

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” – Applicazione a una società controllata di secondo livello – Normativa dello Stato di residenza della società controllante che richiede che la società controllata sia detenuta direttamente – Normativa dello Stato di residenza della società controllata che limita l’imputazione delle perdite e la vieta nell’anno della liquidazione»

Nella causa C-608/17,

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

Holmen 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 M. Andersson Berg, in qualità di agente;
- per Holmen AB, da H. Andersson, 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 dei Paesi Bassi, da M.K. Bulterman e J.M. Hoogveld, in qualità di agenti;
- per il governo finlandese, da S. Hartikainen, in qualità di agente;
- 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, 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 Holmen AB in merito alla possibilità per quest'ultima di dedurre, a titolo dell'imposta sulle società, le perdite di una controllata di secondo livello stabilita in un altro Stato membro.

Contesto normativo

Diritto svedese

- 3 Il regime dei trasferimenti finanziari intragruppo è disciplinato dalle disposizioni dei capitoli 35 e 35a dell'Inkomstskattelag (1999: 1229) [legge (1229:1999) relativa all'imposta sul reddito].
- 4 In forza del capitolo 35, una società controllata che subisce perdite può trasferirle fiscalmente alla sua società controllante, diretta o indiretta.
- 5 Tale vantaggio può essere concesso, in forza del capitolo 35a, quando una perdita è definitiva ai sensi del punto 55 della sentenza del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, in prosieguo: «la sentenza Marks & Spencer», EU:C:2005:763), nel caso di una società controllata detenuta al 100% con sede in uno Stato membro dello Spazio economico europeo (SEE), a condizione, in particolare, che la controllata sia detenuta direttamente, che essa 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.

Diritto spagnolo

- 6 Dalle indicazioni della decisione di rinvio risulta che il regime spagnolo di integrazione fiscale consente, senza alcuna limitazione, di compensare utili mediante perdite di soggetti dello stesso gruppo. Le perdite non utilizzate possono essere riportate senza limiti temporali e imputate agli utili futuri.

- 7 Tuttavia, dal 2011, soltanto una parte degli utili di un esercizio fiscale può essere imputata a perdite di esercizi precedenti. Le perdite che non possono essere dedotte a causa di tale limitazione restano riportabili agli esercizi successivi, allo stesso titolo delle altre perdite non utilizzate.
- 8 Inoltre, in caso di scioglimento di un gruppo fiscale a causa della liquidazione di una o più società che lo compongono, le perdite restanti del gruppo sono, se del caso, attribuite alle società che le hanno subite.
- 9 Infine, nell'anno della liquidazione, tali perdite possono essere utilizzate soltanto dalla società che le ha subite.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 10 La Holmen è la società controllante di un gruppo di diritto svedese. Essa detiene in Spagna, tramite una società controllata, varie controllate di secondo livello attive nei settori della cartoleria e della tipografia, formando complessivamente un gruppo fiscale integrato. Poiché una delle società controllate di secondo livello ha accumulato dal 2003 perdite dell'ordine di EUR 140 milioni, la Holmen prevede la cessazione delle sue attività spagnole.
- 11 Essa ha chiesto un parere allo Skatterättsnämnden (Commissione tributaria, Svezia), al fine di appurare se, una volta conclusa la liquidazione, sarebbe autorizzata, in base alla giurisprudenza derivante dalla sentenza Marks & Spencer, a procedere in Svezia a uno sgravio di gruppo per tali perdite, che, in mancanza, non sarebbero deducibili né in Spagna, a causa dell'impossibilità giuridica di trasferire perdite di una società liquidata nell'anno della liquidazione, né in Svezia, a causa della condizione che la controllata che subisce perdite definitive sia detenuta direttamente.
- 12 La Holmen, più precisamente, ha chiesto il parere della Commissione tributaria in due ipotesi, l'una, di liquidazione della controllata e delle due controllate di secondo livello spagnole, l'altra, di incorporazione inversa della controllata da parte della sua controllata di secondo livello deficitaria spagnola, seguita da una liquidazione del nuovo complesso. In entrambi gli scenari, la Holmen non eserciterebbe più attività in Spagna durante la liquidazione e non vi manterrebbe più attività in seguito.
- 13 Il parere reso dalla Commissione tributaria contiene un'opinione sfavorevole per la prima opzione, e un'opinione favorevole per la seconda.
- 14 La Commissione tributaria ha ammesso che la sua opinione sfavorevole sulla prima opzione comporterebbe una restrizione alla libertà di stabilimento, ma ha ritenuto che, conformemente alla giurisprudenza derivante dalla sentenza Marks & Spencer, tale restrizione possa essere giustificata purché il principio di proporzionalità sia rispettato e, pertanto, 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 Sia l'amministrazione fiscale sia la Holmen hanno contestato tale parere dinanzi allo Högsta förvaltningsdomstolen (Corte suprema amministrativa, Svezia).
- 16 Tale giudice considera che la giurisprudenza della Corte non specifica, da un lato, se il diritto alla deduzione delle perdite definitive presupponga che la società controllata sia

detenuta direttamente dalla società controllante, né dall'altro, se, per valutare la definitività delle perdite della società controllata, occorra tener conto delle possibilità offerte ad altri soggetti giuridici dalla normativa dello Stato di residenza della società controllata di tener conto di tali perdite e, in caso affermativo, come debba essere presa in considerazione tale normativa.

17 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, affinché una società controllante residente in uno Stato membro abbia il diritto – che discende tra l'altro dalla [sentenza Marks & Spencer] – di dedurre in forza dell'articolo 49 TFUE le perdite definitive in una società controllata residente in un altro Stato membro, sia necessario che la società sia direttamente controllata dalla controllante.
- 2) Se debba essere considerata definitiva anche quella parte della perdita che, per effetto delle norme dello Stato della società controllata, non abbia potuto essere compensata con i profitti realizzati in tale Stato in un esercizio determinato, ma che ha potuto essere riportata in modo da poter potenzialmente essere dedotta in un esercizio successivo.
- 3) Se, nella valutazione della definitività delle perdite, si debba tenere conto del fatto che la normativa dello Stato della società controllata prevede restrizioni alla deducibilità delle perdite stesse per soggetti distinti da colui che le ha conseguite.
- 4) Qualora occorra tenere conto di una restrizione come quella di cui alla terza questione, se si debba prendere in considerazione la misura in cui detta restrizione abbia di fatto impedito la compensazione di qualsiasi parte delle perdite con i profitti realizzati da un soggetto distinto».

Sulle questioni pregiudiziali

18 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.

19 Al punto 55 di detta sentenza la Corte ha peraltro 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

- 20 Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la nozione di perdite definitive di una società controllata non residente, ai sensi del punto 55 della sentenza Marks & Spencer, possa applicarsi a una società controllata di secondo livello.
- 21 Tale questione si pone nel contesto della normativa svedese di cui trattasi nel procedimento principale, che subordina uno sgravio di gruppo in caso di perdite di una società controllata non residente all'esistenza di un collegamento diretto tra la società controllante che ne fa domanda e la società controllata non residente che subisce le perdite.
- 22 Si deve ricordare che una siffatta condizione, che conduce a escludere uno sgravio di gruppo transfrontaliero in talune ipotesi, può essere giustificata dai motivi imperativi di interesse generale menzionati al punto 18 della presente sentenza.
- 23 Infatti, come la Corte ha dichiarato ai punti da 45 a 52 della sentenza Marks & Spencer, la tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri può rendere necessaria l'applicazione, alle attività economiche delle società residenti in uno di tali Stati, delle sole norme tributarie di quest'ultimo, per quanto riguarda tanto i profitti quanto le perdite. Da questo punto di vista, concedere alle società la possibilità di optare per la presa in considerazione delle loro perdite nello Stato membro in cui sono registrate o in un altro Stato membro comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che la base imponibile si troverebbe aumentata nel primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite. Peraltro, gli Stati membri, escludendo lo sgravio transfrontaliero, devono poter contrastare sia il rischio di doppia imputazione delle perdite, sia quello che taluni gruppi di società attuino trasferimenti organizzati di perdite verso società stabilite negli Stati membri che applicano aliquote d'imposta elevate e nei quali, di conseguenza, il valore fiscale delle perdite è maggiore.
- 24 Occorre inoltre, tuttavia, che una condizione per uno sgravio di gruppo come quella di cui trattasi nel procedimento principale sia idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non ecceda quanto necessario per raggiungerli.
- 25 A tale riguardo, occorre distinguere due fattispecie.
- 26 La prima riguarda l'ipotesi in cui la società o le società controllate interposte tra la società controllante che chiede il beneficio di uno sgravio di gruppo e la società controllata di secondo livello che subisce perdite che possono essere considerate definitive non siano stabilite nello stesso Stato membro.

- 27 In tale caso, non si può escludere che un gruppo possa scegliere lo Stato membro di utilizzazione delle perdite definitive, optando o per quello della società controllante ultima, oppure per quello di qualsiasi società controllata potenzialmente interposta.
- 28 Una siffatta possibilità di opzione sarebbe tale da consentire strategie di ottimizzazione delle aliquote d'imposta del gruppo, idonee a rimettere in discussione la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e a far correre loro un rischio di imputazione multipla delle perdite.
- 29 Non è quindi sproporzionato, da parte di uno Stato membro, imporre una condizione di collegamento diretto allo sgravio transfrontaliero, quand'anche tutte le altre impossibilità menzionate al punto 55 della sentenza Marks & Spencer fossero dimostrate e ciò a maggior ragione in quanto l'eccezione prevista a tale punto si applica, in ogni caso, allo Stato membro della società controllata che detiene direttamente la società controllata di secondo livello che si troverebbe investito di una domanda di sgravio transfrontaliero riguardante le perdite di quest'ultima.
- 30 La seconda fattispecie riguarda l'ipotesi in cui la società o le società controllate interposte tra la società controllante che chiede il beneficio di uno sgravio di gruppo e la società controllata di secondo livello che subisce perdite che possono essere considerate definitive siano stabilite nello stesso Stato membro. Ciò sembra verificarsi nella causa principale, dal momento che sia la controllata interposta della Holmen sia la sua controllata di secondo livello che subisce perdite hanno la loro sede in Spagna.
- 31 In siffatte circostanze, i rischi di ottimizzazione dell'aliquota d'imposta del gruppo mediante la scelta dello Stato membro di imputazione delle perdite e di presa in considerazione multipla di queste ultime da parte di più Stati membri sono dello stesso ordine di quelli constatati dalla Corte ai punti da 45 a 52 della sentenza Marks & Spencer.
- 32 Sarebbe quindi sproporzionato per uno Stato membro imporre una condizione di detenzione diretta come quella di cui trattasi nella causa principale quando sono soddisfatte le condizioni enunciate al punto 55 della sentenza Marks & Spencer.
- 33 Occorre, pertanto, rispondere alla prima questione pregiudiziale dichiarando che la nozione di perdite definitive di una società controllata non residente, ai sensi del punto 55 della sentenza Marks & Spencer, non si applica a una società controllata di secondo livello, salvo che tutte le società intermedie tra la società controllante che richiede uno sgravio di gruppo e la società controllata di secondo livello che subisce perdite che possono essere considerate definitive siano residenti nel medesimo Stato membro.

Sulla terza questione

- 34 Con la sua terza 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 nell'anno di una liquidazione, ma autorizzi tuttavia il trasferimento di siffatte perdite ad altri esercizi fiscali della stessa società.

- 35 La Corte è così chiamata a precisare se una situazione come quelle considerate dalla Holmen, nella quale, nell'anno di una liquidazione, lo Stato membro della società non residente consente soltanto l'uso fiscale delle perdite da parte della società che le ha subite, 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 società controllata estera nel suo Stato di residenza per gli esercizi futuri.
- 36 Orbene, è sufficiente, a tale riguardo, ricordare che i motivi accolti dalla Corte al punto 55, secondo trattino, della sentenza Marks & Spencer hanno 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 società controllata a quest'ultimo.
- 37 Ne consegue che, in una situazione come quella prevista dalla Holmen, e quand'anche tutte le altre impossibilità menzionate al punto 55 della sentenza Marks & Spencer siano eventualmente dimostrate, le perdite non possono essere qualificate come definitive se resta possibile far valere economicamente tali perdite trasferendole a un terzo prima della chiusura della liquidazione.
- 38 Infatti, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi da 57 a 63 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, Memira Holding, C-607/17, punto 26).
- 39 Di conseguenza, in situazioni come quelle previste dalla Holmen, 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 nell'anno di una liquidazione non può essere di per sé sufficiente per considerare le perdite della controllata o della controllata di secondo livello come definitive.
- 40 Occorre pertanto rispondere alla terza 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 società controllata non consenta di trasferire perdite di una società a un altro soggetto passivo nell'anno di una liquidazione 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 siano prese in considerazione da un terzo per esercizi futuri.

Sulle questioni seconda e quarta

- 41 Con le sue questioni seconda e quarta, che occorre esaminare congiuntamente e in ultimo luogo, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, nell'ipotesi in cui la circostanza menzionata nella terza questione diventi pertinente, si debba tenere conto del fatto che la legislazione dello Stato della società controllata che subisce perdite che possono essere qualificate come definitive abbia avuto come conseguenza che una parte delle perdite abbia dovuto essere riportata a causa di una limitazione

all'imputazione delle perdite allo stesso soggetto, o non abbia potuto essere imputata agli utili realizzati da un altro soggetto del medesimo gruppo.

- 42 A tale riguardo, e com'è stato detto nell'ambito della risposta alla terza questione, le restrizioni, qualsiasi esse siano, al trasferimento di perdite derivanti dalla legislazione dello Stato di residenza della società controllata non sono determinanti fintantoché l'impossibilità di fare uso delle perdite da parte di un terzo, in particolare dopo una cessione il cui prezzo comprenda il valore fiscale delle perdite, non sia stata dimostrata dalla società controllante.
- 43 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.
- 44 In tale prospettiva, è irrilevante, al fine di valutare la definitività delle perdite, la misura in cui siano state limitate le possibilità per la società deficitaria di riportare perdite al futuro, o quella in cui siano state limitate le possibilità per altri soggetti del medesimo gruppo, anch'essi situati nello Stato di residenza della società controllata deficitaria, di vedersi trasferire perdite della società controllata.
- 45 Di conseguenza, occorre rispondere alla seconda e alla quarta questione dichiarando che, nell'ipotesi in cui la circostanza menzionata nella terza questione diventi pertinente, è irrilevante la misura in cui la legislazione dello Stato della società controllata che subisce perdite che possono essere qualificate come definitive abbia avuto come conseguenza che una parte di queste ultime non abbia potuto essere imputata agli utili d'esercizio della società controllata deficitaria o a quelli di un altro soggetto del medesimo gruppo.

Sulle spese

- 46 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) La nozione di perdite definitive 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), non si applica a una società controllata di secondo livello, salvo che tutte le società intermedie tra la società controllante che richiede uno sgravio di gruppo e la società controllata di secondo livello che subisce perdite che possono essere considerate definitive siano residenti nel medesimo Stato membro.**
- 2) 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 nell'anno di una liquidazione 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 siano prese in considerazione da un terzo per esercizi futuri.

- 3) Nell'ipotesi in cui la circostanza menzionata al punto 2 del presente dispositivo diventi pertinente, è irrilevante la misura in cui la legislazione dello Stato della società controllata che subisce perdite che possono essere qualificate come definitive abbia avuto come conseguenza che una parte di queste ultime non abbia potuto essere imputata agli utili d'esercizio della società controllata deficitaria o a quelli di un altro soggetto del medesimo gruppo.