CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JEAN MISCHO

presentate il 6 giugno 2002 [1]

1. Nella presente causa vengono sollevate alcune questioni sull'interpretazione delle disposizioni del Trattato relative, da una parte, alla libertà di stabilimento (in particolare gli artt. 43, 46 e 48 CE) e, dall'altra, alla libera circolazione di capitali (in particolare gli artt. 56 e 58 CE).

I — Contesto normativo nazionale

2. La lagen (1947:576) om statlig inkomstskatt (legge sull'imposta statale sul reddito; in prosieguo: la «SIL») all'art. 3, paragrafo 1, lett. h), primo, secondo, terzo e ottavo comma, prevede quanto segue:

«La cessione gratuita di un attivo, cui si applichino le disposizioni degli artt. 25-31, ad una società per azioni svedese nella quale il cedente o un suo congiunto detenga azioni direttamente o — in casi diversi da quelli di cui al terzo comma — indirettamente è considerata come un'alienazione a titolo oneroso nella quale il prezzo ottenuto dal cedente corrisponde al costo. Lo stesso vale nel caso di una cessione a titolo oneroso il cui prezzo sia inferiore tanto al valore di mercato del bene quanto al costo. Se il valore di mercato è inferiore al costo, una cessione come quella descritta è considerata come un'alienazione a titolo oneroso il cui prezzo corrisponde al valore di mercato.

Se non è stato versato alcun prezzo, il costo complessivo delle azioni della società possedute dal cedente o da un suo congiunto è maggiorato di un importo pari al costo sostenuto per l'acquisizione dell'attivo o — nel caso di cui al primo comma, terza frase — di un importo pari al valore di mercato. Se è stato versato un prezzo, il costo è maggiorato di un importo pari alla differenza tra il costo stesso o il valore di mercato, da una parte, e il prezzo, dall'altra.

La cessione di un attivo, cui si applichino le disposizioni degli artt. 25-31, effettuata gratuitamente o per un prezzo inferiore al valore di mercato dell'attivo stesso, a

1 — Lingua originale: il francese.

favore di una persona giuridica straniera nella quale il cedente o un suo congiunto detenga direttamente o indirettamente una partecipazione è considerata come un'alienazione a titolo oneroso il cui prezzo corrisponde al valore di mercato. Lo stesso vale nel caso in cui l'attivo venga ceduto ad una società per azioni svedese in cui una siffatta persona giuridica straniera detenga una partecipazione diretta o indiretta.

(...)

Un attivo che, in forza del primo o del terzo comma, dev'essere considerato ceduto contro una remunerazione determinata si reputa, ai fini dell'applicazione (...) della presente legge, essere stato acquisito contro la stessa remunerazione da parte dell'acquirente».

3. Secondo il giudice del rinvio, queste disposizioni sono state introdotte nel 1998 e nel 1999 allo scopo di precisare, grazie ad una normativa più dettagliata, il trattamento fiscale da riservare al conferimento (cessione a titolo gratuito o sottoprezzo), di azioni ad imprese.

4. Riassumendo, secondo il giudice del rinvio, le disposizioni precitate indicano come base imponibile la differenza tra il valore di mercato e il valore d'acquisto nel caso di cessione ad una persona giuridica straniera oppure ad una società svedese in cui siffatta persona possieda partecipazioni dirette o indirette. Nel caso, invece, di cessione ad una società svedese in cui non vi sono partecipazioni straniere non si procede ad alcuna imposizione diretta. In tal caso, la detta differenza è solitamente tassata quando il cedente aliena le azioni detenute nella società che aveva acquistato le quote cedute. In linea di massima la riscossione dell'imposta è dunque differita fino all'alienazione definitiva delle azioni possedute.

5. Il giudice del rinvio osserva, inoltre, che la diversa tassazione del conferimento a seconda che la società sia o meno soggetta ad imposta in Svezia, è motivata, nei lavori preparatori della legge, con il rischio che l'imponibile sia sottratto alla tassazione svedese. Ciò potrebbe accadere, per esempio, se il socio di una società per azioni, prima di un trasferimento all'estero, cedesse sottoprezzo le sue azioni in tale società ad un'impresa straniera nella quale egli ha pure una partecipazione. Originariamente, l'art. 3, paragrafo 1, lett. h), terzo comma, della SIL contemplava solo le cessioni ad una persona giuridica straniera. Tuttavia, nell'ambito dei successivi lavori legislativi si è ritenuto che potesse aversi evasione fiscale anche nel caso in cui il socio ceda le sue azioni in una società ad una società svedese controllata dalla società straniera in cui egli ha una partecipazione. Le norme sono state quindi modi-

ficate in modo da ricomprendere tanto la cessione a favore di persone giuridiche straniere, nelle quali il cedente o un suo congiunto abbia una partecipazione diretta o indiretta, quanto la cessione a favore di una persona giuridica svedese in cui una siffatta persona giuridica straniera abbia una partecipazione diretta o indiretta.

6. In conclusione, il giudice del rinvio fa notare che, dall'anno fiscale 2002 (redditi del 2001) la inkomstskattelagen (1999:1229) si applicherà al posto della SIL. Tale legge contiene disposizioni uguali a quelle della SIL che sono pertinenti alla presente causa.

II — Fatti della causa principale e questione pregiudiziale

7. X e Y, persone fisiche di nazionalità svedese, hanno chiesto alla Skatterättsnämnden (Commissione tributaria) un parere preliminare sull'applicazione delle disposizioni relative alle cessioni di azioni di cui all'art. 3, paragrafo 1, lett. h), della SIL.

8. Il sistema svedese del parere preliminare in materia fiscale mira a dare al contribuente la possibilità di sapere come verrà risolta, ai fini della tassazione, una determinata questione che ha per il contribuente una certa importanza.

9. Nella presente causa, la domanda di parere preliminare riguarda le conseguenze fiscali della cessione, programmata da X e Y, delle loro azioni nella X AB, una società svedese, alla Z AB, una società anch'essa svedese, che è a sua volta la controllata della Y SA, una società belga.

10. La X AB è la capogruppo di un gruppo attualmente posseduto in parti uguali da X e Y, nonché da una società maltese. In quest'ultima società X e Y non hanno nessuna partecipazione. La Y SA è anch'essa una società capogruppo che è posseduta dagli attuali soci della X AB. Nell'ambito della ristrutturazione del gruppo, X e Y hanno ritenuto opportuno trasferire alcune attività alla Y SA.

11. Nella domanda, X e Y si pongono, in particolare, la questione se la disparità di conseguenze fiscali a seconda che le azioni siano cedute ad una società svedese senza soci stranieri (art. 3, paragrafo 1, lett. h), primo comma, della SIL), o ad una società svedese con soci stranieri (art. 3, paragrafo 1, lett. h), terzo comma, secondo periodo della SIL) possa essere mantenuta in vigore alla luce, da una parte, delle disposizioni della Convenzione contro la doppia tassazione conclusa tra il Regno di Svezia e il Regno del Belgio e, dall'altra, delle disposizioni del Trattato riguardanti la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.

12. Nel parere preliminare, pronunciato il 27 settembre 1999, la Skatterättsnämnden ha dichiarato che la cessione delle azioni della X AB doveva essere trattata come una cessione effettuata a fronte di un prezzo pari al valore di mercato e che X e Y dovevano essere tassati per un profitto uguale alla differenza tra il valore di mercato delle azioni e le spese d'acquisto.

13. Inoltre, la Skatterättsnämndem ha dichiarato che nel caso di specie non viene in rilievo la libertà di stabilimento e che, riguardo alla libera circolazione dei capitali, è applicabile la deroga di cui all'art. 58, n. 1, lett. a), CE.

14. X e Y hanno impugnato questa decisione davanti al Regeringsrätten (Corte suprema amministrativa) e, in particolare, le hanno chiesto di dichiarare che l'imposta sulla cessione deve essere determinata in base al prezzo della cessione progettata.

15. In sostanza, dinanzi al Regeringsrätten, X e Y hanno sostenuto che il trattamento fiscale differenziato, che è molto meno vantaggioso, delle società svedesi nelle quali il cedente ha una partecipazione per il tramite di una persona giuridica straniera, nella quale pure possiede una partecipazione, costituisce chiaramente un ostacolo alla libera circolazione dei capitali (art. 58 CE) e alla libertà di stabilimento (art. 43 CE).

16. Pertanto, il Regeringsrätten ha deciso di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se, in un caso come quello oggetto del presente procedimento, gli artt. 43, 46, 48, 56 e 48 CE ostino all'applicazione di una normativa di uno Stato membro che — come la normativa svedese di cui è causa — prevede per i conferimenti di capitale realizzati mediante cessione di azioni sottoprezzo un trattamento fiscale meno vantaggioso quando le azioni sono cedute vuoi ad una persona giuridica di un altro Stato membro nella quale il cedente detenga una partecipazione diretta o indiretta, vuoi ad una società per azioni del primo Stato membro nella quale la suddetta persona giuridica straniera detenga azioni, e un trattamento fiscale più vantaggioso quando la cessione non interessa azionisti stranieri».

III — Analisi

Sulla ricevibilità della questione pregiudiziale

17. La Commissione fa osservare che la presente causa riguarda solo una situazione ipotetica poiché la cessione programmata da X e Y con riferimento alla quale essi

hanno adito l'amministrazione non ha ancora avuto luogo. Essa aggiunge, tuttavia, che, poiché davanti al giudice del rinvio è pendente una controversia e la Corte dispone d'informazioni sufficienti per pronunciarsi a titolo pregiudiziale, occorre risolvere la questione sollevata.

18. Condivido questo punto di vista.

19. La Corte, infatti, ha già avuto occasione di pronunciarsi, in un caso analogo [2], sulla maniera in cui convenga valutare la procedura del parere preliminare, seguita nella causa principale, rispetto ai criteri fissati dalla giurisprudenza relativa alle condizioni d'applicazione dell'art. 234 CE ed ha dichiarato che il fatto che il trasferimento programmato dai richiedenti nella causa principale non avesse ancora avuto luogo non escludeva l'esistenza di una controversia effettiva dinanzi al giudice nazionale.

20. Ritengo che nella fattispecie si debba ragionare nella stessa maniera. Lungi dall'essere stata adita in merito a una controversia ipotetica, la Corte è chiamata ad interpretare norme di diritto comunitario destinate ad essere applicate in una controversia effettiva e dagli atti risulta che essa è sufficientemente informata per risolvere in maniera utile la questione sottopostale.

Sull'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento

21. Il Riksskatteverket ritiene che la presente causa non rientri nel campo delle libertà fondamentali attribuite dal Trattato per il fatto che si tratterebbe, in questo caso, di una situazione interna ad uno Stato membro. Esso cita, in tal senso, la sentenza Werner [3]. Infatti, il caso riguarderebbe una modifica delle strutture giuridiche di controllo di un'attività economica in Svezia che, dopo tale modifica, continuerebbe ad essere svolta in tale paese.

22. È giocoforza, tuttavia, osservare che questa considerazione non è sufficiente per escludere l'applicazione delle norme del Trattato nella fattispecie. Dall'ordinanza di rinvio risulta, infatti, chiaramente che il trattamento fiscale della transazione programmata dipende dall'esistenza di un elemento di estraneità rispetto alla Svezia, e cioè il fatto che la società capogruppo della società cessionaria, oppure alcuni azionisti di quest'ultima, siano stabiliti in un altro Stato membro. È allora chiaro che la controversia della causa principale non può essere considerata come riguardante una situazione puramente interna alla Svezia.

23. Resta tuttavia necessario precisare fino a qual punto le norme del Trattato sono violate dalla normativa nazionale in causa. Ricordo, a questo riguardo, che dall'ordi-

2 — Sentenza 18 novembre 1999, causa C-200/98, X e Y (Racc. pag. I-8261, punti 15-23).

3 — Sentenza 26 gennaio 1993, causa C-112/91 (Racc. pag. I-429).

nanza di rinvio risulta che quest'ultima determina il regime fiscale delle cessioni di beni a favore di una società nella quale il cedente possiede, direttamente o indirettamente, delle azioni.

24. La tassazione delle plusvalenze realizzabile tramite una tale transazione è immediata quando la società cessionaria è una persona giuridica straniera o una società per azioni svedese nella quale detta persona giuridica straniera possiede una partecipazione diretta o indiretta.

25. La tassazione è, invece, differita quando il cessionario è una società per azioni svedese che non ha, tra i suoi azionisti, una siffatta persona giuridica straniera. Ciò comporta evidentemente per il cedente un vantaggio a livello di liquidità.

26. È quindi indiscutibile che, ceteris paribus, una cessione ad una società per azioni svedese gode di un trattamento fiscale più vantaggioso di quello che si avrebbe se la cessione fosse effettuata a favore di una società straniera o di una società svedese con azionisti stranieri.

27. Il governo olandese ritiene che, nella fattispecie, la libertà di stabilimento di X e Y in Belgio sia chiamata in causa solo in quanto la quota di partecipazione che essi possiedono nel capitale della società capogruppo belga interessata sia tale da conferire loro una certa influenza sulle decisioni di tale società e da consentire loro di indirizzarne le attività nel senso della giurisprudenza [4].

28. Condivido questo punto di vista. Dalla giurisprudenza [5] risulta, infatti, che le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento si applicano anche alle norme nazionali capaci di dissuadere gli operatori dello Stato membro interessato dall'andare a stabilirsi in un altro Stato membro. Ora, la norma nazionale di cui trattasi è in grado di dissuadere investitori quali X e Y dall'esercitare il loro diritto di stabilimento in un altro Stato membro acquistando partecipazioni *significative* in società che siano ivi stabilite, poiché il regime delle cessioni a favore di tali società è più svantaggioso del regime applicabile alle società stabilite in Svezia e che non hanno azionisti stranieri.

29. Tuttavia questa non è la sola restrizione alla libertà di stabilimento ravvisabile nella fattispecie. Occorre infatti sottolineare, con la Commissione e l'autorità di vigilanza AELS, che la misura nazionale controversa è anche tale da limitare il diritto di stabilimento in Svezia di una società straniera come la società belga di cui trattasi nella causa principale. Infatti, la sua libertà

4 — Sentenza 13 aprile 2000, causa C-251/98, Baars (Racc. pag. I-2787).

5 — Sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87, Daily Mail and General Trust PLC (Racc. pag. 5483).

di investire e di stabilirsi in Svezia e, nella fattispecie, di organizzarsi nei differenti Stati membri, fra cui la Svezia, è limitata perché in Svezia tale società non potrà beneficiare di cessioni, come la cessione di cui è causa, alla stessa maniera di una società svedese il cui azionariato non comprenda una tale società straniera.

30. In tale contesto, l'autorità di vigilanza AELS fa anche, a giusto titolo, notare che la differenza di trattamento in questione può dissuadere alcune società straniere dall'aprire una sede secondaria in Svezia.

31. Ricordo, inoltre, che la Corte ha già dichiarato che una differenza di trattamento al momento in cui l'imposta diventa esigibile, a seconda che le società in causa abbiano o meno la sede nello Stato membro, costituisce una restrizione della libertà di stabilimento [6].

32. Da quanto precede deriva che, nella fattispecie, siamo in presenza di una restrizione del genere.

Sulla giustificazione della restrizione alla libertà di stabilimento

33. Il Riksskatteverket e, in misura minore, il governo dei Paesi Bassi sono i soli a ritenere che la misura nazionale controversa possa essere giustificata.

34. Il primo fa notare che occorre ricollocare il vantaggio di cui godono le società svedesi, e cioè la tassazione differita della cessione, nell'ambito del regime fiscale delle plusvalenze. La concessione del vantaggio presuppone, infatti, che i capitali la cui tassazione è così differita restino soggetti ad imposta in Svezia. Se la cessione è realizzata, direttamente o indirettamente, a favore di una società straniera, una successiva cessione degli stessi titoli realizzata da quest'ultima non potrebbe essere tassata in Svezia. Ciò spiegherebbe l'esclusione delle società straniere dal beneficio della tassazione differita.

35. Citando, in particolare, come il governo dei Paesi Bassi, la giurisprudenza Bachmann [7], il Rikskatteverket ritiene che la disparità di trattamento possa giustificarsi, in particolare, con la necessità di garantire la coerenza del regime fiscale e l'efficacia del controllo fiscale. Uno Stato membro avrebbe, in via di principio, il diritto di prevedere che i profitti latenti siano un giorno o l'altro soggetti ad

6 — Sentenza 8 marzo 2001, causa C-397/98, Metallgesellschaft e a. (Racc. pag. I-1727).

7 — Sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90 (Racc. pag. I-249).

imposta nel paese in cui sono realizzati. Si tratterebbe di tutelare la propria base impossibile e di assicurare l'efficacia dei controlli fiscali, considerazioni che sarebbero tali da giustificare la restrizione della libertà di stabilimento.

36. Il governo olandese aggiunge che la presente controversia è analoga, in sostanza, a quella oggetto della sentenza Bachmann, citata. Infatti, le due cause vertono su un'«esenzione» temporanea, compensata da una tassazione successiva. Nella causa Bachmann, citata, l'«esenzione» aveva la forma di una detrazione di premi, alla quale corrispondeva la successiva tassazione dei versamenti. Quando quest'ultima non era assicurata, l'«esenzione» non veniva accordata.

37. Nel presente caso, l'esenzione (temporanea) terminerebbe al momento dell'alienazione successiva delle azioni possedute dal debitore nella società cessionaria, momento in cui le plusvalenze esonerate all'epoca della cessione daranno luogo a tassazione.

38. Dunque, secondo il governo olandese, nel caso di cessione ad una società stabilita all'estero o ad una società svedese le cui azioni siano possedute da una tale società, questo prelievo successivo non potrebbe essere assicurato e l'esenzione temporanea non dovrebbe quindi essere concessa. Infatti, il credito fiscale sarebbe garantito solo per il tempo in cui il cedente continui a risiedere in Svezia e ad esservi tassato sul suo reddito mondiale. Questo non sarebbe, però, più possibile, non appena lasciasse la Svezia. Il debito fiscale straniero non si estenderebbe, infatti, ai vantaggi ottenuti grazie ad azioni in una società con sede all'estero.

39. Vi sarebbe dunque un nesso diretto tra l'esenzione temporanea e la tassazione successiva. Sarebbe la stessa imposta, riscossa presso lo stesso debitore, in maniera differita. Ora, questo nesso verrebbe meno in caso di emigrazione del debitore. La coerenza del sistema esigerebbe dunque che uno Stato membro possa adottare misure, quali la restrizione controversa, per evitare questo rischio.

40. Il governo olandese si vale inoltre della giurisprudenza Safir [8] per sottolineare che il sistema fiscale svedese ha come fine quello di evitare una lacuna fiscale garantendo che, in ogni caso, l'imposta sia riscossa sulle plusvalenze sulle azioni sorte durante il periodo di residenza fiscale.

41. Da parte sua, il Riksskatteverket fa ancora notare che, siccome il trattamento differenziato operato dalla normativa nazionale interessata può essere giustificato in base alle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali, in particolare l'art. 58, nn. 1 e 2, CE, deriva

8 — Sentenza 28 aprile 1998, causa C-118/96 (Racc. pag. I-1897).

dall'ultima frase dell'art. 43, secondo comma, CE che detta normativa nazionale non potrebbe essere dichiarata ingiustificata nemmeno in forza dell'art. 43 CE.

42. Che cosa si deve pensare di questi diversi argomenti?

43. Per quanto riguarda l'argomento relativo alla possibilità di giustificare le restrizioni alla libertà di stabilimento tramite le disposizioni del Trattato riguardanti la libera circolazione dei capitali, è necessario constatare che esso è contraddetto dalla giurisprudenza della Corte.

44. Da quest'ultima [9] emerge, infatti, che nei casi in cui la Corte è stata interpellata sulla compatibilità di una norma nazionale sia con le disposizioni del Trattato relative al diritto di stabilimento sia con quelle riguardanti i capitali, essa ha dichiarato che, dal momento in cui viene accertata la violazione del diritto di stabilimento, non è più necessario esaminare le norme nazionali controverse rispetto agli articoli relativi ai capitali. Ne consegue, in maniera implicita ma necessaria, che la Corte non ha considerato come pertinente la possibilità che le norme nazionali in causa siano conformi alla libera circolazione dei capitali. Una tale conformità non sarebbe dunque stata tale da giustificare la violazione del diritto di stabilimento.

9 — V., in particolare, sentenze X e Y, citata, punto 30; Baars, citata, punto 42, e Metallgesellschaft e a., citata, punto 75.

45. Non condivido neppure l'argomento fondato sulla necessità di fare fronte all'erosione della base imponibile o d'impedire il verificarsi di una lacuna fiscale. Deriva, infatti, da una giurisprudenza costante che considerazioni del genere, di natura economica, non possono essere fatte valere per giustificare una restrizione a una libertà fondamentale del diritto comunitario, quale la libertà di stabilimento.

46. In tal senso, la Corte, in diverse sentenze [10], ha esplicitamente dichiarato che «la riduzione di entrate fiscali non può essere considerata come un motivo imperativo di interesse generale che possa essere fatto valere per giustificare una misura in linea di principio incompatibile con una libertà fondamentale» [11].

47. Per quanto riguarda la possibilità di giustificare le discriminazioni in causa nella fattispecie con la lotta contro la frode fiscale o l'utilizzazione abusiva delle libertà conferite dal diritto comunitario, sono necessarie le seguenti osservazioni.

48. Occorre sottolineare che, contrariamente alle considerazioni appena esaminate, la lotta contro la frode fiscale e le necessità di un controllo fiscale costituiscono effettivamente motivi imperativi d'interesse generale, che possono, in linea di principio, giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento.

10 — Sentenza Metallgesellschaft, citata, punto 59, e nello stesso senso, sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI (Racc. pag. I-4695, punto 28).

11 — Sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, Verkooijen (Racc. pag. I-4071, punto 59).

49. Risulta, tuttavia, da una giurisprudenza costante [12], che, perché una tale giustificazione possa essere accolta, la misura controversa deve non solo essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, ma è necessario, inoltre, che essa non restringa le libertà fondamentali derivanti dal diritto comunitario in maniera eccessiva rispetto a quanto necessario per conseguire detto obiettivo.

50. Ora, non mi sembra che quest'esigenza di proporzionalità sia rispettata nella fattispecie. Infatti, come fa, d'altronde, notare la Commissione, la norma nazionale controversa, che tratta in maniera sfavorevole ogni transazione che comporti un elemento di estraneità rispetto alla Svezia, equivale a presumere l'esistenza di una frode o di un abuso ogniqualvolta una transazione coinvolga una società che ha sede in un altro Stato membro, ovvero una società svedese che ha un azionista persona giuridica con sede in un altro Stato membro.

51. Una tale situazione è in contraddizione con una giurisprudenza consolidata da cui deriva che le autorità di uno Stato membro non possono presumere l'esistenza di una frode o di un abuso sulla semplice base dell'esercizio da parte di un operatore di una libertà derivante dal Trattato [13].

12 — V., a titolo d'esempio, sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura Participations e Singer (Racc. pag. I-2471, punto 26).

13 — Sentenze 9 marzo 1999, causa C-212/97, Centros (Racc. pag. I-1459, punto 27), e Metallgesellschaft e a., citata, punto 57.

52. Le osservazioni presentate dal Riksskatteverket circa l'esistenza, nella fattispecie, di un tentativo di frode suscitano, d'altronde, un certo stupore. Non si comprende, infatti, sotto quale profilo il semplice fatto che X e Y abbiano fatto ricorso alla procedura del parere preliminare sarebbe indicativo di un'intenzione di sottrarsi all'imposta. Ciò tanto più vero in quanto il fine di un tale parere è proprio di consentire al contribuente di valutare in anticipo le conseguenze fiscali dell'operazione che egli progetta.

53. In ogni caso, spetterebbe al giudice nazionale — che, nella sua ordinanza di rinvio non fa, tuttavia, affatto allusione a questa questione — pronunciarsi, per quanto necessario, su questo punto.

54. Dalle spiegazioni fornite in udienza dal governo svedese stesso, risulta che la misura mira ad evitare che, in caso di trasferimento all'estero della persona che cede le azioni, la tassazione della plusvalenza sfugga alla Svezia. La sproporzione della misura rispetto a questo obiettivo appare, quindi, evidente.

55. Infatti, il diniego del vantaggio della tassazione differita è applicabile anche quando il cedente non si trasferisce e, quel che è peggio, anche quando la società cessionaria è svedese. Tale diniego è dunque opponibile anche nel caso in cui sia il cessionario sia il cedente risiedono in Svezia e il fisco potrebbe dunque rivolgersi tanto all'uno quanto all'altro per ottenere il

pagamento dell'imposta. Infatti, non si capisce per quale motivo il fatto che la società svedese cessionaria abbia uno o più azionisti stabiliti in un altro Stato membro impedirebbe alle autorità svedesi di considerare una tale società come debitrice dell'imposta in questione.

56. Se la sproporzione appare dunque evidente in un caso come quello della fattispecie in cui sia il cedente sia il cessionario risiedono in Svezia, ritengo che essa esista anche nel caso in cui la società cessionaria abbia la sede in un altro Stato membro.

57. È vero che questa ipotesi non corrisponde ai fatti della causa principale. È tuttavia, anch'essa ricompresa nella norma nazionale sulla quale il giudice del rinvio — al quale spetta valutare sia la necessità sia la pertinenza della questione sottoposta — interroga la Corte.

58. Su questo punto svolgerò dunque le seguenti osservazioni.

59. Occorre, infatti, sottolineare che, anche nel caso in cui la società cessionaria abbia la sede in un altro Stato membro, il problema della riscossione dell'imposta, fatto valere dal governo svedese, si pone solo nel caso in cui il cedente si trasferisca fuori della Svezia. Quindi, una misura conforme al principio di proporzionalità dovrebbe riguardare solo i contribuenti che lasciano effettivamente il territorio nazionale, per esempio, come spiega la Commissione, tramite un sistema di cauzioni che assicuri che l'imposta non venga elusa.

60. Inoltre, come correttamente sottolinea l'autorità di vigilanza AELS, la normativa svedese controversa non stabilisce nessuna distinzione in base all'onere fiscale della società cessionaria nel suo Stato di stabilimento, né a seconda che il cedente sia il solo azionista, l'azionista di maggioranza o di minoranza della società cessionaria straniera.

61. È evidente che le probabilità, e anche le possibilità, di frode, o di operazioni fittizie e puramente artificiose, possono variare in maniera decisiva in funzione di queste considerazioni. Pertanto, una misura proporzionata dovrebbe tenerne conto.

62. Da quanto precede discende che il carattere sproporzionato della misura nazionale controversa impedisce di ritenerla giustificata dalle esigenze del controllo fiscale.

63. Ci resta ancora da esaminare l'argomento fondato sulla necessità di tutelare la coerenza del sistema fiscale svedese.

64. A questo riguardo, condivido lo scetticismo della Commissione quanto alla pertinenza di tale nozione nella fattispecie. Non si capisce, infatti, come sia possibile ritenere necessaria alla coerenza del sistema una norma che discrimini tra i cessionari a seconda del loro luogo di stabilimento o di quello dei loro azionisti, per la ragione che occorre premunirsi contro il rischio di un trasferimento del cedente.

65. È quindi giocoforza constatare che, nella fattispecie, tale nozione sembra, in realtà, coincidere con le esigenze del controllo fiscale, che ho appena esaminato.

66. Sottolineo, inoltre, che il caso che è oggetto della controversia principale presenta un'importante differenza rispetto alla causa Bachmann, citata, fatta valere dai Paesi Bassi e dal Riksskatteverket. Infatti, in quest'ultima, vi era una probabilità di vedere il beneficiario delle prestazioni di assicurazione lasciare il territorio nazionale, spezzando così qualsiasi legame tra quest'ultimo e l'esecuzione del contratto di assicurazione, poiché l'organismo assicurativo aveva sede in un altro Stato membro. Invece, nella fattispecie — come ha fatto notare, in un altro contesto, il Riksskatteverket stesso — l'attività economica oggetto della transazione continua a svolgersi in Svezia, al cui territorio continua a ricollegarsi il bene conferito, e cioè le azioni in una società svedese.

67. Ne consegue che, contrariamente alla causa Bachmann, citata, in un caso come quelli considerati dalla norma nazionale controversa, il beneficiario della cessione non si sottrae mai interamente al fisco svedese, poiché, anche se stabilita all'estero, la società cessionaria possiede azioni in una società svedese. Ciò vale, a fortiori, quando, come nella controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio, la società cessionaria è una società svedese.

68. Inoltre nella causa Bachmann, citata, una disposizione legislativa nazionale, alla quale la Corte ha attribuito un'importanza essenziale, prevedeva esplicitamente la non tassabilità delle somme versate dall'organismo assicurativo in caso di non deducibilità dei premi. Nella fattispecie manca una disposizione equivalente, che colleghi espressamente il vantaggio del pagamento differito dell'imposta al caso in cui sia certo che quest'ultima sarà riscossa successivamente.

69. Occorre anche ricordare la giurisprudenza della Corte secondo la quale la coerenza del sistema fiscale non deve necessariamente essere garantita in un

contesto meramente nazionale. Si deve, infatti, tenere conto di eventuali convenzioni contro la doppia imposizione [14]. Orbene, emerge dagli elementi presentati alla Corte durante l'udienza che la convenzione contro la doppia imposizione tra il Belgio e la Svezia, entrato in vigore il 24 febbraio 1993, può essere pertinente in quanto ripartisce la tassazione delle plusvalenze tra i due Stati contraenti. È peraltro probabile che lo stesso valga per altri accordi di questo tipo, esistenti tra la Svezia ed altri Stati membri.

70. Ne segue che, tenuto conto dell'effetto di tali accordi, che consentono in linea di principio di evitare che, per effetto di un trasferimento, non vi sia più uno Stato competente per la tassazione della plusvalenza, è dubbio che la disposizione nazionale controversa possa appellarsi alla tutela della coerenza del sistema fiscale.

71. In ogni modo, risulta dalla giurisprudenza che, perché questo accada, la misura nazionale considerata deve rispettare il principio di proporzionalità non andando oltre quanto necessario per tutelare la coerenza del sistema fiscale [15]. Ora, per le ragioni esposte nell'ambito dell'argomento relativo alla necessità del controllo fiscale, mutatis mutandis, ritengo che la disposizione nazionale controversa limiti il diritto di stabilimento oltre quanto sarebbe giustificato dalla necessità di preservare la coerenza del sistema fiscale.

72. Si deve dunque respingere anche questo argomento volto a giustificare la disposizione nazionale in questione.

73. Da quanto precede deriva che questa disposizione restringe in maniera ingiustificata la libertà di stabilimento sancita dal diritto comunitario.

Sulla libera circolazione dei capitali

74. Tenuto conto della giurisprudenza della Corte, richiamata supra, secondo la quale non occorre esaminare una disposizione nazionale contraria al diritto di stabilimento rispetto alla libera circolazione dei capitali, sono del parere che non sia necessario, nella fattispecie, risolvere la questione pregiudiziale sollevata con riferimento agli artt. 56 e 58 CE.

75. È dunque solo ad abundantiam che chiarirò come la disposizione nazionale controversa non può essere ritenuta compatibile neppure con la libera circolazione dei capitali.

14 — Sentenze 11 agosto 1995, causa C-80/94, Wielockx (Racc. pag. I-2493), e Bachmann, citata, punto 26.

15 — Sentenza Bachmann, citata, punto 27.

76. Siamo, infatti, indiscutibilmente in presenza di una restrizione a tale libertà poiché la legge svedese è tale da dissuadere un investitore stabilito in Svezia dal procedere ad un conferimento di azioni ad una società stabilita in un altro Stato membro, poiché egli sarebbe allora privato del beneficio della tassazione differita, che otterrebbe invece in caso di conferimento ad una società con sede in Svezia. Inoltre, la detta legge è anche tale da dissuadere un operatore straniero dall'investire in una società svedese, poiché quest'ultima avrebbe, da quel momento, un azionista stabilito in un altro Stato membro e gli investitori residenti in Svezia potrebbero, pertanto, essere dissuasi dall'apportarvi del capitale.

77. Ora, qui si tratta senza dubbio di movimenti di capitali nel senso del diritto comunitario.

78. Il Riksskatteverket fa valere invano l'art. 58 CE.

79. Occorre, infatti, osservare, a questo proposito, che, in forza della dichiarazione n. 7 allegata all'atto finale di Maastricht, le disposizioni normative nazionali che possono essere ricondotte all'ambito dell'art. 58, n. 1 (ex art. 73 D) dovevano essere in vigore alla fine del 1993. La disposizione nazionale controversa è invece posteriore a questa data.

80. Inoltre, comunque stiano le cose, l'art. 58, n. 3, prevede che dette misure nazionali non devono costituire né un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata alla libera circolazione dei capitali e devono dunque essere conformi al principio di proporzionalità.

81. Orbene, per le ragioni richiamate sopra, risulta che questa condizione non è soddisfatta nella fattispecie.

82. Si deve dunque concludere, in subordine, che le disposizioni del Trattato riguardanti la libera circolazione dei capitali ostano ad una legislazione come quella oggetto della fattispecie.

83. Deriva da quanto precede che la questione sollevata dal Regeringsrätten dev'essere così risolta:

«In un caso come quello oggetto del presente procedimento, gli artt. 43-48 CE ostano all'applicazione di una normativa di uno Stato membro che — come la normativa svedese di cui è causa — prevede, per i conferimenti di capitale realizzati mediante cessione di azioni sottoprezzo, un trattamento fiscale meno vantaggioso quando le azioni sono cedute vuoi ad una persona giuridica di un altro Stato membro nella quale il cedente abbia una partecipazione

diretta o indiretta, vuoi ad una società per azioni del primo Stato membro nella quale una siffatta persona giuridica straniera possegga azioni, e un trattamento fiscale più vantaggioso quando la cessione non interessa azionisti stranieri».

IV — Conclusione

84. Per i motivi sopra esposti, propongo alla Corte di dichiarare che:

«In un caso come quello oggetto del presente procedimento, gli artt. 43-48 CE ostano all'applicazione di una normativa di uno Stato membro che — come la normativa svedese di cui è causa — prevede, per i conferimenti di capitale realizzati mediante cessione di azioni sottoprezzo, un trattamento fiscale meno vantaggioso quando le azioni sono cedute vuoi ad una persona giuridica di un altro Stato membro nella quale il cedente abbia una partecipazione diretta o indiretta, vuoi ad una società per azioni del primo Stato membro nella quale una siffatta persona giuridica straniera possegga azioni, e un trattamento fiscale più vantaggioso quando la cessione non interessa azionisti stranieri».