CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE MARCO DARMON

presentate il 7 giugno 1988 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. La causa principale si situa al confine fra il diritto delle società e il diritto fiscale. Nel Regno Unito, i criteri di collegamento di una persona giuridica rispetto a queste due branche del diritto non coincidono necessariamente. La nozione di costituzione di una persona giuridica, secondo il diritto britannico, consente di scindere da una parte il *domicile* di cui è espressione la sede legale e la nazionalità di una società e, dall'altra, la *residence* che ne determina fondamentalmente il regime fiscale. La controversia che il giudice di rinvio è stato chiamato a conoscere nasce dalla possibilità di tale distinzione.

2. Riguardo a ciò, la legislazione degli Stati membri presenta molte differenze, aggravate dalla diversità di contenuto delle nozioni di riferimento. Per superare le difficoltà che ne nascono, occorrerebbero un'armonizzazione a livello comunitario e convenzioni fra gli Stati membri. Comunque sia, la Corte interpreta il diritto comunitario al suo stato attuale. Il contesto della causa per la quale la Queen's Bench Division della High Court ha adito la Corte impone, quindi, alcune osservazioni generali al fine di cercare di risolvere le questioni proposte. Queste sollevano delicati problemi d'interpretazione delle norme comunitarie in materia di diritto di stabilimento, sulle quali la Corte non si è ancora pronunciata. Si tratta, difatti, della pretesa di una società di esercitare il diritto di stabilimento e, in particolare, delle condizioni alle quali lo Stato d'origine, ove resta la sede legale, potrebbe subordinare il trasferimento della sede dell'amministrazione centrale in altro Stato membro.

3. Rientra una simile operazione nel diritto di stabilimento riconosciuto dal trattato? Stabilirsi « è integrarsi in un'economia nazionale » [1]. È perciò pacifico che lo stabilimento ai sensi del trattato comporta un duplice elemento: la materiale installazione e l'esercizio di un'attività economica, ambedue a titolo perlomeno durevole, se non permanente [2].

4. Ricordo che il diritto di stabilimento, come delineato dagli artt. 52 e 58 del trattato, si applica alle « società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità » [3]. Il diritto di stabilimento si può esercitare in due diversi modi [4]. Può trattarsi della creazione di affiliate, succursali o agenzie. Si parlerà allora di diritto di stabilimento secondario. La sentenza 4 dicembre 1986, Commis-

* Traduzione dal francese.

1 — J. Schapira, G. le Tallec, J. B. Blaise, Droit européen des affaires, PUF, Thémis, 1984, pag. 534.

2 — Vedasi ad esempio J. Renauld, Droit européen des sociétés, Bruxelles, Bruylant et Vander, 1969, pag. 208; M. Colomès, Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE, Paris, J. Delmas, 1971, pag. 78; F. Burrows, Free Movement in European Community Law, Oxford, Clarendon Press, 1987, pag. 187.

3 — Art. 58, 1° comma.

4 — Vedasi ad esempio, J. Temple Lang, The right of establishment of companies and free movement of capital in the European Economic Community, in « W. R. Lafave e P. Hey (ed.), International Trade, Investment and Organization, University of Illinois Press », 1967, pagg. 302 e 303.

sione/Germania [5], precisa che vi è stabilimento quando vi è una presenza permanente, anche se essa si manifesta

« tramite un semplice ufficio, gestito da personale dipendente dall'impresa, o tramite una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa alla stessa stregua di un'agenzia » [6].

Può trattarsi, dall'altro, della costituzione di una nuova società o del trasferimento della sede dell'amministrazione centrale, spesso assimilata alla sede reale. Si avrà allora il diritto di stabilimento primario. Al riguardo si è potuto affermare che « l'amministrazione centrale è una nozione non giuridica ma economica » [7] e che essa « è nel luogo ove gli organi della società prendono le decisioni essenziali per l'attività di questa » [8].

5. La nozione di stabilimento è essa stessa essenzialmente economica [9] ed implica sempre un effettivo legame economico [10]. Il trasferimento della sede dell'amministrazione centrale, intesa « con riferimento a criteri economici più che giuridici » [11], rientra nel diritto di stabilimento, poiché si tratta di situare concretamente « il centro economico di gravità dell'impresa » [12]. Quindi, « la nozione di amministrazione centrale (...) corrisponde (...) non solo all'insediamento dei servizi amministrativi principali, ma anche, e forse soprattutto, al luogo di effettiva direzione della società » [13]. La sede reale è di norma nel luogo dell'amministrazione centrale della società, che, a sua volta, « è il luogo dove sono prese le decisioni relative all'attività indipendente e dal quale essa riceve impulso; in altri termini, è il centro d'esercizio di tale attività (...) » [14].

6. In relazione alla questione se il trasferimento della sede della direzione di una società costituisca uno « stabilimento » ai sensi del trattato, le parti nella causa principale hanno posizioni antinomiche. Per la società *Daily Mail and General Trust*, un tale trasferimento rientra nel campo d'applicazione del diritto di stabilimento. Richiamandosi agli artt. 52 e 58 del trattato ed al programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento [15], l'attrice nella causa principale considera che l'ubicazione della sede della direzione in uno Stato membro basta a far presumere l'esistenza di un « legame effettivo e permanente » [16] con l'economia di esso, il che rappresenterebbe uno « stabilimento » ai sensi del trattato. Per contro, secondo il governo del Regno Unito, il mutamento di residenza di una società non comporterebbe uno stabilimento. Esso non implicherebbe necessariamente un mutamento dell'attività economica, tanto più che una società che voglia impegnarsi in tale attività potrebbe farlo mediante stabilimenti secondari. Infine, secondo la Commissione, compete al diritto nazionale il determinare se una società possa trasferire la propria residenza senza il suo scioglimento. Essa ritiene che l'art. 52 si applichi al caso in cui una legislazione na-

5 — Causa 205/84, Racc. 1986, pag. 3755.

6 — Punto 21 della motivazione.

7 — M. Schwartz, Le droit d'établissement des sociétés commerciales dans le traité instituant la Communauté économique européenne, Genève, édictions médecine et hygiène, 1963, pag. 61.

8 — U. Everling, The Right of Establishment in the Common Market, Commerce Clearing House, 1964, pag. 75.

9 — J. Renauld, op. cit., pagg. 219 e 235.

10 — R. W. Harding, Freedom of establishment and the rights of companies, Current Legal Problems, 1963, pagg. 162 e 163.

11 — J. Renauld, op. cit., pag. 243.

12 — Ibid., pag. 244.

13 — Ibid., pag. 231.

14 — B. Goldman e A. Lyon — Caen, Droit commercial européen, quarta edizione, Dalloz, 1983, pag. 357.

15 — GU 15.1.1962, pag. da 36 a 62.

16 — Si è adottata la terminologia di cui al citato programma generale, titolo I.

zionale consente di trasferire la residenza di una società conservandone la nazionalità.

7. A mio parere il problema si pone in termini diversi. È difficile circoscrivere la nozione di amministrazione centrale. Anche quando designa il luogo di riunione del consiglio d'amministrazione, essa non basta a fornire un soddisfacente criterio di collegamento. Si è potuto constatare che « col progresso dei mezzi di comunicazione, non è più necessario organizzare riunioni formali del consiglio d'amministrazione. Il telefono, il telex e la telecopiatrice consentono ad ogni amministratore di esporre il proprio punto di vista e di partecipare ad una decisione senza una presenza fisica in un luogo determinato. Le riunioni del consiglio cui ogni amministratore parteciperà per televisione stanno per entrare nella vita quotidiana delle società. Il consiglio d'amministrazione può del resto riunirsi in un luogo scelto arbitrariamente, senza alcun reale rapporto con il centro decisionale della società » [17]. Il luogo di riunione del consiglio d'amministrazione non può dunque costituire il solo criterio per individuare, sempre e con certezza, la sede dell'amministrazione centrale. Tale individuazione non può risultare da una valutazione giuridicamente formale, senza tener conto di una pluralità di elementi di fatto decisivi, la cui rispettiva portata potrebbe variare secondo il tipo di società in causa.

8. Stabilire se un trasferimento dell'amministrazione centrale costituisca uno stabilimento ai sensi del trattato implica dunque la considerazione di un insieme di fattori. Certo, al primo posto vi figurano il luogo di riunione dei dirigenti della società e quello, di norma coincidente, ove è decisa la politica generale della società stessa. In talune ipotesi, però, è possibile che questi fattori non siano né esclusivi né decisivi. È possibile, ad esempio, che si debba tener conto della residenza dei principali dirigenti, del luogo di riunione delle assemblee generali, di tenuta dei documenti amministrativi e contabili, dello svolgimento principale delle attività finanziarie e, specialmente, bancarie. È un elenco che non può essere considerato esaustivo. Per di più, questi elementi possono pesare diversamente a seconda che si tratti, ad esempio, di una società di produzione o di investimento. In quest'ultima ipotesi, può essere del tutto legittimo tener conto del mercato ove si effettuano principalmente le operazioni commerciali o di borsa della società, nonché dell'entità di queste.

9. Alla luce della sentenza Leclerc [18], si può affermare che il diritto comunitario non offre alcun ausilio ove emerga da « elementi oggettivi » che si persegue una determinata attività al solo fine di « eludere » una legge nazionale [19]. Così, non potrebbe escludersi la presa in considerazione del fatto che l'attività essenziale di una società si svolge sul territorio di uno Stato membro diverso da quello ove questa intende trasferire l'amministrazione centrale. Una simile circostanza potrebbe eventualmente costituire un indizio del fatto che in quel caso non si tratterebbe di un vero stabilimento, in particolare quando il trasferimento dell'amministrazione centrale avrebbe la conseguenza di sottrarre detta società all'applicazione di una legislazione cui altrimenti sarebbe soggetta. Ritengo di poter trarre questa dottrina dalle sentenze van Binsbergen [20] e Knoors [21]. In maniera generale, sembra che il giudice nazionale possa valutare se, in un

17 — J.-M. Rivier, Rapport général: La résidence fiscale des sociétés, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXII, pag. 44.

18 — Causa 229/83, Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc e altri/« Au blé vert » Sarl e altri, sentenza 10 gennaio 1985, Racc. pag. 1.

19 — Punto 27 della motivazione della sentenza Leclerc.

20 — Causa 33/74, Racc. 1974, pag. 1299.

21 — Causa 115/78, Racc. 1979, pag. 399.

caso determinato e tenuto conto del contesto della causa, si sfiori o meno l'abuso del diritto o la frode alla legge e, eventualmente, se convenga ritenere inapplicabile il diritto comunitario.

10. Quando, però, da una giusta valutazione del contesto fattuale risulti che il trasferimento dell'amministrazione centrale costituisce un vero e proprio stabilimento ai sensi del trattato, si pone allora la questione se detto trasferimento possa essere subordinato ad un'autorizzazione delle autorità nazionali e se queste possano opporvisi per ragioni fiscali.

11. Generalmente, ed è quanto avviene nella maggior parte degli Stati membri, il trasferimento dell'amministrazione centrale, intesa nel senso della sede reale, può effettuarsi solo tramite lo scioglimento della società e la sua nuova costituzione nello Stato ospitante. Detta soluzione di « morte civile » della società comporta la liquidazione dei suoi conti fiscali il giorno stesso dello scioglimento, in relazione tanto al debito già esistente quanto alla materia fiscale per la quale non è ancora intervenuto il fatto normalmente generatore d'imposta. È perciò che è assoggettato ad imposta il plusvalore, anche quando non si è avuta alcuna cessione di beni. Nel caso degli Stati membri di cui sopra, il trasferimento dell'amministrazione centrale della società, senza perdita della personalità giuridica né della nazionalità, potrebbe avvenire a norma delle convenzioni fra Stati di cui all'art. 220 del trattato.

12. Per l'esercizio di una libertà fondamentale sancita dal trattato non può essere richiesta alcuna previa autorizzazione. Parimenti, uno Stato membro non può impedire ad una società di esercitare il diritto di stabilimento, adducendo che una simile operazione comporterebbe una perdita fiscale pari alle imposte che sarebbero dovute per una futura attività, qualora la società continuasse ad essere soggetta a detto Stato.

13. Tuttavia, a mio parere il diritto comunitario non osta, al suo stato attuale, a che uno Stato membro ordini la liquidazione dei conti fiscali di una società in occasione del trasferimento dell'amministrazione centrale di questa, anche quando non sia richiesto lo scioglimento. Difatti, è generalmente riconosciuto che lo scioglimento imposto dai diritti nazionali come condizione preliminare dell'emigrazione della società, non è contrario al diritto comunitario [22]. Sarebbe paradossale che uno Stato che non esige lo scioglimento sia posto dal diritto comunitario in una situazione fiscale di disfavore, proprio quando la sua legislazione in materia di società è più vicina agli obiettivi comunitari in materia di stabilimento. Una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro ove la « soggezione fiscale » [23] è determinata con riferimento alla sede dell'amministrazione centrale, conserverà sede legale e nazionalità in detto Stato anche dopo il trasferimento in altro Stato della residenza, *rectius* dell'amministrazione. Per le ragioni sopra indicate, allo stato attuale del diritto comunitario non ritengo che detta circostanza possa escludere il diritto delle autorità nazionali a farne conseguire sul piano fiscale effetti analoghi a quelli altrove prodotti da uno scioglimento.

14. Ove accolti, gli orientamenti così proposti debbono consentire di risolvere la prima e la terza questione posta dalla Queen's Bench Division della High Court. Essi rendono priva d'oggetto la quarta questione.

22 — J. Renauld, op. cit., pag. 247.

23 — L'espressione è di J.-M. Rivier, op. cit., pag. 15.

Quanto alla questione residuale, essa non richiede che ci si dilunghi. Se, invero, l'art. 58, 1° comma, dispone che, ai fini dell'applicazione delle norme del trattato in tema di stabilimento, le società sono equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri, è chiaro però che non si tratta di una equiparazione assoluta e condivido la tesi del governo del Regno Unito e della Commissione secondo la quale la direttiva del Consiglio 73/148/CEE non si applica alle persone giuridiche.

15. Propongo dunque di dichiarare quanto segue:

1) Il trasferimento in altro Stato membro dell'amministrazione centrale di una società può costituire una modalità d'esercizio del diritto di stabilimento, salvo apprezzamento, da parte del giudice nazionale, di elementi di fatto che consentano di valutare se detto trasferimento esprima una reale integrazione di tale società nell'attività economica dello Stato ospitante.

2) La condizione di una previa autorizzazione alla quale uno Stato membro subordina lo stabilimento di una società in altro Stato membro mediante trasferimento in quest'ultimo dell'amministrazione centrale, è contraria al diritto comunitario.

3) Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro imponga ad una società in esso stabilita, la quale intenda stabilirsi in altro Stato membro trasferendovi l'amministrazione centrale, la liquidazione dei suoi conti fiscali con riguardo alla parte del patrimonio sociale interessata da detto trasferimento e valutata alla luce di questo.

4) La direttiva del Consiglio 73/148/CEE si applica alle sole persone fisiche.