Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
del 10 gennaio 2019 [1]

Causa C-607/17

Skatteverket
contro
Memira Holding AB

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Högsta förvaltningsdomstol (Corte suprema amministrativa, Svezia)]

«Domanda di pronuncia pregiudiziale – Normativa tributaria nazionale – Libertà di stabilimento – Deduzione, nell'ambito di una fusione, delle perdite di una società controllata straniera nello Stato di residenza della controllante – Giustificazione dell'indeducibilità di cosiddette perdite definitive – Proporzionalità di una mancata compensazione transfrontaliera delle perdite – Nozione di cosiddette perdite definitive»

I. Introduzione

1. Nel presente procedimento [2] si discute della questione se, in base all'articolo 49 in combinato disposto con l'articolo 54 TFUE, una società controllante svedese possa dedurre dai propri utili le perdite di una controllata al 100% con sede in Germania, ove quest'ultima sia stata liquidata nell'ambito di una fusione [con incorporazione] nella controllante e non abbia potuto «utilizzare» interamente in Germania le sue perdite ivi generate.

2. In linea di principio, le libertà fondamentali non impongono alcun utilizzo transfrontaliero delle perdite all'interno del gruppo, con la conseguenza che le perdite realizzate all'estero non rileverebbero. Solo nel caso delle cosiddette *perdite definitive*, alla luce della sentenza emessa nel 2005 dalla Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea (in prosieguo: la «Corte») nella causa Marks & Spencer [3], l'utilizzabilità transfrontaliera delle perdite può essere imposta da ragioni di proporzionalità.

1 Lingua originale: il tedesco.

2 V. anche la causa C-608/17 e le mie conclusioni di pari data.

3 Sentenza del 13 dicembre 2005, (C-446/03, EU:C:2005:763).

3. In relazione a queste «perdite definitive» sono emerse numerose questioni già sfociate in varie decisioni della Corte [4], che tuttavia, ad oggi, non hanno permesso di acclarare definitivamente quali siano i relativi presupposti, come mostra anche il presente nuovo rinvio. A tal proposito, la Corte – ove intenda restare fedele all'eccezione delle cosiddette perdite definitive [5] – avrà comunque, com'è lecito ritenere, sempre occasione di precisare i contorni di tale categoria.

II. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

4. Il contesto di diritto dell'Unione in cui si colloca il caso di specie è rappresentato dalla libertà di stabilimento delle società ai sensi dell'articolo 49 in combinato disposto con l'articolo 54 TFUE e dalla direttiva 2009/133/CE [6] (in prosieguo: la «direttiva sulle fusioni»).

5. La direttiva sulle fusioni disciplina le perdite della società conferente solo all'articolo 6:

«Se gli Stati membri applicano, per le operazioni di cui all'articolo 1, lettera a), effettuate tra società dello Stato della società conferente, disposizioni che consentono la presa a carico, da parte della società beneficiaria, delle perdite della società conferente non ancora ammortizzate dal punto di vista fiscale, essi estendono il beneficio di tali disposizioni alla presa a carico, da parte delle stabili organizzazioni della società beneficiaria situate sul loro territorio, delle perdite della società conferente non ancora ammortizzate dal punto di vista fiscale».

B. Diritto svedese

6. La direttiva sulle fusioni è stata trasposta nel diritto svedese nel capitolo 37 dell'Inkomstskattelag (1999:1229) [7].

7. Nell'articolo 3 la fusione è definita come una conversione che deve rispondere, al tempo stesso, a due requisiti. Da un lato, tutto il patrimonio attivo e passivo e le altre obbligazioni di una società (la società conferente) devono essere accollati da un'altra società (la società beneficiaria). Dall'altro, la società conferente viene sciolta senza liquidazione. A fini dell'applicazione delle norme fiscali speciali sulle fusioni contenute negli articoli da 16 a 29 occorre, inoltre, che si tratti di una fusione qualificata.

4 Senza pretesa di completezza: sentenze del 4 luglio 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526), del 12 giugno 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), del 17 dicembre 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), del 3 febbraio 2015, Commissione/Regno Unito (C-172/13, EU:C:2015:50), del 7 novembre 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716), del 21 febbraio 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), e del 15 maggio 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

5 In tal senso depone, nella causa Bevola (sentenza del 12 giugno 2018, Bevola e Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, punti 63 e 64), l'espressa trasposizione della giurisprudenza Marks & Spencer alle perdite delle stabili organizzazioni straniere. Dall'altro, molti all'interno della Corte ritengono che l'istituto giuridico delle perdite definitive non sia inoltre indispensabile: v., ex multis, le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa K (C-322/11, EU:C:2013:183, paragrafi 66 e segg. e 87), e le mie conclusioni nella causa Commissione/Regno Unito (C-172/13, EU:C:2014:2321, paragrafi 41 e segg.) e nella causa A (C-123/11, EU:C:2012:488, paragrafi 50 e segg.).

6 Direttiva del Consiglio, del 19 ottobre 2009, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri (GU 2009, L 310, pag. 34), di rifusione della direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, recante il medesimo titolo (GU 1990, L 225, pag. 1). La direttiva in parola è stata modificata dalla direttiva 2013/13/UE del Consiglio, del 13 maggio 2013, che adegua determinate direttive in materia di fiscalità a motivo dell'adesione della Repubblica di Croazia (GU L 141, pag. 30) e non dev'essere confusa con la direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (GU 2005, L 310, pag. 1), vertente sugli aspetti di diritto societario di determinate concentrazioni transfrontaliere.

7 Legge n. 1229 del 1999, relativa all'imposta sui redditi e sulle società.

8. Ai fini della sussistenza di una fusione qualificata occorre, ai sensi dell'articolo 11, che, immediatamente prima della fusione, la società conferente sia imponibile in Svezia con riguardo ai redditi derivanti, quantomeno, da una parte della propria attività imprenditoriale. Inoltre, a norma dell'articolo 12, immediatamente a seguito della fusione, la società beneficiaria dev'essere assoggettata ad imposta in Svezia con i redditi derivanti da un'attività imprenditoriale tassata in capo alla società conferente. I redditi non possono essere, in tutto o in parte, esenti da imposta in Svezia in forza di una convenzione contro le doppie imposizioni.

9. Ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, la fusione qualificata comporta che la società conferente non possa generare redditi né dedurre perdite riconducibili alla fusione stessa derivanti dalle attività imprenditoriali di cui all'articolo 11. A norma del successivo articolo 18, paragrafo 1, con riferimento a dette attività imprenditoriali, la società beneficiaria subentra invece nella posizione fiscale della società conferente. Ciò significa, tra l'altro, che la società beneficiaria può dedurre i redditi negativi della società conferente derivanti da esercizi fiscali precedenti, entro determinati limiti, fissati agli articoli da 21 a 26.

10. Nel diritto svedese, di norma, la compensazione dei redditi interni a un gruppo transfrontaliero di imprese mediante trasferimento di utili avviene ricorrendo allo sgravio di gruppo disciplinato nel capitolo 35 a dell'Inkomstskattelag (1999: 1229). Ai sensi degli articoli 2 e 5, una società controllante svedese può beneficiare dello sgravio di gruppo per una perdita definitiva subita da una società controllata straniera da essa integralmente detenuta e avente la propria sede all'interno del SEE a condizione, tra l'altro, che la società controllata sia stata posta in liquidazione e la liquidazione sia conclusa. Tuttavia, secondo il giudice del rinvio, tale disciplina non si applica alle fusioni.

III. Controversia principale

11. La causa verte su una decisione preliminare pronunciata dallo Skatterättsnämnd (Commissione tributaria, Svezia) concernente i fatti qui di seguito illustrati.

12. La Memira Holding AB (in prosieguo: la «Memira») è la società madre di un gruppo con controllate in diversi paesi, tra i quali la Germania. La società controllata tedesca registrava risultati negativi. L'attività economica di detta controllata è stata medio tempore liquidata e di essa residuano unicamente le passività e talune attività liquide. Il gruppo sta ora considerando la possibilità di incorporare la controllata tedesca nella controllante svedese per mezzo di una fusione transfrontaliera. Ai fini di detta operazione, la controllata dovrebbe essere sciolta senza liquidazione. Una volta perfezionata la fusione, il gruppo non avrebbe più alcuna società in Germania e ivi non gestirebbe più alcuna attività, né attraverso la società controllante, né attraverso un'altra società del gruppo.

13. Negli esercizi precedenti la società controllata tedesca ha accumulato perdite per un totale di circa EUR 7,6 milioni, causate da attività non redditizie svolte in Germania. Tali perdite potrebbero essere detratte in sede di imposizione della controllata in tale paese, fermo restando che le perdite non fatte valere potrebbero essere riportate a nuovo senza limiti temporali e poste in compensazione con eventuali futuri utili della società medesima. Per contro, la normativa tedesca non consentirebbe di trasferire le perdite, mediante fusione, su un'altra impresa imponibile in Germania.

14. Secondo la Commissione tributaria, in caso di fusione con la controllata tedesca non ricorrerebbero le condizioni previste dal diritto dell'Unione per consentire alla società di portare in deduzione i redditi negativi. Secondo la giurisprudenza della Corte, per valutare il carattere definitivo delle perdite occorre far riferimento alla loro disciplina in base alla normativa dello Stato di residenza della controllata. Posto che il diritto tedesco non consente di utilizzare le perdite nell'ambito di una fusione con un'altra società imponibile in Germania, le perdite non potrebbero essere considerate definitive ai sensi della giurisprudenza della Corte. Pertanto, a tal riguardo, non sussisterebbe alcuna violazione del diritto dell'Unione.

15. La suddetta decisione preliminare veniva impugnata dinanzi allo Högsta förvaltningsdomstol (Corte suprema amministrativa, Svezia) sia dallo Skatteverk (Amministrazione finanziaria, Svezia) sia dalla richiedente Memira.

IV. Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

16. Lo Högsta förvaltningsdomstol (Corte suprema amministrativa), chiamato a pronunciarsi sulla controversia, ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni:

1) Se, nella valutazione della definitività di perdite di una società controllata in un altro Stato membro, ai sensi, inter alia, della causa A, con il conseguente diritto della società controllante di dedurre tali perdite sulla base dell'articolo 49 TFUE, occorra tenere conto del fatto che la normativa dello Stato della società controllata preveda restrizioni alla possibilità di deduzione, per soggetti distinti dalla società che ha generato le perdite medesime.

2) Qualora occorra tenere conto di una restrizione come quella di cui alla prima questione, se rilevi la questione se, nella specie, nello Stato della società controllata esista effettivamente un altro soggetto che avrebbe potuto portare in deduzione le perdite stesse, laddove ciò fosse consentito.

17. Nel procedimento dinanzi alla Corte hanno presentato osservazioni scritte in merito a dette questioni la Memira, il Regno di Svezia, la Repubblica federale di Germania, il Regno Unito, la Repubblica di Finlandia, la Repubblica italiana e la Commissione europea. All'udienza del 24 ottobre 2018 hanno presenziato l'Amministrazione finanziaria svedese, il Regno di Svezia, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Finlandia e la Commissione europea.

V. Analisi

A. Sulle questioni pregiudiziali

18. Entrambe le questioni pregiudiziali riguardano le perdite definitive di una controllata estinta mediante fusione.

19. Con la prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede espressamente se, con riguardo alla questione della «definitività di una perdita di una società controllata in un altro Stato membro, ai sensi, inter alia, della causa A» rilevi l'esistenza, nel suo Stato di residenza, di restrizione all'utilizzabilità delle perdite da parte di terzi.

20. In concreto, si pone in tale contesto la questione se la libertà di stabilimento (articolo 49 in combinato disposto con l'articolo 54 TFUE) imponga alla Svezia di tener conto delle perdite accumulate (più precisamente: riportate a nuovo) negli anni da una società controllata con sede in Germania ove quest'ultima venga incorporata per fusione dalla controllante e, in tal modo, liquidata. Secondo quanto previsto dal diritto tributario tedesco, le perdite non potrebbero essere utilizzate nell'ambito di una fusione e resterebbero pertanto inutilizzabili in Germania per effetto della liquidazione.

21. In caso di risposta affermativa alla prima questione, il giudice del rinvio si chiede se la conclusione sarebbe diversa ove, nella specie, non vi fosse nessun altro soggetto giuridico che potesse procedere a un riporto della perdita. Con ciò si intende, evidentemente, che nello Stato di residenza della controllata non è presente nessun'altra società del gruppo. Tale aspetto può essere affrontato congiuntamente con la prima questione.

22. Pur facendo riferimento all'interpretazione della giurisprudenza della Corte (il giudice rimanda in primo luogo alla causa A [8], che ha trasposto i principi affermati nella causa Marks e Spencer [9] alle fusioni transfrontaliere), entrambe le questioni pregiudiziali presuppongono la sussistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento.

23. Tuttavia, posto che il diritto dell'Unione contiene, con la direttiva sulle fusioni, una propria disposizione in materia di conseguenze fiscali delle fusioni transfrontaliere di società, occorre esaminare, anzitutto, detta disposizione più specifica (v. al riguardo infra, paragrafi 25 e segg.). Infatti, in più occasioni la Corte ha dichiarato che «qualsiasi misura nazionale in un ambito che ha costituito oggetto di un'armonizzazione esauriente a livello dell'Unione europea dev'essere valutata alla luce delle disposizioni di tale misura di armonizzazione, e non di quelle del diritto primario» [10].

24. Quand'anche la direttiva sulle fusioni rappresentasse una siffatta armonizzazione esaustiva, ciò non potrebbe tuttavia ostare ad un'interpretazione della direttiva conforme al diritto primario e, se del caso, a una verifica incidentale della sua compatibilità con le libertà fondamentali. Infatti, la Corte ha già da tempo dichiarato che il divieto di restrizioni alla libera prestazione di servizi non vale solo per i provvedimenti nazionali, ma anche per quelli adottati dalle istituzioni dell'Unione [11]. I trattati restano, quale diritto primario, «fondamento, cornice e limiti» [12] di tutti gli atti giuridici dell'Unione. Pertanto, ove dalla direttiva sulle fusioni non si evinca la necessità di procedere a una compensazione delle perdite, sarà necessario verificare poi la sussistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento (sul punto, infra, paragrafi 28 e segg.).

B. Sull'utilizzabilità delle perdite ai sensi della direttiva sulle fusioni

25. Una fattispecie come quella oggetto del procedimento principale ricade pacificamente nella sfera d'applicazione della direttiva sulle fusioni. In base ai suoi considerando 2 e 3, la direttiva medesima è diretta ad istituire un regime comune volto a eliminare, per il bene del mercato interno, una penalizzazione fiscale delle fusioni transfrontaliere rispetto a quelle interne. Il nono considerando include espressamente in detto obiettivo anche la rilevanza ai fini fiscali delle perdite.

26. La direttiva contiene pertanto, all'articolo 6, una norma relativa all'accollo, da parte della società beneficiaria, delle perdite della società conferente non ancora ammortizzate dal punto di vista fiscale. In base a tale norma, la società beneficiaria può trasferire le perdite di una società conferente con sede in un altro Stato membro (nella specie in Germania) su un'organizzazione stabile della società beneficiaria di detto Stato membro (Germania), laddove un simile trasferimento sia possibile anche tra società di tale Stato membro.

27. L'articolo 6 della direttiva sulle fusioni presuppone così, eventualmente, la possibilità di un riporto delle perdite della società conferente nel suo Stato di residenza (nella specie, la Germania). La possibilità di un riporto delle perdite nello Stato membro della società beneficiaria (nella specie, la Svezia) non è menzionata. Di conseguenza, non è irragionevole concludere che tale contabilizzazione delle perdite non sia richiesta nemmeno ai sensi del diritto dell'Unione. Ciò vale, in particolare, se il

8 Sentenza del 21 febbraio 2013 (C-123/11, EU:C:2013:84).

9 Sentenza del 13 dicembre 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

10 In tal senso si sono nuovamente espresse, di recente, le sentenze dell'8 marzo 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, punto 19), del 12 novembre 2015, Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751, punto 40), dell'11 dicembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, punto 64), e del 16 dicembre 2008, Gysbrechts e Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730, punto 33) – seppur negando sempre, nel caso concreto, la mancanza di un collegamento con il diritto primario.

11 Sentenze del 2 settembre 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, punto 39), del 18 settembre 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, punti 25 e 26), del 23 febbraio 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, punto 45), del 12 dicembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punto 46), del 29 febbraio 1984, REWE-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89, punto 18), e del 26 ottobre 2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632, punto 50).

12 Sentenza del 5 ottobre 1978, Viola (26/78, EU:C:1978:172, punto 9/14).

problema delle perdite (straniere) della società conferente è stato affrontato nel nono considerando della direttiva sulle fusioni e segnatamente ivi disciplinato in maniera del tutto specifica nell'articolo 6. Dalla direttiva de qua non si evince, in ogni caso, l'utilizzabilità della perdita riportata a nuovo in Germania ai fini della tassazione in Svezia.

C. Sulla restrizione alla libertà di stabilimento

28. Tuttavia, dalla libertà di stabilimento riconosciuta dagli articoli 49 e 54 TFUE alla società beneficiaria potrebbe derivare un obbligo di contabilizzazione delle perdite.

29. A norma dell'articolo 54 TFUE, la libertà di stabilimento riconosciuta ai cittadini dell'Unione dall'articolo 49 TFUE, implica che le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, hanno il diritto di esercitare la loro attività attraverso filiali, succursali o agenzie in altri Stati membri.

30. Secondo consolidata giurisprudenza, devono essere considerati come restrizioni alla libertà di stabilimento tutti i provvedimenti che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tale libertà [13].

31. Una normativa fiscale di uno Stato membro viola la libertà di stabilimento delle società ove da essa derivi una disparità di trattamento a sfavore delle società che esercitano tale libertà, la disparità di trattamento riguardi situazioni oggettivamente comparabili e non sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale o non proporzionata a tale obiettivo [14].

1. Sulla disparità di trattamento

32. Nella specie emergono tuttavia dubbi quanto alla sussistenza di una disparità di trattamento. Secondo il giudice del rinvio, il diritto svedese consente una compensazione delle perdite nell'ambito di una fusione solo ove si tratti di una fusione qualificata. Ciò presuppone che la società destinata a estinguersi (e le cui perdite siano destinate a essere utilizzate) abbia redditi imponibili in Svezia.

33. Pertanto, la normativa svedese non si ricollega a una fattispecie transfrontaliera, ma unicamente alla natura imponibile dei redditi. Una fusione con una società controllata stabilita in Svezia che ivi realizzi soltanto redditi esenti da imposta non consente di trasferire le perdite maturate nemmeno nel quadro di una fusione [per incorporazione] con la società controllante. A tal riguardo, la normativa svedese non distingue, in base al suo tenore letterale, tra fattispecie interna ed estera. Essa è priva di un carattere direttamente discriminatorio.

34. Tuttavia, è parimenti vietata qualsiasi forma dissimulata di discriminazione che, in applicazione di altri criteri di distinzione, conduca, di fatto, allo stesso risultato [15] (cosiddetta discriminazione dissimulata o indiretta).

13 Sentenze del 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punto 36); del 21 maggio 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punto 34), e del 16 aprile 2015, Commissione/Germania (C-591/13, EU:C:2015:230, punto 56 e la giurisprudenza ivi citata).

14 V., in questo senso, sentenze del 4 luglio 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punto 18), del 25 febbraio 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punto 20), e del 12 dicembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punto 167).

15 V., in particolare, sentenze del 5 dicembre 1989, Commissione/Italia (C-3/88, EU:C:1989:606, punto 8), del 13 luglio 1993, Commerzbank (C-330/91, EU:C:1993:303, punto 14), del 14 febbraio 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punto 26), dell'8 luglio 1999, Baxter e a. (C-254/97, EU:C:1999:368, punto 10), del 25 gennaio 2007, Meindl (C-329/05, EU:C:2007:57, punto 21), del 18 marzo 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148, punto 37), del 1º giugno 2010, Blanco Pérez e Chao Gómez (C-570/07 e C-571/07, EU:C:2010:300, punti 117 e 118), del 5 febbraio 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, punto 30), e dell'8 giugno 2017, Van der Weegen e a. (C-580/15, EU:C:2017:429, punto 33), v. anche le mie conclusioni nella causa Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, paragrafo 34).

35. Nella causa Hervis Sport, la Corte ha dichiarato che una discriminazione indiretta può sussistere nel caso in cui la *maggior parte* delle imprese che, per effetto del loro elevato fatturato, risultino colpite dalla forte progressività dall'imposta appartenga ad un gruppo con collegamenti in un altro Stato membro [16]. Tuttavia, come ho già avuto modo di esporre in altra sede, non è sufficiente un mero impatto *prevalente* su imprese straniere [17].

36. Occorre, invece, che siano soddisfatte condizioni più restrittive. Devono così essere ricompresi unicamente quei casi che, da un punto di vista meramente formale, non integrino alcuna discriminazione, pur producendone gli effetti [18]. Pertanto, una disciplina dissimulatamente discriminatoria deve riguardare, per sua stessa natura [19], in particolare, imprese straniere.

37. Nel caso del collegamento all'imponibilità dei redditi, tale condizione può dirsi soddisfatta. È pur vero che possono esistere anche redditi interni esenti da imposta (ossia non imponibili) rispetto ai quali quindi una fusione con utilizzo delle perdite dovrebbe ritenersi esclusa. Inoltre possono esservi anche imprese residenti all'estero con redditi percepiti sul territorio nazionale (in particolare, redditi delle stabili organizzazioni) per le quali sarebbe ipotizzabile una fusione transfrontaliera accompagnata da una certa utilizzazione delle perdite.

38. Tuttavia, la normativa sulla tassazione delle società è, per sua natura, caratterizzata dal dualismo tra redditi imponibili sul territorio nazionale e redditi non imponibili all'estero. Così, i redditi imponibili sono intrinsecamente caratterizzati da una dimensione territoriale. A tal riguardo, il collegamento tra la possibilità di ammortizzare le perdite nel contesto di una fusione e l'imponibilità dei redditi della società conferente implica, strutturalmente, uno svantaggio per le fusioni con società straniere.

39. Tale disparità di trattamento è idonea a scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento attraverso la costituzione di società controllate in altri Stati membri, posto che, in caso di fusione, non sarebbe possibile utilizzare le perdite in capo alla società controllante. Tuttavia, essa contrasta con le disposizioni del Trattato solo se riguarda situazioni tra loro oggettivamente comparabili.

2. Sulla comparabilità

40. Secondo la giurisprudenza della Corte, la comparabilità di una situazione transfrontaliera con una situazione interna dev'essere esaminata tenendo conto dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali in questione [20]. Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale non si evince esplicitamente quale sia l'obiettivo (soggettivo) perseguito, nell'ambito di una fusione, dal legislatore svedese con la normativa fiscale de qua.

41. Tuttavia, in linea di principio, tutte le disposizioni fiscali mirano a generare entrate per lo Stato. A tal riguardo, si può certamente affermare che la restrizione alla possibilità di compensazione delle perdite cui non siano corrisposti redditi imponibili sia finalizzata a garantire il gettito fiscale. La legislazione svedese prevede esplicitamente tale relazione, collegando il trasferimento delle perdite nel quadro di una fusione alla sussistenza di redditi imponibili.

16 Sentenza del 5 febbraio 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, punti 39 e segg.).

17 V., sul punto, le mie conclusioni nella causa ANGED (C-233/16, EU:C:2017:852, paragrafi 34 e segg.) e nella causa Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, paragrafo 41).

18 V., al riguardo, già le mie conclusioni nella causa ANGED (C-233/16, EU:C:2017:852, paragrafo 38), e nella causa Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, paragrafo 40).

19 Lo stesso vale anche nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento: v. sentenza del 1º giugno 2010, Blanco Pérez e Chao Gómez (C-570/07 e C-571/07, EU:C:2010:300, punto 119).

20 Sentenze del 4 luglio 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punto 31), del 12 giugno 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punto 32), del 22 giugno 2017, Bechtel (C-20/16, EU:C:2017:488, punto 53), del 12 giugno 2014, SCA Group Holding e a., da C-39/13 a C-41/13, EU:C:2014:1758, punto 28), e del 25 febbraio 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punto 22).

42. A parere della Germania, non sussisterebbe, al riguardo, comparabilità. A sostegno di tale conclusione vengono richiamate la sentenza pronunciata dalla Corte nella causa Timac Agro Deutschland [21] nonché le mie conclusioni nella causa Commissione/Regno Unito [22].

43. Sino ad oggi, nell'affrontare la questione della comparabilità delle stabili organizzazioni nazionali e straniere, la Corte ha fatto riferimento alla questione se lo Stato membro considerato eserciti parimenti il potere impositivo sulla stabile organizzazione straniera, affermando così espressamente quanto segue [23]: «Nel caso di specie si deve constatare che, dal momento che la Repubblica federale di Germania non esercita alcun potere impositivo sui risultati di una stabile organizzazione del genere, non essendo la deduzione delle sue perdite più autorizzata in Germania, la situazione di una stabile organizzazione situata in Austria non è comparabile a quella di una stabile organizzazione situata in Germania con riferimento alle misure previste dalla Repubblica federale di Germania al fine di prevenire o di attenuare la doppia imposizione degli utili di una società residente». Tale considerazione potrebbe valere anche per le società controllate residenti all'estero e non tassate a livello nazionale.

44. Tuttavia, esiste una giurisprudenza consolidata della Corte in materia di utilizzo transfrontaliero delle perdite tra controllate e controllanti per le quali la comparabilità è stata implicitamente o esplicitamente riconosciuta [24].

45. Di recente inoltre, con riferimento alle perdite definitive di una stabile organizzazione non residente, nella causa A/S Bevola la Corte ha nuovamente riconosciuto in maniera esplicita una comparabilità tra stabili organizzazioni nazionali imponibili e stabili organizzazioni straniere non imponibili [25]. Tale conclusione deve valere, a fortiori, per le società controllate nazionali imponibili e per quelle straniere che non lo sono.

46. Infine, il criterio della comparabilità appare poco chiaro. Considerato che tutte le fattispecie sono, sotto un qualche profilo, comparabili, se non sono identiche [26], tale criterio di esame dovrebbe essere in ogni caso abbandonato [27].

47. Alla luce delle suesposte considerazioni, la comparabilità dev'essere pertanto riconosciuta. Eventuali differenze presenti – nella specie, l'assenza di simmetria tra imposizione degli utili e utilizzo delle perdite [28] – tra una società controllata di secondo livello straniera e una società controllata di secondo livello nazionale devono essere prese in considerazione solo a livello di giustificazione. Sussiste, pertanto, una restrizione alla libertà di stabilimento.

21 Sentenza del 17 dicembre 2015, (C-388/14, EU:C:2015:829, punto 65), che fa riferimento alla sentenza del 17 luglio 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, punto 24) e alla sentenza del 14 dicembre 2006, Denkavit Internationaal e Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punti 34 e 35).

22 Conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Commissione/Regno Unito (C-172/13, EU:C:2014:2321, paragrafo 26), dove, tuttavia, ho ritenuto sussistere, nella specie, la comparabilità (v. paragrafo 29).

23 Sentenza del 17 dicembre 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punto 65), che rimanda alla sentenza del 17 luglio 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, punto 24) e alla sentenza del 14 dicembre 2006, Denkavit Internationaal und Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punti 34 e 35).

24 Sentenze del 4 luglio 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punto 35), del 3 febbraio 2015, Commissione/Regno Unito (C-172/13, EU:C:2015:50, punti 22 e segg.), del 21 febbraio 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punto 35), e del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punti 27 e segg.).

25 Sentenza del 12 giugno 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punti 38 e 39).

26 È vero sì che, secondo un proverbio tedesco, non si possono confrontare mele e pere. Tuttavia, anche le mele e le pere hanno elementi comuni (sono, ad esempio, entrambe pomacee) e sono quindi, sotto tale profilo, anche comparabili.

27 Già nelle mie conclusioni nella causa Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, paragrafi da 21 a 28) avevo proposto alla Corte di concludere in tal senso.

28 V., al riguardo, esplicitamente, sentenze del 6 settembre 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532), e del 15 maggio 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punto 33).

3. Sulla giustificazione

48. Una restrizione alla libertà di stabilimento può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale. Nella specie, motivi di giustificazione possono ravvisarsi nella salvaguardia di un'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi tra i diversi Stati membri e nella prevenzione di un duplice uso delle perdite (benché tassate una sola volta)[29]. Inoltre, la misura dev'essere idonea a garantire il conseguimento del suo scopo senza eccedere quanto necessario per raggiungerlo[30].

a) Sulla prima questione: rilevanza del mancato trasferimento delle perdite nell'ambito di una fusione in base alle disposizioni dello Stato della società conferente

49. Con la prima questione il giudice del rinvio chiede se, ai fini della giustificazione delle restrizioni alla deducibilità delle perdite previste dal diritto svedese, rilevi il fatto che, in base alla normativa applicabile alla società conferente (nella specie, in base al diritto tedesco), non vi sia alcuna possibilità di far fiscalmente valere le perdite nell'ambito di una fusione con un altro soggetto giuridico imponibile in Germania.

50. La Corte ha dichiarato[31] che, in linea di principio, le libertà fondamentali non impongono alcuna utilizzazione transfrontaliera delle perdite all'interno del gruppo. Solo nel caso delle cosiddette *perdite definitive* sarebbe sproporzionato se lo Stato membro precludesse alla controllante l'utilizzazione delle perdite sebbene la società controllata straniera abbia esaurito ogni possibilità in tal senso e sia esclusa ogni eventuale ulteriore utilizzabilità delle perdite. Il relativo onere della prova grava sul soggetto passivo[32]. Tuttavia, la mera liquidazione una volta attuata l'operazione di fusione non può, da sola, dimostrare l'assenza di qualsiasi possibilità di contabilizzare le perdite che esistono nello Stato di residenza della controllata[33].

1) Sulla giustificazione concernente la prevenzione di un doppio uso delle perdite

51. Nel caso di specie potrebbe operare la giustificazione relativa alla prevenzione di un doppio utilizzo delle perdite, dal momento che una doppia contabilizzazione non sembra essere esclusa in questo caso. In base alle informazioni fornite dal giudice del rinvio, la Memira dispone ancora di determinate attività liquide. Rispetto al motivo di giustificazione in esame, compete al giudice nazionale accertare se la società medesima abbia effettivamente fornito la prova che, in proposito, la controllata tedesca abbia realmente esaurito tutte le possibilità di contabilizzazione delle perdite esistenti in Germania[34]. In caso contrario, non potrà parlarsi di perdite definitive.

29 Sentenza del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punti 43 e segg.).

30 Sentenze del 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punto 42), del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punto 47), e del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punto 35).

31 Sentenza del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

32 Sentenza del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punti 55 e 56).

33 Sentenza del 21 febbraio 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punti 51 e 52).

34 V., in questo senso, anche sentenza del 21 febbraio 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punto 54).

2) Sulla giustificazione vertente sulla salvaguardia dell'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi

52. Per quanto attiene all'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, occorre sottolineare che si tratta di un obiettivo legittimo riconosciuto dalla Corte [35], che può rendere necessaria l'applicazione, alle attività economiche dei contribuenti stabiliti in uno di tali Stati membri, delle sole norme fiscali di quest'ultimo, in ordine tanto ai ricavi quanto alle perdite [36].

53. Tuttavia, nella specie, alla luce della giustificazione di cui trattasi, un riconoscimento dell'esistenza di perdite definitive di cui tener conto è escluso per due motivi. Da un lato, una contabilizzazione di perdite della società controllata generate nel corso degli anni in Germania lederebbe l'autonomia fiscale degli Stati membri [v. infra sub i)]. Dall'altro, nel caso in esame non ricorre la condizione della presenza di perdite giuridicamente sì utilizzabili, ma che di fatto non sono tali [v. infra sub ii)].

i) Sulla rilevanza dell'autonomia fiscale degli Stati membri

54. Come già affermato dalla Corte, le libertà fondamentali non possono avere l'effetto di imporre allo Stato membro in cui ha sede la società controllante, di concedere a quest'ultima l'utilizzabilità fiscale delle perdite di una determinata somma che trovi origine unicamente nel sistema tributario di un altro Stato membro, senza che il primo Stato membro subisca una compressione della propria autonomia tributaria per effetto dell'esercizio del potere impositivo da parte dell'altro Stato membro [37].

– Sull'esclusione del trasferimento delle perdite nell'ambito di una fusione nello Stato della società controllata

55. A tal riguardo la Corte ha esplicitamente dichiarato [38] che «la definitività, ai sensi del punto 55 della sentenza Marks & Spencer [39], delle perdite subite dalla controllata non residente non può risultare dal fatto che lo Stato membro di residenza della controllata stessa escluda qualsiasi possibilità di riporto delle perdite» [40]. Infatti, se così fosse, uno Stato membro dovrebbe adeguare la propria normativa tributaria a quella di un altro.

56. Se, secondo la giurisprudenza della Corte [41], la definitività delle perdite non può discendere dal fatto che lo Stato membro di residenza della controllata stessa escluda qualsiasi possibilità di riporto delle perdite, allora ciò deve valere anche per l'esclusione di un trasferimento delle perdite su un terzo (nella specie, nell'ambito di una fusione). Già per tale ragione, la normativa svedese non risulta sproporzionata.

35 Sentenze del 7 novembre 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punto 50), del 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punto 45), del 6 settembre 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, punto 23), e del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punti 45 e 46).

36 Sentenze del 7 novembre 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punto 50), del 15 maggio 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punto 31), del 18 luglio 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punto 54), e del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punto 45).

37 In questo senso, già le sentenze del 21 dicembre 2016, Masco Denmark e Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, punto 41), e del 30 giugno 2011, Meilicke e a. (C-262/09, EU:C:2011:438, punto 33).

38 Sentenza del 3 febbraio 2015, Commissione/Regno Unito (C-172/13, EU:C:2015:50, punto 33).

39 Sentenza del 13 dicembre 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

40 V. sentenza del 7 novembre 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punti da 75 a 79 e la giurisprudenza ivi richiamata).

41 Sentenze del 3 febbraio 2015, Commissione/Regno Unito (C-172/13, EU:C:2015:50, punto 33), e del 17 dicembre 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punto 54).

– Sul carattere definitivo delle perdite riportate a nuovo

57. La Corte ha comunque già avuto modo di dichiarare che le libertà fondamentali non ostano a che una perdita compensabile a livello transfrontaliero debba sempre essere accertata come perdita definitiva al termine del periodo imponibile [42]. In tal modo, ogni perdita che può essere oggetto di riporto non è – quantomeno in un primo momento [43] – definitiva. Tale aspetto assume rilievo nella specie, dal momento che è richiesta la compensazione di perdite riportate a nuovo per anni in Germania.

58. Tuttavia, tali perdite accumulate (riportate a nuovo) che in un determinato esercizio rappresentano perdite non definitive (potendo essere oggetto di riporto o in quanto la normativa nazionale ne impediva la compensazione), non possono assumere, in un secondo momento, la natura di perdite definitive per il fatto che la liquidazione ne escluda un ulteriore riporto.

59. Diversamente ragionando, attività che, in un primo momento, generino utili in Germania sarebbero imponibili solo in tale paese, mentre le successive attività in perdita sarebbero finanziate con il gettito fiscale di altri Stati. Tale risultato contrasterebbe con la salvaguardia di un'equilibrata ripartizione del potere impositivo degli Stati membri.

60. In senso analogo, nella sentenza Commissione/Regno Unito, la Corte muove dall'assunto che l'assenza di carattere definitivo iniziale non subisce più alcuna variazione [44]. In ogni caso, le affermazioni ivi contenute indicano che, tutt'al più, la perdita generata dalla controllata nell'ultimo anno della liquidazione deve poter essere in qualche modo ancora compensata (a livello transfrontaliero), a differenza però delle perdite generate sino a quel momento e riportate a nuovo in base alla normativa nazionale (nella specie, quello tedesco) [45]. Pertanto, la libertà di stabilimento non impone una compensazione transfrontaliera di tali perdite riportate a nuovo.

– Sul diritto di scelta del soggetto passivo

61. Inoltre, il principio dell'autonomia delle normative tributarie osta al riconoscimento di un diritto di scelta ai soggetti passivi. Infatti, come espressamente precisato dalla Corte [46], concedere alle società la possibilità di optare per l'utilizzabilità delle proprie perdite nello Stato membro in cui sono stabilite o in un altro Stato membro comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi tra gli Stati membri, dato che la base imponibile risulterebbe aumentata per il primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite.

62. Tuttavia, come rileva anche la Commissione, le restrizioni alla possibilità di utilizzare, in sede di fusione, le perdite in capo a società con redditi imponibili in Svezia si rendono necessarie proprio per evitare che, altrimenti, sia riconosciuto un diritto di scelta all'interno di un gruppo. Quest'ultimo potrebbe liberamente individuare lo Stato membro (lo Stato di residenza di una società beneficiaria del gruppo) in cui sfruttare, in caso d'insuccesso, le perdite delle proprie società. Tale aspetto dev'essere tenuto in considerazione in sede di riconoscimento e di definizione delle «perdite definitive».

42 Sentenza del 3 febbraio 2015, Commissione/Regno Unito (C-172/13, EU:C:2015:50, punti 31 e 36).

43 La Repubblica federale di Germania sostiene pertanto che solo la perdita generata nel corso dell'ultimo esercizio può essere considerata come una cosiddetta «perdita definitiva» in ragione dell'impossibilità, di fatto, di procedere al suo riporto, mentre le perdite portate a nuovo mantengono sempre la loro natura di perdite non definitive.

44 V. sentenza del 3 febbraio 2015 (C-172/13, EU:C:2015:50, punto 37).

45 Anche per la Corte si applica, in parte, un'interpretazione in tal senso – v. la presa di posizione della Germania nel presente procedimento e, ad esempio, David Eisendle, *Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer*, ISR 2016, 37 (42).

46 Sentenze del 15 maggio 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punto 32), del 18 luglio 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punto 55), e del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punto 46).

63. Le fusioni con società controllate aventi ingenti perdite riportate a nuovo potrebbero essere spostate in paesi che, come nel caso della Svezia, consentono un trasferimento delle perdite nell'ambito di una fusione ogniqualvolta un'operazione del genere non possa essere effettuata nello Stato della controllata preservando le perdite. Il livello di massima efficacia della relativa operazione di fusione dipenderebbe, in tal modo, dallo Stato membro in cui il gruppo dispone di corrispondenti utili e in cui dovrebbe versare le maggiori imposte. Ciò è tanto più vero in considerazione del fatto che le disposizioni svedesi in materia di fusione non presuppongono che entrambe le società appartengano a un gruppo, come nel caso oggetto della sentenza Marks & Spencer [47].

64. Inoltre, da detta sentenza si deduce - in linea con il principio di territorialità - la priorità di un'utilizzazione delle perdite nello Stato di residenza, nella specie la Germania. Pur non consentendo un trasferimento delle perdite nell'ambito di una fusione, la normativa tributaria tedesca riconosce, in caso di trasferimento di quote ai fini del risanamento della società in difficoltà, un mantenimento delle perdite e, in definitiva, la loro utilizzabilità da parte dei nuovi azionisti [48]. Anche per tale ragione la Memira non può optare per una contabilizzazione delle perdite in Svezia.

ii) Sull'eventuale distinzione tra carattere definitivo di fatto e di diritto

65. In tale contesto, ai fini della valutazione della definitività di una perdita, quasi tutte le parti del procedimento distinguono tra perdite non utilizzabili giuridicamente e perdite non utilizzabili di fatto (vale a dire definitive).

66. Secondo la giurisprudenza della Corte, è escluso che le perdite fiscalmente non utilizzabili in quanto non giuridicamente riconosciute nello Stato membro in cui sono generate o ivi non utilizzabili per effetto di restrizioni normative (ad esempio, perdite che non possono essere riportate a nuovo o compensate con esercizi precedenti), possano costituire perdite definitive. Tali potrebbero essere considerate solo le perdite che sarebbero sì fiscalmente utilizzabili ma che - di fatto - non possano essere contabilizzate in futuro. Questa conclusione appare convincente in considerazione del principio dell'autonomia delle normative tributarie (v. supra, paragrafi 54 e segg.).

67. Tuttavia, ritengo vi sia ragione di dubitare dell'esistenza stessa di perdite che siano utilizzabili sotto il profilo giuridico, ma che, di fatto, non lo siano, come può essere illustrato alla luce di un esempio. L'unica ipotesi in cui, malgrado una possibilità di riporto o di compensazione illimitata, possa residuare una perdita sarebbe quello di un'impresa complessivamente deficitaria che non abbia mai realizzato utili sufficienti, nemmeno a seguito dell'integrale cessione dei beni economici. In tal caso, malgrado la possibilità di compensazione con esercizi precedenti, anche la perdita generata nell'ultimo esercizio risulterebbe (de facto) priva di effetti.

68. Tuttavia, anche in tale ipotesi, ove lo Stato membro di residenza lo consenta, sussisterebbe sempre la possibilità di trasferire tali perdite in definitiva su un acquirente [49] mediante la cessione dell'impresa. Il venditore «realizza» in tal caso le perdite esistenti dal momento che l'acquirente ne terrà conto nella determinazione del prezzo di acquisizione dell'impresa.

69. Ove il rispettivo ordinamento giuridico consenta il trasferimento delle perdite su soggetti terzi, la loro utilizzazione fiscale sarà anche, di fatto, sempre possibile. Può darsi che, nel singolo caso, la cessione dell'impresa non risulti particolarmente redditizia, considerato che l'acquirente di un'impresa deficitaria difficilmente sarà disposto ad versare per la sua acquisizione ingenti somme di denaro. Tuttavia, ciò non incide sull'utilizzabilità, de facto, delle perdite.

47 Sentenza del 13 dicembre 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

48 La disposizione corrispondente di cui all'articolo 8c KStG (Körperschaftsteuergesetz, legge relativa all'imposta sulle società) è stata oggetto solo di recente, come cosiddetta «clausola di risanamento», di un procedimento dinanzi alla Corte [sentenza del 28 giugno 2018, Andres (Insolvenz Heitkamp BauHolding)/Commissione (C-203/16 P, EU:C:2018:505)].

49 La Corte si è espressa esplicitamente in tal senso, ad esempio, nella sentenza del 21 febbraio 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punti 52 e segg.).

70. Pertanto, anche in questo caso, la definitività delle perdite si fonda o sull'ordinamento giuridico dello Stato membro (esclusione di ogni possibilità di trasferimento delle perdite) o sulla decisione del contribuente di non cedere la società bensì di liquidarla. Tuttavia, in entrambe le circostanze, non si ravvisa la ragione per la quale l'esclusione della rilevanza fiscale delle perdite in un altro Stato membro dovrebbe poi essere considerata sproporzionata. Non a caso, anche la Corte esige che tutte le possibilità di utilizzo delle perdite siano state esaurite, fermo restando che tra di esse rientra anche un loro trasferimento a terzi mediante cessione dell'impresa.

iii) Sull'eventuale sussistenza di perdite definitive ai sensi della sentenza Bevola

71. A tale conclusione non osta nemmeno la recente sentenza Bevola [50]. Da un lato, la Corte ha ivi «unicamente» trasposto l'eccezione prevista nella sentenza Marks & Spencer relativa alle perdite «definitive» delle stabili organizzazioni, senza rimettere in discussione le limitazioni individuate supra [51] e, in particolare, senza pronunciarsi più in dettaglio sulla questione dei presupposti relativi all'esistenza di tali perdite.

72. Dall'altro, nella menzionata nuova sentenza, l'elemento centrale [52] del ragionamento della Corte è rappresentato dal principio di capacità reddituale dell'impresa. è costituito dal principio della capacità reddituale dell'impresa. Tale approccio può essere ancora comprensibile nel caso delle stabili organizzazioni, poiché – sotto il profilo giuridico – esse costituiscono una parte non autonoma dell'impresa di un contribuente. Tuttavia, tale ragionamento non risulterebbe convincente nel caso di società controllate di primo e secondo livello, soggetti giuridici autonomi dotati anche di una capacità reddituale propria (intendendo con essa la relativa capacità contributiva) [53]. A ragione la Corte non ha dichiarato che, ai fini della corretta imposizione della capacità reddituale della società controllante, sia necessario tener conto delle perdite della controllata.

73. Sotto il profilo del diritto tributario, il consolidamento a livello di gruppo rappresenta, piuttosto, il superamento del principio della capacità reddituale dal momento che consente di prendere in considerazione unitariamente la capacità reddituale e, quindi, la capacità contributiva di più soggetti giuridici. Pertanto, il coinvolgimento di ulteriori soggetti giuridici non può in alcun caso essere motivato in base al principio di una tassazione fondata sulla capacità reddituale e relativa capacità contributiva.

74. Al contrario, la rilevanza, per uno Stato membro, di una voce soltanto (ad esempio, dei soli ricavi o dei soli costi) si pone piuttosto in contrasto con il principio dell'imposizione fiscale in funzione della capacità reddituale e relativa capacità contributiva. A quanto mi risulta, inoltre, nessun principio generale di diritto tributario o di diritto dell'Unione impone che, al termine del ciclo di vita di una persona giuridica, tutte le perdite debbano essere in qualche modo compensate. In particolare, il principio di capacità contributiva non esige, nel caso in esame, alcuna esportazione delle perdite in altri Stati membri.

75. Pertanto, nemmeno alla luce della sentenza Bevola sussistono, nella specie, perdite definitive deducibili che possano essere esportate dalla Spagna alla Svezia.

50 Sentenza del 12 giugno 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punti 61 e segg.).

51 Al contrario, la Corte ha espressamente incaricato il giudice nazionale di accertare se sussistano le condizioni stesse per supporre una perdita definitiva – v. sentenza del 12 giugno 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punto 65).

52 Sentenza del 12 giugno 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punti 39 e 59); v. anche sentenza del 4 luglio 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punto 35).

53 Riconoscere ai gruppi di imprese una capacità contributiva transfrontaliera eccessivamente rilevante sotto il profilo giuridico finirebbe unicamente per offrire ai grandi gruppi internazionali nuovi margini di manovra. Discutibile appare pertanto la sentenza del 4 luglio 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punto 35).

iv) Conclusione intermedia alla luce di un «mercato interno equo»

76. Questa conclusione, ricavata dalla giurisprudenza, appare convincente anche sotto il profilo di un mercato interno «equo» che, alla luce della cosiddetta discussione in materia di BEPS [54], ha acquisito nuovamente maggiore centralità. Infatti, proprio nella specifica fattispecie in esame, la possibilità di compensare le perdite definitive a livello transfrontaliero avvantaggerebbe soprattutto i gruppi di grandi dimensioni attivi a questo livello rispetto alle imprese di dimensioni più contenute (di norma non operanti a tale livello). Se, ad esempio, la Memira sapesse che, in ultima analisi, tutte le perdite generate dal modello commerciale tedesco possono essere compensate con utili di altre società del gruppo stabilite in Stati membri diversi, nel tentativo di posizionarsi sul mercato tedesco essa potrebbe presentarsi, sul piano concorrenziale, in maniera del tutto diversa rispetto ad un concorrente tedesco che deve muovere dal presupposto che – in caso di cessazione della propria attività commerciale in Germania – le sue perdite non potranno essere utilizzate. Per la Memira le «perdite tedesche» rappresenterebbero un onere molto meno gravoso di quanto accadrebbe per un concorrente nazionale privo di una corrispondente struttura di gruppo.

77. Pertanto, alla luce dei suesposti rilievi e in coerente applicazione della giurisprudenza della Corte (v., a tal proposito, supra, paragrafi 51 e segg. e la giurisprudenza ivi richiamata) si giunge alla seguente conclusione: non sussistono perdite definitive quando lo Stato di residenza della società controllata esclude giuridicamente l'utilizzabilità delle perdite. Ove lo Stato di residenza ne consenta l'utilizzazione, il contribuente deve aver esaurito le possibilità all'uopo previste. Conformemente alla sentenza Marks & Spencer [55], tra di esse rientra anche la realizzazione delle perdite mediante trasferimento ad un soggetto terzo, non presente nel caso di specie. In proposito si può dunque anche constatare che, nel caso della Memira, non vi sono perdite definitive.

78. Pertanto, nella specie, l'esclusione da parte della Svezia della possibilità, nell'ambito di una fusione, di compensazione delle perdite di una società controllata residente all'estero e non imponibile a livello nazionale non risulta sproporzionata.

3) Risposta alla prima questione

79. Occorre pertanto rispondere alla prima questione nei seguenti termini: ai fini della compensazione transfrontaliera delle perdite, l'articolo 49 in combinato disposto con l'articolo 54 TFUE, presuppone che, nello Stato di residenza della società controllata, sia giuridicamente possibile utilizzare fiscalmente le perdite e che il soggetto passivo si sia avvalso di detta possibilità. Tale utilizzabilità include parimenti la realizzazione delle perdite per mezzo di una fusione con un terzo o di una cessione della società a terzi. La prima possibilità non è praticabile in Germania; la seconda lo è, seppure in misura limitata, ma la Memira non se ne è avvalsa. Non ricorrono, in ogni caso, i presupposti per ritenere sussistente una perdita definitiva.

b) Sulla seconda questione: rilevanza della specifica possibilità di fusione all'interno del gruppo

80. Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede se, qualora nello Stato di residenza sia esclusa una fusione con mantenimento delle perdite, la valutazione della definitività possa risultare differente ove, nel caso specifico, manchi effettivamente «un'altro soggetto che avrebbe potuto portare in deduzione le [perdite] stesse laddove ciò fosse consentito».

54 S'intende, semplificando, la struttura fiscale dei cosiddetti gruppi multinazionali che, nei sistemi fiscali finora esistenti, dispongono di possibilità (legali) per ridurre le proprie basi imponibili nelle giurisdizioni fiscali a imposizione elevata e trasferire gli utili verso paesi con regimi fiscali più vantaggiosi (*base erosion and profit shifting*).

55 Sentenza del 13 dicembre 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763, punto 55).

81. Tale questione appare difficilmente comprensibile dal momento che è pressoché impensabile che in tutta la Germania non esista alcun ulteriore soggetto giuridico che avrebbe potuto portare in deduzione le perdite. Verosimilmente, [la questione va intesa nel senso] se sussistano perdite definitive anche laddove la Memira – come precisato dall'Italia nelle proprie osservazioni – disponga in Germania, in concreto, un'ulteriore società del gruppo con cui sarebbe stata possibile una fusione o se, per negare la definitività, sia sufficiente che, astrattamente, una fusione con una società del gruppo in Germania avrebbe comportato l'inutilizzabilità fiscale delle perdite.

82. La risposta si evince già dalla circostanza che non possono esistere perdite giuridicamente utilizzabili che non siano però, di fatto, tali (v. supra, paragrafi 67 e segg.). In proposito, non fa alcuna differenza se, nel caso specifico, la Memira disponga ancora in Germania di un'altra società del gruppo.

83. Inoltre, la risposta alla seconda questione si evince già dalla giurisprudenza della Corte, secondo la quale, la rilevanza fiscale transfrontaliera di perdite «straniere» è ipotizzabile solo quando la controllata non residente ha esaurito le possibilità di utilizzazione fiscale delle perdite esistenti nel proprio Stato di residenza eventualmente per mezzo di un trasferimento delle perdite stesse a terzi e non vi sia la possibilità che queste vengano fiscalmente utilizzate dal terzo (nel suo Stato di residenza) [56]. La Corte parla espressamente di un terzo e non di un altro soggetto appartenente al gruppo, come sottolineano in definitiva, chi più chi meno, tutti gli Stati membro coinvolti.

84. A tal riguardo, o è possibile un trasferimento a un qualche soggetto terzo (ipotesi in cui rientra anche il trasferimento economico delle perdite nell'ambito di una cessione della società ai nuovi azionisti), con il conseguente venir meno di perdite definitive ai sensi della giurisprudenza Marks & Spencer, oppure lo Stato membro in questione ha giuridicamente escluso il trasferimento delle perdite (come in Germania, ad esempio, con riferimento a una fusione). In tal caso non è nemmeno sproporzionato che tale esclusione venga prevista anche nello Stato della società controllante.

VI. Soluzione suggerita

85. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, suggerisco di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dallo Högsta förvaltningsdomstol (Corte suprema amministrativa, Svezia) nei seguenti termini:

1. Ai fini della compensazione transfrontaliera delle perdite, l'articolo 49, in combinato disposto con l'articolo 54 TFUE, presuppone che, nello Stato di residenza della società controllata, sia giuridicamente possibile utilizzare fiscalmente le perdite e che il soggetto passivo si sia avvalso di detta possibilità. Tale utilizzabilità include parimenti la realizzazione delle perdite per mezzo di una fusione con un terzo o di una cessione della società a terzi.

2. Ai fini di tale conclusione è irrilevante se, nel caso specifico, il gruppo disponga di ulteriori società nello Stato membro della controllata alle quali sarebbe stato possibile trasferire le perdite stesse.

56 Sentenze del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punto 55), e del 21 febbraio 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punto 56 in fine).