

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

19 giugno 2019

«Rinvio pregiudiziale – Imposta sulle società – Gruppo di società – Libertà di stabilimento – Deduzione delle perdite subite da una società controllata non residente – Nozione di “perdite definitive” – Fusione per incorporazione della società controllata da parte della società controllante – Normativa dello Stato di residenza della società controllata che consente la deduzione di perdite nell’ambito di una fusione soltanto al soggetto che le ha subite»

Nella causa C-607/17,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dallo Högsta förvaltningsdomstolen (Corte suprema amministrativa, Svezia), con decisione del 5 ottobre 2017, pervenuta in cancelleria il 24 ottobre 2017, nel procedimento

Skatteverket

contro

Memira Holding AB,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da J.-C. Bonichot (relatore), presidente di sezione, C. Toader, A. Rosas, L. Bay Larsen e M. Safjan, giudici,

avvocato generale: J. Kokott

cancelliere: C. Strömholm, amministratrice

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 24 ottobre 2018,

considerate le osservazioni presentate:

- per lo Skatteverket, da J. Anderberg, in qualità di agente;
- per Memira Holding AB, da L. Staberg, in qualità di agente;
- per il governo svedese, da A. Falk, A. Alriksson, C. Meyer-Seitz, H. Shev, H. Eklinder, L. Zettergren e J. Lundberg, in qualità di agenti;
- per il governo tedesco, inizialmente da T. Henze e R. Kanitz, in qualità di agenti, successivamente da R. Kanitz in qualità di agente;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da G. De Socio, avvocato dello Stato;

- per il governo finlandese, da S. Hartikainen, in qualità di agente;
- per il governo del Regno Unito, da S. Brandon e G. Brown, in qualità di agenti, assistiti da D. Yates, barrister;
- per la Commissione europea, da K. Simonsson, N. Gossement, E. Ljung Rasmussen e G. Tolstoy, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 10 gennaio 2019,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 49 TFUE, letto in combinato disposto con l'articolo 54 TFUE.
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra lo Skatteverket (amministrazione fiscale, Svezia) e la Memira Holding AB (in prosieguo: la «Memira») in merito alla possibilità per quest'ultima di dedurre, a titolo dell'imposta sulle società, le perdite di una società controllata stabilita in un altro Stato membro, nell'ipotesi di incorporazione di tale società controllata mediante fusione.

Contesto normativo

Diritto svedese

- 3 Il regime fiscale delle fusioni delle imprese è disciplinato dalle disposizioni del capitolo 37 dell'Inkomstskattelag (1999:1229) [legge (1229:1999) relativa all'imposta sul reddito; in prosieguo: la «legge relativa all'imposta sul reddito»).
- 4 Gli articoli da 16 a 29 di tale capitolo fissano norme fiscali speciali applicabili alle cosiddette fusioni «qualificate».
- 5 Affinché una fusione sia considerata tale, gli articoli 11 e 12 di detto capitolo esigono che, da un lato, immediatamente prima della fusione, l'impresa conferente sia imponibile sul reddito in Svezia per almeno una parte della sua attività economica, dall'altro, immediatamente dopo la fusione l'impresa beneficiaria sia imponibile in Svezia sul reddito per l'attività economica per la quale l'impresa conferente era soggetta all'imposta. Il reddito di cui trattasi non deve peraltro essere esente in Svezia a motivo di una convenzione fiscale.
- 6 In caso di fusione qualificata, gli articoli 17 e 18 del capitolo 37 della legge relativa all'imposta sul reddito prevedono che, per l'attività economica di cui all'articolo 11 di tale capitolo, la società conferente non può né dichiarare redditi né dedurre spese connesse alla fusione e che l'impresa beneficiaria si sostituisce all'impresa conferente per il trattamento fiscale di tale attività. Detta sostituzione implica in particolare che la

società beneficiaria può dedurre le perdite della società conferente derivanti da esercizi precedenti, entro determinati limiti precisati agli articoli da 21 a 26 di tale capitolo.

- 7 Il capitolo 35a della legge relativa all'imposta sul reddito prevede uno sgravio di gruppo transfrontaliero che consente di trasferire una perdita definitiva subita da una società controllata estera detenuta al 100% con sede in uno Stato membro dello Spazio economico europeo (SEE), a condizione, in particolare, che essa sia detenuta direttamente, che sia stata liquidata e che la società controllante non eserciti, tramite una società collegata, alcuna attività nello Stato della società controllata alla data della liquidazione. Tuttavia, il giudice del rinvio indica che tali disposizioni non si applicano alle fusioni.

Diritto tedesco

- 8 Dalle constatazioni del giudice del rinvio, non contestate dal governo tedesco, risulta che il diritto tedesco esclude il trasferimento di perdite tra le imprese soggette all'imposta in Germania nel caso di una fusione.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 9 La Memira è una società svedese che esercita, tramite le sue controllate, attività nel settore della chirurgia oftalmica. Essa detiene, in Germania, un'unica società, che possiede e gestisce alcune cliniche. Poiché tale controllata è stata deficitaria, la Memira le ha concesso un prestito per finanziare la sua azienda, senza successo. L'attività della controllata è quindi terminata, e nel suo bilancio residuano unicamente debiti e talune attività liquide.
- 10 La Memira prevede di incorporare la sua controllata tedesca mediante una fusione transfrontaliera, che implicherebbe lo scioglimento senza liquidazione di quest'ultima, dopo di che la Memira non eserciterebbe più alcuna attività, diretta o indiretta, in Germania.
- 11 Le perdite della società controllata tedesca della Memira che non hanno potuto essere imputate a utili passati ammontano a EUR 7,6 milioni. Esse sarebbero deducibili a titolo dell'imposta sulle società tedesca relativa a tale controllata, mediante imputazione, sia a utili d'esercizio, sia senza limiti temporali a utili successivi. Per contro, esse non lo sarebbero nell'ipotesi prevista dalla Memira menzionata al punto precedente, dal momento che il diritto tedesco esclude il trasferimento di siffatte perdite a un'altra impresa soggetta all'imposta in Germania nel caso di una fusione.
- 12 In tale contesto, la Memira ha chiesto un parere allo Skatterättsnämnden (Commissione tributaria, Svezia) al fine di accertare se, nell'ipotesi in cui si concretizzasse il suo progetto di fusione, essa possa avvalersi della libertà di stabilimento per dedurre le perdite della sua controllata tedesca dalla propria imposta sulle società in Svezia, questione a cui le è stata data risposta negativa.
- 13 Il parere indica, a tale riguardo, che le perdite della controllata tedesca della Memira non potrebbero essere riportate dalla società controllante sul fondamento della normativa svedese relativa all'assoggettamento a imposta delle fusioni qualificate, dal momento che non è soddisfatta la condizione che esige che tale società controllata sia soggetta all'imposta in Svezia. La detrazione non potrebbe neppure essere accordata

ai sensi delle disposizioni sugli sgravi di gruppo, poiché tali disposizioni non riguardano un'ipotesi come quella prevista dalla Memira.

- 14 La Commissione tributaria ha riconosciuto che una situazione siffatta provocherebbe una restrizione alla libertà di stabilimento, ma ha ritenuto che, conformemente alla giurisprudenza derivante dalla sentenza del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, in prosieguo: «la sentenza Marks & Spencer», EU:C:2005:763), tale restrizione possa essere giustificata purché il principio di proporzionalità sia rispettato e, pertanto, che le perdite di cui trattasi non rientrino in una delle situazioni di cui al punto 55 di tale sentenza, in cui le perdite sono dette «definitive».
- 15 Fondandosi sulla giurisprudenza della Corte, la Commissione tributaria ha ritenuto che, per determinare se le perdite in questione siano definitive, occorre prendere in considerazione il trattamento applicabile a tali perdite in forza della normativa dello Stato della società controllata. Essa ha rilevato, a tale riguardo, che il diritto tedesco non prevede alcuna possibilità di utilizzare le perdite nel caso di una fusione con un'altra impresa soggetta all'imposta in Germania e ne ha dedotto che le perdite non dovevano essere considerate definitive.
- 16 Tre membri della Commissione tributaria hanno, al contrario, sostenuto, con un'opinione dissenziente, che le perdite della controllata tedesca della Memira dovevano essere considerate definitive, in quanto non esiste, all'interno della Memira, alcuna impresa tedesca né alcuna impresa che disponga di una stabile organizzazione in Germania con la quale la controllata potrebbe operare una fusione. Pertanto, il fatto che il diritto tedesco escluda il trasferimento delle perdite nel caso di una fusione con un'altra società soggetta all'imposta in Germania non sarebbe pertinente al fine di escludere la definitività delle perdite della controllata.
- 17 Il parere della Commissione tributaria è stato contestato dinanzi allo Högsta förvaltningsdomstolen (Corte suprema amministrativa, Svezia) sia dall'amministrazione fiscale sia dalla Memira.
- 18 Tale giudice considera che la giurisprudenza della Corte, in particolare la sentenza del 21 febbraio 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), non precisa se, per valutare la definitività delle perdite di una società controllata, occorra prendere in esame le possibilità di tener conto di tali perdite offerte dalla normativa dello Stato di residenza della controllata ad altri soggetti giuridici e, in caso affermativo, come debba essere presa in considerazione tale normativa.
- 19 In tali circostanze, lo Högsta förvaltningsdomstolen (Corte suprema amministrativa) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
 - «1) Se, nella valutazione della definitività di una perdita di una società controllata in un altro Stato membro, ai sensi, tra l'altro, della [sentenza del 21 febbraio 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84),] – con il conseguente diritto della società controllante di dedurre detta perdita sulla base dell'articolo 49 TFUE –, si debba tenere conto del fatto che la normativa dello Stato della società controllata prevede restrizioni alla possibilità di dedurre detta perdita per parti diverse dalla quella che le ha subite.
 - 2) Qualora occorra tenere conto di una restrizione come quella di cui alla prima questione, se si debba prendere in considerazione se, nel caso di specie, nello

Stato della società controllata esista effettivamente un'altra parte che avrebbe potuto dedurre le spese laddove ciò vi fosse stato consentito».

Sulle questioni pregiudiziali

- 20 In via preliminare occorre ricordare che, ai punti da 43 a 51 della sentenza Marks & Spencer, la Corte ha dichiarato che una restrizione alla libertà di stabilimento connessa a una limitazione al diritto di una società di dedurre le perdite di una società controllata estera, mentre tale deducibilità è concessa per una società controllata residente, è giustificata dalla necessità di preservare l'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri e di prevenire i rischi di duplice uso delle perdite e di elusione fiscale.
- 21 Al punto 55 di detta sentenza la Corte ha tuttavia precisato che, sebbene si tratti di una restrizione in linea di principio giustificata, tuttavia il fatto che lo Stato di residenza della società controllante escluda la possibilità per quest'ultima di prendere fiscalmente in considerazione in capo a sé stessa le perdite di una società controllata non residente, allora qualificate come definitive, è sproporzionato in una situazione in cui:
- la controllata non residente ha esaurito le possibilità di presa in considerazione delle perdite esistenti nel suo Stato di residenza per l'esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio, nonché per gli esercizi fiscali precedenti, eventualmente mediante un trasferimento di tali perdite ad un terzo, oppure l'imputazione delle dette perdite ai profitti realizzati dalla controllata durante gli esercizi precedenti, e
 - le perdite della controllata estera non possano essere prese in considerazione nel suo Stato di residenza per gli esercizi fiscali futuri né da essa stessa, né da un terzo, in particolare in caso di cessione a quest'ultimo della controllata.

Sulla prima questione

- 22 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, quale rilevanza debba essere riconosciuta, nel valutare la definitività delle perdite di una società controllata non residente, ai sensi del punto 55 della sentenza Marks & Spencer, alla circostanza che lo Stato membro da cui dipende la controllata non consenta di trasferire perdite di una società a un altro soggetto passivo in caso di fusione, mentre un siffatto trasferimento è previsto dallo Stato membro da cui dipende la società controllante in caso di fusione tra società residenti.
- 23 La Corte è così chiamata a precisare se una situazione come quella prevista dalla Memira rientri tra quelle, menzionate dalla Corte al punto 55, secondo trattino, della sentenza Marks & Spencer, in cui non esiste la possibilità di prendere in considerazione le perdite della controllata estera nel suo Stato di residenza per gli esercizi futuri.
- 24 Orbene, è sufficiente, a tale riguardo, ricordare che la motivazione svolta dalla Corte al punto 55, secondo trattino, della sentenza Marks & Spencer ha espressamente considerato che l'impossibilità che condiziona la definitività delle perdite possa riferirsi alla loro presa in considerazione per gli esercizi futuri da parte di un terzo, in particolare in caso di cessione della controllata a quest'ultimo.

- 25 In una situazione come quella prevista dalla Memira, e anche qualora tutte le altre impossibilità menzionate al punto 55 della sentenza Marks & Spencer siano dimostrate, le perdite non possono tuttavia essere qualificate come definitive se resta possibile farle valere economicamente trasferendole a un terzo.
- 26 Come rilevato, infatti, dall'avvocato generale ai paragrafi da 65 a 70 delle sue conclusioni, non può essere escluso a priori che un terzo possa prendere fiscalmente in considerazione le perdite della società controllata nello Stato di residenza di quest'ultima, ad esempio, a seguito di una cessione della stessa per un prezzo che comprenda il valore del vantaggio fiscale rappresentato dalla deducibilità delle perdite per il futuro (v., in tal senso, sentenza del 21 febbraio 2013, A, C-123/11, EU:C:2013:84, punti 52 e successivi, nonché sentenza odierna, Holmen, C-608/17, punto 38).
- 27 Di conseguenza, in una situazione come quella prevista dalla Memira, non avendo quest'ultima dimostrato che la possibilità menzionata al punto precedente è esclusa, la sola circostanza che il diritto dello Stato di residenza della società controllata non consenta il trasferimento di perdite in caso di fusione non è di per sé sufficiente per considerare le perdite della controllata come definitive.
- 28 Di conseguenza, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che, ai fini della valutazione della definitività delle perdite di una società controllata non residente, ai sensi del punto 55 della sentenza Marks & Spencer, la circostanza che lo Stato membro da cui dipende la controllata non consenta di trasferire perdite di una società a un altro soggetto passivo in caso di fusione, mentre un siffatto trasferimento è previsto dallo Stato membro da cui dipende la società controllante in caso di fusione tra società residenti, non è determinante, salvo che la società controllante dimostri che le è impossibile valorizzare tali perdite facendo in modo, in particolare mediante una cessione, che esse siano fiscalmente prese in considerazione da un terzo per gli esercizi futuri.

Sulla seconda questione

- 29 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, nell'ipotesi in cui la circostanza menzionata nella prima questione diventi pertinente, si debba tener conto del fatto che non esiste allora, nello Stato di residenza della controllata, nessun altro soggetto che avrebbe potuto dedurre le perdite nell'ambito di una fusione se fosse stata ivi autorizzata una deduzione.
- 30 A tale riguardo, e com'è stato detto nell'ambito della risposta alla prima questione, le restrizioni al trasferimento delle perdite mediante fusione derivanti dalla normativa dello Stato di residenza della controllata non sono determinanti fintantoché l'impossibilità di far prendere in considerazione le perdite da parte di un terzo, in particolare dopo una cessione il cui prezzo comprenderebbe il loro valore fiscale, non sia stata dimostrata dalla società controllante.
- 31 Se una prova del genere viene fornita, e le altre condizioni menzionate al punto 55 della sentenza Marks & Spencer sono inoltre soddisfatte, le autorità fiscali sono tenute a ritenere che le perdite di una società controllata non residente siano definitive e che sia, di conseguenza, sproporzionato non consentire alla società controllante di prenderle in considerazione in capo a sé stessa.

- 32 In tale prospettiva, è irrilevante, per valutare la definitività di perdite, l'esistenza o meno, nello Stato di residenza della società controllata deficitaria, di altri soggetti ai quali si sarebbero potute trasferire perdite della società controllata per mezzo di una fusione qualora una siffatta possibilità fosse stata offerta.
- 33 Di conseguenza, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che, nell'ipotesi in cui la circostanza menzionata nella prima questione diventi pertinente, è irrilevante il fatto che, nello Stato di residenza della società controllata, non esista nessun altro soggetto che avrebbe potuto dedurre tali perdite in caso di fusione qualora una siffatta deduzione fosse stata autorizzata.

Sulle spese

- 34 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

- 1) **Ai fini della valutazione della definitività delle perdite di una società controllata non residente, ai sensi del punto 55 della sentenza del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), la circostanza che lo Stato membro da cui dipende la società controllata non consenta di trasferire perdite di una società a un altro soggetto passivo in caso di fusione, mentre un siffatto trasferimento è previsto dallo Stato membro da cui dipende la società controllante in caso di fusione tra società residenti, non è determinante, salvo che la società controllante dimostri che le è impossibile valorizzare tali perdite facendo in modo, in particolare mediante una cessione, che esse siano fiscalmente prese in considerazione da un terzo per gli esercizi futuri.**
- 2) **Nell'ipotesi in cui la circostanza menzionata nella prima questione diventi pertinente, è irrilevante il fatto che, nello Stato di residenza della società controllata, non esista nessun altro soggetto che avrebbe potuto dedurre tali perdite in caso di fusione qualora una siffatta deduzione fosse stata autorizzata.**