

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

ELEANOR SHARPSTON

presentate il 6 novembre 2008<sup>1</sup>

1. Quando vengono realizzati conferimenti d'attivo da una società ad un'altra nel corso di un'operazione di ristrutturazione aziendale, ne può derivare un evento imponibile. Il conferimento rappresenta una cessione ai fini dell'imposta sulle plusvalenze e, ove gli attivi conferiti siano aumentati di valore da quando il cedente li aveva originariamente acquistati, ne può derivare una plusvalenza imponibile. Alcuni Stati membri prevedono uno sgravio fiscale consentendo di differire qualsiasi imposizione immediata, dal momento che gli attivi non sono ancora concretamente realizzati. Tuttavia, siffatto sgravio viene raramente concesso nel caso in cui il conferimento sia effettuato verso una società non residente, per timore che il pagamento dell'imposta possa essere del tutto evitato, anziché semplicemente differito.

2. Il caso in esame verte su un'operazione di ristrutturazione, in cui una società tedesca (in prosieguo: la «A.T.») ha conferito la sua partecipazione di controllo in una GmbH (società a responsabilità limitata) tedesca ad una società francese, in cambio di titoli assegnati dalla società francese. Le disposizioni di diritto nazionale tedesco imponevano un presupposto particolare che gli scambi di titoli dovevano soddisfare, affinché eventuali prelievi fiscali sulle plusvalenze potessero essere differiti. La transazione in questione non ha soddisfatto tale presupposto. Di conseguenza, le autorità tedesche hanno inteso sottoporre ad imposizione le plusva-

lenze percepite. Il giudice del rinvio chiede se, in primo luogo, l'art. 8, nn. 1 e 2, della direttiva sulle fusioni<sup>2</sup> e, in secondo luogo, gli artt. 43 e 56 CE, debbano essere interpretati nel senso che ostano a siffatta tassazione.

**La direttiva sulle fusioni**

3. La direttiva sulle fusioni impone un regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi. Essa ha lo scopo di evitare un'imposizione all'atto di siffatte operazioni, pur tutelando gli interessi finanziari dello Stato membro in cui sorge un obbligo di imposta. Nel contesto dello scambio di azioni, la direttiva persegue tale obiettivo prevedendo che l'assegnazione di titoli della società acquirente ad un socio della società acquistata «non deve di per se stessa comportare alcuna imposizione sul reddito, gli utili o le plusvalenze di questo socio»<sup>3</sup> pur permettendo agli

2 — Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, 90/434/CEE, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi (GUL 225, pag. 1). Tale direttiva è stata successivamente modificata, tuttavia nella causa principale rileva solo la versione originale, alla quale mi riferisco nelle presenti conclusioni.

3 — Art. 8, n. 1, esposto al punto 7 infra.

1 — Lingua originale: l'inglese.

Stati membri di tassare «il profitto risultante dalla successiva cessione dei titoli ricevuti allo stesso modo del profitto risultante dalla cessione dei titoli esistenti prima dell'acquisto»<sup>4</sup>.

(...) è indispensabile eliminare tale penalizzazione;

4. Il preambolo della direttiva comprende i seguenti 'considerando':

«[1] le fusioni, le scissioni, i conferimenti d'attivo e gli scambi d'azioni che interessano società di Stati membri diversi possono essere necessari per porre in essere nella Comunità condizioni analoghe a quelle di un mercato interno e per garantire in tal modo l'instaurazione ed il buon funzionamento del mercato comune; (...) tali operazioni non devono essere intralciate da restrizioni, svantaggi e distorsioni particolari derivanti dalle disposizioni fiscali degli Stati membri; (...) occorre quindi istituire per queste operazioni regole fiscali neutre nei riguardi della concorrenza, per consentire alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato comune, di migliorare la loro produttività e di rafforzare la loro posizione competitiva sul piano internazionale;

[2] [alcune] disposizioni di ordine fiscale penalizzano attualmente tali operazioni rispetto a quelle che interessano società di uno stesso Stato membro;

[3] non è possibile conseguire tale scopo mediante un'estensione del piano comunitario dei regimi interni in vigore negli Stati membri, dato che le differenze esistenti fra questi regimi possono provocare distorsioni; (...) soltanto un regime fiscale comune può pertanto costituire una soluzione soddisfacente in proposito;

[4] il regime fiscale comune deve evitare un'imposizione all'atto di una fusione, di una scissione, di un conferimento d'attivo o di uno scambio di azioni, pur tutelando gli interessi finanziari dello Stato cui appartiene la società conferente o acquisita;

[5] per quanto riguarda le fusioni, le scissioni e i conferimenti di attivo, queste operazioni avranno di regola come risultato la trasformazione della società conferente in una stabile organizzazione della società beneficiaria del conferimento o l'integrazione dell'attivo in una stabile organizzazione di quest'ultima società;

[6] il sistema del riporto dell'imposizione delle plusvalenze inerenti ai beni conferiti, fino alla loro effettiva realizzazione, applicato ai beni inerenti a detto stabilimento permanente,

4 — Art. 8, n. 2, secondo comma, idem.

consente di evitare un'imposizione delle plusvalenze corrispondenti, pur garantendo la loro successiva imposizione da parte dello Stato della società conferente, all'atto della loro realizzazione».

5. L'art. 2 contiene le seguenti definizioni pertinenti:

«Ai fini dell'applicazione della presente direttiva, si deve intendere per:

(a) fusione: l'operazione mediante la quale:

- una o più società trasferiscono, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio, attivamente e passivamente, ad altra società preesistente, mediante l'assegnazione ai loro soci di titoli rappresentativi del capitale sociale dell'altra società ed eventualmente di un saldo in contanti non eccedente il 10% del valore nominale o, in mancanza di valore nominale, della parità contabile di tali titoli;

- due o più società trasferiscono, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio, attivamente e passivamente, ad una società da esse costituita, mediante l'assegnazione ai propri soci di titoli rappresentativi del capitale sociale della nuova società ed eventualmente di un saldo in contanti non eccedente il 10% del valore nominale o, in mancanza di valore nominale, della parità contabile di tali titoli;

- una società trasferisce, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del proprio patrimonio, attivamente e passivamente, alla società che detiene la totalità dei titoli rappresentativi del suo capitale sociale;

- (b) scissione: l'operazione mediante la quale una società trasferisce, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del proprio patrimonio, attivamente e passivamente, a due o più società preesistenti o nuove, mediante l'assegnazione ai propri soci, secondo un criterio proporzionale, di titoli rappresentativi del capitale sociale delle società beneficiarie del conferimento ed eventualmente di un saldo in contanti che non superi il 10% del valore nominale o, in mancanza del valore nominale, della parità contabile di tali titoli;

- (c) conferimento d'attivo: l'operazione mediante la quale una società conferisce, senza essere sciolta, la totalità o uno o più rami della sua attività ad un'altra società, mediante consegna di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria del conferimento;
- (d) scambio di azioni: l'operazione mediante la quale una società acquista nel capitale sociale di un'altra società una partecipazione il cui effetto sia quello di conferirle la maggioranza dei diritti di voto di questa società, mediante l'attribuzione ai soci dell'altra società, in cambio dei loro titoli, di titoli rappresentativi del capitale sociale della prima società e eventualmente di un saldo in contanti che non superi il 10% del valore nominale o, in mancanza di valore nominale, della parità contabile dei titoli consegnati in cambio;
- (e) società conferente: la società che trasferisce il suo patrimonio, attivamente e passivamente, o che conferisce la totalità o uno o più rami della sua attività;
- (f) società beneficiaria: la società che riceve il patrimonio, attivamente e passivamente, o la totalità o uno o più rami di attività della società conferente;
- (g) società acquistata: la società in cui un'altra società acquista una partecipazione mediante scambio di titoli;
- (h) società acquirente: la società che acquista una partecipazione mediante scambio di titoli».
6. Le definizioni nell'art. 2 sono collegate come segue. Una fusione, una scissione o un conferimento d'attivo [lett. a), b) e c)], implicano una società conferente e una società beneficiaria [lett. e) e f)], mentre gli scambi d'azioni [lett. d)] implicano una società acquistata e una società acquirente [lett. g) e h)].
7. I primi due commi dell'art. 8 recitano:
- «1. L'assegnazione, in occasione di una fusione, scissione o scambio di azioni, di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria o acquirente ad un socio della società conferente o acquistata, in cambio di titoli rappresentativi del capitale sociale di quest'ultima società, non deve di per se stessa comportare alcuna imposizione sul reddito, gli utili o le plusvalenze di questo socio.

2. Gli Stati membri subordinano l'applicazione del paragrafo 1 alla condizione che il socio non assegni ai titoli ricevuti in cambio un valore fiscale superiore a quello che i titoli scambiati avevano immediatamente prima della fusione, della scissione o dello scambio di azioni.

L'applicazione del paragrafo 1 non impedisce agli Stati membri di tassare il profitto risultante dalla successiva cessione dei titoli ricevuti allo stesso modo del profitto risultante dalla cessione dei titoli esistenti prima dell'acquisto.

Per "valore fiscale" va inteso il valore che verrebbe utilizzato come base per il calcolo eventuale di un profitto o di una perdita da considerare ai fini della determinazione della base imponibile di un'imposta sul reddito, sui benefici o sulle plusvalenze del socio della società».

8. L'art. 8, nn. 1 e 2, riguarda pertanto un socio di una società conferente (nel caso di fusioni e scissioni) o di una società acquistata (nel caso di scambi d'azioni).

9. L'art. 11, n. 1, lett. a), statuisce che uno Stato membro può rifiutare di applicare in tutto o in parte la direttiva o revocarne il

beneficio qualora risulti che l'operazione «ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale; il fatto che una delle operazioni di cui all'articolo 1 non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali».

### Normativa nazionale pertinente

10. Nell'ambito degli scambi di azioni a livello nazionale, l'art. 20 dell'Umwandlungssteuergesetz (legge sull'imposizione fiscale delle trasformazioni societarie; in prosieguo: «l'UmwStG»)<sup>5</sup> statuisce quanto segue, per quanto rileva in questa sede:

«1. Qualora un'attività aziendale (...) venga conferita ad una società di capitali (...) e la società conferente percepisca, a titolo di corrispettivo, nuovi titoli della società (corrispettivo in natura), i beni conferiti e i nuovi titoli devono essere valutati conformemente

<sup>5</sup> — Legge 28 ottobre 1994, Bundesgesetzblatt (Gazzetta ufficiale tedesca) 1994, I, pag. 3267.

ai punti seguenti. La prima frase si applica anche al conferimento di titoli di una società di capitali, se la società acquirente<sup>6</sup>, in virtù della sua partecipazione, compresi i titoli ricevuti, detenga direttamente e in modo comprovato la maggioranza dei diritti di voto nella società i cui titoli sono stati trasferiti.

4. Il valore che la società [acquirente] assegna all'attivo conferito è considerato, rispetto alla società conferente, come prezzo di cessione e costo di acquisto dei titoli».

2. La società [acquirente]<sup>7</sup> può iscrivere a bilancio gli attivi conferiti al loro valore contabile o ad un valore superiore. Il valore contabile può essere utilizzato anche se, in base al diritto commerciale, debba essere iscritto a bilancio un valore più elevato. Il valore contabile è il valore al quale la società conferente, al momento del corrispettivo in natura, ha valutato l'attivo conferito conformemente alle disposizioni fiscali concernenti la determinazione degli utili. (...)

11. L'art. 23, n. 4 dell'UmwStG recita:

«Qualora i titoli ai sensi dell'art. 20, n. 1, seconda frase, di una società di capitali comunitaria siano conferiti ad un'altra società di capitali comunitaria, l'art. 20, n. 2, [prima e seconda] frase, è applicabile alla valutazione dei titoli ricevuti dalla società acquirente e l'art. 20, n. 4, prima frase, è applicabile, reciprocamente, alla valutazione dei nuovi titoli che la società conferente riceve dalla società acquirente».

(...)

6 — Gli artt. 20, n. 1, e 23, n. 4, dell'UmwStG fanno entrambi riferimento ad una «übernehmende Kapitalgesellschaft», anche se la prima accezione usuale di «übernehmen» è «rilevare», l'aggettivo «übernehmendes» viene utilizzato specificamente nell'art. 2, lett. f), della direttiva per indicare una società «beneficiaria» — un termine che la direttiva riserva a fusioni, scissioni e conferimenti di attivo. Il testo tedesco dell'art. 2, lett. h), della direttiva utilizza il termine «erwerbende Gesellschaft» per indicare la «società acquirente». Poiché la presente domanda di pronuncia pregiudiziale concerne la tassazione di una società acquirente nel contesto di uno scambio di azioni [art. 2, lett. d) e h) della direttiva], per motivi di chiarezza nelle presenti conclusioni utilizzerò semplicemente il termine «società acquirente».

7 — Il governo tedesco ha utilmente aggiunto «[übernehmende]» dinanzi al sostantivo «kapitalgesellschaft» qui e nel n. 4, nell'espone disposizioni normative nelle sue osservazioni.

12. Infine, la Germania ha recepito l'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva sulle fusioni, nell'art. 26, n. 2, prima frase, dell'UmwStG, che stabilisce quanto segue:

«L'art. 23, n. 4, non è applicabile se i titoli conferiti vengono ceduti nei sette anni

successivi al conferimento, a meno che il contribuente dimostri che i titoli ricevuti sono oggetto di un ulteriore corrispettivo in natura al valore contabile ai sensi delle disposizioni giuridiche di un altro Stato membro dell'Unione Europea conformemente all'art. 23, n. 4.»

13. Il giudice del rinvio spiega che l'art. 20, n. 4, prima frase, dell'UmwStG, impone una «corrispondenza contabile biunivoca». Con tale espressione si intende che, in uno scambio di titoli con conferimento di una partecipazione di controllo, la società conferente può riportare il valore contabile dei titoli conferiti solo se la società acquirente li abbia a sua volta valutati nello stesso modo.

14. Il giudice del rinvio rileva, inoltre, che la suddetta normativa tratta gli scambi di titoli nello stesso modo, sia che la società acquirente sia una società tedesca, sia che si tratti di una società di un altro Stato membro<sup>8</sup>.

8 — Secondo la ricorrente, la legislazione tedesca è stata modificata a decorrere dal 1° gennaio 2007, pertanto la corrispondenza contabile biunivoca è ora applicabile solo nel quadro di uno scambio di titoli tra società tedesche.

## I fatti

15. La A. T., ricorrente, è una società tedesca<sup>9</sup>. Essa deteneva una partecipazione di controllo (89,5%) in una GmbH tedesca (in prosieguo: la «GmbH»). Le norme del mercato finanziario le hanno imposto di cedere tale partecipazione. Pertanto, nel corso del 2000, essa ha trasferito le sue quote della GmbH ad una società francese<sup>10</sup>, in cambio di nuove azioni pari all'1,47% del capitale emesso da tale società.

16. La società francese ha iscritto nel suo bilancio commerciale e fiscale (redatto ai sensi del diritto francese) le quote della GmbH (le quote della società acquistata) non con il valore contabile più basso, ma con il valore commerciale indicato nel contratto di conferimento<sup>11</sup>, sebbene risulti che il diritto francese avrebbe consentito di utilizzare il valore contabile. La A.T. ha inteso valutare le azioni della società francese che le sono state assegnate al valore contabile delle quote della GmbH, contro le quali erano state scambiate le azioni della società francese. Il Finanzamt (ufficio tributario) ha ritenuto, tuttavia, che la A.T. avesse l'obbligo di attribuire il valore di mercato usato dalla società francese nel valutare le quote della GmbH, ai sensi degli artt. 23, n. 4 e 20, n. 4,

9 — La Corte ha accolto la richiesta di anonimato della ricorrente nel presente procedimento.

10 — Di conseguenza, la A.T. è il «socio della (...) società acquistata» (art. 8, n. 1, della direttiva). La GmbH è la «società acquistata» (art. 2, lett. g), e la società francese è la «società acquirente» (art. 2, lett. h).

11 — Il valore contabile è il valore al quale la società conferente, al momento del corrispettivo in natura (lo scambio di azioni), ha valutato l'attivo conferito ai sensi delle disposizioni fiscali concernenti la determinazione degli utili; v. paragrafo 10 supra.

dell'UmwStG 1995. Di conseguenza, il Finanzamt ha considerato che lo scambio di azioni tra la A.T. e la società francese desse luogo ad una plusvalenza imponibile. Il Finanzamt ha pertanto inteso tassare la differenza tra il costo di acquisizione delle quote della GmbH e il valore di mercato delle azioni della società francese [ritenuto dalle autorità tedesche rappresentativo del valore dei proventi della cessione degli attivi trasferiti (ovvero le quote della GmbH)].

Stato membro in base alla quale, in caso di conferimento di titoli di una società di capitali comunitaria ad un'altra società di capitali comunitaria, [il socio della società acquistata] può conservare il valore contabile dei titoli conferiti solo nel caso in cui la società [acquirente]<sup>12</sup> abbia a sua volta contabilizzato i titoli conferiti al valore contabile ("corrispondenza contabile biunivoca").

### Causa principale e questioni pregiudiziali

17. La A.T. ha impugnato con successo gli avvisi di accertamento dinanzi al Finanzgericht Baden-Württemberg (sezione tributaria del tribunale del Baden-Württemberg). Il Finanzamt ha interposto appello presso il Bundesfinanzhof. Tale Tribunale si chiede se l'art. 23, n. 4, prima frase, letto in combinato disposto con l'art. 20, n. 4, prima frase, dello UmwStG e il requisito ivi prescritto della corrispondenza contabile biunivoca siano contrari all'art. 8, nn. 1 e 2, della direttiva sulle fusioni e agli artt. 43 e 56 CE.

18. Esso ha quindi sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«a) Se l'art. 8, nn. 1 e 2, della [direttiva sulle fusioni] osti alla normativa fiscale di uno

b) In caso di risposta negativa alla prima questione, se la situazione normativa in esame contrasti con gli artt. 43 CE e 56 CE, sebbene la "corrispondenza contabile biunivoca" sia imposta anche nel caso di conferimento di titoli di una società di capitali ad una società di capitali illimitatamente soggetta all'imposta».

19. Osservazioni scritte sono state presentate dalla A.T., dal governo tedesco e dalla Commissione i cui rappresentanti hanno tutti partecipato all'udienza.

<sup>12</sup> — Nella questione sollevata dal giudice del rinvio vengono utilizzati i termini «società beneficiaria», e «soggetto conferente». Per motivi di coerenza con la terminologia della direttiva, nelle presenti conclusioni ho utilizzato i termini «società acquirente» e «socio della società acquistata» (v. nota 10).

**Prima questione**

20. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede se l'art. 8, nn. 1 e 2, della direttiva osti all'applicazione di una normativa fiscale nazionale che, nel caso di uno scambio di titoli, consenta al socio della società acquistata di utilizzare il valore contabile delle quote della società acquistata solo nel caso in cui la società acquirente abbia a sua volta contabilizzato le quote nella società acquistata al loro valore contabile (cosiddetta corrispondenza contabile biunivoca).

21. La A.T. e la Commissione ritengono che la questione sollevata dal giudice del rinvio debba ricevere risposta affermativa. Il governo tedesco è di parere opposto. Sostanzialmente, concordo con la Commissione e la A.T.

*Analisi*

22. Come la Commissione, ritengo che il punto di partenza appropriato sia il testo stesso della direttiva.

23. La Corte ha precisato che il regime tributario comune istituito dalla direttiva, comprendente diverse agevolazioni fiscali, si applica indistintamente a tutte le operazioni

di fusione, scissione, conferimento di attivo o scambio di azioni, a prescindere dai loro motivi<sup>13</sup>.

24. L'art. 8, n. 1, prevede che uno scambio di azioni che rientri nel suo campo di applicazione debba essere trattato con neutralità fiscale incondizionata. Il testo di tale disposizione è univoco e vincolante: «l'assegnazione (...) non deve di per se stessa comportare alcuna imposizione (...)». Da tale formulazione risulta chiaramente che gli Stati membri non hanno alcuna facoltà di imporre condizioni aggiuntive alla cui soddisfazione sia subordinato un trattamento fiscale neutro. La Corte ha precisato che la tassazione di uno scambio di azioni che rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 8, n. 1, è, in linea di principio, vietata<sup>14</sup>.

25. L'effetto dell'art. 8, n. 1, è che uno scambio di azioni che rientri nel campo di applicazione della direttiva, deve essere trattato come evento fiscale neutro. In assenza di una siffatta disposizione, una transazione di questo tipo comporterebbe, di regola, conseguenze tributarie. Quindi, ad esempio, dalla differenza tra il costo di acquisizione e il corrispettivo di

13 — V. sentenze 17 luglio 1997, causa C-28/95, Leur-Bloem, (Racc. pag. I-4161, punto 36), e 5 luglio 2007, causa C-321/05, Kofoed (Racc. pag. I-5795, punto 30).

14 — V., in tal senso, sentenza Kofoed, cit. alla nota 13 supra, punti 24 e 35.

cessione degli attivi trasferiti può derivare una plusvalenza, ove questi ultimi aumentino di valore successivamente all'acquisto. Siffatta plusvalenza potrebbe dare luogo ad un obbligo d'imposta.

la società acquirente valuti i titoli al loro valore contabile. Esso sostiene che tale formulazione si riferisce ai titoli ricevuti dalla società straniera, contro i quali ha assegnato titoli nell'ambito di uno scambio.

26. L'applicazione dell'art. 8, n. 1, è subordinata alla condizione (imperativa) contenuta nell'art. 8, n. 2, primo comma e, precisamente, «che il socio non assegni ai titoli ricevuti in cambio un valore fiscale superiore a quello che i titoli scambiati avevano immediatamente prima della fusione, della scissione o dello scambio di azioni».

27. «Il socio» cui viene fatto riferimento nell'art. 8, n. 2, non può che essere il socio della società acquistata (la A.T.), in quanto viene fatto rinvio all'art. 8, n. 1, dove viene precisata l'identità del «socio».

28. Di conseguenza, a mio parere, non si può sostenere quanto affermato in subordine dalla Germania, secondo cui l'art. 8, n. 2, della direttiva riguarda la valutazione dei titoli nel bilancio della società *acquirente* (straniera).

29. Il governo tedesco sostiene (basandosi su un'interpretazione letterale dell'art. 8, n. 2, con riferimento alle parole «i titoli ricevuti») che la direttiva prescrive semplicemente che

30. Tuttavia, dal testo della direttiva risulta chiaramente che l'art. 8, nn. 1 e 2, riguarda le conseguenze tributarie per il socio della società acquistata (la A.T.). Solo il valore attribuito ai titoli che rappresentano il capitale della società acquirente («i titoli ricevuti») appare rilevante ai fini dell'art. 8, n. 2. Tale valore determina il costo di acquisizione ai fini della determinazione di eventuali plusvalenze imponibili su una successiva cessione dei titoli da parte del socio della società acquistata. Di conseguenza, non posso accogliere la tesi della Germania, secondo cui la condizione di cui all'art. 8, n. 2, secondo comma, si riferisce al valore attribuito alle quote della società acquistata (la GmbH) ricevute dalla società francese.

31. A mio parere, i nn. 1 e 2 dell'art. 8 non possono essere letti disgiuntamente, in quanto l'art. 8, n. 2, secondo comma, definisce le conseguenze derivanti dall'applicazione dell'art. 8, n. 1.

32. Ove il socio della società acquistata avesse l'obbligo di sostituire il valore contabile al valore di mercato, come sostiene la Germania, sorgerebbe un obbligo di imposta in circostanze in cui la direttiva prevede espressamente il differimento dell'imposta. La diret-

tiva garantisce la neutralità fiscale consentendo al socio della società acquistata (la A.T.) di assegnare il valore attribuito agli attivi ceduti (e precisamente la società acquistata) ai titoli ad esso assegnati dalla società acquirente. In tal modo è, nondimeno, salvaguardato anche il diritto degli Stati membri di imporre un prelievo fiscale, ove i titoli che rappresentano il capitale della società acquirente siano successivamente ceduti realizzando un profitto.

specifico accordo tra le parti (che rifletterebbe, verosimilmente, i rispettivi poteri contrattuali di quel momento). Esso sarebbe, di conseguenza, non solo contrario al testo della direttiva, ma pregiudicherebbe anche la certezza del diritto che essa fornisce. Inoltre, il testo dell'art. 8, n. 1, è esauriente e incondizionato. Esso non subordina il riporto d'imposta alle peculiarità del regime fiscale dello Stato membro in cui la società acquirente si trova, né all'accordo tra le parti della transazione.

33. La Germania rileva che lo scambio di azioni sarebbe potuto rimanere esente da imposta nonostante le disposizioni dell'UmwStG, poiché il diritto francese permette che i titoli conferiti siano valutati al valore contabile. Se la società francese avesse scelto di valutare in tal modo le quote ricevute (anziché valutarle, come ha fatto, al valore di mercato), a quel punto non sarebbe sorto alcun onere fiscale sulle plusvalenze ai sensi del diritto tedesco. All'udienza, la Germania ha sostenuto che spettava alla A.T., al momento della negoziazione delle condizioni dello scambio di azioni, subordinare la transazione alla condizione che la società francese valutasse i titoli al valore contabile.

35. L'effetto dell'art. 20, n. 4, dell'UmwStG è che il socio della società acquistata (la A.T.) ha l'obbligo di utilizzare il valore che la società acquirente (la società francese) ha attribuito ai titoli, al fine di determinare il valore dei proventi della cessione delle quote della GmbH. Non riesco a trovare alcun elemento nel testo dell'art. 8, n. 1, letto in combinato disposto con l'art. 8, n. 2, che giustifichi l'introduzione di tale ulteriore condizione.

34. Questo argomento non mi persuade. Significherebbe che le conseguenze tributarie di ogni determinata transazione sarebbero subordinate (a) al regime fiscale dello Stato membro della società acquirente e (b) allo

36. L'interpretazione naturale dell'art. 8, nn. 1 e 2, è corroborata dal fondamento normativo e dagli obiettivi della direttiva.

37. La direttiva sulle fusioni, in quanto normativa fiscale, si fonda sull'art. 100 del Trattato CEE (ora art. 94 CE). Il suo obiettivo dichiarato è di instaurare norme fiscali che siano neutre nei riguardi della concorrenza, al fine di permettere alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato comune. I 'considerando' dal quarto al sesto indicano che, anche se un obiettivo della direttiva è differire l'obbligo di imposta del socio della società acquistata in caso di scambio di titoli, gli Stati membri conservano il diritto di imporre un prelievo fiscale sulle plusvalenze ottenute, ma solo nella misura in cui tali plusvalenze, in definitiva, si realizzino. Di conseguenza, non vi è alcun motivo per discostarsi dall'esplicito tenore della direttiva, introducendo ulteriori condizioni al fine di tutelare i legittimi interessi fiscali degli Stati membri.

38. È tuttavia evidente che l'applicazione dell'art. 20, n. 4, dell'UmwStG, ha come conseguenza l'imposizione di un prelievo fiscale in una situazione in cui la direttiva prevede il differimento dell'obbligo di imposta. Siffatto risultato è in contrasto con gli obiettivi espressi della direttiva ed altera il delicato equilibrio che essa raggiunge tra gli interessi delle imprese e quelli degli Stati membri.

39. La Germania sostiene che la cessione di titoli da parte del socio della società acquistata non determina necessariamente una plusvalenza imponibile. I nuovi titoli della società acquirente, che il socio della società acquistata riceve in cambio, possono deprezzarsi notevolmente in conseguenza delle fluttuazioni di

mercato (come in effetti è successo, nella fattispecie, per le azioni della società francese). All'udienza, la Commissione ha contestato la pertinenza di tale argomento, sottolineando che la potenziale perdita di valore dei titoli costituisce un rischio di investimento inerente a qualsiasi scambio di titoli, al quale le autorità fiscali sono indirettamente esposte. Non può, tuttavia, giustificare l'imposizione al socio della società acquistata di un onere fiscale su riserve non realizzate.

40. A mio parere, l'argomento della Germania si fonda su un'idea erronea. L'obiettivo dell'art. 8, n. 1, della direttiva è semplicemente quello di differire l'imposizione al momento in cui l'attivo sia liquidato, non quello di garantire che, in tale momento, si determinerà sempre un obbligo di imposta. Che quest'ultimo sorga o meno, dipenderà dal valore dell'attivo al momento della cessione.

41. Infine, il governo tedesco ha sostenuto che gli artt. 20, n. 4, e 23, n. 4, dell'UmwStG, sono rivolti ad un particolare tipo di prassi abusiva. Il seguente esempio è stato dedotto dalla Commissione per illustrare siffatta questione. Si supponga che la società X scambi le proprie partecipazioni in una controllata, contro azioni di una società acquirente. Si tratta qui di un'operazione neutra ai fini fiscali (ai sensi dell'art. 8, nn. 1 e 2, della direttiva). Si supponga che la società

acquirente valuti le azioni che ha acquistato al loro valore di mercato, e che le venda immediatamente (per definizione, senza realizzare alcuna plusvalenza). Se i proventi della vendita possono essere rimborsati alla società X in esenzione fiscale, l'effetto è di consentire alla società X di realizzare riserve dissimulate, senza pagare l'imposta dovuta.

42. La Commissione ha riconosciuto che, in linea di principio, un'operazione come quella descritta potrebbe essere considerata illecita e pertanto non meritevole della tutela assicurata dall'art. 8, nn. 1 e 2, della direttiva. Tuttavia, essa si è soffermata sul fatto che la tutela degli interessi finanziari degli Stati membri è ulteriormente garantita dall'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva, il quale prevede che, qualora la transazione abbia come obiettivo principale, o come uno degli obiettivi principali, la frode o l'evasione fiscale, gli Stati membri possono rifiutare di applicare o revocare il beneficio del riporto dell'obbligo di imposta. Risulta pertanto chiaro, dal sistema degli artt. 8 e 11, che l'interesse degli Stati membri con riferimento al diritto di imporre un prelievo fiscale al momento della realizzazione della plusvalenza è tenuto in considerazione e tutelato.

43. Nella fattispecie, nulla suggerisce che l'operazione di vendita delle azioni sia stata effettuata a scopi di frode o evasione fiscale. Piuttosto, alla A.T. è stato imposto di cedere le azioni per effetto di norme (vincolanti) del mercato finanziario. Di conseguenza, non si pone neppure la questione di applicare l'art. 11, n. 1, lett. a), al caso di specie.

44. Ciononostante, per motivi di completezza, aggiungo che, anche nel caso in cui sussista prova di una pratica illecita, la risposta dello Stato membro deve essere proporzionata e ciascun caso deve essere considerato in base ai fatti che gli sono pertinenti. Si è ritenuto che una norma di portata generale, che escluda automaticamente talune transazioni dalle disposizioni di agevolazione fiscale, eccederebbe quanto previsto dalla direttiva<sup>15</sup>.

### Seconda questione

45. Con la sua seconda questione, che si pone solo in caso di risposta negativa alla prima questione, il giudice del rinvio chiede se gli artt. 43 e 56 CE ostino all'applicazione di disposizioni nazionali quali quelle contenute negli artt. 20 e 23 dell'UmwStG, sebbene la «corrispondenza contabile biunivoca» sia imposta anche nel caso di conferimento delle quote di una società di capitali ad una società di capitali illimitatamente soggetta all'imposta.

46. Poiché sono del parere che emerga esplicitamente che la prima questione pregiudiziale debba ricevere risposta affermativa, non ritengo necessario risolvere la seconda questione.

<sup>15</sup> — V. sentenza Leur Bloem, cit. alla nota 14, punti 43-48.

## **Conclusioni**

47. Considero perciò che possa darsi alla prima questione pregiudiziale sollevata dal Bundesfinanzhof la risposta seguente:

L'art. 8, nn. 1 e 2, della direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, n. 90/434/CE, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi, osta all'applicazione di una normativa fiscale nazionale che, in caso di conferimento di titoli di una società di capitali comunitaria ad un'altra società di capitali comunitaria, preveda che il socio della società acquistata possa conservare il valore contabile dei titoli conferiti solo nel caso in cui la società acquirente abbia a sua volta contabilizzato i titoli conferiti al loro valore contabile.