CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE MARCO DARMON del 10 giugno 1986 *

Signor Presidente,
signori Giudici,

1. Cittadino olandese, il sig. Segers dirige dal 1980 un'impresa commerciale — la « Free Promotion International » — che ha la sede sociale nei Paesi Bassi. Desiderando ampliare la sua attività, includendovi in particolare operazioni di mediazione sul mercato finanziario, decideva di trasformare l'impresa in società a responsabilità limitata. Parendogli inoltre eccessivo il termine legale prescritto nei Paesi Bassi per questa trasformazione, nonché più attraente la dicitura « Ltd » del suo equivalente olandese « BV », egli procedeva come segue:

— costituiva nel Regno Unito una « private company limited by shares » con la ragione sociale di « Slenderose Ltd »;

— trasformava l'impresa olandese in un'affiliata della società britannica, con la ragione sociale « Free Promotion International Company Ltd », che svolgeva in pratica tutte le attività della Slenderose.

Dopo questa operazione e per poter fruire delle prestazioni di malattia contemplate dalla normativa olandese sull'assicurazione malattia (Ziektewet), si rivolgeva all'Associazione di categoria del settore bancario, delle assicurazioni, del commercio all'ingrosso e delle libere professioni, ente competente in materia (in prosieguo: l'« Associazione »).

Questa respingeva la domanda motivando che il Segers non poteva considerarsi un lavoratore dipendente della sua impresa, dato che il suo rapporto di lavoro non comportava alcun vincolo di subordinazione. Dinanzi al giudice competente in primo grado il Segers non otteneva miglior risultato, perciò adiva il Centrale Raad van Beroep la cui ordinanza di rinvio illustra il problema interpretativo che vi viene sottoposto.

2. La Ziektewet riguarda le persone che hanno la qualità di dipendente, caratterizzata precisamente dall'esistenza di un vincolo di subordinazione nei confronti del datore di lavoro. Come osserva il giudice olandese, siffatta qualifica non può, in linea di principio, essere attribuita all'amministratore di una società che detenga la metà del capitale dell'impresa, mentre l'altra metà appartiene alla moglie. Ciononostante, dato l'intento del legislatore di coordinare le norme previdenziali e fiscali, lo stesso Centrale Raad van Beroep ha modificato la propria giurisprudenza. Con due sentenze del 10 dicembre 1968, equiparava al dipendente l'amministratore di una società che detenga il 50% o più del capitale della stessa.

Orbene, l'Associazione intende far fruire di questa equiparazione i soli amministratori detentori della maggioranza del capitale delle società che hanno la sede sociale nei Paesi Bassi. Per questo motivo, pur se cittadino olandese, il Segers, amministratore di

* Traduzione dal francese.

una società la cui sede sociale è a Londra, non può, a suo parere, fruirne.

Il Centrale Raad van Beroep è stato così indotto a sottoporvi le seguenti due questioni pregiudiziali:

« 1) Se il principio del libero stabilimento nell'ambito della CEE o il principio della libera prestazione di servizi nell'ambito della CEE — in particolare il combinato disposto degli artt. 52, n. f., e 58 e, rispettivamente, degli artt. 60, n. f., e 66 del trattato CEE — obblighino il giudice olandese che debba valutare l'obbligo di assicurazione in forza di una legge previdenziale olandese a non fare alcuna distinzione tra l'amministratore detentore di gran parte del capitale di una società a responsabilità limitata di diritto olandese e quello di una società a responsabilità limitata costituita a norma del diritto di un altro stato membro, anche se, manifestamente, la società straniera non svolge attività commerciali nell'altro stato membro, ma esclusivamente nei Paesi Bassi.

2) In caso di soluzione negativa, se il diritto comunitario in fatto di previdenza sociale (in particolare, l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1408/71) o ad altre disposizioni del diritto comunitario vietino di fare detta distinzione ».

3. Onde delimitare l'oggetto della vostra interpretazione e fornire una soluzione utile al giudice olandese, è opportuno, in via preliminare, fare le due osservazioni seguenti.

In primo luogo è opportuno sottolineare che la disparità di trattamento in questione non si basa sulla cittadinanza dell'interessato. L'aspetto determinante per poter fruire del regime di previdenza sociale è l'ubicazione — nei Paesi Bassi e non in un altro stato membro — della sede sociale della società madre.

Preciso, in secondo luogo, che il Segers, amministratore della Slenderose Ltd, risiede nei Paesi Bassi, ove dirige pure la sua affiliata e sarà opportuno ricordare che tutta l'attività viene svolta da questa. Egli non è quindi soggetto all'art. 59 del trattato CEE che garantisce la libera prestazione dei servizi. Ricordo infatti che secondo la vostra costante giurisprudenza queste disposizioni

« comportano (...) l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore in ragione della sua cittadinanza o del fatto che egli è stabilito in uno stato membro diverso da quello in cui la prestazione dev'essere fornita » (62-63/81, Seco, Racc. 1982, pag. 223, n. 8).

In definitiva, il diverso trattamento da riservarsi, secondo l'Associazione, al Segers non scaturisce né dalla cittadinanza né dalla residenza dell'interessato, bensì dallo stabilimento in un altro stato membro della sede sociale della società madre che egli dirige. Quindi è in base agli artt. 52-58 del trattato, relativi alla libertà di stabilimento, che si deve stabilire se il cittadino di uno stato membro possa esser privato, per questo solo motivo, del godimento delle proprie leggi previdenziali nazionali.

In aggiunta a tale questione, l'ordinanza di rinvio e le osservazioni che vi sono state presentate suggeriscono, partendo dal principio che l'affiliata olandese della Slenderose svolge di fatto tutte le attività di questa, di accertare inoltre se siffatta differenzia-

zione possa trovare giustificazione nell'intento di prevenire qualsiasi tentativo di eludere la legge.

Esaminiamo uno dopo l'altro i due aspetti del problema di interpretazione così circoscritto.

4. A norma dell'art. 52, 2° comma, del trattato CEE

« La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate al loro esercizio nonché alla costituzione e alla gestione di imprese, in particolare di società ai sensi dell'art. 58, 2° comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini (...) ».

L'art. 52, 1° comma, estende la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno stato membro nel territorio di un altro stato membro

« alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno stato membro stabiliti sul territorio di uno stato membro ».

Questa disposizione va posta in relazione con l'art. 58 del trattato, ai sensi del quale

« Le società costituite conformemente alla legislazione di uno stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli stati membri ».

Il principio fondamentale del trattamento nazionale, così garantito dall'art. 52 a partire dalla fine del periodo transitorio e indipendentemente dalle direttive contemplate dagli artt. 54 e 57 per porlo in atto (2/74, Reyners, Racc. 1974, pag. 631, nn. 24-30), va quindi a vantaggio non solo delle persone fisiche, ma anche delle società, a condizione che queste soddisfino le due condizioni cumulative poste dall'art. 58, 1° comma, inerenti alla loro legittimità ed all'esistenza di un criterio di appartenenza ad uno degli stati membri.

La libertà di stabilimento implica quindi il diritto, per qualsiasi cittadino di uno stato membro, di stabilire, anche in via secondaria, una società in un altro stato membro nello stesso modo da questo prescritto per i propri cittadini (art. 52, 2° comma), come pure quello, per una società, di svolgere la propria attività in un altro stato membro tramite un'agenzia, una succursale o una filiale (art. 52, 1° comma).

Su quest'ultimo punto la vostra sentenza 270/83, Commissione/Francia, del 28 gennaio 1986 (Racc. 1986, pag. 273), vertente sul rifiuto opposto da questo stato alla concessione di un esonero fiscale alle succursali e alle agenzie francesi di imprese assicuratrici aventi la sede in un altro stato membro, ha posto in evidenza la portata dell'equiparazione delle società alle persone fisiche sancita dall'art. 58 del trattato nel passo che segue:

« per le società è opportuno rilevare in questo contesto che la loro sede, ai sensi di detto articolo, serve a determinare, al pari della cittadinanza per le persone fisiche, l'appartenenza all'ordinamento giuridico di uno stato ».

Ne avete concluso che

« riconoscere che lo stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di

una società è ubicata in un altro stato membro, svuoterebbe di contenuto questa disposizione » (270/83, n. 18).

Per l'appunto ho già rilevato che il diniego opposto al Segers si basa esclusivamente sul fatto che egli amministra una società che ha sede in Londra. Sotto questo profilo esso deve quindi considerarsi discriminatorio.

Ma vi è di più. A questa prima considerazione di principio è opportuno aggiungerne un'altra, suggerita dalle circostanze concrete. Siffatta disparità di trattamento previdenziale rischia, a monte, di dissuadere, indipendentemente dalla cittadinanza, il cittadino già stabilito nei Paesi Bassi dal costituire una società all'estero o dal divenire azionista di maggioranza di detta società. Sotto questo aspetto, è il diritto delle persone fisiche, garantito dall'art. 52, 2° comma, del trattato CEE, di costituire e di amministrare società in un altro stato membro, quello che sarebbe in definitiva svuotato di contenuto.

Sempre da questo punto di vista, la distinzione in campo previdenziale che l'Associazione intende effettuare mi pare costituisca un ostacolo per l'esercizio della libertà di stabilimento dei cittadini comunitari residenti nei Paesi Bassi, dal momento che essa nega alla società che essi amministrano la possibilità di fruire del trattamento nazionale riservato a quelle i cui dirigenti hanno conservato la sede sociale nel territorio di detto stato.

5. Nessuno degli argomenti svolti dall'Associazione convenuta per sostenere la disapplicazione degli artt. 52 e 58 mi pare possa venire accolto.

In primo luogo è indubbio che l'art. 58 del trattato CEE non equipara espressamente le società di origine straniera alle società nazionali, tuttavia non se ne può trarre la conclusione che questa disposizione non possa venire applicata alla fattispecie. Estendendo alle società l'applicazione dell'art. 52 CEE, l'art. 58 offre loro infatti la stessa sfera di libertà offerta ai singoli, obbligando gli stati membri a riservare il trattamento nazionale alle società che hanno la sede sociale in uno degli altri stati membri della Comunità.

In secondo luogo, non si può condividere la tesi dell'Associazione secondo la quale la situazione in esame, dal momento che riguarda un cittadino olandese residente nei Paesi Bassi ove di fatto svolge tutte le sue attività, sarebbe puramente nazionale. Come ho sottolineato più volte, infatti, il diverso trattamento che l'Associazione vorrebbe riservare al Segers è dovuto esclusivamente allo stabilimento nel Regno Unito della sede sociale della società madre. La situazione in esame rientra dunque nell'ambito comunitario tracciato dagli artt. 52 e 58 CEE. Osservo inoltre che poco importa che l'affiliata svolga di fatto tutte le attività della società madre britannica giacché questa, costituita a norma del diritto britannico, possiede uno dei tre requisiti alternativi di appartenenza elencati nell'art. 58, cioè l'avere la sede sociale in Londra.

Infine, per refutare la censura di discriminazione, la convenuta nella causa principale sostiene che i cittadini degli stati membri possono decidere, con piena cognizione di causa, se costituire una società nei Paesi Bassi o in un altro stato membro. Quest'argomento si risolve in verità nello svuotare di contenuto la libertà di stabilimento delle società poiché, sotto la fallace apparenza di una scelta liberamente lasciata agli interessati, negando la tutela previdenziale, si dis-

suadono le società straniere dallo stabilirsi nei Paesi Bassi. Una siffatta conseguenza si rivela una restrizione incompatibile con il combinato disposto degli artt. 52 e 58. Come ha osservato la Commissione, il principio del trattamento nazionale, applicato alle società aventi sede sociale in un altro stato membro, implica per il loro personale, direttivo o no, il diritto di fruire del regime previdenziale di cui fruiscono i loro omologhi delle società che hanno la sede sociale nello stato membro di stabilimento. Per usare la formula della vostra Corte (vedasi, ad esempio, 197/84, Steinhauser, 18 giugno 1985, n. 15, Racc. 1985, pag. 1819) in questo senso ha « valore indicativo » l'elenco contenuto nel « Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento » del 18 dicembre 1961 (GU 15.1.1962, pag. 36) secondo il quale si devono includere in particolare tra le restrizioni alla libertà di stabilimento quelle che

« negano o limitano il diritto di partecipare alla sicurezza sociale (...) » [titolo III, lett. A, sub i)].

Si deve quindi considerare restrizione della libertà di stabilimento, vietata, dalla fine del periodo transitorio, dall'art. 52 del trattato CEE, in relazione all'art. 58, il rifiuto di estendere ai dirigenti di una società, per la sola ragione che la sua sede sociale è ubicata in un altro stato membro, la possibilità di fruire delle leggi nazionali sull'assicurazione malattia di cui fruiscono invece i dirigenti delle società che hanno la sede sociale nei Paesi Bassi, non solo in quanto ha l'effetto di restringere la facoltà, per le società aventi sedi in un altro stato membro, di svolgere la loro attività nei Paesi Bassi tramite una succursale, un'agenzia, o una filiale costituite a questo scopo, ma anche in quanto può dissuadere i cittadini residenti nei Paesi Bassi dal costituire una società di questo tipo o di divenirne azionisti di maggioranza.

6. Resta da esaminare l'ipotesi dell'elusione della legge.

Secondo l'Associazione, la trasformazione di un'impresa di uno stato membro in affiliata di una società stabilita in un altro stato membro potrebbe consentire ai cittadini del primo stato di eludere l'applicazione delle leggi nazionali. L'interesse generale imporrebbe quindi di limitare il diritto di stabilimento onde prevenire abusi di questo tipo.

Questo assunto mi suggerisce le osservazioni seguenti.

L'operazione descritta sopra è resa possibile dalla concomitanza del diritto, attribuito alle persone fisiche, di costituire una società in un altro stato membro e di quello, per le persone giuridiche comprese le società così costituite, di svolgere la loro attività mediante un'affiliata nel paese d'origine della persona fisica.

Anche se può parere paradossale, siffatta situazione è la conseguenza logica dei diritti garantiti dal trattato. Del resto essa contribuisce allo scopo per il quale è stata sancita la libertà di stabilimento nel trattato CEE: favorire la libera circolazione delle persone e, con ciò, la realizzazione di un mercato comune. In questo senso, rientra nell'ordine logico che il cittadino di uno stato membro

tragga vantaggio dall'elasticità del diritto britannico delle società e si avvalga di una ragione sociale anglosassone, a suo giudizio più attraente per la clientela.

Cionondimeno, anche se l'Associazione ha ammesso all'udienza che il rifiuto non era motivato da un eventuale tentativo di frode da parte dell'attore nella causa principale, non si può escludere che un'operazione come quella da questo intrapresa possa servire ad uno scopo fraudolento. Tuttavia la semplice possibilità di frode non può giustificare una restrizione generale del diritto di stabilimento delle persone fisiche o giuridiche. Non si può invece negare alle autorità nazionali il diritto, di volta in volta, di controllare se le società così costituite, lo siano state, come prescrive espressamente l'art. 58 CEE, a norma delle afferenti disposizioni di legge. Analogamente, esse possono controllare le loro attività per quel che riguarda le esigenze d'ordine pubblico. L'art. 56 CEE indica a questo proposito che le norme del trattato

« lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica ».

Con questi limiti, e per quanto legittimo possa essere il suo controllo, lo stato membro deve riservare alle società degli altri stati membri lo stesso trattamento, per la costituzione e l'attività, fatto alle società « nazionali ».

Senza dover quindi esaminare la seconda questione pregiudiziale sollevata dal Centrale Raad van Beroep, vi propongo di dichiarare che:

Il rifiuto di far fruire di un regime di tutela previdenziale, opposto all'amministratore di una società per il solo motivo che questa ha la sede in un altro stato membro, costituisce una restrizione della libertà di stabilimento, incompatibile con gli artt. 52 e 58 del trattato CEE.