

CORTE DI GIUSTIZIA Ce, sez. II, 8 giugno 2004, causa C-268/03; *De Baeck ./ Belgische Staat*, Pres. Rel. C. W. A. Timmermans

**Imposta sul reddito – Plusvalenze fuori dal regime d’impresa – Diritto di stabilimento
- Artt. 43 e 48 Trattato Ce – Libera circolazione dei capitali – Artt. 56 e 58
Trattato Ce – Discriminazione – Sussiste.**

Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a una disposizione legislativa nazionale che tassa le plusvalenze realizzate in occasione di cessione di partecipazioni sociali in favore di soggetti stabiliti in un altro Stato membro, prevedendo invece la non imponibilità di quelle realizzate in occasione di cessione di partecipazioni in favore di soggetti stabiliti nello stesso Stato membro del cedente quando quest’ultimo sia in grado di esercitare una certa influenza sulle decisioni del cessionario.

L’art. 56 CE osta a una disposizione legislativa nazionale come quella citata, qualora la partecipazione ceduta non sia tale da conferire al suo titolare una certa influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività. (1).*

1 Con ordinanza 13 giugno 2003, pervenuta in cancelleria il 19 giugno successivo, il Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, una questione pregiudiziale vertente sull’interpretazione degli artt. 43 CE, 46 CE, 48 CE, 56 CE e 58 CE.

2 La detta questione è stata sollevata nell’ambito di una controversia tra il sig. De Baeck e il Belgische Staat (Stato belga) in merito all’imposizione della plusvalenza realizzata in occasione della vendita da parte del sig. De Baeck di azioni di società belghe a una società francese.

Normativa nazionale

3 Nella versione in vigore all’epoca dei fatti della controversia principale, l’art. 67, n. 8, del codice belga delle imposte sui redditi 26 febbraio 1964 disponeva quanto segue:

«Entrate diverse (...) sono (...) le plusvalenze realizzate in occasione della cessione a titolo oneroso, al di fuori dell’esercizio di una delle attività professionali menzionate nell’art. 20, di azioni o di quote rappresentative di diritti societari in società, associazioni, istituzioni o enti di qualsiasi tipo che abbiano in Belgio la loro sede sociale, il loro stabilimento principale o la loro sede di gestione o amministrativa qualora, in caso di acquisizione delle azioni o delle quote a titolo non oneroso, in un momento qualsiasi nel quinquennio che precede la cessione, il cedente o il suo dante causa abbiano detenuto direttamente o indirettamente, da soli o assieme al coniuge, ai loro discendenti, ascendenti e affini fino al secondo grado, inclusi quelli del coniuge, più del 25% dei diritti nella società le cui azioni o quote sono state cedute».

4 L’art. 67 ter dello stesso codice così dispone:

«Le plusvalenze menzionate all’art. 67, n. 8, non sono imponibili qualora siano state realizzate in occasione della ripartizione del patrimonio sociale della società di cui costituiscono diritti societari, ovvero dell’acquisto da parte di tale società delle proprie azioni, ovvero della cessione delle azioni o quote a un residente nel Regno del Belgio assoggettato all’imposta sul reddito delle persone fisiche o a un non residente soggetto passivo dell’imposta applicabile ai non residenti o a un contribuente come definito dagli artt. 94, n. 1, e 136».

Controversia principale e questione pregiudiziale

5 Il giudice del rinvio afferma che, secondo l'amministrazione, nel 1989 il sig. De Baeck, agendo in proprio nome e per conto terzi, ha venduto a una società francese azioni delle società belghe appartenenti al gruppo Antverpia per un importo di BEF 1 705 000 000.

6 Poiché le azioni sono state vendute a una società straniera e la famiglia del sig. De Baeck ha detenuto una considerevole partecipazione nelle società belghe appartenenti al gruppo Antverpia, secondo l'amministrazione la plusvalenza realizzata era imponibile.

7 Secondo il giudice del rinvio, dalla normativa nazionale si evince che le plusvalenze non sono imponibili qualora le azioni o le quote vengano cedute a società, associazioni, istituzioni o enti belgi, mentre tali plusvalenze sono imponibili qualora le azioni o le quote vengano cedute a società, associazioni, istituzioni o enti esteri.

8 La detta normativa prevede pertanto un trattamento differenziato delle plusvalenze su azioni o quote a seconda del luogo di stabilimento della società, dell'associazione, dell'istituzione o dell'ente cessionario.

9 Poiché nutiva dubbi in merito alla conformità di una simile normativa al diritto comunitario, il Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se gli artt. 43 [CE], 46 [CE], 48 [CE], 56 [CE] e 58 CE ostino a una disposizione legislativa nazionale belga, come quella prevista dagli artt. 67, n. 8, e 67 ter del codice delle imposte sui redditi, nella sua versione del 1964, ai sensi della quale le plusvalenze realizzate in occasione della cessione a titolo oneroso, al di fuori dell'esercizio di un'attività professionale, su azioni o quote rappresentative di diritti societari in società, associazioni, istituzioni o enti belgi, sono imponibili, qualora la cessione avvenga a favore di società, associazioni, istituzioni o enti stranieri, mentre, nella stessa situazione, tali plusvalenze non sono imponibili qualora la cessione avvenga a favore di società, associazioni, istituzioni o enti belgi»

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni presentate alla Corte

10 Il sig. De Baeck propone di risolvere la questione pregiudiziale in senso affermativo. Richiamandosi, in particolare, alla sentenza 21 novembre 2002, causa C-436/00, X e Y (Racc. pag. I-10829), egli afferma che una norma come quella di cui trattasi nella causa principale costituisce una restrizione sia alla libertà di stabilimento sia alla libera circolazione dei capitali.

11 Infatti, una simile norma sarebbe tale da ostacolare il contribuente nell'esercizio del diritto conferitogli dall'art. 43 CE di esercitare le proprie attività per mezzo di una società in un altro Stato membro o di cedere azioni o quote ad una tale società nonché da dissuadere i residenti in uno Stato membro dal contrarre prestiti o dal fare investimenti in altri Stati membri. Il sig. De Baeck rileva che non esiste alcuna ragione che giustifichi le dette restrizioni.

12 La Commissione delle Comunità europee sostiene inoltre che una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale è incompatibile con il diritto comunitario. Facendo riferimento alle sentenze 13 aprile 2000, causa C-251/98, Baars (Racc. pag. I-2787), e X e Y, cit., essa osserva che occorre operare una distinzione tra la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.

13 Secondo la stessa, se la partecipazione del sig. De Baeck conferisce a quest'ultimo una certa influenza sulle decisioni della società e gli consente di indirizzarne le attività, la questione pregiudiziale dev'essere analizzata dal punto di vista della libertà di stabilimento. In caso contrario,

essa dovrebbe essere analizzata dal punto di vista della libera circolazione dei capitali. Spetterebbe al giudice del rinvio verificare quale delle due ipotesi corrisponda alla realtà.

14 Per quanto riguarda la libertà di stabilimento, la Commissione, riferendosi alla citata sentenza X e Y, fa valere che l'imposizione controversa nella causa principale rischia di avere un effetto deterrente sull'esercizio da parte di una società stabilita in un altro Stato membro del diritto conferitole dall'art. 43 CE di svolgere la propria attività in Belgio attraverso una società. Sarebbe infatti più interessante per il sig. De Baeck vendere la sua partecipazione ad un'impresa belga, poiché, in tal caso, egli non sarebbe debitore dell'imposta. Una simile disparità di trattamento costituirebbe una restrizione alla libertà di stabilimento.

15 Per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali, la Commissione, facendo ancora riferimento alla citata sentenza X e Y, osserva che la normativa nazionale in questione nella causa principale è tale da dissuadere i soggetti passivi dell'imposta belga sui redditi dal cedere azioni a società cessionarie stabilite in altri Stati membri. D'altra parte, la detta normativa limiterebbe altresì la libertà dei residenti in altri Stati membri di investire il loro capitale in alcune imprese belghe, poiché i detti residenti dovrebbero convincere il venditore belga a sceglierli come acquirenti, nonostante l'imposizione controversa. Essa costituirebbe, pertanto, una restrizione alla libera circolazione dei capitali ai sensi dell'art. 56 CE.

16 La Commissione osserva che il giudice del rinvio non menziona alcun elemento idoneo a giustificare le restrizioni individuate dalla stessa. Essa ritiene inoltre che non sussistano elementi tali da giustificarle.

Soluzione della Corte

17 Alla luce del fatto che la soluzione della questione sollevata può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, ai sensi dell'art. 104, n. 3, del suo regolamento di procedura, ha informato il giudice del rinvio che intendeva statuire con ordinanza motivata ed ha invitato gli interessati di cui all'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia a presentare le loro eventuali osservazioni in merito.

18 Solo il sig. De Baeck ha risposto all'invito della Corte indicando che la citata sentenza X e Y, a suo avviso, non era identica alla causa in esame, ma presentava analogie con la stessa. Egli si affida pertanto alla valutazione della Corte per determinare se, nel caso di specie, la soluzione possa essere desunta da tale sentenza. Egli ritiene che possa esserlo.

19 E' giurisprudenza costante che, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitarla nel rispetto del diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 11 dicembre 2003, causa C-364/01, Barbier, Racc. pag. I-0000, punto 56, e la giurisprudenza ivi citata).

20 Al punto 36 della citata sentenza X e Y, la Corte ha dichiarato che la privazione di un vantaggio fiscale che consiste nel rifiutare al cedente il beneficio di un differimento dell'imposta sulle plusvalenze realizzate sulle azioni cedute sottoprezzo, per il fatto che la società cessionaria nella quale il soggetto passivo detiene una partecipazione ha sede in un altro Stato membro, può avere un effetto deterrente sull'esercizio da parte dello stesso del diritto conferitogli dall'art. 43 CE di svolgere la propria attività in tale altro Stato membro attraverso una società.

21 La Corte ha rilevato che una simile disparità di trattamento costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento dei cittadini dello Stato membro interessato nonché, del resto, a quella dei cittadini di altri Stati membri che risiedono nel territorio del detto Stato membro, che detengono una partecipazione nel capitale di una società con sede in un altro Stato membro, purché, tuttavia, tale partecipazione conferisca loro una sicura influenza sulle decisioni della società e consenta loro di

indirizzarne le attività. Essa ha affermato che spetta al giudice del rinvio verificare se tale condizione sia soddisfatta nella causa principale (v. sentenza X e Y, cit., punto 37, e la giurisprudenza ivi citata).

22 Del resto, qualora, secondo le verifiche che devono essere svolte dal giudice del rinvio, l'art. 43 CE non si applichi alla luce del grado insufficiente della partecipazione del cedente nella società cessionaria con sede in un altro Stato membro, la privazione di un vantaggio fiscale è idonea a dissuadere i soggetti passivi dell'imposta sulle plusvalenze dal cedere sottoprezzo azioni a società cessionarie stabilite in altri Stati membri nelle quali essi detengono, direttamente o indirettamente, una partecipazione e, pertanto, costituisce per tali soggetti passivi una restrizione alla libera circolazione dei capitali, ai sensi dell'art. 56 CE (v. sentenza X e Y, cit., punto 70, e la giurisprudenza ivi citata).

23 E' pacifico che, nella causa principale, le plusvalenze non sono imponibili qualora le azioni o le quote vengano cedute a società, associazioni, istituzioni o enti belgi, mentre le stesse sono imponibili qualora le azioni o le quote vengano cedute a società, associazioni, istituzioni o enti stabiliti in un altro Stato membro.

24 Orbene, la privazione del vantaggio fiscale, in tal caso, è ancora più marcata che nella citata causa X e Y, in cui la detta privazione consisteva nel rifiutare al cedente il beneficio di un differimento dell'imposta, provocandogli quindi uno svantaggio in termini di liquidità (v. sentenza X e Y, cit., punto 36). La normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, infatti, ha come conseguenza che il cedente che cede le sue quote ad una società stabilita in un altro Stato membro subisce un'imposizione sulle plusvalenze realizzate, imposizione che il cedente che cede le sue quote ad una società belga non subisce.

25 Si può quindi dedurre chiaramente dalla citata sentenza X e Y che la disparità di trattamento attuata dalla disposizione nazionale di cui trattasi nella causa principale a scapito del contribuente che cede azioni o quote a società, associazioni, istituzioni o enti stabiliti in un altro Stato membro costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento. Infatti, rendendo la cessione delle azioni o quote in questione a cessionari stabiliti in un altro Stato membro meno attraente, l'esercizio da parte di questi ultimi del loro diritto di stabilimento rischia di essere limitato, purché la partecipazione ceduta conferisca al suo titolare una certa influenza sulle decisioni della società e gli consenta di indirizzarne le attività. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale condizione sia soddisfatta nella causa principale.

26 Qualora ciò non avvenga, si deve rilevare che la disparità di trattamento attuata dalla disposizione nazionale di cui trattasi nella causa principale costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali ai sensi dell'art. 56 CE, in quanto la cessione delle azioni o quote in questione ad un cessionario stabilito in un altro Stato membro è resa meno attraente.

27 Poiché nessun elemento idoneo a giustificare le restrizioni di cui sopra è stato comunicato alla Corte, non occorre esaminare se queste ultime perseguano un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato CE e se siano giustificate da ragioni imperative di interesse generale.

28 La questione sollevata dev'essere pertanto risolta come segue:

– gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a una disposizione legislativa nazionale, come quella prevista dagli artt. 67, n. 8, e 67 ter del codice belga delle imposte sui redditi, nella versione in vigore all'epoca dei fatti di cui alla causa principale, ai sensi della quale le plusvalenze realizzate in occasione della cessione a titolo oneroso, al di fuori dell'esercizio di un'attività professionale, su azioni o quote rappresentative di diritti societari in società, associazioni, istituzioni o enti, sono imponibili, qualora la cessione avvenga a favore di società, associazioni, istituzioni o enti stabiliti in un altro Stato membro, mentre, nella stessa situazione, tali plusvalenze non sono imponibili qualora la cessione

avvenga a favore di società, associazioni, istituzioni o enti belgi, purché la partecipazione ceduta conferisca al suo titolare una certa influenza sulle decisioni della società e gli consenta di indirizzarne le attività.

– l'art. 56 CE osta a una disposizione legislativa nazionale come quella succitata, qualora la partecipazione ceduta non sia tale da conferire al suo titolare una certa influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività.

Sulle spese

29 Le spese sostenute dalla Commissione, che ha presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi

LA CORTE (Seconda Sezione)

pronunciandosi sulla questione sottoposta dal Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, con sentenza 13 giugno 2003, dichiara:

1) Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a una disposizione legislativa nazionale, come quella prevista dagli artt. 67, n. 8, e 67 ter del codice belga delle imposte sui redditi, nella versione in vigore all'epoca dei fatti di cui alla causa principale, ai sensi della quale le plusvalenze realizzate in occasione della cessione a titolo oneroso, al di fuori dell'esercizio di un'attività professionale, su azioni o quote rappresentative di diritti societari in società, associazioni, istituzioni o enti, sono imponibili, qualora la cessione avvenga a favore di società, associazioni, istituzioni o enti stabiliti in un altro Stato membro, mentre, nella stessa situazione, tali plusvalenze non sono imponibili qualora la cessione avvenga a favore di società, associazioni, istituzioni o enti belgi, purché la partecipazione ceduta conferisca al suo titolare una certa influenza sulle decisioni della società e gli consenta di indirizzarne le attività.

L'art. 56 CE osta a una disposizione legislativa nazionale come quella succitata, qualora la partecipazione ceduta non sia tale da conferire al suo titolare una certa influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività.

Lussemburgo, 8 giugno 2004

(1) Tassazione dei capital gains: un'ordinanza lascia irrisolto il rapporto tra la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** Brevi considerazioni di diritto processuale comunitario. – **3.** (continua): l'influenza del precedente X e Y. – **4.** I capital gains e le libertà fondamentali. – **5.** La participation exemption in Italia. – **6.** Conclusioni.

1. Premessa. – Con ordinanza motivata depositata l'8 giugno 2004 la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha statuito che contrastano con il principio della

libertà di stabilimento, di cui agli artt. 43 e 48 del Trattato CE, alcune norme dell'ordinamento tributario belga in materia di tassazione delle plusvalenze.

In particolare, le norme poste al vaglio di legittimità della Corte prevedevano l'imponibilità delle plusvalenze realizzate in occasione della cessione a titolo oneroso, al di fuori dell'esercizio di un'attività professionale, su azioni o quote rappresentative di diritti societari in società, associazioni, istituzioni o enti, in ipotesi di cessione a favore di società, associazioni, istituzioni o enti stabiliti in altro stato membro, mentre, nella stessa situazione, tali plusvalenze non erano imponibili qualora la cessione fosse avvenuta a favore di società, associazioni, istituzioni o enti belgi, purché la partecipazione ceduta conferisse al suo titolare una certa influenza sulle decisioni della società e gli consentisse di indirizzarne le attività.

La Corte ha, inoltre, statuito che nell'ipotesi in cui il soggetto cedente non abbia una partecipazione tale da conferire al titolare una certa influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzare le attività, le stesse norme già ritenute illegittime in base al precedente motivo lo sarebbero, comunque - e sulla base degli stessi presupposti, eccezion fatta, si ritiene, per l'entità della partecipazione in grado di conferire una certa influenza - per contrasto al principio di libera circolazione dei capitali di cui all'art. 56 del Trattato CE.

La questione pregiudiziale sottoposta alla analisi della Corte riguarda la vicenda di un cittadino belga (il sig. De Baeck) che aveva realizzato una plusvalenza sulla cessione di un pacchetto azionario di una società belga ceduto a una società francese. All'epoca dei fatti la normativa belga¹ prevedeva che le plusvalenze realizzate a fronte della cessione a titolo oneroso di partecipazioni non fossero imponibili se:

- realizzate da parte di soggetti cedenti che hanno direttamente o indirettamente detenuto, nel quinquennio precedente la cessione, più del 25% dei diritti nella società le cui azioni o quote sono cedute;

- realizzate dalla cessione a soggetti residenti in Belgio o soggetti passivi d'imposta in Belgio.

Considerato che le azioni cedute dal Sig. De Baeck venivano cedute ad una società straniera (*rectius*, non residente), l'amministrazione belga riteneva la plusvalenza realizzata un componente di reddito imponibile.

2. Brevi considerazioni di diritto processuale comunitario.

Nei paesi in cui la tradizione della funzione giudicante affonda le sue radici nel mondo del diritto romano, i regolamenti di procedura degli organi giurisdizionali prevedono generalmente strumenti deflativi dei carichi pendenti al fine di razionalizzare l'attività giudiziale e di rendere più spedita la conclusione dei procedimenti². Il regolamento di procedura della Corte di Giustizia Europea in questo non rappresenta un'eccezione. L'adozione di misure volte a ridurre la

¹ Gli artt. 67 (8) e 67 ter del "Code belge des impôts sur les revenus" del 26 febbraio 1964 (Codice belga delle imposte sui redditi, in seguito CIR).

² L'esistenza di strumenti processuali alternativi al procedimento ordinario volti ad una più celere definizione dei casi trova conferma, infatti, sin dal tempo del *corpus iuris* di Giustiniano.

tempistica dei processi è necessaria tanto più se l'organo adito funge da catalizzatore delle istanze di tutti i paesi membri dell'Unione Europea. E' fuori dubbio, infatti, che un eccessivo ricorso alle interpretazioni e pronunzie di detto organo comporterebbero un intasamento dell'attività dello stesso qualora non fossero disponibili strumenti – come nel caso dell'ordinanza - volti ad impedire il ricorso all'iter del procedimento ordinario almeno in quei casi in cui la soluzione è sufficientemente chiara e consente di evitare la normale istruzione del giudizio che si conclude con sentenza.

Lo strumento dell'ordinanza in quest'ottica, sul presupposto della ricorrenza di determinati requisiti per la sua adozione, rappresenta un mezzo idoneo per l'esternazione di un convincimento della Corte in un breve lasso di tempo ed è il mezzo attraverso il quale la Corte ha espresso il suo orientamento sul caso De Baeck così come in altre occasioni, in precedenza, su questioni di legittimità in tema di imposte dirette.³ In base all'art. 104 del regolamento di procedura, l'ordinanza viene adottata dalla Corte “qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o qualora la soluzione della questione non dia adito a dubbi ragionevoli”.

Il caso De Baeck presenta evidenti tratti di comunanza con il precedente su cui la Corte di Giustizia si era espressa nel Novembre 2002, il caso X e Y⁴. Malgrado le circostanze di fatto tra i due procedimenti non siano identiche - come ha avuto modo di rilevare anche il Sig. De Baeck nella sua risposta all'invito di presentare osservazioni⁵ - la Corte, in considerazione del fatto che la soluzione della questione sollevata, comunque, “potesse essere chiaramente desunta dalla precedente giurisprudenza”⁶, ha rinvenuto i presupposti necessari e sufficienti per decidere il caso con ordinanza⁷. Tale opinione motivata nell'ordinanza⁸, suscita comunque, alcuni dubbi interpretativi meritevoli di menzione nel commento che segue, con particolare riferimento alle due diverse libertà fondamentali oggetto di comune indagine nei due casi X e Y e De Baeck: la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.

3. (continua): l'influenza del precedente X e Y.

Il precedente X e Y costituisce un punto di riferimento interessante nel panorama delle sentenze della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette, non soltanto per i suoi effetti su quello in commento, quanto piuttosto per il fatto di analizzare le problematiche fiscali relative al trattamento dei capital gains in ipotesi di cessioni transfrontaliere o di cessioni nazionali che coinvolgevano anche soggetti non residenti.

Brevemente se ne riassumono gli aspetti salienti.

³ A puro titolo esemplificativo in tema di imposte dirette cfr. le cause C-279/99, C-293/99 e C-431/01.

⁴ CGCE, sentenza 21.11.2002, causa C-436/00, X e Y ./.. *Riksskatteverket*.

⁵ Cfr. para. 18 dell'ordinanza.

⁶ Cfr. para. 17 dell'ordinanza.

⁷ La lettura dell'articolo 104 (3) del regolamento di procedura e il Caso De Baeck lasciano presumere una certa discrezionalità della Corte nell'individuazione degli elementi che devono ricorrere affinché il caso possa essere deciso sulla base di un precedente.

⁸ Cfr. para. 25.

La normativa svedese sottoposta al vaglio di legittimità della Corte nel caso X e Y riguardava la disciplina delle cessioni di partecipazioni. In particolare, l'ipotesi prospettata dal giudice di rinvio si riferiva alla cessione di un pacchetto azionario in una società residente in Svezia detenuto da parte di due soci persone fisiche, anch'essi residenti in Svezia. Tali soggetti non potevano beneficiare del differimento impositivo sulla plusvalenza realizzata, in quanto la normativa svedese lo aveva esplicitamente escluso. Due delle tre fattispecie di esclusione previste dalla normativa svedese rilevano ai fini della presente analisi: i) la cessione in favore di persona giuridica straniera nella quale il cedente deteneva direttamente o indirettamente una partecipazione e ii) la cessione venisse effettuata in favore di una società per azioni svedese nella quale una persona giuridica straniera deteneva, direttamente o indirettamente, una partecipazione. In entrambe le ipotesi, per la Corte di Giustizia si realizzava una fattispecie di discriminazione incompatibile con il Trattato CE.

Per comprendere le ragioni per cui la Corte ha statuito sul caso De Baeck con ordinanza occorre fare luce sui possibili punti di contatto con il precedente X e Y.

La fattispecie in commento potrebbe in parte ritenersi simile alla prima ipotesi di esclusione prevista dalla normativa svedese ed analizzata dalla Corte nel caso X e Y. Lo stesso signor De Baeck, nelle proprie osservazioni, aveva evidenziato significative differenze rispetto a questa ipotesi.

A ben guardare, una più attenta analisi dei casi permette di rilevare tre significative divergenze.

In entrambi i casi i contribuenti reclamano la mancata applicazione di un regime fiscale favorevole causato da un trattamento discriminatorio derivante dall'applicazione delle norme tributarie nazionali. Tuttavia, mentre nel caso De Baeck la normativa belga dispone l'esenzione, in quello X e Y quella svedese prevedeva un semplice differimento.

In secondo luogo, nel caso De Baeck la società cessionaria non residente (francese) non è direttamente posseduta dal cedente; diversamente in X e Y, la società non residente che entra in gioco nella catena di partecipazioni del soggetto cessionario è posseduta dai cedenti.

Infine, mentre nel caso X e Y, il cessionario era residente nello stesso Paese dei cedenti, pur se controllato da questi ultimi per il tramite di un soggetto non residente, in De Baeck la cessione è verso un non residente.

Le differenze fattuali appena descritte con riferimento alla residenza dei soggetti cessionari e al complesso dei soggetti coinvolti insieme ai contribuenti nel caso De Baeck e in quello X e Y richiedono, preliminarmente, un'indagine volta a comprendere le ragioni per cui la decisione di quest'ultimo caso si riveli, comunque, sufficientemente chiara, al punto da venire richiamata dalla Corte nell'ordinanza De Baeck.

La ragione di tale convincimento espresso dalla Corte nel caso De Baeck va rinvenuta, a parere di chi scrive, nel fatto che nel caso X e Y, malgrado le doglianze dei cedenti svedesi riguardassero un'ipotesi di disparità di trattamento derivante da un regime fiscale meno favorevole riservato ai casi di cessione a un soggetto residente (nel quale il cedente stesso aveva una partecipazione per il tramite di un soggetto non residente), la Corte non mancava l'occasione di esprimersi, altresì, sull'illegittimità dell'altra ipotesi citata e ugualmente prevista dalla norma, quella relativa al trattamento fiscale differenziato in ragione di una

cessione di partecipazione a soggetto non residente. Orbene, tale regime di minor favore nei casi di cessioni a soggetti non residenti, su cui già si appuntano gli strali della Corte di Giustizia in X e Y, è lo stesso, *mutatis mutandis*, che risulta applicabile anche nel caso De Baeck⁹. La casistica a cui è astrattamente estendibile la portata della decisione del caso X e Y è di tale ampiezza da far ritenere i principi espressi nel caso stesso quale vero e proprio orientamento di riferimento della Corte di Giustizia in tema di capital gains la cui incisività e i cui effetti sono già evidenti nel caso De Baeck.

4. *I capital gains e le libertà fondamentali.*

Un aspetto comune ad entrambe i casi in commento è (cfr. supra parag. 2) quello relativo all'analisi congiunta delle due libertà fondamentali che si assumono lese dalle normative nazionali poste al vaglio di legittimità della Corte di Giustizia: la libertà di stabilimento disciplinata agli articoli 43, 46 e 48 e la libera circolazione di capitali disciplinata agli articoli 56 e 58 del Trattato CE.

Sia in De Baeck che in X e Y, infatti, i giudici del rinvio chiedono alla Corte se le normative nazionali che applicano un trattamento fiscale diverso per il soggetto cedente in ragione della diversa natura del soggetto cessionario siano in contrasto con le due libertà fondamentali previste dal Trattato.

Ad un attento esame delle norme del Trattato CE e della giurisprudenza della Corte di Giustizia il fatto che la libertà di stabilimento e quella relativa alla circolazione di capitali siano esaminate insieme non deve ritenersi singolare, come si cercherà di dimostrare.

Prima di affrontare l'esegesi delle norme che concernono queste due libertà, tuttavia, occorre effettuare alcune premesse.

Vengono inizialmente analizzate le norme previste dal Trattato CE che delineano il contesto delle c.d. libertà fondamentali, successivamente si procede a delineare, seppur per cenni, l'impatto dell'evoluzione delle sentenze della Corte di Giustizia sul principio di non-discriminazione per poi evidenziare l'interazione tra queste premesse e le conclusioni raggiunte dalla Corte sul rapporto tra la normativa in tema di plusvalenze e le due libertà di stabilimento e circolazione dei capitali nei due casi X e Y e De Baeck.

L'istituzione e il funzionamento di un mercato unico richiedono il rispetto di alcune regole fondamentali tipizzate dalla "normativa primaria comunitaria" (il Trattato) e l'integrazione e armonizzazione delle diverse normative degli stati membri attraverso la "normativa comunitaria secondaria" (le Direttive), che in tema di circolazione di capitali assume particolare rilevanza¹⁰.

I principi fondamentali delineati nella Parte Prima del Trattato CE per il raggiungimento degli obiettivi del mercato unico e dell'unione economica e monetaria richiedono l'abolizione tra gli stati membri di tutti gli ostacoli alla libertà di movimento di beni, persone, servizi e capitali (Art. 2 e 3 Trattato CE).

⁹ Cfr. para. 24 dell'ordinanza.

¹⁰ Cfr. Direttiva 88/361/EEC. Tale direttiva, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. sentenza 16.6.1999, causa C-222/97, *Trummer och Mayer*) costituisce un punto di riferimento determinante per dare una definizione del concetto di "capitale" in assenza di una tale definizione nel Trattato.

Si tratta delle c.d. quattro libertà fondamentali, che introducono due diritti basilari dell'ordinamento comunitario: i) il diritto di libero accesso al mercato in termini di libera circolazione e ii) il diritto di uguaglianza di trattamento sul mercato in termini di divieto di discriminazione sulla base della nazionalità¹¹.

Il secondo dei diritti citati introduce il c.d. principio di non discriminazione, espressamente disciplinato nel Trattato CE all'art. 12, ove si fa riferimento ad un generalizzato divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Come più volte notato in dottrina¹², ed in base all'interpretazione letterale dello stesso articolo 12, che fa salve le altre norme speciali del Trattato, sul principio generale di non discriminazione in base alla nazionalità prevalgono le norme di carattere speciale (tra le quali includiamo quelle degli art. 43-48 e 56-58) del Trattato. Conseguentemente, se si guarda all'interpretazione delle quattro libertà fondamentali fornita dalla Corte di Giustizia nei casi discussi in tema di imposte dirette, è possibile notare che il principio di non discriminazione, analizzato nell'ambito delle norme speciali richiamate di volta in volta dal giudice del rinvio, abbandona come elemento essenziale di paragone il riferimento espresso o diretto alla sola nazionalità. Ricorre, infatti, un utilizzo di altri elementi di paragone (si pensi alla residenza dei soggetti creditori o cessionari, come nel caso De Baeck), la cui finalità è pur sempre di verifica della sussistenza di un trattamento di tipo discriminatorio e il cui effetto ha contribuito a creare un concetto di non discriminazione c.d. indiretta¹³ poiché riferita di fatto a detti elementi piuttosto che al concetto di nazionalità¹⁴.

L'evoluzione delle pronunzie della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette consente un'ulteriore riflessione rilevante ai fini dei due casi analizzati. Tale riflessione scaturisce dal fatto che il susseguirsi di pronunzie della Corte in tema di imposte dirette ha consentito di individuare un ampliamento delle possibilità di applicazione del principio di non-discriminazione.

Infatti, uno degli aspetti da determinarsi, in una prima fase dell'exkursus storico dei casi trattati dalla Corte di Giustizia, era se il perimetro di applicazione del principio di non discriminazione estendesse la sua portata allo "stato dell'origine" oltre che allo "stato dell'investimento". In altri termini, il quesito aperto in passato era se la possibilità dell'applicazione del divieto di discriminazione visto dalla prospettiva dello stato dove l'attività o l'investimento veniva effettuato dal non-residente (c.d. *inbound perspective*, che qui definiamo come "stato dell'investimento") si potesse estendere alla prospettiva dello stato da cui l'investimento del soggetto residente si sarebbe mosso (c.d. *outbound perspective*, che qui definiamo come "stato dell'origine"). Ebbene, mentre le sentenze della Corte in un primo momento si sono espresse sul divieto di

¹¹ Per un approfondimento di questi temi v. Terra, B.J.M., Wattel, P.J., *European Tax Law*, Deventer, 2001, 30 e ss.

¹² Cfr. Hinnekens, L., *The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States direct taxation*, in *EC Tax Review*, 2002-3, 112 e ss.

¹³ Per il concetto di non discriminazione indiretta cfr. CGCE Causa C-152/73 *Sotgiu v Deutsche Bundespost* [1974] ECR I 53, para 11. Si riporta nel seguito il contenuto rilevante della sentenza: "Il principio della parità di trattamento, ... vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento pervenga al medesimo risultato. ... criteri basati sul luogo d'origine o sulla residenza di un lavoratore possono, in determinate circostanze, avere gli stessi effetti pratici della discriminazione proibita dal trattato".

¹⁴ CGCE sentenza 8.5.1990, causa C-175/88, *Klaus Biehl v. Administration des Contribution du Grand-Duché de Luxembourg*, para. 12.

discriminazione in una prospettiva *inbound*, in seguito, la Corte ha espressamente accettato una prospettiva *outbound* ove richiesta dal caso ad essa prospettato¹⁵, ed è altresì giunta ad affiancare ad un approccio basato sulla non discriminazione un ben più ampio approccio, basato sul concetto del divieto di restrizione e sulla necessità del rispetto di un principio di proporzionalità.

L'applicazione di un approccio di non restrizione e del principio di proporzionalità hanno portato più volte la Corte a dichiarare illegittime le norme degli Stati Membri perché ostacolavano o rendevano meno favorevole la libera circolazione di persone e capitali e perché le misure contestate non erano idonee o appropriate per il raggiungimento del loro scopo andando ben oltre i mezzi necessari per il suo raggiungimento¹⁶.

Quando si considerano alcuni di questi approcci (i.e., prospettiva *outbound* e principio di non restrizione), tuttavia, è necessario sgombrare il campo da qualsiasi forma di incertezza, ed in particolare, è lecito dubitare dell'esistenza di una chiara linea di demarcazione tra le casistiche in cui la Corte applicherebbe un approccio di non restrizione o uno di non discriminazione. Le non facili letture e interpretazioni delle norme relative alle libertà fondamentali del Trattato forniteci dalla Corte, infatti, sono rese ostiche dall'utilizzo di terminologie non sempre coerenti e spesso nuove.

Le considerazioni sin qui svolte e queste premesse sulla “discriminazione indiretta”, prospettive “inbound o outbound” e sulla “non-discriminazione o restrizione” sono verificabili in entrambe i casi oggetto della presente analisi. Infatti, sia nell'ordinanza De Baeck, sia nel precedente X e Y è possibile accertare una forma di discriminazione indiretta - basata sulla diversità di trattamento fiscale del soggetto cedente in relazione alla diversa natura del soggetto cessionario (residente o non residente), che solo indirettamente potrebbe incidere sull'elemento della nazionalità – ma anche un approccio focalizzato, almeno in parte,¹⁷ sullo “stato di origine” e sulla prospettiva *outbound*. La restrizione ad investire *outbound*, infatti, si verificherebbe nei confronti dei soggetti cedenti residenti, i quali, dopo aver esercitato la loro libertà di stabilimento acquistando partecipazioni idonee a conferire una certa influenza¹⁸ in soggetti non residenti, verrebbero poi tassati meno favorevolmente in caso di successiva cessione (non esenti in De Baeck e senza differimento in X e Y), rispetto all'ipotesi di un investimento nel loro stato di residenza e successiva cessione a soggetto residente. Infine, per comprendere le difficoltà di trovare una linea di demarcazione tra i diversi approcci ricordati o per prevedere ex ante quale potrebbe essere il ragionamento adottato

¹⁵ CGCE sentenza 16.7.1998, causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) ./. Kenneth Hall Colmer*; sentenza 12.4.2000, causa C-251/98, *C. Baars v. Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*; causa X e Y, cit. supra nota 4; sentenza 14.12.2000, causa C-141/99, *AMID v Belgische Staat*; sentenza 18.9.2003, causa C-168/01, *Bosal Holding ./. Staatssecretaris van Financiën*.

¹⁶ Cfr., tra gli altri, per un approccio di non restrizione, le sentenze 12.12.2002, causa C-385/00, *De Groot*; 3.10.2002, causa C-136/00, *Danner*; 26.6.2003, causa C-422/01, *Skandia*; 6.6.2000, causa C-35/98, *Verkooijen*; 27.6.1996, causa C-107/94, *Asscher*. Cfr. altresì, Lyal, R., *Non-discrimination and direct tax in Community law*, in EC Tax Review, 2003/2, 68 e ss.

¹⁷ Entrambe i casi consentirebbero l'applicazione di tutte e due le prospettive *outbound* ed *inbound*. Seguendo gli orientamenti sin ora espressi dalla Corte, infatti, alla “restrizione” operante nei confronti del soggetto cedente - qualora il cessionario sia non residente o residente ma controllato da non residente - potrebbe aggiungersi la restrizione operante nei confronti delle società non residenti la cui raccolta di capitali nello stato membro del soggetto cedente verrebbe di fatto ostacolata dal trattamento meno favorevole riservato alle cessioni a soggetti non residenti.

¹⁸ Sul concetto di “certa influenza” vedi oltre.

dalla Corte nel risolvere questa tipologia di casi, basti pensare che il potere di “dissuadere”¹⁹ dall’investimento all’estero, derivante dal trattamento sfavorevole riservato agli investitori del Belgio dalla normativa contestata nell’ordinanza in commento, potrebbe consentire anche un diverso ragionamento secondo una prospettiva *inbound* o dello stato d’investimento, come altre volte la Corte stessa ha evidenziato²⁰. Secondo tale prospettiva le disposizioni dell’ordinamento belga vagliate dalla Corte avrebbero anche un effetto restrittivo nei riguardi delle società stabilite in altri Stati Membri, in quanto costituirebbero nei loro confronti, un ostacolo alla raccolta di capitali in Belgio. Tale ostacolo deriverebbe dalle difficoltà di smobilizzo dell’investimento legate al diverso regime dei capital gains per cessioni a soggetti residenti e a non-residenti.

Fatte tali necessarie premesse, occorre adesso concentrarsi sulla relazione tra le due libertà fondamentali (di stabilimento e di circolazione dei capitali) analizzate dalla Corte di Giustizia con riferimento ai casi di plusvalenze derivanti da cessioni di partecipazioni sollevati dai giudici del rinvio nei precedenti oggetto di questa analisi.

In assenza di una definizione del concetto di capitale all’interno del Trattato CE, la nomenclatura contenuta nella Direttiva 88/361/CEE²¹ suggerisce una definizione di capitale sufficientemente ampia e tale da potervi ricomprendere anche gli investimenti diretti all’acquisto di partecipazioni o allo svolgimento dell’attività economica mediante la forma di una stabile organizzazione²². E’ evidente allora che sussistono profili di sovrapposizione tra l’ambito applicativo delle due libertà fondamentali di stabilimento e di circolazione dei capitali²³, dato che sia per la libertà di stabilimento agli articoli 43 e 48 e per la libera circolazione dei capitali agli articoli 56 e 58 si tutelerebbero gli investimenti in partecipazioni, presupposto necessario per la realizzazione di un capital gain derivante dalla loro circolazione. L’analisi congiunta dei due gruppi di norme disciplinanti le due libertà è peraltro suggerita dallo stesso rinvio incrociato che le norme stesse consentono reciprocamente. Infatti, l’art. 43, al secondo paragrafo, in tema di libertà di stabilimento prevede un diritto di intraprendere e proseguire attività d’impresa in uno stato membro alle stesse condizioni dettate dalla legge di detto stato per le proprie imprese e nel rispetto dei principi espressi nella sezione (capitolo IV° del titolo 3°) del trattato relativa alla “libera circolazione dei capitali”. Allo stesso modo, l’art. 58, al secondo paragrafo, prevede che i principi normativi espressi all’art. 56 in tema di libera circolazione dei capitali²⁴ non possono essere di pregiudizio alle restrizioni ammesse dal trattato in tema di “libertà di stabilimento”. Sulla motivazione di questi richiami incrociati degli articoli citati si è più volte interrogata la dottrina adducendo diverse

¹⁹ L’utilizzo di termini quali ad es. “ostacolare, dissuadere” è particolarmente ricorrente nelle decisioni della Corte di Giustizia legate alla approccio di non-restrizione.

²⁰ Cfr. Verkooijen para. 35

²¹ Cfr. supra nota 10.

²² In tal senso cfr. Stahl. K., *Free movement of capital between Member States and third countries*, in EC Tax Review, 2004-2, 44 e ss.

²³ Per approfondimenti sul rapporto tra le due libertà in analisi cfr. Pistone, P., *The impact of Community Law on Tax Treaties*, Londra-L’Aja-Boston, 2002, 27 e ss.

²⁴ L’art. 56 proibisce espressamente ogni restrizione al movimento di capitali tra Stati Membri e tra Stati Membri e paesi terzi.

interpretazioni²⁵, ma ciò che più interessa notare ai fini della presente analisi è che la Corte non si è mai pronunciata sul punto. Sulla base della casistica giurisprudenziale è possibile affermare che un'analisi di entrambe le libertà si è resa necessaria, innanzitutto, da una richiesta formulata in tal senso²⁶ e poi ogni qualvolta il giudice del rinvio abbia ravvisato gli estremi per ritenere ristretta o trattata in maniera discriminatoria la posizione di soggetti residenti che esercitando la loro libertà di stabilimento si trovavano a subire un diverso trattamento in ragione dei loro capitali investiti. Questi casi²⁷ hanno semplicemente dimostrato che la Corte - così come avvenuto in X e Y - più che curarsi del rapporto tra le due libertà fondamentali, considera necessario che non vi siano disparità di trattamento o restrizioni che possano pregiudicare i diritti scaturenti da entrambe le libertà. L'esercizio del diritto di stabilirsi in altro stato membro richiede l'investimento di capitali; è chiaro allora che entrambe le libertà vadano considerate. Inoltre, dall'analisi della casistica considerata²⁸, la Corte sembra accettare la distinzione tra le due libertà basandosi su una linea di demarcazione derivante dal concetto di "sicura o certa influenza"²⁹ esercitata dal soggetto che ha effettuato l'investimento e di fatto utilizzato il capitale. In altri termini affinché venga in rilievo nell'analisi della Corte la libertà di stabilimento (art. 43 e 48) è necessario che l'investimento di capitale fatto dal soggetto di uno Stato Membro conferisca allo stesso il potere decisionale o gestionale sulla società di cui risulti azionista. Qualora, invece, l'investimento non consenta il raggiungimento di una posizione di "certa influenza" per l'investitore sembra che l'unica libertà fondamentale oggetto di tutela da parte della Corte potrebbe essere quella di libera circolazione dei capitali.

In merito al presupposto per l'esercizio di una "certa influenza"³⁰, infine, occorre rilevare che dato il peso di tale elemento nell'esame delle libertà fondamentali da investigare, la Corte avrebbe potuto dare maggiori delucidazioni nell'ordinanza De Baeck per ultima e precedentemente negli altri casi che hanno presentato la stessa problematica³¹, sul significato esatto di tale locuzione. Tale necessità deriva, altresì, dal fatto che le direttive che fanno riferimento a delle soglie di partecipazione per l'applicazione di regimi più favorevoli di trattamento fiscale (i.e., interessi e royalties e madre-figlia)³², introducendo per questi flussi finanziari delle soglie in grado di distinguere tra regimi diversi di favore (analogamente a quanto avviene con riferimento al concetto di "certa influenza"), non includono nell'ambito oggettivo di applicazione le ipotesi di cessione di partecipazione e realizzo di capital gains.

5. *La participation exemption in Italia.*

²⁵ Cfr. supra nota 22 Stahl, K., *cit.* e ancora Sedlaczek, M., *Capital and Payments: The prohibition of Discrimination and Restrictions*, in *European Taxation*, 2000, 14 e ss.

²⁶ La Corte non potrebbe infatti andare legittimamente oltre il "petitum" del giudizio.

²⁷ Cfr. C-251/98, Baars e C-35/98, Verkooijen.

²⁸ Cfr. Baars, para. da 21 a 30.

²⁹ Il c.d. investimento diretto.

³⁰ Cfr. De Baeck, para. 13.

³¹ Cfr. X e Y, Baars, Verkooijen.

³² Direttive 2003/49/CE e 90/435/CEE.

La riforma fiscale entrata in vigore l'1.1.2004 ha introdotto, tra le novità di rilievo, un regime di esenzione – ove ricorrano tutti i requisiti richiesti dalla nuova disciplina - per i capital gains derivanti da cessione di partecipazioni, la c.d. *participation exemption*. Trascurando in questa sede gli aspetti relativi alla *participation exemption* per le società di capitali³³, si analizzano gli aspetti di questo regime con riferimento ai capital gains generati da cessioni effettuate da persone fisiche, così come avvenuto nel caso De Baeck.

Il regime di esenzione, previsto per le plusvalenze realizzate da persone fisiche al di fuori dell'esercizio di attività di impresa, prevede uno scostamento dal previgente regime di tassazione dei relativi capital gains. Le plusvalenze realizzate, adesso, malgrado mantengano la natura di reddito diverso data la cessione al di fuori del regime d'impresa, qualora siano derivanti da cessione di partecipazioni c.d. qualificate³⁴, concorrono alla determinazione del reddito nella misura del 40%³⁵ e sono attratte nell'ambito dell'imposizione progressiva allo scaglione marginale del singolo soggetto cedente. Ove, invece, le plusvalenze realizzate al di fuori del regime di impresa siano il frutto della cessione di partecipazioni non qualificate, esse concorrono per intero a formare il reddito del soggetto cedente e sulle stesse si applica un'imposta sostitutiva nella misura del 12,50%³⁶.

Come di recente segnalato³⁷, è possibile identificare alcuni elementi di incompatibilità con il diritto comunitario per quanto concerne il regime di *participation exemption* introdotto in Italia e derivante da cessione di partecipazioni effettuate da soggetti IRES. In particolare, le cessioni effettuate da soggetti non-residenti godrebbero - in mancanza di una stabile organizzazione in Italia - di un regime meno favorevole rispetto alla cessione effettuata da soggetti residenti alle stesse altre condizioni richieste per l'applicazione del regime di esenzione dall'art. 87 TUIR. Nel primo caso si potrebbe godere di una parziale esenzione al 60% mentre nel secondo l'esenzione sarebbe totale.

Non pare vi siano elementi di contrasto per quel che riguarda, invece, i soggetti IRE ed in particolare, per le cessioni effettuate al di fuori del regime d'impresa oggetto di analisi in questa nota. Un trattamento di tipo discriminatorio caratterizzato dall'applicazione di uno stesso regime in ipotesi diverse o dall'applicazione di regimi diversi in ipotesi uguali³⁸ è stato accuratamente evitato dal legislatore almeno per quanto concerne la disciplina della *participation*

³³ Per un'analisi dei profili di compatibilità con il diritto comunitario della normativa domestica in tema di plusvalenze realizzate da società cfr. Pizzitola, G., *Plusvalenze esenti e società estere prive di stabile organizzazione in Italia – cenni sui profili di illegittimità comunitaria e pattizia*, in Dialoghi di diritto tributario 2004/2, pag. 273 et seq..

³⁴ L'art. 67 del nuovo TUIR (ex art. 81), definisce le c.d. "partecipazioni qualificate", ritenendo tali quelle "partecipazioni, diritti o titoli che rappresentino, complessivamente una percentuale di diritti di voto o di partecipazione esercitabile nell'assemblea ordinaria superiore al 2 o 20 per cento, ovvero, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 5 o 25 per cento secondo che si tratti di titoli negoziati nei mercati regolamentati o di altre partecipazioni".

³⁵ L'art. 68 comma 4 del nuovo TUIR prevede che questo regime di esenzione con imponibilità pari al 40% non si applica nel caso di in cui le plusvalenze siano generate da partecipazioni in società residenti in Paesi o territori a regime fiscale privilegiato. In tal caso la plusvalenza partecipa per intero alla formazione del reddito del soggetto cedente.

³⁶ Con riferimento all'applicazione dell'imposta sostitutiva ex art. 5 comma 2 del D.Lgs. n. 461 del 1997, il regime della *participation exemption* non ha introdotto modifiche allo stesso regime vigente ante riforma come confermato anche dall'art. 2 comma 2 del D. lgs n. 344 del 2003.

³⁷ Cfr. supra nota 33.

³⁸ Cfr. a titolo esemplificativo la sentenza sulla causa C-279/93, *Schumacker*, para. 30; quella sulla causa C-80/94, *Wielockx*, para. 17; e quella sulla causa C-107/94, *Asscher*, para. 40.

exemption nei confronti dei soggetti IRE. Non sussiste, infatti, una differenza di trattamento a seconda che la partecipazione sia ceduta a soggetti residenti o non-residenti. La disciplina relativa alla cessione da parte di un soggetto IRE residente e di un non residente che ai sensi dell'art. 23 nuovo TUIR (ex art. 20) percepisca un reddito diverso in Italia a causa di una cessione avvenuta al di fuori dell'attività d'impresa non stabilisce, poi, un regime più sfavorevole per il soggetto non residente. In questo caso, infatti, il soggetto non-residente ricorrendo determinate condizioni beneficia semmai di un regime più favorevole a causa dell'esenzione da imposta sostitutiva. Se così è, si potrebbe discutere di un'ipotesi di discriminazione a rovescio³⁹ la cui analisi, tuttavia, trascende le finalità di questo commento.

6. Conclusioni.

L'esigenza della "eliminazione di tutti gli ostacoli alla circolazione interna per la realizzazione di un singolo mercato"⁴⁰ costituisce uno dei principi che la Corte di Giustizia nel susseguirsi delle sue pronunzie ha più volte ribadito utilizzando le quattro libertà fondamentali quale scudo avverso le normative domestiche di volta in volta ritenute illegittime e incompatibili con la normativa comunitaria.

In tale prospettiva, l'esistenza di norme interne degli Stati membri in tema di capital gains che introducano regimi differenziati in situazioni comparabili a causa di elementi di estraneità (ad es. non residenza del cessionario o controllo sul cessionario da parte di soggetto non residente) che incidono sulle qualità del soggetto cessionario sono stati ritenuti incompatibili con il Trattato CE e con la realizzazione di un singolo mercato dalla Corte di Giustizia. La violazione della libertà di stabilimento è stata in diverse occasioni affermata in ipotesi di cessione di partecipazioni rilevanti nel soggetto ceduto: sarebbe opportuno in tal senso un ulteriore chiarimento della Corte per la determinazione del perimetro del concetto di partecipazione rilevante. La violazione della libera circolazione di capitali potrebbe essere affermata in maniera esplicita dalla Corte, probabilmente solo nell'ipotesi in cui le si presenti innanzi un caso di cessione di partecipazioni di tipo discriminatorio o restrittivo ove il soggetto cedente detenga nel soggetto ceduto una partecipazione inferiore alla c.d. "soglia rilevante".

In tale circostanza verrebbe auspicabilmente e definitivamente chiarito il ruolo della libertà prevista all'art. 56 del Trattato e il suo rapporto con la libertà di stabilimento prevista all'art. 43.

MASSIMILIANO RUSSO

³⁹ In dottrina si fa riferimento al concetto di discriminazione a rovescio per identificare i casi in cui un soggetto residente dello "stato della fonte" o "origine" del componente di reddito è trattato in maniera meno favorevole rispetto al trattamento in condizioni analoghe di un soggetto non-residente. Per approfondimenti su questo tema cfr. Pistone, P., *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1998, II, 581 e ss.

⁴⁰ Cfr. causa C-15/81, *Gaston Schul*.