L'article 6 du décret du président de la République n° 601, du 29 septembre 1973, portant réglementation des avantages fiscaux (supplément ordinaire à la GURI n° 268, du 16 octobre 1973, p. 3, ci-après le «décret n° 601/73»), prévoit une réduction de moitié de l'impôt sur le revenu des personnes morales au profit des organismes et établissements d'assistance sociale, sociétés de secours mutuel, organismes hospitaliers, organismes d'assistance et de bienfaisance, établissements d'enseignement et établissements d'étude et d'expérimentation d'intérêt général sans but lucratif, corps scientifiques, académies, fondations et associations historiques, littéraires, scientifiques, d'expérimentation et de recherche poursuivant exclusivement des buts culturels, ainsi que des organismes dont les buts sont assimilés aux buts de bienfaisance et d'enseignement en vertu de la loi.

7 Un processus de privatisation du système bancaire public italien a été engagé par la loi n° 218, du 30 juillet 1990, portant dispositions en matière de restructuration et de renforcement de la dotation patrimoniale des établissements de crédit de droit public (GURI n° 182, du 6 août 1990, p. 8, ci-après la «loi n° 218/90»), et le décret législatif n° 356, du 20 novembre 1990, portant dispositions pour la restructuration et la réglementation du groupe bancaire (supplément ordinaire à la GURI n° 282, du 3 décembre 1990, p. 5, ci-après le «décret n° 356/90»).

8 L'article 1er du décret n° 356/90 a prévu, en particulier, la possibilité pour les établissements bancaires publics, dont les caisses d'épargne, d'apporter l'entreprise bancaire à une société anonyme constituée par leurs soins. L'organisme apporteur, appelé en pratique «fondation bancaire» (ci-après la «fondation bancaire»), devenait le seul actionnaire de cette société (ci-après la «société bancaire»), laquelle avait pour objet la poursuite de l'activité bancaire antérieurement exercée par l'établissement bancaire public.

9 L'article 11 du même décret prévoyait que les fondations bancaires seraient régies par ledit décret ainsi que par leurs statuts, seraient dotées de la pleine capacité juridique de droit public et de droit privé et demeureraient soumises aux dispositions légales relatives à la nomination des organes d'administration et de contrôle.

10 L'article 12 précisait que les fondations bancaires ayant un fonds de dotation à composition

non associative devraient poursuivre des buts d'intérêt public et d'utilité sociale, principalement dans les secteurs de la recherche scientifique, de l'enseignement, de l'art et de la santé, et que les finalités originaires d'assistance et de protection des catégories sociales défavorisées pourraient être maintenues.

11 Le même article ajoutait, notamment, que:

- les fondations bancaires pouvaient effectuer les opérations financières, commerciales, immobilières et mobilières nécessaires ou opportunes en vue de la réalisation de ces buts;
- elles administraient leur participation dans la société bancaire tant qu'elles en demeuraient titulaires;
- cependant, elles ne pouvaient pas exercer directement l'activité bancaire ni détenir des participations de contrôle dans le capital d'entreprises bancaires ou financières autres que la société bancaire;
- en revanche, elles pouvaient acquérir et céder des participations minoritaires dans le capital d'autres entreprises bancaires et financières;
- à titre transitoire, la continuité opérationnelle entre la fondation bancaire et la société bancaire devait être assurée par des dispositions prévoyant que des membres du comité de gestion ou de l'organe équivalent de la fondation bancaire seraient nommés au conseil d'administration et des membres de l'organe de contrôle au conseil de surveillance de la société bancaire;
- les fondations bancaires devaient affecter une quote-part déterminée des recettes provenant des participations dans les sociétés bancaires à une réserve destinée à la souscription aux augmentations de capital de ces sociétés;
- cette réserve pouvait être investie dans des titres des sociétés dans lesquelles les fondations bancaires détenaient une participation ou dans des titres émis ou garantis par l'État;
- les fondations bancaires pouvaient contracter des dettes envers les sociétés bancaires ou recevoir des garanties de la part de ces dernières dans des limites déterminées.

12 En vertu de l'article 13 du décret n° 356/90:

- les cessions publiques d'actions des sociétés bancaires devaient être effectuées au moyen d'une offre publique de vente;
- dans la limite globale d'un pour cent du capital de la société bancaire, les cessions sur le marché boursier d'actions cotées pouvaient être effectuées librement;
- le recours à d'autres procédures était soumis à autorisation du ministre du Trésor;
- lorsque, du fait de la cession ou de toute autre opération, la fondation bancaire perdait, fût-ce temporairement, le contrôle de la majorité des actions donnant droit au vote dans l'assemblée générale ordinaire de la société bancaire, l'opération devait être approuvée par décret du ministre du Trésor;

– la fondation bancaire ayant cédé la participation de contrôle pouvait acquérir une autre participation de contrôle dans une société bancaire après avoir obtenu une autorisation par décret du ministre du Trésor.

13 L'article 14 du décret n° 356/90 soumettait les fondations bancaires à la surveillance du ministère du Trésor, auquel elles devaient transmettre les budgets prévisionnels et les bilans annuels.

14 En vertu de la même disposition:

– les fondations bancaires devaient par ailleurs transmettre au ministère du Trésor et à la Banque d'Italie les informations, même périodiques, qui leur seraient demandées;

– le ministère du Trésor pouvait ordonner des inspections.

15 L'article 1er, paragraphe 7-bis, du décret-loi n° 332, du 31 mai 1994, portant dispositions pour l'accélération des procédures de cession des participations de l'État et des organismes publics dans des sociétés par actions (GURI n° 126, du 1er juin 1994, p. 38), converti en loi, avec modifications, par la loi n° 474, du 30 juillet 1994 (GURI n° 177, du 30 juillet 1994, p. 5), a abrogé celles des dispositions de l'article 13 du décret n° 356/90, visées au point 12 du présent arrêt, qui prévoyaient l'accord du ministre du Trésor, d'une part, pour toute opération par l'effet de laquelle la fondation bancaire perdrait le contrôle de la société bancaire, et, d'autre part, pour l'acquisition d'une autre participation de contrôle dans une société bancaire.

16 Le régime institué par la loi n° 218/90 et le décret n° 356/90 a été aménagé par la loi n° 461, du 23 décembre 1998, portant délégation de compétence au gouvernement pour la réorganisation de la réglementation civile et fiscale des organismes apporteurs visés à l'article 11, paragraphe 1, du décret législatif n° 356, du 20 novembre 1990, ainsi que du régime fiscal des opérations de restructuration bancaire (GURI n° 4, du 7 janvier 1999, p. 4, ci après la «loi n° 461/98»), et par le décret législatif n° 153, du 17 mai 1999, portant réglementation civile et fiscale des organismes apporteurs visés à l'article 11, paragraphe 1, du décret législatif n° 356, du 20 novembre 1990, et du régime fiscal des opérations de restructuration bancaire, conformément à l'article 1er de la loi n° 461, du 23 décembre 1998 (GURI n° 125, du 31 mai 1999, p. 4, ci-après le «décret n° 153/99»).

17 L'article 30 du décret n° 153/99 a abrogé, notamment, les articles 11, 12, 13 et 14 du décret n° 356/90.

18 L'article 1er du décret n° 153/99, reprenant l'appellation apparue dans la pratique, précise qu'il convient d'entendre par «fondation» l'organisme qui a effectué l'apport de l'entreprise bancaire au sens du décret n° 356/90.

19 L'article 2, paragraphe 1, du décret n° 153/99 dispose que:

– les fondations bancaires sont des personnes morales de droit privé sans but lucratif, dotées d'une autonomie statutaire et de gestion pleine et entière;

– elles poursuivent exclusivement des buts d'utilité sociale et de promotion du développement économique, conformément aux dispositions de leurs statuts respectifs.

20 L'article 3 ajoute que:

- les fondations bancaires poursuivent leurs buts selon toutes les modalités compatibles avec leur nature juridique, telle que définie à l'article 2;
- elles opèrent dans le respect des principes d'une gestion rentable;
- elles ne peuvent gérer que des entreprises opérationnelles servant directement à la réalisation de leurs buts statutaires et exclusivement dans les secteurs pertinents;
- elles ne sont pas autorisées à exercer des fonctions bancaires;
- il leur est interdit toute forme de financement, de versement ou de subvention, directs ou indirects, à des organismes poursuivant des buts lucratifs ou au profit d'entreprises, quelle que soit leur nature, à l'exception des entreprises opérationnelles et de coopératives sociales.

21 Conformément à l'article 1er du décret n° 153/99, dans sa rédaction initiale, les «secteurs pertinents» devaient être choisis parmi les secteurs suivants: recherche scientifique, enseignement, art, conservation et mise en valeur des biens et des activités culturels et des biens environnementaux, santé et assistance aux catégories sociales défavorisées.

22 À la suite d'une modification de cette disposition opérée par l'article 11 de la loi n° 448, du 28 décembre 2001, portant dispositions relatives à l'établissement du budget annuel et pluriannuel de l'État (loi de finances 2002) (supplément ordinaire à la GURI n° 301, du 29 décembre 2001, p. 1, ci-après la «loi n° 448/01»), les secteurs pertinents doivent à présent être choisis parmi les secteurs suivants: famille et valeurs s'y rattachant; éducation et formation des jeunes; éducation, enseignement et formation, y compris l'achat de produits de l'édition pour l'école; volontariat, philanthropie et bienfaisance; religion et développement spirituel; assistance aux personnes âgées; droits civiques; prévention de la criminalité et sécurité publique; sécurité alimentaire et agriculture de qualité; développement local et construction de logements populaires au niveau local; protection des consommateurs; protection civile; santé publique, médecine préventive et curative; activités sportives; prévention et traitement de la toxicomanie; pathologies et perturbations psychiques et mentales; recherche scientifique et technologique; protection et qualité de l'environnement; art, activités et biens culturels.

23 L'article 4, paragraphe 3, du décret n° 153/99, dans sa rédaction initiale, disposait que les membres de l'organe d'administration ne pouvaient pas occuper les fonctions de membre du conseil d'administration dans la société bancaire.

24 Dans sa rédaction résultant de la loi n° 350, du 24 décembre 2003, portant dispositions relatives à l'établissement du budget annuel et pluriannuel de l'État (loi de finances 2004) (supplément ordinaire à la GURI n° 299, du 27 décembre 2003, p. 1), la même disposition énonce que:

- les sujets qui exercent des fonctions d'administration, de direction ou de contrôle dans la fondation bancaire ne peuvent occuper des fonctions d'administration, de direction ou de contrôle dans la société bancaire ou dans les sociétés que celle-ci contrôle ou dans lesquelles elle détient une participation;
- les sujets qui exercent des fonctions d'orientation dans la fondation bancaire ne peuvent pas occuper des fonctions d'administration, de direction ou de contrôle dans la société bancaire.

25 Dans sa rédaction initiale, l'article 5, paragraphe 1, du décret n° 153/99 énonçait que le patrimoine de la fondation bancaire devait être entièrement affecté à la poursuite des buts statutaires et que, dans le cadre de l'administration de leur patrimoine, les fondations bancaires

géraient les risques en observant les critères prudentiels de façon à en conserver la valeur et à obtenir une rentabilité adéquate. L'article 11 de la loi n° 448/01 a ajouté à cette disposition une précision selon laquelle la gestion doit être conforme à la nature des fondations bancaires en tant qu'organismes sans but lucratif opérant selon les principes de transparence et de moralité.

26 L'article 6, paragraphe 1, du décret n° 153/99 dispose que les fondations bancaires ne peuvent détenir des participations de contrôle que dans les organismes et sociétés ayant pour objectif exclusif la gestion d'entreprises opérationnelles.

27 En ce qui concerne la participation dans les sociétés bancaires, l'article 25, paragraphes 1 et 2, dans sa rédaction initiale, disposait que:

- les participations de contrôle dans ces sociétés pouvaient être conservées pendant une période de quatre ans à partir de la date d'entrée en vigueur du décret, en vue de leur cession;
- à défaut de cession dans ce délai, les participations pouvaient être conservées pendant une période supplémentaire ne dépassant pas deux ans;
- les participations de contrôle dans des sociétés autres que les sociétés bancaires, à l'exclusion de celles détenues par les fondations bancaires dans des entreprises opérationnelles, devaient être cédées dans le délai fixé par l'Autorité de surveillance, compte tenu de l'exigence de sauvegarder la valeur du patrimoine et, en tout état de cause, au terme du délai de quatre ans prévu.

28 Par suite de la modification de ces dispositions par l'article 11 de la loi n° 448/01, puis par l'article 4 du décret-loi n° 143, du 24 juin 2003 (GURI n° 144, du 24 juin 2003), converti en loi, avec modifications, par la loi n° 212, du 1er août 2003 (supplément ordinaire à la GURI n° 185, du 11 août 2003, ci-après le «décret-loi n° 143/03»):

- le délai maximal de quatre ans de conservation des participations de contrôle a été remplacé par la date limite du 31 décembre 2005;
- a été introduite la possibilité de confier les participations dans les sociétés bancaires à des sociétés de gestion de l'épargne choisies dans le respect des procédures de mise en concurrence et chargées de gérer ces participations en leur nom propre selon des critères de professionnalisme et d'indépendance, les fondations bancaires conservant dans certains cas la possibilité de donner des indications en vue d'assemblées générales extraordinaires et la cession de ces participations devant avoir lieu, en tout état de cause, au plus tard au terme de la troisième année suivant le 31 décembre 2005;
- le ministre de l'Économie et des Finances ainsi que la Banque d'Italie exercent les pouvoirs qui leur sont conférés par les dispositions applicables en matière de banque et de crédit;
- les participations de contrôle dans des sociétés autres que les sociétés bancaires, à l'exclusion de celles détenues par les fondations bancaires dans des entreprises opérationnelles, doivent être cédées dans le délai fixé par l'Autorité de surveillance compte tenu de l'exigence de sauvegarder la valeur du patrimoine et, en tout état de cause, au plus tard à la date du 31 décembre 2005.

29 L'article 25, paragraphe 3, du décret n° 153/99, dans sa rédaction initiale non modifiée par la loi n° 448/01, prévoit que, lorsque les fondations bancaires, après l'expiration des délais fixés pour la conservation des participations de contrôle, continuent à détenir celles-ci, l'Autorité de surveillance procède à leur cession dans la mesure nécessaire pour mettre fin au contrôle.

30 En matière fiscale, l'article 12, paragraphe 1, du décret n° 153/99 énonce que les fondations bancaires qui ont adapté leurs statuts aux dispositions dudit décret sont considérées comme des entités non commerciales, même si elles poursuivent leurs buts statutaires au moyen d'entreprises opérationnelles.

31 À la date de la décision de renvoi, l'article 12, paragraphe 2, disposait que:

- le régime prévu à l'article 6 du décret n° 601/73 était applicable aux fondations bancaires ayant adapté leurs statuts aux dispositions du décret n° 153/99 et opérant dans les secteurs pertinents;
- le même régime s'appliquait, jusqu'à l'adoption des dispositions d'adaptation des statuts au décret n° 153/99, aux fondations bancaires n'ayant pas la nature d'entités commerciales qui avaient poursuivi principalement des buts d'intérêt public et d'utilité sociale dans les secteurs indiqués à l'article 12 du décret n° 356/90 et dans ses modifications ultérieures.

32 L'article 12, paragraphe 3, du décret n° 153/99, tel que modifié par le décret-loi n° 143/03, énonce que les fondations bancaires perdent leur nature d'entités non commerciales et cessent de bénéficier des allègements fiscaux prévus si, après la date du 31 décembre 2005, elles détiennent encore une participation de contrôle dans les sociétés bancaires.

II – Le litige au principal et les questions préjudicielles

33 La Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato a demandé à l'administration fiscale italienne, sur le fondement de l'article 10 bis de la loi n° 1745/62, l'exonération de la retenue sur les dividendes lui revenant pour l'exercice 1998, perçus en raison de ses participations dans la Cassa di Risparmio di San Miniato ainsi que dans la société Casse Toscane SpA, aux droits de laquelle se trouve la Cassa di Risparmio di Firenze.

34 Cette demande a été rejetée au motif que la gestion par une fondation bancaire de ses participations dans des sociétés bancaires devait être considérée comme une activité commerciale incompatible avec l'exonération prévue à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62.

35 La Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, ainsi que la Cassa di Risparmio di Firenze et la Cassa di Risparmio di San Miniato ont attaqué la décision de rejet devant la Commissione tributaria provinciale di Firenze.

36 Leur recours a été rejeté.

37 Les trois requérantes ont attaqué la décision de la Commissione tributaria provinciale di Firenze devant la Commissione tributaria regionale di Firenze, qui a accueilli leur recours.

38 Selon la juridiction de renvoi, la Commissione tributaria regionale di Firenze a jugé que la Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, en raison de son but d'intérêt public ou d'utilité sociale dans des secteurs déterminés, devait bénéficier de la réduction de moitié de l'impôt sur le revenu des personnes morales au titre de l'article 6 du décret n° 601/73 et que cette réduction s'accompagnait de l'exonération de la retenue au titre de l'article 10 bis de la loi n° 1745/62, indépendamment de la circonstance qu'une fondation bancaire peut exercer, autrement qu'à titre

principal, une activité économique d'entreprise.

39 Également selon la juridiction de renvoi, la Commissione tributaria regionale di Firenze s'est référée, à cet égard, au nouveau régime découlant de la loi n° 461/98 et du décret n° 153/99, en ce qu'il prévoirait expressément l'applicabilité aux fondations bancaires de l'avantage fiscal en cause.

40 Elle a considéré que, dans l'espèce qui lui était soumise, la preuve d'une primauté d'une activité économique d'entreprise sur les buts d'utilité sociale n'avait pas été apportée.

41 Le Ministero dell'Economia e delle Finanze a formé un pourvoi en cassation contre la décision rendue.

42 Il invoque, en particulier, une violation des articles 10 bis de la loi n° 1745/62, 6 du décret n° 601/73 et 14 des dispositions préliminaires du code civil italien, en vertu duquel les lois qui font exception à des règles générales ou à d'autres lois ne s'appliquent pas au-delà des cas et des circonstances pour lesquels elles sont prévues.

43 Dans sa décision de renvoi, la Corte suprema di cassazione observe que la solution du litige au principal sur le fondement du droit national doit tenir compte de la question de la compatibilité du régime fiscal des fondations bancaires avec le droit communautaire, en particulier avec les articles 12 CE, 43 CE et suivants, 56 CE et suivants, ainsi que 87 CE et 88 CE. Elle souligne que, selon une jurisprudence constante de la Cour, les autorités nationales ont l'obligation d'appliquer, au besoin d'office, les règles de droit communautaire, si nécessaire en laissant inappliquées les règles nationales contraires à celles-ci.

44 En ce qui concerne les articles 87 CE et 88 CE, elle relève que, si les mesures fiscales en cause dans le litige au principal devaient être considérées comme constitutives d'aides d'État en faveur de certaines entreprises ou de certaines productions, elles ne pourraient pas être mises en œuvre sans décision préalable de la Commission relative à leur compatibilité. Jusqu'à l'adoption d'une telle décision, les juridictions nationales devraient, par suite de l'effet direct de l'article 88, paragraphe 3, CE, refuser de leur donner application.

45 À cet égard, la juridiction de renvoi constate que la décision 2003/146 a examiné les mesures fiscales prévues à l'article 12, paragraphe 2, du décret n° 153/99 au regard des articles 87 CE et 88 CE.

46 En vertu de cette décision, les mesures examinées, mises à exécution en faveur des fondations bancaires qui n'exercent pas directement une activité dans les secteurs énumérés à l'article 1er dudit décret, tel que modifié par la loi n° 448/01, ne constituent pas une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, au motif qu'elles ne sont pas destinées à des «entreprises» au sens de cette dernière disposition.

47 La juridiction de renvoi précise que la nature commerciale ou non des fondations bancaires fait l'objet de divergences d'analyse.

48 L'administration fiscale italienne aurait constamment soutenu que les fondations bancaires ont une nature commerciale, de sorte qu'elles seraient soumises au régime fiscal ordinaire.

49 Le gouvernement italien, dans le cadre de la procédure ayant abouti à la décision 2003/146, aurait quant à lui soutenu que les fondations bancaires ne peuvent pas être considérées comme des «entreprises» aux fins des règles de la concurrence.

50 Des divergences existeraient au sein même de la juridiction de renvoi. Certaines décisions

auraient admis la nature non commerciale des fondations bancaires, au motif que la gestion de participations dans des entreprises bancaires, ainsi que de participations détenues dans d'autres entreprises que la société bancaire, ne constituerait qu'un instrument destiné à procurer les moyens financiers indispensables en vue de la poursuite des buts sociaux et culturels confiés à l'organisme. D'autres décisions auraient statué en sens contraire en retenant le manque de pertinence des missions sociales et culturelles vis-à-vis du régime fiscal d'allègement, dès lors que les organismes en cause pourraient agir sur le marché bancaire et sur d'autres marchés en concurrence avec les autres entreprises.

51 La juridiction de renvoi souligne que l'article 12, paragraphe 2, du décret n° 153/99 étend expressément le régime prévu à l'article 6 du décret n° 601/73, jusqu'à ce qu'elles aient adopté des dispositions d'adaptation de leurs statuts au décret n° 153/99, aux fondations bancaires n'ayant pas la nature d'entités commerciales qui ont poursuivi principalement des buts d'intérêt public et d'utilité sociale.

52 Elle ajoute que, selon une partie de la jurisprudence nationale, l'article 12, paragraphe 2, du décret n° 153/99 est de nature interprétative, de sorte que le régime fiscal en cause s'applique également aux exercices fiscaux antérieurs à l'entrée en vigueur du décret n° 153/99.

53 Elle considère qu'il convient donc d'examiner la question de la validité de la décision 2003/146. À cet égard, s'il devait être considéré que les fondations bancaires sont par nature des entreprises, cette dernière décision serait dénuée de validité.

54 Or, selon la juridiction de renvoi, l'attribution simultanée, en vertu d'une obligation légale, à des sujets de droit spécialement constitués à cet effet, de la propriété dominante d'une quote-part significative d'entreprises bancaires et le maintien de cette situation pendant une durée considérable ainsi que l'utilisation des recettes de la cession de telles participations à des fins d'acquisition et de gestion de participations significatives dans d'autres entreprises, à diverses finalités au nombre desquelles figure le développement économique du système, donne lieu à une activité économique d'où procède la recherche d'un produit, même si ce produit ne peut pas être distribué et doit en priorité servir à des finalités dénuées d'objet lucratif.

55 La juridiction de renvoi relève que, à la fin de l'exercice 1995-1996, les fondations bancaires possédaient un patrimoine de 50 000 milliards de ITL et que, au 31 décembre 2002, leur avoir comptable s'élevait à 37 milliards d'euros, sans compter les plus-values des participations détenues, habituellement inscrites selon leur valeur historique.

56 La juridiction de renvoi souligne que l'exercice par les fondations bancaires de missions sans but lucratif ne saurait occulter l'élément caractéristique du système, à savoir que ces fondations bancaires ont pour mission, tant organiquement que fonctionnellement, d'assumer la propriété et l'administration d'un nombre important d'entreprises bancaires en exerçant sur elles des pouvoirs de contrôle, au nombre desquels figurent ceux de nomination et de révocation des administrateurs.

57 Une telle fonction ne pourrait être considérée comme échappant aux règles de la concurrence. Cette fonction serait un élément essentiel du système bancaire public et, selon les principes de droit communautaire, constituerait toujours l'exercice d'une activité économique. Elle représenterait incontestablement un facteur susceptible de perturber le marché et les échanges intracommunautaires, d'autant plus que les fondations bancaires pourraient acquérir également des participations dans d'autres entreprises, y compris des entreprises bancaires.

58 Les fondations bancaires vivraient ainsi en symbiose juridique et économique avec le système bancaire public, de sorte qu'elles ne seraient pas étrangères à ce système et au marché

en cause.

59 La juridiction de renvoi se demande, par ailleurs, si le régime fiscal en litige au principal n'est pas constitutif d'une violation du principe de non-discrimination consacré à l'article 12 CE et, dans le même temps, d'une violation des principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux, établis respectivement aux articles 43 CE et 56 CE.

60 Dans ces conditions, la Corte suprema di cassazione a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Convient-il de considérer comme soumis aux règles de concurrence communautaires une série de sujets de droit (qu'il est convenu d'appeler les 'fondations bancaires'), créés sur la base de la loi [n° 218/90] et du [décret n° 356/90], en incluant les modifications intervenues ultérieurement, pour être titulaires de participations de contrôle de sociétés exerçant des activités bancaires et pour administrer de telles participations, relatives à une quote-part assez significative des opérateurs du marché, s'accompagnant de l'attribution à ces sujets des bénéfices des entreprises contrôlées, y compris lorsqu'ils se voient confier des missions d'utilité sociale? S'agissant des dispositions instaurées par le [décret n° 153/99], la possibilité offerte à de tels organismes d'affecter le produit de la cession de telles participations à l'acquisition et à la gestion de participations significatives dans d'autres entreprises, notamment des entreprises de banque, y compris de participations de contrôle d'entreprises non bancaires, dans différents buts dont celui du développement économique du système, est-elle de la même façon constitutive de l'exercice de l'activité d'une entreprise aux fins de l'application du droit communautaire de la concurrence?»

2) Par voie de conséquence, de tels organismes, tels qu'ils sont régis par les dispositions de la [loi n° 218/90] et du [décret n° 356/90], en incluant les modifications intervenues ultérieurement, ainsi que par les dispositions issues de la réforme générée par la [loi n° 461/98] et par le [décret n° 153/99], sont-ils soumis à la réglementation communautaire relative aux aides d'État (articles 87 CE et 88 CE) s'agissant d'un régime fiscal de faveur dont ils sont les destinataires?

3) En cas de réponse affirmative à la question précédente, le régime d'allègement de l'impôt direct sur les dividendes perçus, en cause en l'espèce, est-il ou non constitutif d'une aide d'État au sens de l'article 87 CE?

4) Toujours en cas de réponse affirmative à la question énoncée [au point 2], la [décision 2003/146] reconnaissant l'inapplicabilité aux fondations d'origine bancaire des dispositions relatives aux aides d'État est-elle valide considérée du point de vue de sa légitimité et du point de vue d'un défaut et/ou d'une insuffisance de motifs [...]?

5) Indépendamment de l'applicabilité de la réglementation relative aux aides d'État, l'octroi d'un régime fiscal plus favorable à la distribution des bénéfices des entreprises de banque bénéficiaires, exclusivement nationales, contrôlées par les fondations, bénéfices perçus par ces dernières ou des bénéfices des entreprises dont les participations auraient été acquises grâce au produit de la cession des participations dans des sociétés bancaires bénéficiaires, est-il constitutif d'une discrimination en faveur des entreprises dont des participations sont ainsi détenues au détriment des autres entreprises opérant sur le marché en cause et, dans le même temps, d'une violation des principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux, au titre des articles 12 CE, 43 CE et suivants et 56 CE et suivants?»

III – Sur les questions préjudicielles

A – Sur la recevabilité des questions

1. Sur la recevabilité des première, deuxième et troisième questions

a) Observations présentées à la Cour

61 Les défenderesses au principal considèrent que les trois premières questions sont irrecevables aux motifs que:

- contrairement à ce qu'affirme la juridiction de renvoi, l'exonération prévue à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62 ne concerne qu'une retenue à titre d'acompte sur impôt et non à titre d'impôt;
- les questions soulevées présenteraient un intérêt purement national, s'agissant simplement d'établir si, au regard des règles générales énoncées à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62, les fondations bancaires ont le droit de bénéficier de l'exonération prévue par cette disposition.

62 Le gouvernement italien et la Commission ne contestent pas la recevabilité des trois premières questions posées.

b) Appréciation de la Cour

63 Selon une jurisprudence constante, la Cour n'est pas compétente, au titre de l'article 234 CE, pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des règles relevant du droit interne (arrêts du 19 mars 1964, Unger, 75/63, Rec. p. 347, 365, et du 26 septembre 1996, Allain, C-341/94, Rec. p. I-4631, point 11). La compétence de la Cour est limitée à l'examen des seules dispositions du droit communautaire (ordonnance du 21 décembre 1995, Max Mara, C-307/95, Rec. p. I-5083, point 5). Il appartient au juge national d'apprécier la portée des dispositions nationales et la manière dont elles doivent être appliquées (arrêt du 7 décembre 1995, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta, C-45/94, Rec. p. I-4385, point 26).

64 Dans l'affaire au principal, il incombe ainsi à la juridiction de renvoi de déterminer si l'exonération prévue à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62 concerne une retenue à titre d'acompte sur un impôt dû ou une retenue à titre d'imposition.

65 Il lui appartient également d'apprécier si la fondation bancaire défenderesse a droit à une telle exonération au titre de l'exercice en cause, par l'effet d'une application combinée dudit article 10 bis de la loi n° 1745/62 et de l'article 6 du décret n° 601/73, ainsi que, le cas échéant, d'une application rétroactive de l'article 12, paragraphe 2, du décret n° 153/99.

66 Dans l'affirmative, la juridiction de renvoi devra trancher la question de savoir si l'avantage fiscal correspondant constitue une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. En effet, si tel est le cas, cet avantage fiscal ne pourra, conformément à l'article 88, paragraphe 3, CE, être mis en œuvre sans avoir été notifié à la Commission.

67 La question que, le cas échéant, la juridiction nationale devra trancher relève du droit communautaire.

68 Dans ces conditions, les trois premières questions préjudicielles posées, dans la mesure où elles la contiennent, sont recevables.

2. Sur la recevabilité de la quatrième question

a) Observations présentées à la Cour

69 Les défenderesses au principal soutiennent que la quatrième question posée, relative à la validité de la décision 2003/146, est irrecevable au motif que cette décision serait devenue définitive à l'égard de la République italienne qui, en ayant eu la possibilité, n'a pas formé de recours en annulation sur le fondement de l'article 230 CE (arrêt du 9 mars 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, Rec. p. I?833).

70 Le gouvernement italien estime que la quatrième question n'est pas pertinente, dès lors que la décision 2003/146 aurait été adoptée en considération du régime des fondations bancaires tel que modifié par le décret n° 153/99.

71 La Commission considère également que cette question est irrecevable, le litige au principal ayant trait à la situation existant en 1998, alors que la décision 2003/146 aurait examiné des allègements fiscaux consentis aux fondations bancaires par le décret n° 153/99, allègements qui, de surcroît, correspondraient à des avantages fiscaux autres que l'exonération prévue à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62.

b) Appréciation de la Cour

72 La question visant à l'appréciation de la validité de la décision 2003/146 n'a pas été posée à la demande d'un sujet de droit qui, ayant eu la possibilité d'introduire un recours en annulation contre cette décision, ne l'aurait pas utilisée dans le délai imparti par l'article 230 CE.

73 Elle a été posée d'office par la juridiction de renvoi.

74 Par conséquent, elle ne peut être déclarée irrecevable en vertu de la jurisprudence résultant de l'arrêt TWD Textilwerke Deggendorf, précité.

75 Néanmoins, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la Cour peut décider de ne pas statuer sur une question préjudicielle en appréciation de validité d'un acte communautaire, lorsqu'il apparaît de manière manifeste que cette appréciation, demandée par la juridiction nationale, n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal (arrêt du 21 mars 2002, Cura Anlagen, C?451/99, Rec. p. I?3193, point 16).

76 La décision 2003/146 examine au regard des articles 87 CE et suivants, notamment, l'article 12, paragraphe 2, du décret n° 153/99, relatif à l'octroi de la réduction de moitié de l'impôt prévue à l'article 6 du décret n° 601/73.

77 Cette réduction est un avantage fiscal distinct de l'exonération de retenue accordée par l'article 10 bis de la loi n° 1745/62.

78 Au point 61 et à l'article 1er de la décision 2003/146, la Commission conclut que ne constitue pas une aide d'État la mesure introduite par l'article 12, paragraphe 2, du décret n° 153/99 en faveur des fondations bancaires qui n'exercent pas directement une activité dans les secteurs énumérés à l'article 1er dudit décret, tel que modifié par la loi n° 448/01 (voir point 22 du présent arrêt).

79 Il appartiendra à la juridiction de renvoi de juger si l'article 12, paragraphe 2, du décret n° 153/99 a ou non, en droit interne, une incidence sur l'application de l'article 10 bis de la loi n° 1745/62 dans le litige au principal (voir point 65 du présent arrêt), relatif à l'exercice 1998.

80 Dans l'affirmative, cette juridiction sera amenée à apprécier si l'avantage fiscal en litige constitue une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

81 Dans la négative, elle devra procéder à la même appréciation si elle juge que l'article 10 bis de la loi n° 1745/62 bénéficie à la défenderesse au principal dans le cadre d'une application de celui-ci en combinaison avec le seul article 6 du décret n° 601/73.

82 Cependant, en toute hypothèse, son appréciation ne saurait être affectée par la décision 2003/146.

83 En effet, la conclusion de la Commission selon laquelle la mesure prévue à l'article 12, paragraphe 2, du décret n° 153/99 ne constitue pas une aide d'État est fondée sur le constat que les fondations bancaires ne sont pas des entreprises au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

84 Or, ledit constat est le résultat de l'analyse, par la Commission, du nouveau régime des fondations bancaires résultant de la loi n° 461/98, du décret n° 153/99 et de la loi n° 448/01, régime qui est entré en application postérieurement à l'exercice 1998, en cause au principal.

85 Ce nouveau régime comporte, ainsi qu'il résulte de l'exposé du cadre juridique national contenu aux points 7 à 32 du présent arrêt, des différences sensibles par rapport au régime antérieur et, hormis l'article 12, paragraphe 2, du décret n° 153/99, il n'est pas soutenu qu'il soit d'application rétroactive.

86 Sur le plan juridique, l'appréciation de la Commission a ainsi porté, aux fins de la qualification éventuelle des fondations bancaires en tant qu'entreprises, sur un régime différent de celui applicable au cours de l'exercice fiscal en cause au principal.

87 À cet égard, au point 43 de la décision 2003/146, la Commission relève, à titre d'éléments importants, que:

- le décret n° 153/99 a introduit, en ce qui concerne le contrôle d'entreprises commerciales par les fondations bancaires, des «sauvegardes spécifiques», analysées aux points 36 à 39 de la même décision;
- la loi n° 448/01 a renforcé la séparation entre les fondations bancaires et les établissements financiers, contribuant ainsi à dissiper les doutes exprimés sur ce point dans la décision d'ouverture de la procédure.

88 Par ailleurs, dans le domaine des faits, s'agissant de l'éventuel exercice direct par les fondations bancaires d'activités dans les secteurs prévus par les dispositions applicables, la Commission a pris en considération la description d'une situation factuelle postérieure à l'exercice fiscal 1998, fournie par les autorités italiennes par lettre du 16 janvier 2001.

89 Au point 51 de sa décision, elle observe que, dans cette lettre, les autorités italiennes ont déclaré que, «pour le moment», aucune des fondations bancaires n'a fait usage de la possibilité prévue par la loi d'exercer directement une activité dans ces secteurs et, au point 54 de la même décision, elle souligne que cette information l'a amenée «à revoir sa position initiale, exprimée dans la décision d'ouverture de la procédure, relative à la qualification des fondations comme entreprises».

90 Dans ce contexte, l'appréciation par la Commission de la qualification des fondations bancaires dans le cadre de leur nouveau régime n'est pas de nature à déterminer l'appréciation de la qualification de celles-ci dans le cadre de leur régime antérieur, le cas échéant au regard d'une situation factuelle elle-même différente.

91 Dès lors, il apparaît de manière manifeste que la question de la juridiction de renvoi relative à la validité de la décision 2003/146 est sans rapport avec l'objet du litige au principal, de sorte qu'elle n'est pas pertinente pour la solution de ce dernier.

92 Elle doit donc être déclarée irrecevable.

3. Sur la recevabilité de la cinquième question

a) Observations présentées à la Cour

93 Les défenderesses au principal soutiennent que la cinquième question, relative à l'existence d'une discrimination ou de restrictions à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux, est irrecevable en raison de son caractère indéterminé. La juridiction de renvoi ne préciserait pas les éléments de la législation en cause qui se traduiraient par un obstacle à l'exercice des libertés garanties par le traité CE. Elle n'indiquerait pas davantage, de manière claire, qui, des fondations bancaires ou des sociétés bancaires, bénéficieraient d'une discrimination.

94 Le gouvernement italien et la Commission ne contestent pas la recevabilité de la cinquième question.

b) Appréciation de la Cour

95 Contrairement aux affirmations des défenderesses au principal, la juridiction de renvoi précise expressément, dans sa cinquième question, que:

- c'est l'avantage fiscal en cause au principal qui pourrait être à l'origine d'une discrimination et d'une restriction à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des capitaux;
- la discrimination et la restriction existeraient au profit des entreprises, bancaires ou non, dans lesquelles les fondations bancaires détiennent des participations.

96 La cinquième question est donc recevable.

B – Sur l'interprétation des dispositions pertinentes du droit communautaire

97 Par ses première et deuxième questions, qu'il convient d'examiner ensemble et de lire à la lumière des considérations développées aux points 84 à 90 du présent arrêt quant à l'absence de pertinence du nouveau régime des fondations bancaires résultant de la loi n° 461/98, du décret n°

153/99 et de la loi n° 448/01, la juridiction de renvoi demande en substance si une personne morale telle que celle en cause au principal est, en considération du régime applicable à l'époque concernée, susceptible d'être qualifiée d'«entreprise» au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, et en tant que telle, soumise à ladite époque aux règles communautaires relatives aux aides d'État.

98 Par sa troisième question, afin de déterminer si la mesure étatique instaurée sans tenir compte de la procédure d'examen préliminaire établie par l'article 88, paragraphe 3, CE devait ou non y être soumise, la même juridiction demande en substance si une exonération de retenue sur des dividendes telle que celle en litige au principal est susceptible d'être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

99 En ce qui concerne la cinquième question, il convient de rappeler que l'article 12 CE, qui édicte un principe général d'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité, n'a vocation à s'appliquer de manière autonome que dans des situations régies par le droit communautaire pour lesquelles le traité ne prévoit pas de règle spécifique de non-discrimination (voir, notamment, arrêt du 8 mars 2001, Metallgesellschaft e.a., C-397/98 et C-410/98, Rec. p. I-1727, point 38). Or, le principe de non-discrimination a été mis en œuvre, dans les domaines du droit d'établissement et de la libre circulation des capitaux, respectivement, par les articles 43 CE et 56 CE. La cinquième question doit donc être lue comme ne se référant qu'à ces dernières dispositions.

100 Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si un avantage fiscal tel que celui en cause au principal constitue une restriction à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des capitaux prévues aux articles 43 CE et 56 CE, au profit des entreprises, bancaires ou non, dans lesquelles les fondations bancaires détiennent des participations, par rapport aux autres entreprises opérant sur le marché concerné, dont des participations ne sont pas détenues par de telles fondations.

1. Sur les première et deuxième questions, relatives à la notion d'«entreprise» au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE

a) Observations présentées à la Cour

101 Les défenderesses au principal soutiennent que les fondations bancaires ne constituent pas des «entreprises» au sens du droit communautaire de la concurrence. Elles ne seraient donc pas soumises au régime des aides d'État. Elles se limiteraient à percevoir des dividendes liés à leurs participations, de même que tout propriétaire d'un immeuble perçoit les loyers dus en vertu du contrat de location.

102 Le gouvernement italien estime que, pour la période pertinente en l'espèce au principal, les fondations devraient être considérées comme des entreprises au sens du droit de la concurrence. Les participations de contrôle dans les sociétés bancaires constitueraient à cet égard un indice suffisant de la nature commerciale des fondations bancaires et le régime alors applicable aux fondations révélerait l'existence d'un lien organique et fonctionnel entre elles et le système bancaire italien. Les fondations bancaires devraient, en conséquence, être soumises aux règles du traité relatives aux aides d'État.

103 La Commission fait valoir que l'activité de détention et de gestion de patrimoine exercée par les fondations bancaires ne comportait pas de prestation de services sur le marché. Au regard de la jurisprudence, le simple investisseur qui perçoit les dividendes ou les intérêts de son capital n'offrirait ni biens ni services sur le marché. Dès lors, les fondations bancaires n'auraient pas

exercé une activité économique. Elles n'auraient donc pu être considérées comme des entreprises, en l'absence d'ingérence dans l'activité de la société bancaire contrôlée.

104 S'agissant des activités consistant à verser des contributions à des organismes sans but lucratif dans les secteurs d'utilité sociale, activités exercées par les fondations, elles ne correspondraient pas à des activités d'une entreprise.

105 Quant aux activités financières, commerciales, immobilières et mobilières nécessaires ou utiles aux buts d'intérêt public ou d'utilité sociale des fondations bancaires, activités que celles-ci étaient autorisées à poursuivre en vertu de l'article 12 du décret n° 356/90, elles auraient pu, cependant, comporter des aspects d'activité d'entreprise en tant qu'elles auraient inclus l'offre directe sur le marché de biens et de services.

106 En définitive, des organismes tels que les fondations bancaires ne constitueraient pas des entreprises au sens de l'article 87 CE, à moins qu'ils n'aient offert directement des biens ou des services sur le marché dans le cadre des opérations nécessaires ou utiles pour atteindre leurs buts d'intérêt public et d'utilité sociale.

b) Réponse de la Cour

107 Selon une jurisprudence constante, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'«entreprise» comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (voir, notamment, arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21, et du 16 mars 2004, AOK Bundesverband e.a., C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. p. I-2493, point 46).

108 Constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (voir, notamment, arrêts du 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36, et du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, point 75).

109 Le plus souvent, l'activité économique est exercée directement sur le marché.

110 Cependant, il n'est pas exclu qu'elle soit le fait à la fois d'un opérateur en contact direct avec le marché et, indirectement, d'une autre entité contrôlant cet opérateur dans le cadre d'une unité économique qu'ils forment ensemble.

111 À cet égard, il convient de souligner que la simple détention de participations, même de contrôle, ne suffit pas à caractériser une activité économique de l'entité détentrice de ces participations, lorsqu'elle ne donne lieu qu'à l'exercice des droits attachés à la qualité d'actionnaire ou d'associé, ainsi que, le cas échéant, à la perception de dividendes, simples fruits de la propriété d'un bien.

112 En revanche, une entité qui, détenant des participations de contrôle dans une société, exerce effectivement ce contrôle en s'immisçant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci doit être considérée comme prenant part à l'activité économique exercée par l'entreprise contrôlée.

113 Elle doit donc elle-même, à ce titre, être qualifiée d'entreprise au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

114 À défaut, un simple démembrement d'une entreprise en deux entités distinctes, dont la première poursuivrait directement l'activité économique antérieure et la seconde contrôlerait la première tout en s'ingérant dans sa gestion suffirait à priver de leur effet utile les règles

communautaires relatives aux aides d'État. Il permettrait à la seconde entité de bénéficier de subventions ou d'autres avantages accordés par l'État ou au moyen de ressources d'État et de les utiliser en tout ou partie au profit de la première, dans l'intérêt, également, de l'unité économique formée par les deux entités.

115 Il y a lieu de constater qu'une immixtion, dans la gestion d'une société bancaire, d'une entité comme la fondation bancaire partie au litige au principal est susceptible de se concrétiser dans le cadre d'un régime tel que celui issu, pour la période concernée, de la loi n° 218/90 et du décret n° 356/90.

116 En effet, dans le cadre de ce régime:

- une fondation bancaire contrôlant le capital d'une entreprise bancaire, si elle ne peut exercer directement l'activité bancaire, doit assurer la «continuité opérationnelle» entre elle-même et la banque contrôlée;
- à cette fin, des dispositions doivent prévoir que des membres du comité de gestion ou de l'organe équivalent de la fondation bancaire sont nommés au conseil d'administration et des membres de l'organe de contrôle au conseil de surveillance de la société bancaire;
- la fondation bancaire doit affecter une quote-part déterminée des recettes provenant des participations dans la société bancaire à une réserve destinée à la souscription aux augmentations de capital de cette société;
- elle peut investir la réserve, notamment, dans des titres de la société bancaire contrôlée.

117 De telles règles traduisent une mission des fondations bancaires s'étendant au-delà d'un simple placement de capitaux par un investisseur. Elles rendent possible l'exercice de fonctions de contrôle, mais également d'impulsion et de soutien financier. Elles illustrent l'existence de liens organiques et fonctionnels entre les fondations bancaires et les sociétés bancaires, ce qui est confirmé par le maintien, notamment en vertu d'une disposition comme l'article 14 du décret n° 356/90, d'une surveillance du ministre du Trésor.

118 Aux fins d'une qualification éventuelle en tant qu'«entreprise» de la fondation bancaire défenderesse au principal, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si cette dernière non seulement détenait des participations de contrôle dans une société bancaire, mais, en outre, exerçait effectivement ce contrôle en s'immisçant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci.

119 En ce qui concerne, par ailleurs, le rôle confié aux fondations bancaires par le législateur national dans des domaines d'intérêt public et d'utilité sociale, il convient de distinguer le simple versement de contributions à des organismes sans but lucratif et l'activité exercée directement dans ces domaines.

120 Une qualification de la fondation bancaire en tant qu'«entreprise» apparaît exclue du chef d'une activité se limitant au versement de contributions à des organismes sans but lucratif.

121 En effet, ainsi que le relève la Commission, cette activité a un caractère exclusivement social et n'est pas exercée sur un marché en concurrence avec d'autres opérateurs. Au titre de ladite activité, une fondation bancaire agit comme un organisme de bienfaisance ou une organisation caritative et non comme une entreprise.

122 En revanche, lorsqu'une fondation bancaire, agissant elle-même dans les domaines d'intérêt public et d'utilité sociale, utilise l'habilitation qui lui est donnée par le législateur national d'effectuer

des opérations financières, commerciales, immobilières et mobilières nécessaires ou opportunes en vue de la réalisation des buts qui lui sont fixés, elle est susceptible d'offrir des biens ou des services sur le marché en concurrence avec d'autres opérateurs, par exemple dans des domaines comme la recherche scientifique, l'éducation, l'art ou la santé.

123 Dans cette hypothèse, soumise à l'appréciation du juge national, la fondation bancaire doit être considérée comme une entreprise, en tant qu'elle exerce une activité économique, notwithstanding la circonstance que l'offre de biens ou de services est faite sans but lucratif, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs poursuivant un tel but.

124 Lorsque la qualification d'entreprise est retenue, du chef du contrôle d'une société bancaire et de l'immixtion dans la gestion de celle-ci ou du chef d'une activité dans un domaine, notamment, social, scientifique ou culturel, une fondation bancaire telle que celle en cause au principal doit, par voie de conséquence, se voir appliquer les règles communautaires relatives aux aides d'État.

125 Il convient donc de répondre aux première et deuxième questions qu'une personne morale telle que la fondation bancaire en cause au principal est, au terme d'un examen incombant au juge national en considération du régime applicable à l'époque concernée, susceptible d'être qualifiée d'«entreprise» au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE et, en tant que telle, soumise à ladite époque aux règles communautaires relatives aux aides d'État.

2. Sur la troisième question, relative à la notion d'«aide d'État» au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE

a) Observations présentées à la Cour

126 Les défenderesses au principal considèrent qu'une mesure telle que celle prévue à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62 ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. Elle ne présenterait pas un caractère de sélectivité. En effet, elle pourrait bénéficier sans distinction à toutes les entités non commerciales présentant les caractéristiques prévues à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62. Elle correspondrait à une mesure générale. Elle ne dérogerait pas au système fiscal général. Les caractéristiques spécifiques des entités non commerciales justifieraient, pour des raisons liées à la cohérence interne des différents systèmes, l'introduction de réglementations sectorielles réservées à ce type d'organisme.

127 Selon le gouvernement italien, si la juridiction de renvoi devait juger que la fondation bancaire défenderesse au principal doit bénéficier de l'exonération de la retenue prévue à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62, en combinaison avec la réduction de moitié de l'impôt sur le revenu des personnes morales, prévue à l'article 6 du décret n° 601/73, le dispositif fiscal en cause devrait être qualifié d'aide d'État. En effet, l'entreprise serait placée dans une situation concurrentielle privilégiée par rapport aux autres entreprises opérant sur le marché de référence. Une réduction de moitié de l'impôt dû permettrait aux fondations bancaires de bénéficier d'un crédit d'impôt à l'égard de l'État, dans la mesure où l'actionnaire d'une société est en droit de déduire l'impôt acquitté en amont par la société dont il est actionnaire, impôt qui serait supérieur à celui qu'il devrait à la suite de la réduction.

128 Le Commission estime qu'une exonération telle que celle prévue à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62 est susceptible d'être qualifiée d'aide d'État. L'avantage serait financé par l'État. Il serait sélectif, comme étant accordé en fonction de la forme juridique de l'entreprise et de son activité dans certains secteurs, et, destiné à favoriser des organismes considérés comme socialement

méritants, il ne serait pas justifié par la nature ou l'économie générale du système dans lequel il s'insère. Quant à l'existence d'une incidence sur les échanges et d'une distorsion de concurrence, elle devrait être appréciée dans chaque espèce par le juge national.

b) Réponse de la Cour

129 Aux fins de la réponse à la troisième question posée, il convient de fournir à la juridiction de renvoi des éléments d'interprétation des conditions auxquelles l'article 87, paragraphe 1, CE subordonne la qualification d'une mesure nationale en tant qu'aide d'État, à savoir: i) le financement de cette mesure par l'État ou au moyen de ressources d'État, ii) la sélectivité de ladite mesure, ainsi que iii) l'affectation des échanges entre États membres et la distorsion de la concurrence résultant de celle-ci.

i) Sur la condition d'un financement de la mesure par l'État ou au moyen de ressources d'État

130 L'article 87, paragraphe 1, CE vise «les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit».

131 Selon une jurisprudence constante, la notion d'aide est plus générale que celle de subvention, parce qu'elle comprend non seulement des prestations positives, telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques (voir, notamment, arrêts du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, Rec. p. I-8365, point 38; du 15 juillet 2004, *Espagne/Commission*, C-501/00, Rec. p. I-6717, point 90, ainsi que la jurisprudence citée, et du 15 décembre 2005, *Italie/Commission*, C-66/02, non encore publié au Recueil, point 77).

132 Il en découle qu'une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises une exonération fiscale qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, place les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables constitue une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. De même, peut constituer une aide d'État une mesure accordant à certaines entreprises une réduction d'impôt ou un report du paiement de l'impôt normalement dû (arrêt *Italie/Commission*, précité, point 78).

133 Il y a donc lieu de constater que, quelle que soit la réponse qui sera donnée par la juridiction de renvoi à la question, encore débattue, de savoir si l'exonération prévue à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62 concerne une retenue à titre d'acompte sur un impôt ou une retenue à titre d'imposition, une mesure nationale telle que celle qui sera, le cas échéant, considérée comme applicable relève d'un financement étatique.

ii) Sur la condition de sélectivité de la mesure

134 L'article 87, paragraphe 1, CE interdit les aides «favorisant certaines entreprises ou certaines productions», c'est-à-dire les aides sélectives.

135 Une mesure telle que celle en cause au principal ne s'applique pas à tous les opérateurs économiques. Elle ne peut donc être considérée comme une mesure générale de politique fiscale ou économique (arrêts *Italie/Commission*, précité, point 99, et du 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, non encore publié au Recueil, point 49).

136 Ainsi que la Commission le fait valoir à juste titre, l'avantage fiscal concerné est accordé en considération de la forme juridique de l'entreprise, personne morale de droit public ou fondation, et

des secteurs dans lesquels cette entreprise exerce son activité.

137 Il déroge au régime fiscal de droit commun sans être justifié par la nature ou l'économie du système fiscal dans lequel il s'intègre. La dérogation n'est pas fondée sur la logique de la mesure ou la technique d'imposition, mais résulte de l'objectif du législateur national de favoriser financièrement des organismes considérés comme socialement méritants.

138 Un tel avantage est donc sélectif.

iii) Sur les conditions d'affectation des échanges entre États membres et de distorsion de la concurrence

139 L'article 87, paragraphe 1, CE prohibe les aides qui affectent les échanges entre États membres et faussent ou menacent de fausser la concurrence.

140 Aux fins de la qualification d'une mesure nationale en tant qu'aide d'État, il y a lieu non pas d'établir une incidence réelle de l'aide sur les échanges entre États membres et une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si l'aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence (arrêts du 29 avril 2004, Italie/Commission, C-372/97, Rec. p. I-3679, point 44, et arrêts précités du 15 décembre 2005, Italie/Commission, point 111, et Unicredito Italiano, point 54).

141 En particulier, lorsqu'une aide accordée par un État membre renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide (voir, notamment, arrêts précités du 15 décembre 2005, Italie/Commission, point 115, et Unicredito Italiano, point 56, et la jurisprudence citée).

142 À cet égard, la circonstance qu'un secteur économique a fait l'objet d'une libéralisation au niveau communautaire est de nature à caractériser une incidence réelle ou potentielle des aides sur la concurrence, ainsi que leur effet sur les échanges entre États membres (voir arrêt du 13 février 2003, Espagne/Commission, C-409/00, Rec. p. I-1487, point 75, et arrêts précités du 15 décembre 2005, Italie/Commission, point 116, et Unicredito Italiano, point 57).

143 Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'entreprise bénéficiaire participe elle-même aux échanges intracommunautaires. En effet, lorsqu'un État membre octroie une aide à une entreprise, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de pénétrer le marché de cet État membre en sont diminuées. En outre, un renforcement d'une entreprise qui, jusqu'alors, ne participait pas à des échanges intracommunautaires peut la placer dans une situation lui permettant de pénétrer le marché d'un autre État membre (arrêts précités du 15 décembre 2005, Italie/Commission, point 117, et Unicredito Italiano, point 58).

144 Dans le litige au principal, il appartiendra au juge national d'apprécier en fait, à la lumière des éléments d'interprétation qui précèdent, si les deux conditions examinées sont remplies.

145 Sans préjudice de cette appréciation, il convient de constater que:

- le secteur des services financiers a fait l'objet d'un important processus de libéralisation au niveau communautaire, qui a accentué la concurrence pouvant résulter déjà de la libre circulation des capitaux prévue par le traité (arrêts précités du 15 décembre 2005, Italie/Commission, point 119, et Unicredito Italiano, point 60);
- un avantage fiscal tel que celui en cause au principal est susceptible de renforcer, en termes

de financement et/ou de trésorerie, la position de l'unité économique, active dans le secteur bancaire, constituée par la fondation bancaire et la société bancaire;

– il est également susceptible de renforcer la position de la fondation bancaire dans une activité exercée, notamment, dans un domaine social, scientifique ou culturel.

146 En considération de l'ensemble des éléments qui précèdent, il convient de répondre à la troisième question posée qu'une exonération de retenue sur des dividendes telle que celle en litige au principal est, au terme d'un examen incombant au juge national, susceptible d'être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

3. Sur la cinquième question, relative aux notions de «restriction à la liberté d'établissement» et de «restriction à la libre circulation des capitaux» au sens des articles 43 CE et 56 CE

a) Observations présentées à la Cour

147 Les défenderesses au principal contestent l'existence, évoquée par la cinquième question, d'une entrave à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des capitaux au profit des sociétés bancaires. Selon elles, une exonération comme celle visée à l'article 10 bis de la loi n° 1745/62 n'avantage pas ces sociétés, qui sont simplement chargées du recouvrement de l'impôt dû par les entreprises percevant le revenu. Lesdites sociétés ne tireraient aucun avantage de l'exonération de la retenue sur les bénéfices distribués.

148 Le gouvernement italien fait valoir que, en raison de l'avantage fiscal en cause au principal, la société dans laquelle une fondation bancaire détient des participations peut bénéficier d'investissements plus élevés de la part de celle-ci, ce qui pourrait entraîner une violation de la liberté d'établissement ou une violation de la libre circulation des capitaux susceptible de créer des distorsions sur le marché concerné.

149 La Commission considère que l'avantage fiscal ne bénéficie pas à la société bancaire, mais à la fondation bancaire.

b) Réponse de la Cour

150 Compte tenu des réponses données aux trois premières questions en considération des données juridiques et factuelles du litige au principal, il doit être constaté qu'il n'y a pas lieu d'examiner la cinquième question, quelle que soit la décision de la juridiction de renvoi à intervenir quant à la qualification de l'avantage fiscal en cause au regard des règles communautaires relatives aux aides d'État.

151 En effet, si la juridiction de renvoi qualifie l'avantage fiscal d'aide d'État, ledit avantage devra être supprimé, de sorte qu'il ne subsistera aucune différence de traitement susceptible d'être analysée au regard des articles 43 CE et 56 CE.

152 Si, à l'inverse, elle écarte la qualification d'aide d'État, la question de l'existence d'une restriction à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des capitaux ne se posera pas davantage.

Sur les dépens

153 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés

pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit:

1) Une personne morale telle que celle en cause au principal est, au terme d'un examen incombant au juge national en considération du régime applicable à l'époque concernée, susceptible d'être qualifiée d'«entreprise» au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE et, en tant que telle, soumise à ladite époque aux règles communautaires relatives aux aides d'État.

2) Une exonération de retenue sur des dividendes telle que celle en litige au principal est, au terme d'un examen incombant au juge national, susceptible d'être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE.

Signatures

* Langue de procédure: l'italien.