CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JULIANE KOKOTT presentate il 26 maggio 2005 [1]

I — Introduzione

1. Si controverte dinanzi alla Corte Suprema di Cassazione sulla legittimità dell'assoggettamento ad imposta di un'operazione societaria definibile come fusione «inversa» di due società per azioni. Con tale operazione una società controllante, che possiede il 100% delle azioni della propria controllata, viene incorporata nella controllata. Con la sua domanda di pronuncia pregiudiziale la Corte Suprema di Cassazione chiede se una fattispecie del genere rientri nell'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali [2] (in prosieguo: la «direttiva 69/335»). In tal caso, l'operazione sarebbe soggetta unicamente all'imposta comunitaria, come armonizzata dalla direttiva. Qualora, invece, la direttiva non ricomprendesse le fusioni inverse, gli Stati membri sarebbero liberi di tassare diversamente un'operazione del genere.

II — Contesto normativo

A — *Diritto comunitario*

2. Ai sensi dell'art. 1 della direttiva 69/335, gli Stati membri applicano sui conferimenti alle società di capitali un'imposta armonizzata, la cosiddetta «imposta sui conferimenti».

3. L'art. 4 della direttiva 69/335 definisce come segue le operazioni soggette ad imposta:

«1) Sono sottoposte all'imposta sui conferimenti le operazioni seguenti:

(...)

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — GU L 249, pag. 25; modificata, da ultimo, dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica Slovacca, e agli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea — Allegato II: elenco di cui all'art. 20 dell'Atto di adesione — (GU 2003, L 236, pag. 555).

c) l'aumento del capitale sociale di una società di capitali mediante conferimento di beni di qualsiasi natura;

(...)».

d) l'aumento del patrimonio sociale di una società di capitali mediante conferimento di beni di qualsiasi natura, remunerato non con quote rappresentative del capitale o del patrimonio stesso, bensì con diritti della stessa natura di quelli dei soci, quali il diritto di voto, la partecipazione agli utili o all'attivo risultante dalla liquidazione;

(...)

2) Le seguenti operazioni possono continuare ad essere assoggettate all'imposta sui conferimenti se, alla data del 1° luglio 1984, l'aliquota ad esse applicabile era dell'1 %:

(...)

b) l'aumento del patrimonio sociale di una società di capitali mediante prestazioni effettuate da un socio che non implicano un aumento del capitale sociale, ma che trovano la loro contropartita in una modifica dei diritti sociali ovvero che possano aumentare il valore delle quote sociali;

4. Ai sensi dell'art. 7 della direttiva 69/335, gli Stati membri esentano le operazioni che, alla data del 1° luglio 1984, ai sensi delle disposizioni allora vigenti, erano esentate o assoggettate ad un'aliquota agevolata pari o inferiore allo 0,50 % [3]. L'esenzione vale pertanto per il conferimento del 75 % almeno delle quote di una società di capitali in una società di capitali in via di creazione o già esistente, nel caso in cui tale conferimento sia sostanzialmente remunerato con quote sociali (della società controllante).

5. Infine, l'art. 10 della direttiva 69/335 così dispone:

«Oltre all'imposta sui conferimenti, gli Stati membri non applicano, per quanto concerne le società, associazioni o persone giuridiche

3 — Quali fossero le operazioni esenti risulta dunque dall'art. 7, n. 1, come modificato dalle direttive 73/79/CEE (GU L 103, pag. 13) e 73/80/CEE (GU L 103, pag. 15), che era così redatto: «bb) l'aliquota dell'imposta sui conferimenti può essere ridotta del 50 % o più, quando una società di capitali in via di costituzione o già esistente ottiene quote rappresentanti almeno il 75 % del capitale sociale precedentemente emesso da un'altra società di capitali (...).
Questa riduzione è subordinata alla condizione che:
— i conferimenti siano esclusivamente remunerati mediante attribuzione di quote sociali (...)».

che perseguono scopi di lucro, nessuna altra imposizione, sotto qualsiasi forma:

a) per le operazioni previste all'articolo 4;

b) per i conferimenti, prestiti o prestazioni, effettuati nel quadro delle operazioni previste all'articolo 4;

c) per l'immatricolazione o per qualsiasi altra formalità preliminare all'esercizio di un'attività, alla quale una società, associazione o persona giuridica che persegue scopi di lucro può essere sottoposta in ragione della sua forma giuridica».

B — *Diritto italiano*

6. Come risulta dalle indicazioni fornite dal giudice del rinvio, alla causa principale si applica, ratione temporis, l'art. 4, primo comma, lett. b), della parte prima della tariffa allegata al DPR 26 aprile 1986, n. 131, come vigente anteriormente alla modifica apportata con l'art. 10 del DL 20 giugno 1996, n. 323 (convertito nella legge 8 agosto 1996, n. 425).

7. Ai sensi di tale disposizione, la fusione tra società di qualunque tipo era soggetta a un'imposta sui conferimenti nella misura dell'1 % del patrimonio della società fusa o incorporata. La base imponibile è determinata — così come le modalità di diritto civile di una fusione tra società — dagli artt. 2501 e seguenti del Codice civile, il cui esatto contenuto, tuttavia, non è rilevante ai fini del presente procedimento.

III — Fatti, procedimento e questione pregiudiziale

8. L'Aro Tubi Trafilerie SpA, ricorrente nella causa principale (in prosieguo: l'«Aro Tubi»), è una società per azioni di diritto italiano. L'Aro Tubi era interamente controllata dalla società Fratelli Gaggini SpA (in prosieguo: la «Fratelli Gaggini»). L'Aro Tubi deteneva, a sua volta, tutte le quote sociali dell'Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Con atto del 19 dicembre 1995 l'Aro Tubi ha incorporato mediante fusione tanto la sua società controllante, Fratelli Gaggini, quanto la sua società controllata, Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Le azioni della società incorporata, Fratelli Gaggini, sono state ritirate; gli azionisti di quest'ultima hanno ricevuto come corrispettivo le quote della società incorporante, Aro Tubi, precedentemente detenute dalla società controllante di quest'ultima, Fratelli Gaggini. A conclusione

dell'operazione, le persone fisiche che, originariamente, partecipavano all'Aro Tubi solo indirettamente, per mezzo della Fratelli Gaggini, hanno conseguito, con la fusione «inversa», una partecipazione diretta nell'Aro Tubi, essendo venuta meno la società interposta.

9. All'atto dell'iscrizione di tale fusione nel pubblico registro è stata applicata un'imposta di registro dell'1 % sulla situazione patrimoniale delle due società incorporate dall'Aro Tubi, l'Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA e la Fratelli Gaggini.

10. Dopo aver assolto l'imposta, l'Aro Tubi ne ha chiesto il rimborso, ritenendola incompatibile con la direttiva 69/335. Contro il silenzio rifiuto formatosi su tale istanza, la società ha vittoriosamente proposto ricorso dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Milano, la cui sentenza, tuttavia, su appello dell'amministrazione finanziaria è stata riformata con sentenza della Commissione Tributaria Regionale.

11. La Corte Suprema di Cassazione, investita del ricorso proposto avverso quest'ultima sentenza, con ordinanza 6 novembre 2003 ha adito la Corte di giustizia chiedendo, verosimilmente [4], se la riscossione di un'imposta di registro dell'1 % sul patrimonio della società incorporata in occasione dell'incorporazione di una società in un'altra, le cui quote, precedentemente, erano già interamente detenute dalla società incorporata, sia compatibile con le disposizioni della direttiva 69/335.

12. Hanno presentato osservazioni nel procedimento dinanzi alla Corte di giustizia la ricorrente nella causa principale, il governo italiano e la Commissione.

IV — Argomenti delle parti che hanno presentato osservazioni

13. Il governo italiano fa sostanzialmente rinvio alla sentenza 27 ottobre 1998, causa C-152/97, AGAS [5]. Da tale sentenza risulterebbe che una fusione di due società non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 69/335 allorché una società controllata, le cui quote siano interamente detenute dalla controllante, viene incorporata nella controllante (cosiddetta fusione «impropria»).

14. Il presente caso, caratterizzato da una fusione «inversa» — incorporazione della controllante nella controllata —, non andrebbe giudicato diversamente da una fusione «impropria», restando pertanto anch'esso escluso dall'ambito della direttiva.

4 — L'ordinanza non contiene una questione espressamente formulata come tale.

5 — Racc. pag. I-6553.

Inoltre, complessivamente considerata, l'incorporazione non comporterebbe alcun rafforzamento del potenziale economico della società, elemento ritenuto invece essenziale dalla Corte ai fini dell'applicabilità della direttiva 69/335.

15. Secondo l'Aro Tubi, invece, la riscossione di un'imposta di registro nella fattispecie sarebbe incompatibile con la direttiva 69/335. Le constatazioni effettuate dalla Corte nella sentenza AGAS [6] non potrebbero essere trasposte alla fattispecie, giacché una fusione «inversa» dovrebbe essere trattata, date le differenze economiche e giuridiche, in modo diverso da una fusione «impropria».

16. Una fusione «inversa» produrrebbe un rafforzamento del potenziale economico della società controllata, in quanto quest'ultima acquisisce il patrimonio sociale della società controllante. Risulterebbe pertanto applicabile la direttiva 69/335, cosicché l'Aro Tubi sarebbe legittimata a giovarsi dell'esenzione prevista dall'art. 7 della direttiva 69/335.

17. La Commissione, infine, difende una posizione intermedia. A suo parere, una fusione «inversa» sarebbe equiparabile ad una fusione «impropria», esulando pertanto dall'ambito di applicazione della direttiva 69/335, soltanto qualora non comporti alcun rafforzamento del potenziale economico della società incorporante. Quest'ipotesi si configura solo allorché la società incorporata, oltre alla partecipazione nella società incorporante, non possiede alcun'altra partecipazione, come sembrerebbe avvenire nel caso di specie.

18. Qualora invece la società incorporata possedesse partecipazioni in altre società, il potenziale economico della società incorporante risulterebbe, in seguito all'incorporazione, rafforzato, cosicché la fattispecie derogatoria sancita dalla giurisprudenza «AGAS» [7], che sarebbe comunque criticabile, non ricorrerebbe. In un caso del genere sarebbe quindi applicabile la direttiva 69/335.

V — Valutazione giuridica

19. Il giudice del rinvio vorrebbe sapere, sostanzialmente, se le disposizioni della direttiva 69/335 ostino alla riscossione di un'imposta di registro in un caso di fusione «inversa», in cui la società rilevata detiene la totalità delle quote della società che rileva.

6 — Cit. alla nota 5.

7 — Sentenza AGAS, cit. alla nota 5.

A — *Sull'applicabilità della direttiva 69/335 dal punto di vista sistematico*

20. Nella sua giurisprudenza, la Corte ha fornito indicazioni univoche in ordine dell'applicabilità della direttiva 69/335 dal punto di vista sistematico. Nella sentenza Bautiaa e Société française maritime [8] ha affermato quanto segue:

«Per qualificare l'imposta controversa alla luce della direttiva 69/335 e valutarne la compatibilità con la stessa, segnatamente per quanto riguarda le aliquote applicabili, occorre in primo luogo esaminare se operazioni quali quelle che hanno dato luogo, nelle due cause principali, alla riscossione dell'imposta sui conferimenti rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva 69/335 e qualificarle sulla scorta di quest'ultima».

21. Nello stesso senso, nella sentenza AGAS [9] la Corte si è così espressa:

«Ne consegue che, per rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva, l'operazione considerata deve potersi ricollegare a una delle fattispecie previste all'art. 4 cui fa riferimento l'art. 10, lettere a) e b), della direttiva».

22. Al fine di determinare l'applicabilità delle disposizioni della direttiva 69/335 occorre pertanto attenersi al seguente ordine. Punto di partenza è il divieto, sancito dall'art. 10, di applicare imposte diverse dall'imposta armonizzata sui conferimenti. Tale divieto, tuttavia, ai sensi delle lett. a) e b) della disposizione in oggetto, vale soltanto per le imposte applicate sulle transazioni elencate all'art. 4 della direttiva.

23. Si deve pertanto accertare, anzitutto, se un'operazione sia sussumibile entro una delle fattispecie normative elencate all'art. 4, talché le risulti applicabile la direttiva e, in particolare, il divieto contenuto nell'art. 10. Soltanto in caso affermativo può procedersi ad accertare, sulla scorta delle altre disposizioni della direttiva, se l'operazione sia eventualmente esente dall'assoggettamento all'imposta armonizzata sui conferimenti [10].

24. Dalla semplice circostanza che ricorrano i presupposti per l'esenzione dall'imposta sui conferimenti ai sensi dell'art. 7, n. 1, lett. b), della direttiva 69/335 non si può dedurre — contrariamente a quanto manifestamente ritiene la ricorrente nella causa principale — che non possa essere riscossa alcuna imposta su un'operazione quale la fusione «inversa» in discussione. Occorre invece che la direttiva sia, anzitutto, applicabile, il che va accertato unicamente sulla scorta del combinato disposto degli artt. 10 e 4. Ove una

8 — Sentenza 13 febbraio 1996, cause riunite C-197/94 e C-252/94 (Racc. pag. I-505, punto 31).

9 — Cit. alla nota 5, punto 21.

10 — V., con riferimento a questo ordine logico dell'esame, anche le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas presentate il 25 giugno 1998 nella causa C-152/97, AGAS (Racc. pag. I-6553, in particolare pag. I-6555, paragrafo 43).

determinata operazione non sia riconducibile alla direttiva, quest'ultima non osta alla riscossione di altre imposte, non armonizzate, su tale operazione. Di conseguenza, non viene in considerazione nemmeno l'esenzione ai sensi dell'art. 7.

B — *Ambito di applicazione della direttiva 69/335*

25. Il divieto sancito dall'art. 10, lett. a) e b), presuppone che l'operazione in discussione rientri in una delle diverse fattispecie normative contemplate dall'art. 4.

1) L'art. 4, n. 1, lett. c), della direttiva 69/335

26. La fattispecie concreta che ha dato luogo alla causa principale potrebbe, anzitutto, rientrare nella sfera dell'art. 4, n. 1, lett. c), della direttiva 69/335.

a) Sussistenza di un aumento di capitale

27. La fusione «inversa» dovrebbe in tal caso comportare un aumento del capitale della società incorporante mediante un conferimento. Un aumento del capitale sottoscritto presuppone di regola o l'emissione di nuove azioni o l'aumento del valore nominale delle azioni già emesse [11]. Tuttavia, al punto 1 c) del contratto di fusione prodotto dall'Aro Tubi si prevede espressamente che non venga effettuato dalla società incorporante alcun aumento del capitale (Aro Tubi). La circostanza è pacifica tra le parti in causa.

28. Considerato l'espresso tenore testuale, non si può prescindere dal requisito dell'aumento di capitale, come propone l'Aro Tubi. Tuttavia, interpretando estensivamente la nozione di aumento di capitale, si potrebbe ricomprendere la fattispecie in discussione nell'ambito dell'art. 4, n. 1, lett. c), della direttiva 69/335. Nel caso di specie, la partecipazione nella Fratelli Gaggini si è trasformata in una partecipazione nell'Aro Tubi. Le azioni dell'Aro Tubi, precedentemente detenute dalla Fratelli Gaggini, sono state trasferite ai soci della Fratelli Gaggini. Occorre chiedersi se tale passaggio di quote dell'Aro Tubi sia equiparabile all'emissione di nuove azioni e possa pertanto qualificarsi come aumento di capitale lato sensu.

11 — V., in proposito, tra i tanti, *Académie des sciences commerciales* (ed.), Dictionnaire commercial, 1987, voci «capital» e «capital social»; Gabler Wirtschafts-Lexikon (senza autore), XII edizione 1988, voci «Kapital» e «Kapitalerhöhung».

29. Questa interpretazione estensiva della nozione di aumento di capitale va tuttavia respinta. Secondo la giurisprudenza della Corte, le fattispecie elencate nell'art. 4 della direttiva 69/335 vanno interpretate come concetti autonomi di diritto comunitario, vale a dire in modo oggettivo e uniforme per tutti gli Stati membri, senza fare riferimento alle eventuali peculiarità dei singoli ordinamenti giuridici e regimi fiscali degli Stati membri [12]. Tuttavia, l'interpretazione comunitaria autonoma della nozione di aumento di capitale non può discostarsi completamente dal significato naturalistico della nozione.

30. Le nozioni di capitale di una società e di aumento di capitale non sono termini esclusivamente giuridici (o di diritto comunitario), bensì anche economici, dotati nella dottrina economico-commerciale di un significato preciso che travalica i confini statuali e linguistici. Secondo tale nozione, il capitale (proprio) di una società di capitali corrisponde al valore nominale complessivo delle quote sociali, e un aumento di capitale — a prescindere dalla sua forma — presuppone quindi un aumento vuoi del valore nominale, vuoi del numero di quote sociali [13]. Sarebbe sorprendente che il legislatore comunitario avesse voluto, nella direttiva, attribuire alla nozione di aumento di capitale un significato diverso da quello corrispondente alla consolidata terminologia economica.

31. Di conseguenza, l'interpretazione della nozione di aumento di capitale non può estendersi fino al punto che il mero mutamento di una partecipazione, da indiretta a diretta, per mezzo dell'incorporazione della società interposta (la Fratelli Gaggini), sia sussumibile entro tale nozione. Infatti, nel caso di specie, le quote, senza cambiare di numero né di valore nominale, sono state semplicemente trasferite dalla società interposta ai soci che le stavano dietro.

32. A tal proposito non è necessario verificare se le quote Aro Tubi originariamente detenute dalla Fratelli Gaggini siano ritornate in possesso dell'Aro Tubi stessa e poi consegnate ai vecchi azionisti della Fratelli Gaggini, o se invece le quote siano state trasferite direttamente, senza un'acquisizione intermedia da parte dell'Aro Tubi. In nessuno dei due casi, infatti, è mutato qualcosa nel numero o nel valore delle quote.

33. All'interpretazione qui difesa della nozione di aumento di capitale non osta il fatto che la Corte, nella giurisprudenza sin qui invalsa, abbia già considerato la fusione di due società di capitali come aumento di capitale ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. c), della direttiva 69/335 [14]. La fattispecie sulla quale la Corte si era pronunciata in quel caso era appunto caratterizzata da un aumento del

12 — Sentenza Société Bautiaa e Société française maritime (cit. alla nota 8, punto 32); sentenza AGAS (cit. alla nota 5, punto 21); v. anche sentenza 15 luglio 1982, causa 270/81, Felicitas Rickmers-Linie (Racc. pag. 2771, punto 14).

13 — V. le indicazioni di cui alla nota 10.

14 — Sentenza Bautiaa e Société française maritime, cit. alla nota 8 (punto 38).

capitale nominale della società incorporante mediante emissione di *nuove* azioni [15], caratteristica questa che manca nella fattispecie.

b) Rafforzamento del potenziale economico

34. Quand'anche — contrariamente alla tesi innanzi esposta — si volesse equiparare il mero passaggio delle azioni Aro Tubi ad un aumento di capitale ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. c), della direttiva 69/335, tale operazione dovrebbe comunque aver comportato un rafforzamento del potenziale economico dell'Aro Tubi. Proprio questo è, secondo la costante giurisprudenza della Corte [16], il criterio determinante per poter qualificare un'operazione come raccolta di capitali e per poterla dunque assoggettare all'imposta sui conferimenti.

35. Il requisito, non scritto dell'aumento del potenziale economico viene desunto dalla Corte [17] dal secondo 'considerando' della direttiva 74/553/CEE [18], secondo il quale i principi dell'imposta armonizzata sui conferimenti «mirano ad assoggettare a tale imposta unicamente le operazioni che sono l'espressione giuridica di una raccolta di capitali soltanto nella misura in cui queste contribuiscono ad accrescere il potenziale economico della società».

36. Il requisito del rafforzamento del potere economico è peraltro connesso alla ratio della direttiva 69/335, consistente nel promuovere la libera circolazione dei capitali tra gli Stati membri armonizzando le diverse imposte nazionali applicate alle operazioni riconducibili alla raccolta di capitali. Nelle operazioni che la direttiva è destinata a ricomprendere dev'essere pertanto ravvisabile un movimento di capitali che, dal punto di vista della società avvantaggiata, sfoci in un incremento di capitale.

37. Finalità della direttiva 69/335 non è invece quella di agevolare la semplice ristrutturazione o il raggruppamento di società di capitali già costituite — dunque di raccolte di capitali già esistenti — [19]. Ciò si evince anche dal fatto che il mero mutamento di forma giuridica di una società di capitali è, ai sensi dell'art. 4, n. 3, lett. a), espressamente escluso dall'ambito di applicazione della direttiva. Anche se l'operatore economico può avere un interesse a che le modifiche societarie nell'ambito di società di

15 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas nella causa Bautiaa e Société française maritime (citate alla nota 10, paragrafo 1).

16 — V., tra l'altro, sentenza Felicitas Rickmers-Linie (cit. alla nota 12, punto 16), nonché sentenze 5 febbraio 1991, causa C-249/89, Trave Schiffahrts-Gesellschaft (Racc. pag. I-257, punto 13); 5 febbraio 1991, causa C-15/89, Deltakabel (Racc. pag. I-241, punti 13 e segg.), nonché Société Bautiaa e Société française maritime (cit. alla nota 8, punto 36).

17 — Sentenza Deltakabel, cit. alla nota 16 (punto 13).

18 — Direttiva del Consiglio 7 novembre 1974, 74/553/CEE, che modifica l'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 69/335/CEE concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali (GU L 303, pag. 9).

19 — Il diritto di costituire società controllate ed eventualmente di reincorporarle potrebbe tuttavia essere garantito dalla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE. Unitamente a un divieto nazionale di discriminazione contro i propri cittadini questa garanzia potrebbe eventualmente assumere significato anche nell'ambito della presente causa. Il giudice remittente, tuttavia, nella sua ordinanza di rinvio ha domandato soltanto l'interpretazione della direttiva 69/335.

capitali tra loro collegate siano soggette al minor numero possibile di restrizioni, tuttavia operazioni di questo genere sono ricomprese nell'orbita delle regole comunitarie relative all'imposta armonizzata sui conferimenti solo nei limiti in cui non si esauriscano in un nuovo assetto del capitale già raccolto, ma producano un'ulteriore raccolta di capitali.

38. Nella fattispecie si potrebbe, prima facie, attribuire alla fusione «inversa» un ruolo di rafforzamento del potenziale economico dell'Aro Tubi. Infatti, nel patrimonio della società incorporante, Aro Tubi, è stato fatto confluire il patrimonio della società incorporata, Fratelli Gaggini, che rappresentava precedentemente una massa patrimoniale giuridicamente separata. Tuttavia tale tesi, che si fonda soltanto sulla consistenza patrimoniale della società incorporante, sarebbe sbagliata per difetto.

39. Nella sentenza AGAS [20] la Corte ha infatti dichiarato che, nel caso di fusione «impropria», la direttiva 69/335 non è applicabile in quanto tale operazione non rientra in alcuna delle ipotesi previste dall'art. 4 della direttiva. Tale statuizione, come correttamente osservano la Commissione e il governo italiano, può solamente intendersi nel senso che il criterio decisivo per la sussistenza di un rafforzamento del potenziale economico è costituito da una valutazione della situazione delle società coinvolte, *complessiva* prima e dopo la transazione.

40. Infatti, soltanto in tal modo si può accertare se, in un caso del genere, si tratti di un'operazione di raccolta di capitali, come tale tutelata dalla direttiva 69/335. Pertanto, nella fattispecie non risulterebbero correttamente valutate le peculiarità di una fusione «inversa» qualora si volesse risolvere affermativamente la questione dell'eventuale rafforzamento del potenziale economico dell'Aro Tubi soltanto perché in tale società è stato incorporato il patrimonio della sua ex controllante.

41. Occorre, invece, prendere in considerazione il fatto che il patrimonio delle società Aro Tubi e Fratelli Gaggini — già precedentemente collegate mediante una partecipazione del 100 % —, ove considerato globalmente, a seguito dell'atto di fusione è rimasto immutato e che ormai esso, semplicemente, non è più suddiviso tra due società giuridicamente distinte, bensì è imputato esclusivamente ad un'unica persona giuridica. Una situazione del genere è, sotto il profilo qui rilevante, identica a una fusione «impropria», come quella oggetto della sentenza AGAS.

42. Quanto detto diviene ancor più chiaro ove si abbia presente la situazione degli azionisti, i quali sono i veri investitori che stanno dietro le società. Dal loro punto di vista, la fusione «inversa» non ha comportato un rafforzamento del potenziale economico delle società né, più in generale, una raccolta di capitale: prima della fusione erano azionisti della Fratelli Gaggini. Le loro azioni, tuttavia, non rappresentavano soltanto il valore aziendale di questa società, bensì, al

20 — Cit. alla nota 5.

contempo, anche il valore dell'Aro Tubi, la quale appunto, in quanto società controllata al 100 % dalla Fratelli Gaggini, apparteneva al patrimonio societario di quest'ultima. In seguito alla fusione, gli azionisti hanno ricevuto, anziché le azioni della Fratelli Gaggini, ormai annullate, quote dell'Aro Tubi. Queste ultime incorporavano tuttavia a loro volta — non diversamente dalle «vecchie» azioni — soltanto il valore della massa patrimoniale aggregata delle due società. Sebbene le azioni, a seguito della transazione, formalmente si riferiscano ad un'altra società, tuttavia esse incorporano cartolarmente lo stesso potenziale economico dei titoli precedentemente detenuti dagli azionisti.

43. Anche se, come afferma la ricorrente nella causa principale, può essere assolutamente vero che l'operazione di fusione non costituisce un atto puramente formale, attinente alla mera tecnica di registrazione, potendo invece rivestire un certo rilievo economico, è tuttavia evidente che, nella fattispecie, non ha avuto luogo alcun rafforzamento del potenziale economico delle società coinvolte come conseguenza di una raccolta di capitali. Anche per questo motivo, di conseguenza, una fusione «inversa» non corrisponde alla fattispecie normativa prevista dall'art. 4, n. 1, lett. c), della direttiva 69/335.

2) L'art. 4, n. 1, lett. d), della direttiva 69/335

44. Si deve ancora esaminare l'applicabilità dell'art. 4, n. 1, lett. d), della direttiva 69/335. Ai sensi di tale disposizione, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva l'aumento del patrimonio sociale di una società di capitali mediante conferimento di beni di qualsiasi natura, remunerato non con quote rappresentative del capitale o del patrimonio stesso, bensì con altri diritti, quali ad esempio il diritto di voto o di partecipazione agli utili. Per «patrimonio sociale» si deve intendere, in contrapposizione a quanto previsto dall'art. 4, n. 1, lett. c), non il capitale sottoscritto, bensì «tutti i beni che i soci hanno posto in comune, ivi compresi i frutti di detti beni» [21].

45. Tuttavia, l'operazione di fusione inversa non può essere sussunta nell'alveo dell'art. 4, n. 1, lett. d), già soltanto perché la fattispecie normativa di questa disposizione va anch'essa completata con il criterio, non scritto, del rafforzamento del potenziale economico, cosa che, come dimostrato, non avviene nella fattispecie.

46. In ogni caso, anche prescindendo totalmente da questo aspetto, nemmeno i requisiti espressamente menzionati dall'art. 4, n. 1, lett. d), sono soddisfatti. Si può perfettamente sostenere, è vero, che il patrimonio sociale dell'Aro Tubi può considerarsi aumentato con l'incorporazione del patrimonio della Fratelli Gaggini. Risulta infatti dagli atti che la Fratelli Gaggini, prima di

21 — Sentenza 28 marzo 1990, causa C-38/88, Siegen (Racc. pag. I-1447, punto 12).

essere incorporata, oltre alle quote dell'Aro Tubi, a quanto pare, possedeva anche altre voci patrimoniali di valore non irrilevante, ad esempio diritti immobiliari e mobiliari. Prima della fusione delle due società, tali beni spettavano unicamente alla Fratelli Gaggini. Solo con l'incorporazione della propria controllante l'Aro Tubi ha acquistato la disponibilità giuridica ed economica di tali beni. Ciò potrebbe pertanto far pensare che il passaggio di tali beni realizzatosi con la fusione configuri un aumento del patrimonio sociale dell'Aro Tubi.

47. Tuttavia, affinché siano integrati i presupposti di cui all'art. 4, n. 1, lett. d), l'aumento del patrimonio sociale non è sufficiente. La disposizione richiede invece, inoltre, che i conferimenti che determinano l'aumento del patrimonio siano remunerati con diritti di socio, che non siano, tuttavia, quote rappresentative del capitale o del patrimonio sociale.

48. Potrebbero essere considerate conferimenti, in senso ampio, le azioni della Fratelli Gaggini. Come controprestazione per la riconsegna di tali quote gli azionisti della Fratelli Gaggini hanno ricevuto azioni dell'Aro Tubi. Le azioni costituiscono tuttavia proprio l'esempio principale di diritti sociali che incorporano una partecipazione al capitale della società. Le azioni non sono, invece, «diritti di socio» ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d). Caratteristica tipica dei diritti di socio è infatti che non incorporano alcuna quota di capitale, bensì soltanto diritti individuali di un socio. Ne sono un esempio i diritti di godimento [22], che conferiscono soltanto il diritto a una partecipazione agli utili di impresa. Qualora come corrispettivo per un conferimento vengano emesse azioni, va esclusa l'applicazione dell'art. 4, n. 1, lett. d). Tale ipotesi è ricompresa unicamente nell'art. 4, n. 1, lett. c).

3) L'art. 4, n. 2, lett. b), della direttiva 69/335

49. Occorre infine esaminare l'eventuale possibilità di sussumere la fattispecie nell'ambito dell'art. 4, n. 2, lett. b), della direttiva 69/335. Tale disposizione richiede espressamente, anzitutto, un aumento del patrimonio sociale che non implichi alcun aumento del capitale sociale, cosa che nella fattispecie, come precedentemente detto [23], può perfettamente ammettersi.

50. Tale aumento del patrimonio sociale deve poi effettuarsi mediante prestazioni di un socio. Una prestazione del genere potrebbe ravvisarsi nel fatto che gli azionisti della Fratelli Gaggini hanno rinunciato alle proprie quote in tale società a favore dell'Aro Tubi. Tuttavia, nel caso degli azionisti della Fratelli Gaggini, al momento della fusione

22 — V. sentenza 17 ottobre 2002, causa C-138/00, Solida e Tech (Racc. pag. I-8905, punto 28).

23 — V. paragrafo 46.

delle due società non si trattava di azionisti della società avvantaggiata, l'Aro Tubi, bensì di titolari di quote della sua controllante.

51. La fattispecie normativa prevista all'art. 4, n. 2, lett. b), potrebbe considerarsi sussistente, pertanto, soltanto ove si proceda ad un'interpretazione estensiva della nozione di prestazione di un socio, nel senso che vi si dovrebbe includere anche la prestazione di un partecipante indiretto, vale a dire del socio di un socio.

52. Un'interpretazione estensiva del genere sembra perfettamente ipotizzabile. Nella sua giurisprudenza la Corte, con riferimento a circostanze simili, ha già avuto modo di dichiarare che, per stabilire se un'operazione rientri o no nel campo di applicazione dell'art. 4, n. 2, lett. b), si deve adottare un approccio economico e non un approccio formale, basato unicamente sull'origine dei conferimenti [24].

53. Tuttavia, anche qualora, nell'ambito di una siffatta interpretazione economica delle caratteristiche della prestazione di un socio, si giungesse alla conclusione che il conferimento della Fratelli Gaggini nell'Aro Tubi va considerato come la prestazione di un socio a favore dell'Aro Tubi, ciò ancora non basterebbe ai fini dell'applicabilità dell'art. 4, n. 2, lett. b). Tale disposizione impone piuttosto, aggiuntivamente, che la prestazione del socio trovi la sua contropartita in una modifica dei diritti sociali o sia idonea ad aumentare il valore delle quote sociali.

54. Risulta chiaramente che, nel caso di specie, la prima di queste alternative, quella cioè di una modifica dei diritti sociali, non ricorre, giacché le azioni dell'Aro Tubi sono rimaste immutate, tanto in numero quanto in valore nominale.

55. Né ricorre un aumento di valore delle quote sociali ai sensi della seconda alternativa. Si potrebbe argomentare, è vero, che, con l'incorporazione della Fratelli Gaggini, l'Aro Tubi ha acquisito i valori patrimoniali di quest'ultima e che, attraverso tale acquisizione in beni, è aumentato il valore (reale) delle azioni dell'Aro Tubi.

56. Tale approccio non sarebbe tuttavia conforme alla menzionata interpretazione economica della fattispecie normativa prevista dall'art. 4, n. 2, lett. b). Se infatti si ritiene sufficiente la prestazione di un socio indiretto, allora dalla concezione sinallagmatica della norma consegue che l'aumento di valore delle quote sociali deve verificarsi anche presso tale socio indiretto.

57. Ciò che va raffrontato non è quindi il valore (reale) delle azioni dell'Aro Tubi prima e dopo la fusione, bensì piuttosto il valore (reale) delle azioni detenute dagli azionisti della Fratelli Gaggini prima dell'incorporazione con il valore delle azioni Aro Tubi ad essa successivamente attribuite. Esse, tuttavia, non erano in alcun modo

24 — Sentenze 13 ottobre 1992, causa C-49/91, Weber Haus (Racc. pag. I-5207, punto 11), e 17 ottobre 2002, causa C-339/99, ESTAG (Racc. pag. I-8837, punto 37).

distinguibili, posto che il valore aziendale aggregato dell'Aro Tubi e della Fratelli Gaggini prima dell'incorporazione, valore che è stato interamente incorporato attraverso le azioni della Fratelli Gaggini, è identico al valore della «nuova» Aro Tubi, rappresentato dalle azioni di quest'ultima. In conclusione, il valore del portafoglio degli azionisti non è risultato modificato dalla transazione.

58. Di conseguenza, neanche ricorrendo ad un'interpretazione economica della nozione di prestazione del socio si può concludere per l'applicabilità dell'art. 4, n. 2, lett. b). Ciò vale a maggior ragione ove, anche per tale fattispecie normativa, si richieda il presupposto — non scritto — dell'aumento del potenziale economico delle società.

59. Le altre ipotesi previste dall'art. 4 della direttiva 69/335 non sono pertinenti. Né il caso di specie è sussumibile nell'art. 10, lett. c), della direttiva 69/335.

60. In conclusione, non vi è alcuna disposizione ai sensi della quale possa risultare applicabile la direttiva 69/335. Le disposizioni di tale direttiva non vietano, pertanto, a uno Stato membro di applicare un'imposta di registro in un caso di fusione «inversa» come quello di specie.

VI — Conclusione

61. Alla luce di quanto precede, propongo di risolvere nel modo seguente la questione sollevata dalla Corte Suprema di Cassazione:

La direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, non osta alla riscossione di un'imposta di registro dell'1 % sul patrimonio della società incorporata, imposta che viene applicata, nelle circostanze che caratterizzano il caso di specie, in occasione dell'incorporazione di una società in un'altra società, le cui quote erano precedentemente detenute per intero dalla società incorporata (fusione inversa).