CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ANTONIO TIZZANO

presentate l'11 settembre 2001 [1]

1. Con ordinanza del 9 febbraio 2000 il Vestre Landsret (giudice danese) ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, quattro questioni pregiudiziali concernenti l'interpretazione dell'art. 2, lett. c) e i), della direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, 90/434/CEE, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo ed agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi (in prosieguo: la «direttiva 90/434» o semplicemente la «direttiva») [2].

Il quadro normativo di riferimento

Diritto comunitario

2. La direttiva 90/434 è stata adottata al fine di eliminare gli ostacoli di carattere fiscale frapposti dalle normative nazionali alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi di azioni tra società di Stati membri diversi. Dai suoi 'considerando' emerge in particolare che il regime fiscale comune da essa instaurato mira ad «evitare un'imposizione all'atto di una fusione, di una scissione, di un conferimento d'attivo o di uno scambio di azioni, pur tutelando gli interessi finanziari dello Stato cui appartiene la società conferente o acquisita».

3. L'art. 1 della direttiva dispone che «[o]gni Stato membro applica la presente direttiva alle operazioni di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni riguardanti società di due o più Stati membri». All'art. 2 è inoltre precisato, per quanto qui interessa, che «[a]i fini dell'applicazione della presente direttiva, si deve intendere per:

(...)

c) conferimento d'attivo: l'operazione mediante la quale una società conferisce, senza essere sciolta, la totalità o uno o più rami della sua attività ad un'altra società, mediante consegna di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria del conferimento;

1 — Lingua originale: l'italiano.

2 — GU L 225, pag. 1.

(...)

Diritto nazionale

5. L'art. 15 c della Fusionsskattelov (legge danese sul regime fiscale applicabile alle fusioni) dispone:

i) ramo d'attività: il complesso degli elementi attivi e passivi di un settore di una società che costituiscono, dal punto di vista organizzativo, un'azienda indipendente, cioè un complesso capace di funzionare con i propri mezzi».

«1. In occasione di un conferimento d'attivo, le società interessate saranno soggette al regime fiscale di cui all'art. 15 d qualora tanto la società conferente quanto la società beneficiaria rientrino nella nozione di società di uno Stato membro ex art. 3 della direttiva 90/434/CEE. Come condizione per l'applicazione di tale norma occorre ottenere al riguardo l'autorizzazione del Ligningsråd. Tale autorità potrà stabilire condizioni speciali per l'autorizzazione.

4. Ai sensi dell'art. 9 della direttiva, ai conferimenti d'attivo così definiti si applica l'art. 4 della stessa, il quale dispone:

2. Per conferimento d'attivo s'intende l'operazione mediante la quale una società conferisce, senza essere sciolta, la totalità o uno o più rami della sua attività ad un'altra società, mediante consegna di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria del conferimento. Per ramo di attività s'intende il complesso degli elementi attivi e passivi di un settore di una società che costituiscono, dal punto di vista organizzativo, un'azienda indipendente, cioè un complesso capace di funzionare con i propri mezzi».

«La fusione o la scissione non comporta alcuna imposizione delle plusvalenze risultanti dalla differenza tra il valore reale degli elementi d'attivo e di passivo conferiti ed il loro valore fiscale», intendendosi per «valore fiscale» «il valore che sarebbe stato preso in considerazione per il calcolo degli utili o delle perdite ai fini della determinazione della base imponibile di un'imposta sul reddito, sugli utili o sulle plusvalenze della società conferente, se questi elementi d'attivo o di passivo fossero stati venduti al momento della fusione o della scissione, ma indipendentemente da tali operazioni» (art. 4, n. 1).

6. Secondo le indicazioni fornite dal giudice del rinvio, il regime fiscale previsto

dall'art. 15 d della Fusionsskattelov in caso di conferimento d'attivo «implica che detta operazione — conformemente alle norme sostanziali della direttiva sul regime fiscale per le fusioni — può realizzarsi senza imposizione sulle plusvalenze, mentre la società beneficiaria succede alla società conferente nella sua posizione fiscale».

7. Il giudice *a quo* ha sottolineato inoltre che dai lavori preparatori della Fusionsskattelov risulta che:

«Il progetto di legge mira ad introdurre nella normativa tributaria danese le modifiche necessarie per attuare la direttiva sulle fusioni.

Il progetto di legge mira del pari a stabilire norme, conformi alle disposizioni della direttiva sulle fusioni, in materia di scissioni, conferimenti di attivi e scambi di azioni fra società domiciliate in Danimarca.

(...)

La nozione "conferimento d'attivo" è definita dall'art. 15 c n. 2, in termini identici all'art. 2, lett. c), della direttiva sulle fusioni. Un ramo di attività è definito in termini identici all'art. 2, lett. i), della direttiva sulle fusioni».

Fatti e quesiti pregiudiziali

8. Dall'ordinanza di rinvio risulta che la Randers Sport A/S, società per azioni (con capitale di DKK 300 000) attrice nel giudizio principale, svolgeva un'attività di distribuzione all'ingrosso e al dettaglio di articoli sportivi. Nel 1996, nell'intento di realizzare un ricambio generazionale nella gestione di tale società, da compiersi anche attraverso il coinvolgimento nell'amministrazione di due collaboratori della stessa, gli azionisti della Randers Sport decidevano di conferire i suoi attivi ad una nuova società, la Randers Sport Nyt A/S, nel cui capitale sarebbero entrati, oltre alla stessa Randers Sport, anche i due collaboratori.

9. La costituzione della Randers Sport Nyt rispondeva in particolare all'obiettivo di tenere separato il capitale proprio accumulato negli anni dalla società conferente e di consentire ai due collaboratori di acquisire, con un minore esborso, significativi pacchetti azionari della nuova società, debolmente capitalizzata. A tal fine, la Randers Sport contraeva un consistente mutuo (per l'importo di DKK 10 milioni), con l'intesa che la somma mutuata sarebbe restata in capo a tale società mentre il relativo debito sarebbe stato trasferito alla Randers Sport

Nyt, il che avrebbe comportato una sensibile diminuzione del valore della società beneficiaria. Per reperire la liquidità necessaria allo svolgimento della propria attività, quest'ultima otteneva un credito di esercizio da una banca, la quale, come garanzia, chiedeva in pegno le azioni della stessa società. Nell'ambito di tale complessa operazione era infine previsto che, oltre alla somma mutuata, alla società conferente sarebbe rimasto un piccolo pacchetto di azioni di una terza società, a quel momento in liquidazione.

10. Con lettera del 6 giugno 1996 la società attrice chiedeva al Ligningsråd (massima autorità amministrativa danese competente per varie questioni di diritto tributario) l'autorizzazione ad effettuare il programmato conferimento beneficiando dell'esenzione di imposta di cui agli artt. 15 c e 15 d della Fusionsskattelov. Con lettera del 20 novembre 1996 il Ligningsråd comunicava che l'operazione avrebbe potuto essere qualificata come un «conferimento d'attivo» ai sensi di quella disposizione e sfuggire all'imposizione sulle plusvalenze solo alle seguenti condizioni:

i) che l'importo del mutuo ed il corrispondente debito fossero mantenuti in capo alla società conferente o che, in alternativa, fossero entrambi trasferiti alla società beneficiaria;

ii) che né la società conferente, né le persone fisiche principali azioniste di tale società, né soggetti terzi prestassero garanzie, in forma di cauzione, pegno, avallo o simili, in favore della società beneficiaria.

11. Per chiarire le ragioni della propria decisione, il Ligningsråd precisava, con riferimento alla prima condizione, che il nesso fra l'attivo ed il passivo considerati (rispettivamente, la somma mutuata e l'obbligo di restituzione) di fatto era tale che questi non potevano essere ripartiti tra la società conferente e quella beneficiaria; esso sottolineava altresì che la seconda condizione mirava a garantire che la società beneficiaria potesse funzionare con mezzi propri.

12. Pur contestando la decisione del Ligningsråd, la Randers Sport effettuava il previsto conferimento conformandosi alle condizioni stabilite da tale amministrazione. Il 15 marzo 1997, tuttavia, essa presentava al Vestre Landsret un ricorso contro lo Skatteministeriet (Ministero delle finanze) per far accertare l'illegittimità delle condizioni imposte dal Ligningsråd, in quanto basate, a suo giudizio, su un'erronea interpretazione della nozione di «conferimento d'attivo» prevista dalla direttiva 90/434. Nella comparsa di risposta, il convenuto contestava la ricevibilità del ricorso, sostenendo che la società attrice non aveva interesse alla soluzione della causa, visto che si era conformata alle condizioni poste dal Ligningsråd. Con ordinanza del 27 marzo 1998, l'eccezione veniva respinta; tuttavia il Vestre Landsret,

avendo maturato seri dubbi sull'interpretazione della direttiva 90/434, sospendeva il giudizio e sottoponeva alla Corte di giustizia i seguenti quesiti pregiudiziali.

«1) Se le disposizioni della direttiva 90/434/CEE (direttiva sulle fusioni) debbano interpretarsi nel senso che dette disposizioni, in particolare l'art. 2, lett. c) e i), ostano a che le autorità di uno Stato membro si rifiutino di considerare che un'operazione rientra nell'ambito di applicazione delle disposizioni della direttiva sui conferimenti d'attivo, quando l'operazione di cui trattasi implica il conferimento di tutto il patrimonio, attivo e passivo, dalla società conferente ad un'altra società (società beneficiaria), eccetto, da un lato, un piccolo pacchetto di azioni e, dall'altro, il capitale ricavato da un mutuo contratto dalla società conferente.

2) Se ai fini della prima questione rilevi il fatto che si deve considerare che il mutuo di cui trattasi è stato contratto dalla società conferente al fine di ridurre il valore netto dell'attivo e del passivo conferiti alla società beneficiaria, poiché il capitale ricavato dal mutuo rimarrà presso la società conferente, mentre il debito corrispondente sarà trasmesso alla società beneficiaria.

3) Se ai fini della soluzione della prima e/o della seconda questione rilevi il fatto che si debba considerare che il mutuo di cui trattasi fu contratto per far sì che coloro che fino a quel momento erano stati collaboratori potessero finanziare, nell'ambito di una successione generazionale interna all'impresa, la sottoscrizione di azioni della società beneficiaria.

4) Se le disposizioni della direttiva sul regime fiscale delle fusioni, in particolare il disposto dell'art. 2, lett. i), della direttiva, si debbano interpretare nel senso che ostano a che si richieda, come condizione per considerare che un'operazione rientra nell'ambito di applicazione delle disposizioni della direttiva sui conferimenti d'attivo, che né la società conferente, né i principali azionisti persone fisiche, né qualsiasi altro terzo costituiscano garanzie a favore della società beneficiaria, poiché risulta che le future esigenze di liquidità della società beneficiaria saranno finanziate con un credito di esercizio concesso da un ente di credito che ha chiesto la creazione di un diritto pignoratizio sulle azioni della società beneficiaria».

13. Nel procedimento dinanzi alla Corte sono intervenute le parti del giudizio principale, il governo olandese e la Commissione, che hanno presentato le proprie osservazioni per iscritto ed oralmente nel corso dell'udienza.

Analisi giuridica

Sulla ricevibilità

14. Anche se nessuna delle parti ha contestato la ricevibilità del presente rinvio pregiudiziale, devo ugualmente rilevare che nella causa principale risultano applicabili le sole disposizioni nazionali della Fusionsskattelov e non quelle della direttiva 90/434, sulla quale ruotano i quesiti sottoposti alla Corte. Come si è visto, infatti, la direttiva si applica alle sole operazioni di fusione, scissione, conferimento d'attivo e scambi di azioni *riguardanti società di due o più Stati membri* (art. 1); nel caso in esame il conferimento controverso riguardava invece due società danesi.

15. Sebbene questa circostanza potrebbe indurre a dubitare della ricevibilità del rinvio pregiudiziale, devo tuttavia sottolineare, al pari del Vestre Landsret, che la Fusionsskattelov, come emerge chiaramente dai suoi lavori preparatori, traspone nell'ordinamento nazionale la direttiva 90/434, estendendo anche a situazioni puramente interne le soluzioni da questa accolte. Ora, come ha osservato la Commissione, la Corte ha già avuto modo di precisare, proprio con riferimento alla direttiva 90/434, di essere «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». Secondo la Corte, 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 d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate». La Corte ha tuttavia sottolineato 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» [3].

16. Considerati tale inequivoco indirizzo giurisprudenziale e la sostanziale identità delle situazioni, non credo che si possa dichiarare irricevibile il rinvio operato dal Vestre Landsret.

3 — Sentenza 17 luglio 1997, causa C-28/95, Leur-Bloem (Racc. pag. I-4161, punti 32-34).

Sui primi tre quesiti

17. Ciò detto, e venendo ai quesiti proposti dal giudice danese, ritengo di poter analizzare congiuntamente i primi tre quesiti, dato che essi ruotano in sostanza intorno ad un'unica questione di fondo, e cioè se l'art. 2, lett. c) e i), della direttiva 90/434 escluda o meno che l'esenzione dall'imposizione delle plusvalenze di cui all'art. 4 della stessa si applichi nel caso in cui una società conferisca tutto il suo patrimonio ad un'altra società, eccetto, da un lato, un piccolo pacchetto di azioni e, dall'altro, il capitale ricavato da un mutuo contratto dalla società conferente. Ad ulteriore precisazione della questione, viene anche chiesto se rilevi a tal fine il fatto che l'operazione sia realizzata per ridurre il valore netto del conferimento operato, con l'obiettivo di agevolare un processo di ricambio generazionale nella gestione dell'attività sociale.

18. Per rispondere al giudice del rinvio conviene anzitutto ricordare che, secondo la definizione contenuta nella stessa direttiva, costituisce un conferimento d'attivo «l'operazione mediante la quale una società conferisce, senza essere sciolta, la totalità o uno o più rami della sua attività ad un'altra società, mediante consegna di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria del conferimento» [art. 2, lett. c)].

19. Perché dunque si possa configurare un'operazione di conferimento d'attivo occorre che siano soddisfatte tre condizioni:

— che la società conferente non sia disciolta;

— che il conferimento riguardi la totalità o uno o più rami dell'attività della società conferente;

— che tale società ottenga, quale contropartita per il conferimento, la consegna di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria.

20. Per quanto concerne il caso qui in esame, la prima condizione non pone problemi particolari, essendo fuor di dubbio che la società conferente non è stata disciolta. Più difficile è invece stabilire se nella specie siano stati effettivamente trasferiti alla società beneficiaria la totalità o uno o più rami dell'attività della società conferente.

21. Secondo la ricorrente nel giudizio principale, il conferimento del totale dell'attività di una società si realizzerebbe ogniqualvolta gli attivi ed i passivi trasferiti alla

società beneficiaria costituiscono un'entità economica autonoma, in grado di funzionare con mezzi propri. Nessun rilievo avrebbe invece a tal fine il fatto che determinati attivi, quale nella specie la somma mutuata, siano mantenuti in capo alla società conferente; diversamente, prosegue la ricorrente, si tradirebbe la *ratio* della direttiva, che mira a favorire le operazioni di cui trattasi eliminando, per quanto possibile, gli ostacoli di carattere fiscale creati dalla normativa degli Stati membri. A giudizio delle altre parti, invece, la condizione di cui trattasi non sarebbe soddisfatta qualora sia artificialmente ripartita tra la società conferente e quella beneficiaria una partita unitaria, comprendente elementi attivi e passivi, quale appunto il mutuo contratto dalla Randers Sport.

22. Quest'ultima tesi mi pare più convincente. In effetti, l'art. 2, lett. i), della direttiva prevede che, in caso di conferimento di un ramo di attività, sia trasferito «*il complesso degli elementi attivi e passivi* di un settore di una società che costituiscono, dal punto di vista organizzativo, un'azienda indipendente, cioè un complesso capace di funzionare con i propri mezzi» (il corsivo è mio). Il legislatore comunitario ha cioè ritenuto necessario per tale ipotesi che gli elementi attivi e passivi inerenti ad una determinata attività, la quale presenti particolari caratteristiche di autonomia, siano trasferiti nella loro globalità. Il mancato trasferimento di un elemento attivo inerente a tale attività non consentirebbe quindi di qualificare l'operazione come conferimento di ramo di attività ai sensi dell'art. 2 della direttiva; e correlativamente un conferimento di ramo di attività ai sensi dell'art. 2 della direttiva non potrebbe giustificare il trasferimento di un elemento passivo inerente ad una distinta attività rimasta in capo alla società conferente.

23. La ricorrente nel giudizio principale obietta al riguardo che nel caso in esame non si è avuto il conferimento di un ramo di attività, ma il trasferimento di tutta l'attività della società conferente: ipotesi, questa, per la quale non è espressamente richiesto che sia trasferito «il complesso degli elementi attivi e passivi». Osservo tuttavia che se tale condizione è richiesta in caso di trasferimento di un ramo di attività, essa dovrebbe imporsi a maggior ragione se l'operazione investe l'intera attività della società conferente; ritengo anzi che se la condizione non è espressamente richiamata per quest'ultima ipotesi, è proprio perché essa è considerata scontata.

24. Ma indipendentemente da tale rilievo, non sono affatto convinto che nel caso esaminato si realizzi il trasferimento dell'intera attività della società conferente. Il mutuo, che era di notevole valore (oltre 30 volte superiore al capitale sociale), è stato infatti contratto prima che fosse effettuato il conferimento, con l'intesa che il relativo importo restasse nel patrimonio della società conferente: per quanto risulta, esso non era destinato a finanziare l'attività di distribuzione di articoli sportivi successivamente trasferita alla Randers Sport Nyt, né ad essere distribuito ai soci sotto forma di utile (nel qual caso sarebbe stato ovvia-

mente sottoposto a regolare imposizione fiscale). Quale che fosse l'impiego riservato alla somma presa a mutuo (anche di carattere meramente finanziario), è certo che questa era destinata ad un'attività diversa da quella trasferita alla società beneficiaria e rappresentava quindi, almeno potenzialmente, un distinto ramo di attività rimasto in capo alla società conferente. Nel caso in esame non si può pertanto ritenere che l'intera attività della Randers Sport dovesse essere trasferita alla società beneficiaria. Al contrario, l'anomalia dell'operazione di cui trattasi era rappresentata proprio dal fatto che alla società beneficiaria doveva essere trasferita l'attività di commercializzazione di articoli sportivi insieme all'obbligo di rimborsare un capitale destinato ad una attività diversa: attività che, depurata dal relativo elemento passivo, doveva invece rimanere in capo alla società conferente.

25. Le peculiari caratteristiche dell'operazione in esame mi inducono pertanto ad escludere che questa costituisse un conferimento d'attivo ai sensi dell'art. 2 della direttiva; e ciò in quanto l'elemento attivo e quello passivo del debito contratto dalla società conferente dovevano essere ripartiti tra quest'ultima e la società beneficiaria. Aggiungo che tale conclusione discende a mio avviso dalle caratteristiche strutturali ed obiettive dell'operazione, indipendentemente dalle finalità con essa perseguite; è dunque irrilevante al riguardo il fatto che l'operazione dovesse essere realizzata per ridurre il valore dell'attività conferita alla Randers Sport Nyt al fine di agevolare un processo di ricambio generazionale.

26. Per completezza devo anche ricordare che, a giudizio della Commissione, nel caso in esame non sarebbe stata soddisfatta neppure la terza delle ricordate condizioni poste dall'art. 2 della direttiva, quella cioè per la quale la contropartita del conferimento deve essere la consegna di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria. Secondo la Commissione, infatti, nel caso in esame la società beneficiaria, in cambio del conferimento, si sarebbe dovuta accollare il debito relativo al mutuo contratto dalla società conferente; l'operazione, quindi, sarebbe in realtà consistita in una sorta di vendita e, come tale, non rientrerebbe nella definizione di cui all'art. 2 della direttiva. Mi sembra tuttavia che la Commissione trascuri il fatto che in cambio dei diversi elementi attivi e passivi conferiti alla Randers Sport Nyt, la Randers Sport avrebbe dovuto ottenere esclusivamente azioni della società beneficiaria: non vedo allora in cosa sarebbe consistita la compravendita di cui parla quell'istituzione.

27. Prima di concludere sulle prime tre questioni pregiudiziali, devo infine fare un cenno alla circostanza — espressamente richiamata dal giudice *a quo* — che alla società conferente sarebbe rimasto un piccolo pacchetto di azioni di una terza società; ciò al fine di valutare se questa circostanza possa influire sulla qualificazione dell'operazione quale conferimento d'attivo ai sensi dell'art. 2 della direttiva. Al riguardo, mi limito però ad osservare che se il mantenimento di una partecipazione azionaria in capo alla società conferente potrebbe essere idoneo ad escludere un

trasferimento dell'insieme dell'attività di quest'ultima alla società beneficiaria, lo stesso non può dirsi per il trasferimento di un ramo di attività del tutto indipendente da detta partecipazione.

28. In conclusione, propongo di rispondere ai primi tre quesiti nel senso che non si realizza un conferimento d'attivo, ai sensi dell'art. 2, lett. c) e i), della direttiva 90/434, in presenza di un'operazione che prevede il mantenimento in capo alla società conferente dell'importo di un mutuo da questa contratto ed il trasferimento alla società beneficiaria dei relativi obblighi; e ciò indipendentemente dalle finalità perseguite attraverso tale ripartizione dell'elemento attivo e di quello passivo del mutuo. Non è invece esclusa la possibilità di configurare un conferimento d'attivo ai sensi dell'art. 2, lett. c) e i), della direttiva se, in caso di trasferimento di un ramo di attività, viene mantenuta in capo alla società conferente un'autonoma partecipazione azionaria in una terza società.

Sul quarto quesito

29. Con il quarto quesito pregiudiziale, il giudice *a quo* chiede in pratica se l'art. 2, lett. c) e i), della direttiva 90/434 consenta alle competenti autorità degli Stati membri di stabilire che l'esenzione dall'imposizione delle plusvalenze di cui all'art. 4 della direttiva non si applica qualora la società conferente o soggetti terzi costituiscano una garanzia a favore della società beneficiaria, potendosi in tal caso dubitare dell'autonomia della società beneficiaria.

30. Tutte le parti sembrano sostanzialmente concordi nel ritenere che, ai sensi dell'art. 2 della direttiva, la società beneficiaria del conferimento deve essere economicamente autonoma e deve poter operare con mezzi propri. Esse giungono tuttavia a conclusioni differenti rispetto al caso in esame, essenzialmente perché danno una diversa valutazione della condizione nella specie imposta dal Ligningsråd.

31. In particolare, il governo danese giustifica tale condizione perché, a suo giudizio, il fatto che la società conferente dovesse dare in pegno le azioni della società beneficiaria per garantire il credito di esercizio da essa ottenuto dimostrerebbe l'impossibilità per quest'ultima di operare con mezzi propri. Nella stessa linea, ma senza pronunciarsi specificamente sulla condizione imposta dal Ligningsråd, il governo olandese sottolinea che l'autonomia dell'impresa beneficiaria deve essere esclusa quando, in considerazione delle modalità del conferimento (ivi inclusa la presenza di un importante debito a carico della società beneficiaria), quest'ultima non è in grado di funzionare senza una garanzia della società conferente che le consenta di ottenere un credito d'esercizio. La società ricorrente nel giudizio principale e la Commissione contestano invece al Ligningsråd di aver imposto la condizione in termini

assoluti, senza procedere ad una specifica verifica in merito all'effettiva autonomia della società beneficiaria.

32. Per quanto mi riguarda, ritengo anch'io che la società beneficiaria debba essere indipendente da quella conferente ed avere mezzi adeguati per lo svolgimento della propria attività economica, eventualmente facendo ricorso al credito secondo normali condizioni di mercato. Ciò è espressamente previsto dall'art. 2, lett. i), della direttiva con riferimento al conferimento di un ramo di attività, il quale, come si è visto, dev'essere costituito da un «complesso capace di funzionare con i propri mezzi»; ma alla stessa conclusione deve giungersi anche — ed anzi a maggior ragione — nel caso di trasferimento dell'intera attività di una società. Concordo però con la ricorrente nel giudizio principale, con la Commissione e col governo olandese che a tal fine le autorità nazionali debbano compiere una valutazione caso per caso per tener conto delle particolarità di ciascuna fattispecie. In particolare, qualora la società conferente garantisca un credito contratto dalla società beneficiaria, le autorità nazionali devono valutare se tale garanzia sia indispensabile per consentire alla società beneficiaria di svolgere la propria attività. In caso affermativo, si deve ritenere che quest'ultima non sia in grado di operare con mezzi propri e che, di conseguenza, l'operazione non possa configurarsi come un conferimento d'attivo ai sensi dell'art. 2, lett. c) e i), della direttiva.

33. Se poi tale valutazione sia stata effettivamente compiuta dal Ligningsråd e se la conclusione cui esso è giunto sia corretta è questione che deve essere apprezzata dal giudice a *quo*, alla luce delle circostanze del caso di specie. Per quanto qui interessa, mi limito ad osservare che ai fini di tale valutazione può essere importante accertare, alla luce della normativa nazionale, se l'intervento della società conferente (che ha dato in pegno le azioni della società beneficiaria per consentirle di ottenere un credito d'esercizio) implicasse una sua responsabilità nei confronti della banca creditrice: questa circostanza potrebbe infatti far ritenere che, in assenza di tale intervento, la società beneficiaria non sarebbe riuscita ad ottenere sul mercato le risorse necessarie per svolgere normalmente la propria attività. Ripeto tuttavia che la valutazione di questo punto deve essere svolta dal giudice *a quo*.

34. In conclusione, propongo di rispondere al quarto quesito che, in caso di conferimento d'attivo ai sensi dell'art. 2, lett. c) e i), della direttiva 90/434, la società beneficiaria deve essere indipendente da quella conferente ed avere mezzi adeguati per lo svolgimento della propria attività economica, eventualmente facendo ricorso al credito secondo normali condizioni di mercato. Qualora la società conferente garantisca un credito contratto dalla società beneficiaria, le autorità nazionali devono valutare se tale garanzia sia indispensabile per consentire alla società beneficiaria di svolgere la propria attività: in caso affermativo, si deve ritenere che quest'ultima non sia in grado di operare con mezzi propri.

Conclusioni

Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo di rispondere ai quesiti pregiudiziali formulati dal Vestre Landsret nel senso che:

«Non si realizza un conferimento d'attivo, ai sensi dell'art. 2, lett. c) e i), della direttiva 90/434, in presenza di un'operazione che prevede il mantenimento in capo alla società conferente dell'importo di un mutuo da questa contratto ed il trasferimento alla società beneficiaria dei relativi obblighi; e ciò indipendentemente dalle finalità perseguite attraverso tale ripartizione dell'elemento attivo e di quello passivo del mutuo. Non è invece esclusa la possibilità di configurare un conferimento d'attivo ai sensi dell'art. 2, lett. c) e i), della direttiva se, in caso di trasferimento di un ramo di attività, viene mantenuta in capo alla società conferente un'autonoma partecipazione azionaria in una terza società.

Perché possa configurarsi un conferimento d'attivo ai sensi dell'art. 2, lett. c) e i), della direttiva 90/434, la società beneficiaria deve essere indipendente da quella conferente ed avere mezzi adeguati per lo svolgimento della propria attività economica, eventualmente facendo ricorso al credito secondo normali condizioni di mercato. Qualora la società conferente garantisca un credito contratto dalla società beneficiaria, le autorità nazionali devono valutare se tale garanzia sia indispensabile per consentire alla società beneficiaria di svolgere la propria attività: in caso affermativo, si deve ritenere che quest'ultima non sia in grado di operare con mezzi propri».