

## RIFORMA DELLE FONDAZIONI BANCARIE

Articolo (L. 287/90):	22-Attività consultiva
DATI GENERALI:	
Rif:	AS171
Decisione:	29/04/99
Invio:	29/04/99
PUBBLICAZIONE:	
Bollettino n.:	15/1999
Serie Attività di Segnalazione n.	15
SEGNALAZIONE/PARERE:	
Mercato interessato:	(6512) Altre intermediazioni monetarie (J) INTERMEDIAZIONE MONETARIA E FINANZIARIA
Oggetto:	Schema di decreto legislativo recante "Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria"
Destinatari:	Presidente del Senato della Repubblica Presidente della Camera dei Deputati Presidente del Consiglio dei Ministri Ministro del Tesoro, Bilancio e Programmazione Economica Ministro delle Finanze

### Testo Segnalazione/Parere

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato intende segnalare, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, le distorsioni della concorrenza che potrebbero derivare dalla definitiva emanazione, nella sua forma attuale, del decreto legislativo recante "Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356 e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria", decreto attuativo della legge 23 dicembre 1998, n. 461, "Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria".

Facendo seguito alla segnalazione inviata in data 10 dicembre 1998 ai Presidenti del Senato, della Camera e del Consiglio dei Ministri nonché ai Ministri del Tesoro e delle Finanze, in ordine alla riforma delle fondazioni ora contenuta nella citata legge, l'Autorità ritiene, in particolare, che il decreto legislativo contenga elementi nuovi in ordine alle questioni relative alla disciplina degli scopi delle fondazioni, nonché alla nozione di controllo rilevante ai fini della dismissione delle partecipazioni in imprese non operanti nei settori di utilità sociale imposta alle fondazioni dalla legge.

In merito alla questione relativa alla disciplina degli scopi delle fondazioni, il decreto legislativo prevede, all'articolo 3, comma 1, che le stesse possano "esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statutari ed esclusivamente nei settori rilevanti". Questi sono definiti all'articolo 1, comma 1, lettera d), come i settori "della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli". La formulazione della norma appare idonea a circoscrivere l'esercizio di impresa da parte delle fondazioni ai soli casi in cui si tratti di imprese strumentali e comunque attive esclusivamente in settori di utilità sociale. In tal modo viene espressamente escluso che tali enti svolgano attività di impresa in settori estranei alle finalità tipicamente riconducibili alle organizzazioni non profit, evitando quindi che gli stessi possano operare al fianco ed in concorrenza con soggetti la cui natura commerciale imponga vincoli diversi.

Positiva e in sintonia con le finalità sostanziali della normativa appare anche la soluzione adottata dal decreto legislativo in ordine all'individuazione di una strumentazione giuridica efficace per garantire l'effettiva dismissione, al termine del periodo transitorio, delle partecipazioni di controllo da parte delle fondazioni nelle imprese non strumentali, anche attraverso la previsione, in ultima istanza, di un apposito commissario.

L'obiettivo fondamentale della riforma, tendente all'effettiva ridefinizione degli ambiti di attività delle fondazioni, rischia tuttavia di essere vanificato dall'accezione di controllo prevista dall'articolo 6 del decreto legislativo. Una nozione eccessivamente ristretta può, infatti, consentire in concreto una significativa permanenza delle fondazioni, talvolta nelle forme di un mero controllo di fatto, in imprese operanti nei settori più diversi.

In particolare, per quanto il citato articolo 6 tragga spunto dall'articolo 23 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, recante "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia" che, come noto, contiene una definizione del concetto di controllo più ampia di quella rinvenibile nell'articolo 2359 del Codice civile, la formulazione della norma non appare cogliere a sufficienza la varietà delle forme con cui il controllo può essere esercitato nelle imprese bancarie, varietà che sono invece ricomprese nella nozione di controllo del Testo unico bancario. Anzi, per taluni versi, le fattispecie di controllo previste dal decreto legislativo in esame potrebbero essere intese come più limitative di quelle previste dallo stesso Codice civile.

L'articolo 6, commi 2 e 3, del decreto legislativo in esame stabilisce specificamente che:  
"Ai fini del presente decreto il controllo sussiste nei casi previsti dall'articolo 2359, primo e secondo comma, del Codice civile".

"Il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, ai sensi del primo comma, n. 2, dell'articolo 2359 del Codice civile quando:

- a) la Fondazione, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, ha il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori, ovvero dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- b) la Fondazione ha il potere, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori;
- c) sussistono rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario e organizzativo idonei ad attribuire alla Fondazione i poteri o i diritti di cui alle lettere a) o b) ".

Da un confronto fra l'articolo 23 del Testo unico bancario e l'articolo 6 del decreto in esame emerge chiaramente come quest'ultimo circoscriva la nozione di controllo entro confini sensibilmente più ristretti di quelli delineati dal legislatore del 1993. Un mero parallelismo tra le due norme evidenzia come entrambe aprono con un rinvio alle ipotesi di controllo, di cui all'articolo 2359 commi 1 e 2 del Codice civile, per poi specificare le fattispecie nelle quali il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante.

In ordine alla definizione in concreto delle varie situazioni di influenza dominante, tuttavia, il decreto legislativo non prevede le ipotesi di controllo indicate nell'articolo 23, comma 2, n. 3 e 4, del Testo unico bancario che sicuramente sono quelle che offrono alla nozione di controllo una maggiore ampiezza. In tal modo, l'accezione di cui all'articolo 6 potrebbe venire ristretta ai soli casi in cui la fondazione è in grado di nominare o condizionare la nomina della maggioranza degli amministratori della società partecipata, non tenendo conto delle numerose ipotesi in cui un'influenza dominante possa essere esercitata in altra forma. Al riguardo, il Testo unico bancario elenca situazioni di influenza dominante che prescindono da tale condizione e che consentono comunque di qualificare come controllo situazioni in cui sussistano rapporti idonei a conseguire: "a) la trasmissione degli utili o delle perdite; b) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune; c) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle azioni o dalle quote possedute; d) l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base all'assetto proprietario di poteri nella scelta di amministratori e dei dirigenti delle imprese" (articolo 23, comma 2, n. 3). Né può trascurarsi la circostanza che, ai sensi del medesimo Testo unico, perché sia configurabile una situazione di controllo è sufficiente "l'assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi" (articolo 23, comma 2, n. 4).

Nel complesso, la formulazione del decreto, lungi dal circoscrivere effettivamente la presenza delle fondazioni, potrebbe consentire alle stesse di continuare ad esercitare un'influenza dominante su imprese attive in ogni settore laddove, pur non ricorrendo la possibilità per le stesse di esprimere il proprio gradimento sulla maggioranza degli amministratori, esistano comunque accordi parasociali o altre forme di concertazione, siano esse formalizzate o no, che consentono un controllo "effettivo". D'altra parte, una simile soluzione non tiene conto dell'evoluzione che proprio il concetto di influenza dominante ha subito nel corso dell'ultimo decennio, a seguito dell'entrata in vigore della normativa antitrust e del citato Testo unico bancario, nonché del più recente Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (Dlgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

Al riguardo, l'Autorità ritiene che la questione assuma rilevanza non solo sotto il profilo teorico e formale, bensì soprattutto sotto il profilo pratico, in considerazione dell'attuale evoluzione del sistema bancario nazionale. Invero, proprio il rilevante processo di ristrutturazione in corso nel sistema creditizio, realizzato spesso attraverso la fusione di banche partecipate da diverse fondazioni, può determinare situazioni di controllo tipicamente riconducibili proprio a quelle fattispecie disciplinate dall'articolo 23 del Testo unico bancario e non espressamente contenute nell'accezione del decreto legislativo in esame. In tali casi, la norma dell'articolo 6 del decreto legislativo potrebbe permettere alle fondazioni di mantenere il controllo proprio in quelle forme di influenza dominante più frequentemente riscontrabili. Si considerino, in particolare, le situazioni, già allo stato attuale alquanto diffuse, in cui il controllo di un'impresa bancaria - ma in principio ciò è possibile per imprese operanti in qualsiasi settore - sia detenuto da più fondazioni, alle quali singolarmente considerate non è attribuibile la nozione di controllo di cui all'articolo 6 del decreto legislativo. Analogamente, potrebbero sfuggire al concetto di controllo situazioni in cui una sola fondazione, pur non disponendo del potere di nominare la maggioranza degli amministratori, mantenga un'influenza dominante sotto la forma di un potere di veto in ordine alle decisioni fondamentali per la gestione dell'impresa partecipata.

La lacuna nell'ampiezza della definizione di controllo non risulterebbe facilmente colmabile attraverso il ricorso ai canoni dell'interpretazione analogica, considerata la natura apparentemente tassativa, piuttosto che esemplificativa, delle ipotesi di controllo previste; inoltre, le fattispecie concrete ora descritte non appaiono poter essere ricondotte alle situazioni espressamente disciplinate dalla medesima disposizione mediante interpretazione estensiva.

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

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

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

IL PRESIDENTE  
Giuseppe Tesaurò