

|

61995J0028

Sentenza della Corte del 17 luglio 1997. - A. Leur-Bloem contro Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Gerechtshof Amsterdam - Paesi Bassi. - Art. 177 - Competenza della Corte - Normativa nazionale che riprende disposizioni comunitarie - Trasposizione - Direttiva 90/434/CEE - Nozione di fusione per scambio di azioni - Abuso o evasione fiscale. - Causa C-28/95.

raccolta della giurisprudenza 1997 pagina I-04161

Massima

Parti

Motivazione della sentenza

Decisione relativa alle spese

Dispositivo

Parole chiave

1 Questioni pregiudiziali - Competenza della Corte - Limiti - Interpretazione richiesta a causa dell'applicabilità a situazioni puramente interne delle disposizioni di una direttiva trasposte in diritto nazionale, derivante da un modellamento del trattamento di situazioni interne su quelle disciplinate dal diritto comunitario - Competenza a fornire questa interpretazione - Esame dell'esatta portata del rinvio al diritto comunitario operato dal diritto nazionale - Competenza esclusiva del giudice nazionale

(Trattato CEE, art. 177)

2 Ravvicinamento delle legislazioni - Regime fiscale comune che si applica alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo ed agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi - Direttiva 90/434 - Fusione per scambi di azioni - Nozione - Presa in considerazione dei motivi finanziari, economici o fiscali dell'operazione di fusione - Esclusione

[Direttiva del Consiglio 90/434, art. 2, lett. d) e h)]

3 Ravvicinamento delle legislazioni - Regime fiscale comune che si applica alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo ed agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi - Direttiva 90/434 - Operazioni aventi come obiettivo la frode o l'evasione fiscale - Verifica, sottoposta a sindacato giurisdizionale, da parte delle autorità nazionali - Possibilità per le autorità nazionali di istituire una presunzione di frode o di evasione fiscale - Presupposti e limiti

[Direttiva del Consiglio 90/434, art. 11, n. 1, lett. a)]

4 Ravvicinamento delle legislazioni - Regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni ai conferimenti di attivo ed agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi - Direttiva 90/434 - Operazioni aventi come obiettivo la frode o l'evasione fiscale - Possibilità di presunzione di frode o di evasione fiscale in caso di operazioni non effettuate per valide ragioni economiche - Nozione di valida ragione economica - Compensazione fiscale orizzontale delle perdite tra le società partecipanti - Esclusione

(Direttiva del Consiglio 90/434, art. 11)

Massima

5 La Corte è competente, ai sensi dell'art. 177 del Trattato, ad interpretare il diritto comunitario qualora quest'ultimo non disciplini direttamente la situazione di cui è causa, ma il legislatore nazionale abbia deciso, all'atto della trasposizione in diritto nazionale delle disposizioni di una direttiva, di applicare lo stesso trattamento alle situazioni puramente interne e a quelle disciplinate dalla direttiva, di modo che ha modellato la sua normativa nazionale sul diritto comunitario

Infatti, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario, al fine, in particolare, di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o eventuali distorsioni di concorrenza, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze di interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate.

Tuttavia, in un tale caso, e nell'ambito della ripartizione delle funzioni giurisdizionali tra i giudici nazionali e la Corte prevista dall'art. 177, spetta solo al giudice nazionale valutare la portata esatta del rinvio al diritto comunitario, in quanto la competenza della Corte è limitata unicamente al vaglio delle disposizioni di tale diritto. La presa in considerazione dei limiti fissati dal legislatore nazionale all'applicazione del diritto comunitario a situazioni puramente interne rientra nel diritto nazionale e, di conseguenza, nella competenza esclusiva dei giudici dello Stato membro.

6 La direttiva 90/434, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi, deve essere interpretata nel senso che il regime tributario comune che essa istituisce, il quale comprende diverse agevolazioni fiscali, si applica indistintamente a tutte le operazioni di fusione, scissione, conferimento d'attivo e scambio di azioni, a prescindere dai loro motivi, siano essi finanziari, economici o puramente fiscali.

Ne deriva che l'art. 2, lett. d), della direttiva, che definisce la nozione di fusione per scambio di azioni, non richiede che la società acquirente, ai sensi dell'art. 2, lett. h), esercisca essa stessa un'impresa né che vi sia una riunione durevole, da un punto di vista finanziario ed economico, in una stessa entità, dell'attività d'impresa di due società. Inoltre, la circostanza che una stessa persona fisica che era l'unico azionista ed amministratore delle società acquistate diventi l'unico azionista e amministratore della società acquirente non osta a che l'operazione di cui trattasi possa essere qualificata come fusione per scambio di azioni.

7 L'art. 11 della direttiva 90/434 va interpretato nel senso che, per accertare se l'operazione che si intende effettuare abbia come obiettivo principale o come uno dei suoi obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale, le autorità nazionali competenti devono procedere, in ciascun caso, ad un esame globale della detta operazione. Tale esame deve poter costituire oggetto di un controllo giurisdizionale.

Ai sensi dell'art. 11, n. 1, lett. a), di questa direttiva, gli Stati membri possono prevedere che il fatto che l'operazione prevista non venga effettuata per valide ragioni economiche legittima una presunzione di frode o di evasione fiscale. Spetta loro predisporre le procedure interne necessarie a tal fine nel rispetto del principio di proporzionalità.

Tuttavia, l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, a prescindere dal sussistere di un'effettiva evasione o frode fiscale, sulla scorta di criteri come quelli della gestione da parte della società acquirente stessa di un'impresa, la riunione durevole, da un punto di vista finanziario ed economico, in una stessa entità, dell'attività d'impresa di due società o la circostanza che una stessa persona fisica che era l'unico azionista ed amministratore delle società acquistate divenga l'unico azionista e amministratore della società acquirente, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva 90/434, che è di istituire regole fiscali neutre nei riguardi della concorrenza e di evitare che le operazioni di cui trattasi siano intralciate da restrizioni, svantaggi o distorsioni particolari derivanti dalle disposizioni fiscali degli Stati membri.

8 La nozione di valida ragione economica ai sensi dell'art. 11 della direttiva 90/434 deve essere interpretata nel senso che trascende la ricerca di un'agevolazione puramente fiscale come la compensazione orizzontale delle perdite.

Parti

Nel procedimento C-28/95,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, dal Gerechtshof di Amsterdam nella causa dinanzi ad esso pendente tra

A. Leur-Bloem

e

Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2,

domanda vertente sull'interpretazione degli artt. 2, lett. d), e 11, n. 1, lett. a), della 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 (GU L 225, pag. 1),

LA CORTE,

composta dai signori G.C. Rodríguez Iglesias, presidente, G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, J.L. Murray e L. Sevón, presidenti di sezione, C.N. Kakouris, P.J.G. Kapteyn, C. Gulmann, D.A.O. Edward, J.-P. Puissechet, G. Hirsch, P. Jann (relatore) e H. Ragnemalm, giudici,

avvocato generale: F.G. Jacobs

cancelliere: H.A. Rühl, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la signora Leur-Bloem, dal signor J.H.W. Lenior, consulente fiscale;

- dall'Inspecteur der Belastingdienst Ondernemingen Amsterdam 2;

- per il governo dei Paesi Bassi, dal signor J.G. Lammers, consigliere giuridico supplente presso il ministero degli Affari esteri, in qualità di agente;

- per il governo tedesco, dai signori E. Röder, Ministerialrat presso il ministero federale dell'Economia, e B. Kloke, Oberregierungsrat presso lo stesso ministero, in qualità di agenti;

- per la Commissione delle Comunità europee, dal signor B. Jan Drijber, membro del servizio giuridico, in qualità di agente,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali del governo dei Paesi Bassi, rappresentato dal signor A. Fierstra, consigliere giuridico aggiunto presso il ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, e della Commissione, rappresentata dal signor B. Jan Drijber, all'udienza del 4 giugno 1996,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 17 settembre 1996,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Motivazione della sentenza

1 Con ordinanza 26 gennaio 1995, pervenuta alla Corte il 6 febbraio seguente, il Gerechtshof di Amsterdam ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, diverse questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 2, lett. d), e 11, n. 1, lett. a), della 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 (GU L 225, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva»).

2 Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la signora Leur-Bloem e l'ispettore fiscale delle imprese di Amsterdam 2 (in prosieguo: l'«ispettore»).

3 La signora Leur-Bloem, azionista unica ed amministratrice di due società private di diritto olandese, intende acquisire le azioni di una terza società privata, una holding, effettuando il pagamento mediante scambio con le azioni delle prime due società. La signora Leur-Bloem doveva divenire, dopo l'operazione, non più direttamente, ma solo indirettamente, l'azionista unica delle altre due società.

4 La signora Leur-Bloem è assoggettata alla legge dei Paesi Bassi del 1964 relativa all'imposta sul reddito (in prosieguo: la «legge dei Paesi Bassi»). L'art. 14 b, n. 1, della legge dei Paesi Bassi prevede, nel caso di un'operazione di fusione per scambio di azioni, che non venga incluso nell'imposta il plusvalore su partecipazione rilevante. L'applicazione di tale agevolazione comporta in realtà il rinvio della tassazione.

5 L'art. 14 b, n. 2, sub a) e b), della legge dei Paesi Bassi stabilisce:

«2. Sono considerati come fusioni di società i casi di specie seguenti:

a) Una società con sede nei Paesi Bassi acquista, contro cessione di sue azioni o titoli di partecipazione, con pagamento eventuale di un saldo, un certo numero di azioni in un'altra società con sede nei Paesi Bassi che le consente di esercitare più della metà dei diritti di voto in quest'ultima società, al fine di riunire in maniera duratura, da un punto di vista finanziario ed economico, l'impresa della società acquirente e quella di un'altra in una stessa entità.

b) Una società con sede in uno Stato membro delle Comunità europee acquista, contro cessione di sue azioni o titoli di partecipazione, con pagamento eventuale di un saldo, un certo numero di azioni in un'altra società con sede in un altro Stato membro delle Comunità europee di modo che essa può esercitare più della metà dei diritti di voto in quest'ultima società, al fine di riunire in maniera duratura, da un punto di vista finanziario ed economico, l'impresa della società acquirente e quella di un'altra in una stessa entità».

6 Per «impresa» ai sensi della legge dei Paesi Bassi occorre in sostanza intendere l'attività economica di una persona giuridica, in quanto il termine «società» fa riferimento al soggetto di diritto.

7 La signora Leur-Bloem ha chiesto all'amministrazione finanziaria dei Paesi Bassi di considerare l'operazione che essa intendeva effettuare come una «fusione per scambio di azioni» ai sensi della normativa dei Paesi Bassi, il che le consentiva di fruire dell'esenzione dall'imposta sul plus valore eventualmente ottenuto sulla cessione di azioni e della possibilità di compensare le eventuali perdite all'interno dell'entità fiscale in tal modo creata.

8 L'ispettore, ritenendo che non vi fosse fusione per scambio di azioni ai sensi dell'art. 14 b, n. 2, sub a), della legge dei Paesi Bassi ha respinto la sua domanda.

9 La signora Leur-Bloem ha quindi presentato un ricorso contro questa decisione dinanzi al Gerechtshof di Amsterdam. Essa ritiene infatti che l'operazione, in quanto mira ad una più stretta collaborazione tra le società, debba essere considerata come una fusione.

10 Per contro, l'ispettore sostiene che l'operazione che s'intende effettuare non ha come fine di riunire in maniera duratura, da un punto di vista finanziario ed economico, l'impresa di queste società nell'ambito di un'entità più importante. Infatti, una tale entità già esisterebbe, dal punto di vista finanziario ed economico, in quanto le due società hanno già lo stesso amministratore ed un solo azionista.

11 Il Gerechtshof ha ritenuto che, per risolvere tale controversia, occorresse interpretare una disposizione della legge dei Paesi Bassi inserita in occasione della trasposizione della direttiva nel diritto nazionale.

12 A tal riguardo, il giudice nazionale ha constatato innanzi tutto che, in base ai suoi «considerando», questa direttiva mira all'eliminazione delle disposizioni di ordine fiscale che penalizzano in particolare le fusioni e gli scambi di azioni tra società di Stati membri diversi rispetto a quelli che sono effettuati tra società di uno stesso Stato membro. Esso ha poi rilevato che la formulazione dell'art. 14 b, n. 2, sub a), da un lato, e sub b), dall'altro, della legge dei Paesi Bassi

non opera alcuna distinzione tra le fusioni che riguardano solo società con sede nei Paesi Bassi e quelle che riguardano società stabilite in diversi Stati membri della Comunità.

13 Esso ha infine fatto presente che dagli obiettivi della direttiva, dalla formulazione della disposizione di cui trattasi della legge dei Paesi Bassi nonché dai lavori preparatori di quest'ultima, in particolare dalla sua motivazione, risulta che il legislatore dei Paesi Bassi ha inteso trattare allo stesso modo le fusioni tra società stabilite, da un lato, unicamente nei Paesi Bassi e, dall'altro, in diversi Stati membri.

14 Dall'art. 2, lett. d e h), della direttiva risulta quanto segue:

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

(...)

d) scambio d'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 ed 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;

(...)

h) società acquirente: la società che acquista una partecipazione mediante scambio di titoli;

(...)».

Il titolo II della direttiva, che comprende gli artt. 4-8, contiene le norme sul trattamento fiscale delle fusioni, delle scissioni e degli scambi d'azioni. L'art. 8 prevede in particolare che l'assegnazione, in occasione di uno scambio di azioni, di titoli rappresentativi del capitale sociale della società acquirente ad un socio della società acquistata, in cambio di titoli rappresentativi del capitale sociale di quest'ultima società, non deve di per se stessa comportare alcuna imposizione sul reddito o sulle plusvalenze di questo socio.

L'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva prevede:

«1. Uno Stato membro può rifiutare di applicare in tutto o in parte le disposizioni dei titoli II, III e IV o revocarne il beneficio qualora risulti che l'operazione di fusione, di scissione, di conferimento d'attivo o di scambio di azioni:

a) 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».

15 Ritenendo che l'interpretazione delle disposizioni della direttiva fosse necessaria per risolvere la controversia ad esso sottoposta, il Gerechtshof di Amsterdam ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni:

«1) Se possano essere sottoposte alla Corte di giustizia questioni relative all'interpretazione delle disposizioni e alla portata di una direttiva del Consiglio delle Comunità europee anche qualora la direttiva non si applichi direttamente alla situazione in concreto esistente, ma secondo l'intenzione del legislatore nazionale detta situazione debba essere trattata allo stesso modo di una situazione oggetto invece della direttiva.

In caso di soluzione affermativa:

2) a) Se sussista uno scambio di azioni, ai sensi dell'art. 2, parte iniziale e lett. d), della direttiva del Consiglio delle Comunità europee 23 luglio 1990, 90/434/CEE (in prosieguo: la "direttiva"), qualora la società acquirente ai sensi della lett. h) di detto articolo non eserciti direttamente un'impresa.

b) Se allo scambio di azioni ai sensi di cui sopra osti il fatto che la stessa persona fisica che, prima dello scambio, era azionista unico delle società acquistate e le dirigeva, dopo lo scambio diriga la società acquirente e ne sia azionista unico.

c) Se sussista uno scambio di azioni ai sensi di cui sopra solo qualora questo scambio miri a riunire in un'unità duratura di carattere economico e finanziario l'impresa della società acquirente e quella di un'altra società.

d) Se sussista uno scambio di azioni ai sensi di cui sopra solo qualora questo scambio miri a riunire in un'unità duratura di carattere economico e finanziario le imprese di due o più società acquistate.

e) Se uno scambio di azioni che avviene al fine di attuare orizzontalmente una compensazione fiscale di perdite fra le società partecipanti allo scambio all'interno di un'unione fiscale ai sensi dell'art. 15 della *Wet op de vennootschapsbelasting* (legge olandese sull'imposta sulle società) del 1969 costituisca una giustificazione sufficientemente oggettiva per lo scambio stesso ai sensi dell'art. 11 della direttiva».

Sulla prima questione

16 Con la prima questione il giudice nazionale domanda in sostanza se la Corte sia competente ai sensi dell'art. 177 del Trattato ad interpretare il diritto comunitario qualora quest'ultimo non disciplini direttamente la situazione di cui è causa, ma il legislatore nazionale abbia deciso, all'atto della trasposizione in diritto nazionale delle disposizioni di una direttiva, di applicare lo stesso trattamento alle situazioni puramente interne e a quelle che rientrano nella direttiva, di modo che ha modellato la sua normativa sul diritto comunitario.

17 La signora Leur-Bloem ritiene che la Corte sia competente tenuto conto dell'obiettivo della direttiva e del principio di parità di trattamento. Infatti, rifiutare di trattare allo stesso modo le fusioni interne e le fusioni comunitarie porterebbe a creare distorsioni di concorrenza tra gruppi di società che hanno le stesse strutture, ma di cui solo uno presenti un carattere comunitario.

18 La Commissione, unitamente ai governi olandese e tedesco, ritiene che la Corte non sia competente a risolvere questioni poste al di fuori del campo d'applicazione della direttiva. Ciò varrebbe per il caso di specie, in quanto ai sensi dell'art. 1 della direttiva quest'ultima si applica alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo e agli scambi di azioni riguardanti società di diversi Stati membri.

19 Peraltro, la Commissione e il governo dei Paesi Bassi fanno riferimento alla sentenza 28 marzo 1995, causa C-346/93, *Kleinwort Benson* (Racc. pag. I-615), pronunciata nell'ambito della Convenzione 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 1972, L 299, pag. 32; in prosieguo: la

«Convenzione»), in cui la Corte si è dichiarata incompetente. A tal riguardo, essi sostengono che, in considerazione della similitudine dei procedimenti, non occorre distinguere tra le questioni sollevate nell'ambito di questa Convenzione e quelle che sono poste ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

20 La Commissione ritiene che, in conformità a tale sentenza, la Corte sia competente solo quando la normativa nazionale rinvia direttamente e incondizionatamente al diritto comunitario. Ora, ciò non si verificherebbe nel processo a quo.

21 Il governo dei Paesi Bassi sottolinea che la sentenza che la Corte dovrebbe pronunciare non vincola i giudici nazionali ai sensi della citata sentenza *Kleinwort Benson* poiché l'interpretazione richiesta deve solo consentire al giudice a quo di applicare il diritto nazionale. Esso precisa anche che il riferimento al diritto comunitario, che figura nella motivazione della legge dei Paesi Bassi, non è vincolante, ma può solo costituire un elemento al fine dell'interpretazione di questa legge.

22 Il governo tedesco sostiene che, come la Corte ha dichiarato nella sentenza 8 novembre 1990, causa C-231/89, *Gmurzynska-Bscher* (Racc. pag. I-4003), quest'ultima non deve pronunciarsi in via pregiudiziale quando, come nella fattispecie di cui al processo a quo, è evidente che la disposizione di diritto comunitario sottoposta all'interpretazione della Corte non può trovare applicazione.

23 Ai sensi dell'art. 177 del Trattato, la Corte è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione del detto Trattato nonché degli atti adottati dalle istituzioni della Comunità.

24 Secondo una giurisprudenza consolidata, il procedimento ex art. 177 del Trattato è uno strumento di cooperazione fra la Corte ed i giudici nazionali. Ne deriva che spetta solo ai giudici nazionali cui è stata sottoposta la controversia e a cui incombe la responsabilità della decisione giudiziaria valutare tenendo conto delle specificità di ogni causa sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale all'emanazione della loro sentenza sia la rilevanza delle questioni che essi sottopongono alla Corte (v., in particolare, sentenze 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi*, Racc. pag. I-3763, punti 33 e 34, e *Gmurzynska-Bscher*, citata, punti 18 e 19).

25 Di conseguenza, se le questioni sollevate dai giudici nazionali vertono sull'interpretazione di una norma di diritto comunitario, la Corte è in linea di principio tenuta a pronunciarsi (v. sentenze *Dzodzi* e *Gmurzynska-Bscher*, sopramenzionate, rispettivamente punti 35 e 20). Infatti, non risulta dal dettato dell'art. 177 né dalle finalità del procedimento istituito da questo articolo che gli autori del Trattato abbiano inteso sottrarre alla competenza della Corte i rinvii pregiudiziali vertenti su di una norma comunitaria nel caso specifico in cui il diritto nazionale di uno Stato membro rinvia al contenuto della norma in parola per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna a detto Stato (v. sentenze *Dzodzi* e *Gmurzynska-Bscher*, sopramenzionate, rispettivamente punti 36 e 25).

26 Infatti, il rigetto di una domanda formulata da un giudice nazionale è possibile solo se risulti che con il procedimento ex art. 177 del Trattato, in contrasto con il suo scopo, si intenda in realtà indurre la Corte a pronunciarsi per il tramite di una controversia fittizia ovvero sia manifesto che il diritto comunitario non può essere applicato, né direttamente né indirettamente, alle circostanze del caso di specie (v., in tal senso, sentenze *Dzodzi* e *Gmurzynska-Bscher*, sopramenzionate, rispettivamente punti 40 e 23).

27 In applicazione di questa giurisprudenza, la Corte si è ripetutamente dichiarata competente a statuire su domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni comunitarie in situazioni in cui i fatti della causa principale si collocavano al di fuori dell'ambito d'applicazione del diritto comunitario, ma nelle quali tali disposizioni di diritto erano state rese applicabili o dal diritto nazionale o in forza di semplici disposizioni contrattuali (v., per quanto riguarda l'applicazione del diritto comunitario da parte del diritto nazionale, sentenze *Dzodzi* e *Gmurzynska-Bscher*,

sopramenzionate; 26 settembre 1985, causa 166/84, *Thomasdüniger*, Racc. pag. 3001; 24 gennaio 1991, causa C-384/89, *Tomatis e Fulchiron*, Racc. pag. I-127, e, per quanto riguarda l'applicazione del diritto comunitario da parte di clausole contrattuali, sentenze 25 giugno 1992, causa C-88/91, *Federconsorzi*, Racc. pag. I-4035, e 12 novembre 1992, causa C-73/89, *Fournier*, Racc. pag. I-5621; in prosieguo: la «giurisprudenza Dzodzi»). Infatti, in queste sentenze le disposizioni, sia nazionali sia contrattuali, che riportano le disposizioni comunitarie non avevano manifestamente limitato l'applicazione di queste ultime.

28 Per contro, nella citata sentenza *Kleinwort Benson*, la Corte si è dichiarata incompetente a statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale relativa alla Convenzione.

29 In tale sentenza la Corte ha sottolineato al punto 19 che, a differenza della fattispecie oggetto della sentenza *Dzodzi*, le disposizioni della Convenzione sottoposte all'interpretazione della Corte non erano state rese applicabili in quanto tali dal diritto dello Stato contraente interessato. Infatti, la Corte ha rilevato, al punto 16 della sentenza di cui trattasi, che la legge nazionale interessata si limitava a prendere a modello la convenzione e ne riproduceva solo parzialmente la formulazione. Inoltre essa ha constatato, al punto 18, che la legge prevedeva espressamente la possibilità, da parte delle autorità dello Stato contraente interessato, di adottare modifiche «destinate a produrre divergenze» fra le disposizioni della detta legge e quelle corrispondenti della convenzione. Per di più, la legge operava ancora una distinzione esplicita tra le disposizioni applicabili alle situazioni comunitarie e quelle applicabili alle situazioni interne. Nel primo caso i giudici nazionali, nell'interpretare le disposizioni pertinenti della legge, erano vincolati dalla giurisprudenza della Corte relativa alla convenzione, mentre, nel secondo, essi dovevano solo tenerne conto, cosicché potevano discostarsene.

30 Ora, ciò non si verifica nel caso di specie.

31 Il giudice nazionale ritiene che l'interpretazione della nozione di «fusione mediante scambio di azioni», considerata nel suo contesto comunitario, sia necessaria per la soluzione della controversia sottopostagli, che tale nozione figuri nella direttiva, che sia stata riportata nella legge nazionale di attuazione e che sia stata estesa alle situazioni analoghe puramente interne.

32 Infatti, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario, al fine, in particolare, di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o, come nella fattispecie di cui al processo a quo, eventuali distorsioni di concorrenza, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (v., in tal senso, sentenza *Dzodzi*, sopramenzionata, punto 37).

33 Occorre tuttavia precisare che, in tal caso, e nell'ambito della ripartizione delle funzioni giurisdizionali tra i giudici nazionali e la Corte prevista dall'art. 177, spetta solo al giudice nazionale valutare la portata esatta del rinvio al diritto comunitario, in quanto la competenza della Corte è limitata unicamente al vaglio delle disposizioni di tale diritto (sentenze *Dzodzi* e *Federconsorzi*, sopramenzionate, rispettivamente punti 41 e 42, e 10). Infatti, la presa in considerazione dei limiti fissati dal legislatore nazionale all'applicazione del diritto comunitario a situazioni puramente interne rientra nel diritto nazionale e, di conseguenza, nella competenza esclusiva dei giudici dello Stato membro (sentenze *Dzodzi*, sopramenzionata, punto 42, e 12 novembre 1992, causa C-73/89, *Fournier*, Racc. pag. I-5621, punto 23).

34 Dal complesso delle considerazioni che precedono risulta che occorre risolvere la prima questione nel senso che la Corte è competente, ai sensi dell'art. 177 del Trattato, ad interpretare il diritto comunitario qualora quest'ultimo non disciplini direttamente la situazione di cui è causa, ma il legislatore nazionale abbia deciso, all'atto della trasposizione in diritto nazionale delle disposizioni di una direttiva, di applicare lo stesso trattamento alle situazioni puramente interne e a

quelle disciplinate dalla direttiva, di modo che ha modellato la sua normativa nazionale sul diritto comunitario.

Sulla seconda questione

Sulla seconda questione sub a)-d)

35 Il giudice a quo solleva la seconda questione sub a)-d) relativamente all'art. 2, lett. d), della direttiva, che definisce le fusioni per scambio di azioni. Tuttavia, dalla sua formulazione risulta che tale questione riguarda in realtà la condizione di riunire in maniera duratura, da un punto di vista finanziario ed economico, l'attività d'impresa delle due società in una stessa entità, che non figura all'art. 2, lett. d), della direttiva, ma che è stata aggiunta dal legislatore dei Paesi Bassi, all'atto della trasposizione, alla definizione risultante dalla direttiva. Dagli atti del processo a quo risulta che questa condizione è stata inserita al fine di escludere, come consente l'art. 11 della direttiva, dalla concessione delle agevolazioni fiscali previste dalla direttiva le operazioni che abbiano principalmente per obiettivo la frode o l'evasione fiscale. La seconda questione sub a)-d) deve quindi essere esaminata in considerazione non solo dell'art. 2, lett. d), della direttiva, ma anche dell'art. 11, che concede agli Stati membri, in particolare in questo caso, una riserva di competenza.

36 Occorre rilevare innanzi tutto che dall'art. 2, lett. d), nonché dalla struttura generale della direttiva risulta che il regime tributario comune che essa istituisce, il quale comprende diverse agevolazioni fiscali, si applica indistintamente a tutte le operazioni di fusione, scissione, conferimento d'attivo e scambio di azioni, a prescindere dai loro motivi, siano essi finanziari, economici o puramente fiscali.

37 Di conseguenza, il fatto che la società acquirente, ai sensi dell'art. 2, lett. h), della direttiva, non gestisca essa stessa un'impresa o il fatto che una stessa persona fisica che era l'unico azionista e amministratore delle società acquistate divenga l'unico azionista e amministratore della società acquirente non impedisce che l'operazione sia qualificata come scambio d'azioni ai sensi dell'art. 2, lett. d), della direttiva. Inoltre la riunione in maniera duratura, in un'entità, da un punto di vista finanziario ed economico, dell'attività d'impresa di due società non è necessaria affinché l'operazione sia qualificata come scambio d'azioni ai sensi di questa disposizione.

38 In secondo luogo, occorre rilevare che l'art. 11, n. 1, lett. a), autorizza gli Stati membri a non applicare in tutto o in parte le disposizioni della direttiva, ivi comprese le agevolazioni fiscali su cui verte il processo a quo, o a revocarne la concessione qualora l'operazione di fusione, scissione, conferimento d'attivo o scambio di azioni abbia in particolare come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale.

39 L'art. 11, n. 1, lett. a), precisa che, nell'ambito di questa riserva di competenza, lo Stato membro può prevedere una presunzione di frode o di evasione fiscali quando «una delle operazioni (...) non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione».

40 Risulta quindi dall'art. 2, lett. d) e h), nonché dall'art. 11, n. 1, lett. a), che gli Stati membri devono concedere le agevolazioni fiscali previste dalla direttiva nel caso delle operazioni di scambio di azioni di cui all'art. 2, lett. d), a meno che queste operazioni abbiano come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali. A tale riguardo, gli Stati membri possono prevedere che il fatto che queste operazioni non siano state effettuate per valide ragioni economiche legittima una presunzione di frode o di evasione fiscale.

41 Tuttavia, per accertare se l'operazione che s'intende effettuare abbia un tale obiettivo, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame globale dell'operazione. Secondo una

giurisprudenza costante, tale esame deve poter essere oggetto di sindacato giurisdizionale (v., in tal senso, sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 40).

42 Il detto esame può eventualmente comprendere gli elementi menzionati dal giudice a quo nella seconda questione sub a)-d). Tuttavia, nessuno di questi elementi può essere considerato di per sé decisivo. Infatti, una fusione o una ristrutturazione effettuata sotto forma di uno scambio di azioni che coinvolge una società holding appena costituita, che non possiede quindi alcuna impresa, può essere considerata come se fosse stata effettuata per valide ragioni economiche. Inoltre tali motivi possono rendere necessaria la ristrutturazione giuridica di società che integrano già un'entità da un punto di vista economico e finanziario. Non è nemmeno escluso, anche se ciò può costituire un indizio di frode o di evasione fiscale, che una fusione per scambio di azioni mirante a configurare una determinata struttura per un periodo limitato, e non in maniera duratura, possa perseguire valide ragioni economiche.

43 In mancanza di disposizioni comunitarie più precise relative all'attuazione della presunzione di cui all'art. 11, n. 1, lett. a), spetta agli Stati membri determinare, nel rispetto del principio di proporzionalità, le modalità necessarie ai fini dell'applicazione di questa disposizione.

44 Tuttavia, l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, sulla base di criteri come quelli menzionati alla seconda questione sub a)-d), a prescindere da un'effettiva evasione o frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva. Ciò si verificherebbe anche se una norma di tale tipo fosse corredata di una semplice possibilità di deroga lasciata alla discrezionalità dell'autorità amministrativa.

45 Un'interpretazione del genere è compatibile con gli obiettivi sia della direttiva sia dell'art. 11. Infatti, secondo il primo `considerando', l'obiettivo perseguito dalla direttiva è di istituire 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. Il medesimo `considerando' prevede anche che le fusioni, le scissioni, i conferimenti d'attivo e gli scambi di azioni che interessano società di Stati membri diversi non devono essere intralciati da restrizioni, svantaggi o distorsioni particolari derivanti dalle disposizioni fiscali degli Stati membri. Solo quando l'operazione che si intende effettuare ha come obiettivo la frode o l'evasione fiscale gli Stati membri, in base all'art. 11 e all'ultimo `considerando' della direttiva, possono rifiutare l'applicazione di quest'ultima.

Sulla seconda questione sub e)

46 Con la seconda questione sub e), il giudice nazionale domanda se una compensazione fiscale orizzontale delle perdite tra le società che partecipano all'operazione costituisca una valida ragione economica ai sensi dell'art. 11 della direttiva.

47 Dalla formulazione e dagli obiettivi dell'art. 11, come da quelli della direttiva, risulta che la nozione di valide ragioni economiche trascende la mera ricerca di un'agevolazione puramente fiscale. Pertanto, un'operazione di fusione per scambio di azioni unicamente volta a raggiungere tale scopo non può costituire una valida ragione economica ai sensi del detto articolo.

48 Occorre quindi risolvere la seconda questione dichiarando quanto segue:

a) L'art. 2, lett. d), della direttiva non richiede che la società acquirente, ai sensi dell'art. 2, lett. h), della detta direttiva, esercisca essa stessa un'impresa né che vi sia una riunione durevole, da un punto di vista finanziario ed economico, in una stessa entità, dell'attività d'impresa di due società. Inoltre, la circostanza che una stessa persona fisica che era l'unico azionista ed amministratore delle società acquistate divenga l'unico azionista e amministratore della società acquirente non osta a che l'operazione di cui trattasi possa essere qualificata come fusione per scambio di azioni.

b) L'art. 11 della direttiva va interpretato nel senso che per accertare se l'operazione che si intende effettuare abbia come obiettivo principale o come uno dei suoi obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale le autorità nazionali competenti devono procedere, in ciascun caso, ad un esame globale della detta operazione. Tale esame deve poter costituire oggetto di un controllo giurisdizionale. Ai sensi dell'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva, gli Stati membri possono prevedere che il fatto che l'operazione progettata non venga effettuata per valide ragioni economiche legittima una presunzione di frode o di evasione fiscale. Spetta loro predisporre le procedure interne necessarie a tal fine nel rispetto del principio di proporzionalità. Tuttavia, l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, sulla scorta di criteri come quelli menzionati nella seconda soluzione sub a), e a prescindere dal sussistere di un'effettiva evasione o frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva.

c) La nozione di valida ragione economica ai sensi dell'art. 11 della direttiva dev'essere interpretata nel senso che trascende la ricerca di un'agevolazione puramente fiscale come la compensazione orizzontale delle perdite.

Decisione relativa alle spese

Sulle spese

49 Le spese sostenute dai governi olandese e tedesco nonché dalla Commissione delle Comunità europee, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Dispositivo

Per questi motivi,

LA CORTE,

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dal Gerechtshof di Amsterdam con ordinanza 26 gennaio 1995, dichiara:

1) La Corte è competente, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, ad interpretare il diritto comunitario qualora quest'ultimo non disciplini direttamente la situazione di cui è causa, ma il legislatore nazionale abbia deciso, all'atto della trasposizione in diritto nazionale delle disposizioni di una direttiva, di applicare lo stesso trattamento alle situazioni puramente interne e a quelle disciplinate dalla direttiva, di modo che ha modellato la sua normativa nazionale sul diritto comunitario.

2) a) L'art. 2, lett. d), della 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, dev'essere interpretato nel senso che non richiede che la società acquirente, ai sensi dell'art. 2, lett. h), della detta direttiva, esercisca essa stessa un'impresa né che vi sia una riunione durevole, da un punto di vista finanziario ed economico, in una stessa entità, dell'attività d'impresa di due società. Inoltre, la circostanza che una stessa persona fisica che era l'unico azionista ed amministratore delle società acquistate divenga l'unico azionista e amministratore della società acquirente non osta a che l'operazione di cui trattasi possa essere qualificata come fusione per scambio di azioni.

b) L'art. 11 della direttiva 90/434 va interpretato nel senso che, per accertare se l'operazione che si intende effettuare abbia come obiettivo principale o come uno dei suoi obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali, le autorità nazionali competenti devono procedere, in ciascun caso, ad un esame globale della detta operazione. Tale esame deve poter costituire oggetto di un controllo giurisdizionale. Ai sensi dell'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 90/434, gli Stati membri possono prevedere che il fatto che l'operazione prevista non venga effettuata per valide ragioni economiche legittima una presunzione di frode o di evasione fiscale. Spetta loro predisporre le procedure interne necessarie a tal fine nel rispetto del principio di proporzionalità. Tuttavia, l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, sulla scorta di criteri come quelli menzionati nella seconda soluzione sub a), e a prescindere dal sussistere di un'effettiva evasione o frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva 90/434.

c) La nozione di valida ragione economica ai sensi dell'art. 11 della direttiva 90/434 dev'essere interpretata nel senso che trascende la ricerca di un'agevolazione puramente fiscale come la compensazione orizzontale delle perdite.