

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

21 febbraio 2013

«Libertà di stabilimento – Articolo 49 TFUE – Normativa tributaria – Fusione di una società controllante stabilita in uno Stato membro con una controllata stabilita in un altro Stato membro – Deducibilità da parte della società controllante delle perdite della controllata risultanti dalle attività di quest’ultima – Esclusione per le controllate non residenti»

Nella causa C-123/11,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Korkein hallinto-oikeus (Finlandia), con decisione del 7 marzo 2011, pervenuta in cancelleria il 9 marzo 2011, nel procedimento promosso da

A Oy,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. L. Bay Larsen, facente funzione di presidente della Quarta Sezione, dal sig. J.-C. Bonichot (relatore), dalle sig.re C. Toader, A. Prechal e dal sig. E. Jarašiūnas, giudici,

avvocato generale: sig.ra J. Kokott

cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 7 giugno 2012,

considerate le osservazioni presentate:

- per A Oy, da A. Blomqvist, asianajaja;
- per il governo finlandese, da M. Pere, in qualità di agente;
- per il governo tedesco, da K. Petersen, in qualità di agente;
- per il governo francese, da G. de Bergues e J. S. Pilczer, in qualità di agenti;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da M. Santoro, avvocato dello Stato;
- per il governo svedese, da A. Falk e S. Johannesson, in qualità di agenti;
- per il governo del Regno Unito, da C. Murrell, in qualità di agente, assistita da K. Bacon e R. Hill, barristers;
- per la Commissione europea, da R. Lyal e I. Koskinen, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 19 luglio 2012,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 49 TFUE e 54 TFUE.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento promosso da A Oy (in prosieguo: «A»), società di diritto finlandese, contro la decisione della keskusverolautakunta (commissione tributaria centrale), ai sensi della quale A non potrebbe dedurre a fini fiscali le perdite di una controllata svedese, in caso di fusione con quest'ultima.

Contesto normativo

Il diritto internazionale

3 L'articolo 7, paragrafo 1, dell'accordo stipulato tra i paesi nordici allo scopo di evitare la doppia imposizione dei redditi e dei patrimoni, concluso a Helsinki il 23 settembre 1996 (SopS 26/1997), prevede quanto segue:

«Gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in tale Stato, a meno che l'impresa non eserciti la sua attività nell'altro Stato contraente per il tramite di una stabile organizzazione ivi situata. Se un'impresa esercita la propria attività secondo questa modalità, i suoi utili sono imponibili nell'altro Stato, ma unicamente entro i limiti in cui sono imputabili alla suddetta stabile organizzazione».

Il diritto finlandese

4 La legge 360/1968 sull'imposizione del reddito derivante da attività commerciali [Laki elinkeinotulon verottamisesta (360/1968)], intesa a trasporre la direttiva 2009/133/CE 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 L 310, pag. 34), precisa il contesto giuridico della fusione per incorporazione di società.

5 L'articolo 52 bis, punto 2, di tale legge definisce la nozione di fusione nei termini seguenti:

«Per fusione si intende l'operazione con cui:

(...)

2) una società incorporata trasferisce, tramite il suo scioglimento senza liquidazione, la totalità del suo patrimonio, attivo e passivo, alla società incorporante, che detiene tutte le azioni che rappresentano il capitale della società incorporata, o a una società per azioni detenuta integralmente da tale società».

6 La legge 1535/1992 relativa all'imposta sul reddito [tuloverolaki (1535/1992)], del 30 dicembre 1992 (in prosieguo: la «legge relativa all'imposta sul reddito»), definisce il regime fiscale delle perdite delle società.

7 L'articolo 117 di tale legge prevede che la perdita che si constata essere il risultato dell'attività commerciale è dedotta dal reddito dell'attività commerciale degli anni successivi.

8 L'articolo 119, paragrafi 1 e 2, di detta legge prevede quanto segue:

«Le perdite derivanti da un'attività commerciale ed agricola sono dedotte dai risultati dell'attività commerciale (...) durante i dieci esercizi successivi se e nei limiti in cui è realizzato un reddito.

Per «perdita derivante da un'attività commerciale» si intende la perdita di esercizio accertata a norma della [legge 360/1968 sull'imposizione dei redditi derivanti da attività commerciali] (...).

9 L'articolo 123, paragrafo 2, della medesima legge prevede le condizioni a cui la società incorporante può rilevare fiscalmente le perdite della società incorporata nei termini seguenti:

«In seguito alla fusione di società (...), la società incorporante ha il diritto di dedurre dal suo reddito imponibile le perdite della società incorporata (...) secondo le modalità previste agli articoli 119 e 120, nella misura in cui la società incorporante ovvero i suoi azionisti o membri, o la società ed i suoi azionisti o membri insieme, abbiano posseduto dall'inizio dell'esercizio in perdita più della metà di azioni o quote della società incorporata o scissa (...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

10 A è un'impresa finlandese specializzata nel commercio di mobili. A possiede una controllata in Svezia (in prosieguo: «B»), di cui detiene la totalità del capitale, che svolge in Svezia un'attività dello stesso tipo in tre locali commerciali in affitto. A non possiede altre controllate o succursali in Svezia.

11 A seguito di perdite commerciali B ha chiuso i suoi tre punti vendita, uno nel dicembre 2007, gli altri due nel marzo 2008. B non aveva intenzione di continuare a svolgere attività commerciali in Svezia, ma continuava ad essere vincolata da contratti di affitto a lungo termine di due locali commerciali. Le sue perdite ammontavano a SEK 44,8 milioni per il periodo compreso tra il 2001 e il 2007.

12 Dopo che B aveva cessato le sue attività, A ha pianificato una fusione con tale controllata. Tale operazione sarebbe giustificata da un punto di vista economico e consentirebbe in particolare di trasferire ad A i contratti di affitto conclusi da B. Inoltre, si tratterebbe di un'operazione trasparente e di facile realizzazione, che consentirebbe di semplificare la struttura del gruppo.

13 Al termine di tale operazione, gli attivi, i passivi e i restanti obblighi di B avrebbero dovuto essere trasferiti ad A e la società controllante non avrebbe più avuto una controllata o una stabile organizzazione in Svezia.

14 A ha presentato alla keskusverolautakunta una domanda di decisione preliminare riguardante la questione se, una volta realizzata tale operazione, essa avrebbe potuto dedurre le perdite di B in conformità dell'articolo 123, paragrafo 2, della legge relativa all'imposta sul reddito.

15 Con la sua decisione preliminare in data 25 marzo 2009, la keskusverolautakunta ha risposto negativamente, in quanto le perdite di B sono state accertate applicando la normativa tributaria svedese. La keskusverolautakunta ritiene che tali perdite non possano quindi rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 119 della legge relativa all'imposta sul reddito.

16 Tale decisione è stata impugnata dalla A dinanzi al Korkein hallinto-oikeus (Suprema Corte amministrativa) facendo riferimento, in particolare, alla libertà di stabilimento.

17 Il giudice del rinvio rileva che, nel caso in cui una società residente incorpori una società finlandese, essa può dedurre fiscalmente le perdite di quest'ultima alle condizioni enunciate dagli articoli 119 e 123 della legge relativa all'imposta sul reddito, purché l'operazione non sia stata realizzata all'unico scopo di ottenere un vantaggio fiscale.

18 Tale giudice sottolinea che, per contro, la legge finlandese non fornisce indicazioni circa le condizioni in presenza delle quali tale deduzione potrebbe essere effettuata nell'ipotesi in cui la società incorporata avesse sede in un altro Stato membro.

19 Egli si domanda quindi se la normativa finlandese non contenga una restrizione alla libertà di stabilimento e, in tal caso, se essa possa considerarsi giustificata dai motivi di interesse generale invocati dalle autorità finlandesi, vertenti sulla necessità per gli Stati membri di mantenere una distribuzione equilibrata del loro potere impositivo e di premunirsi contro i rischi di un duplice utilizzo delle perdite e di evasione fiscale.

20 In tale contesto, il Korkein hallinto-oikeus ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE impongano che la società incorporante possa dedurre in sede di imposizione le perdite derivanti dall'attività esercitata in un altro Stato membro, negli anni precedenti alla fusione, dalla società da essa incorporata stabilita in tale Stato membro, quando la società incorporante non dispone di una stabile organizzazione nello Stato ove è stabilita la società incorporata e quando, in conformità della normativa nazionale, la società incorporante può dedurre le perdite della società incorporata, se quest'ultima sia una società nazionale o le perdite siano state generate in una stabile organizzazione stabilita in tale Stato.

2. In caso di soluzione positiva della prima questione, se gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE siano pertinenti al fine di stabilire se l'entità della perdita deducibile debba calcolarsi a norma della legislazione tributaria dello Stato ove è stabilita la società incorporante oppure se occorra ritenere quali perdite deducibili le perdite subite nello Stato ove è stabilita la società incorporata e accertate secondo il diritto di quest'ultimo».

Sulla prima questione

21 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte se gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE ostino ad una normativa di uno Stato membro che esclude che una società controllante residente, in seguito ad una fusione con una controllata stabilita nel territorio di un altro Stato membro, abbia la possibilità di dedurre dal suo reddito imponibile perdite subite da quest'ultima, negli esercizi fiscali anteriori alla fusione, quando invece detta normativa nazionale ammette tale possibilità se la fusione è realizzata con una controllata residente.

22 In via preliminare, occorre constatare che la direttiva 2009/133 non prevede l'ipotesi del riporto delle perdite eventuali della società incorporata in una situazione del genere.

23 Peraltro, i governi tedesco, finlandese, italiano e del Regno Unito affermano che la libertà di stabilimento non è applicabile alla fattispecie oggetto del procedimento principale in quanto la società incorporata ha cessato la sua attività economica prima della fusione e tale ristrutturazione è in realtà motivata esclusivamente dal perseguimento di un vantaggio fiscale, consistente nella deduzione delle perdite della controllata incorporata dal reddito imponibile della società controllante che l'ha incorporata.

24 A tale proposito, occorre anzitutto rammentare che le fusioni transfrontaliere, al pari delle altre operazioni di trasformazione di società, rispondono alle esigenze di cooperazione e di raggruppamento di società stabilite in Stati membri differenti. Quindi, esse sono considerate modalità particolari di esercizio della libertà di stabilimento, importanti per il buon funzionamento del mercato interno, e rientrano pertanto tra le attività economiche per le quali gli Stati membri sono tenuti al rispetto della libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 TFUE (sentenza del 13 dicembre 2005, SEVIC Systems, C-411/03, Racc. pag. I-10805, punto 19).

25 Inoltre, occorre constatare che, nelle circostanze del procedimento principale, la creazione da parte di A della controllata B in Svezia, è una conseguenza dell'esercizio da parte della prima del suo diritto alla libertà di stabilimento, con conseguente applicazione degli articoli 49 TFUE e 54 TFUE.

26 Infine, la circostanza che un'operazione di fusione sia esclusivamente motivata da ragioni fiscali e che, in tal modo, le società interessate cerchino in realtà di sottrarsi abusivamente all'applicazione della loro normativa nazionale, non può, da sola, comportare l'esclusione dell'applicazione di tali disposizioni.

27 Infatti, la questione dell'applicabilità di tali articoli è distinta dalla questione di stabilire se uno Stato membro possa adottare misure atte a impedire che, avvalendosi delle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'applicazione della propria legge nazionale (v., in tal senso, sentenza del 9 marzo 1999, Centros, C-212/97, Racc. pag. I-1459, punto 18).

28 Alla luce del complesso di tali elementi, occorre considerare che la libertà di stabilimento si applica ad una fattispecie come quella di cui al procedimento principale.

Sull'ostacolo alla libertà di stabilimento

29 Dal momento che la libertà di stabilimento si applica nel procedimento principale, occorre rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitarla nel rispetto del diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenza del 13 dicembre 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Racc. pag. I-10837, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

30 La libertà di stabilimento, che l'articolo 49 TFUE attribuisce ai cittadini dell'Unione, comprende, ai sensi dell'articolo 54 TFUE, per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nell'Unione europea, il diritto di svolgere la loro attività nello Stato membro di cui trattasi mediante una controllata, una succursale o un'agenzia (v., in particolare, sentenze del 21 settembre 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, Racc. pag. I-6161, punto 35, e del 25 febbraio 2010, *X Holding*, C-337/08, Racc. pag. I-1215, punto 17).

31 A tale riguardo, la possibilità offerta dal diritto finlandese ad una società controllante residente di contabilizzare le perdite di una controllata residente in caso di fusione con quest'ultima costituisce per la società controllante un vantaggio fiscale.

32 L'esclusione di tale beneficio nei rapporti tra una società controllante residente e la sua controllata avente sede in un altro Stato membro, è atta a dissuadere la prima dallo stabilirsi in quest'ultimo Stato membro, dissuadendola quindi dal crearvi delle controllate.

33 Affinché una siffatta differenza di trattamento sia compatibile con le disposizioni del Trattato FUE relative alla libertà di stabilimento, occorre che essa riguardi situazioni che non sono oggettivamente comparabili o che sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale (v., per analogia con la libera circolazione dei capitali, sentenza del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, Racc. pag. I-11753, punto 167). Dalla giurisprudenza della Corte risulta che la comparabilità di una situazione transfrontaliera con una situazione interna deve essere esaminata tenendo conto dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali in questione (v., in tal senso, sentenza del 18 luglio 2007, *Oy AA*, C-231/05, Racc. pag. I-6373, punti 36-38).

34 Nel diritto tributario, la residenza del contribuente rappresenta un fattore che può giustificare una differenza di trattamento tra contribuenti residenti e non residenti, tuttavia ciò non vale in ogni ipotesi. Infatti, ammettere che lo Stato membro di stabilimento possa sempre riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro Stato membro svuoterebbe di contenuto l'articolo 49 TFUE (v., in particolare, sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 37).

35 A tale proposito, la situazione, da un lato, di una società controllante residente che intende fondersi con una controllata residente e beneficiare in tale contesto della possibilità di dedurre fiscalmente le perdite di quest'ultima e, dall'altro, quella di una società controllante residente che intende procedere alla stessa operazione con una controllata non residente, alla luce dell'obiettivo di una normativa tributaria come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è volta a far beneficiare la società controllante del vantaggio fiscale consistente nella possibilità per quest'ultima di dedurre fiscalmente le perdite in cui è incorsa la controllata, sono oggettivamente comparabili.

36 Tuttavia, i governi tedesco e del Regno Unito affermano che il rifiuto di ammettere la deduzione fiscale delle perdite non costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento poiché, come risulta dai rilievi del giudice del rinvio esposti al punto 17 della presente sentenza, sarebbe stato ugualmente opposto un rifiuto di dedurre dal reddito imponibile le perdite della società incorporata, nelle stesse circostanze, se la fusione avesse avuto luogo con una controllata residente, in quanto l'operazione è esclusivamente motivata dall'ottenimento di un vantaggio fiscale.

37 Compete, tuttavia, solo al giudice del rinvio valutare se ciò avvenga nel procedimento principale. Se così fosse, A non potrebbe effettivamente far valere alcuna differenza di trattamento tra le società residenti e le società non residenti.

38 In mancanza di ulteriori precisazioni nella decisione di rinvio, è comunque compito della Corte pronunciarsi anche sulla questione se, nell'ipotesi in cui il rifiuto di deduzione delle perdite fosse fondato su un altro motivo, la differenza di trattamento rispetto alle società non residenti sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale.

39 A tal fine, occorre verificare se una simile differenza di trattamento è idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccede quanto necessario per raggiungerlo (v., in tal senso, sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 35).

Sulla giustificazione dell'ostacolo

40 I governi che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte sostengono che la differenza di trattamento di cui al procedimento principale è giustificata dalla necessità di preservare la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri e di impedire i rischi di duplice uso delle perdite e di evasione fiscale.

41 Anzitutto, per quanto riguarda la necessità di preservare una ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, essa può essere atta a giustificare una differenza di trattamento qualora il regime di cui trattasi sia inteso a prevenire comportamenti tali da violare il diritto di uno Stato membro di esercitare la propria competenza tributaria in relazione alle attività svolte sul suo territorio (v. in tal senso, sentenze del 29 marzo 2007, *Rewe Zentralfinanz*, C-347/04, Racc. pag. I-2647, punto 42, e *Oy AA*, cit., punto 54).

42 Così, la preservazione della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri potrebbe 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 (sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 45).

43 Infatti, il fatto di concedere alle società la possibilità di optare per la deducibilità delle loro perdite nello Stato membro in cui sono stabilite o in un altro Stato membro comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri (v. sentenza *Oy AA*, cit., punto 55), dato che le basi imponibili risulterebbero modificate in questi due Stati, in misura corrispondente alle perdite trasferite.

44 Inoltre, per quanto riguarda il rischio di duplice uso delle perdite, occorre rilevare che siffatto rischio si presenta effettivamente se, nel caso di una fusione come quella di cui al procedimento principale, la società controllante stabilita in un altro Stato membro goda della possibilità di dedurre dai suoi redditi imponibili le perdite dalla controllata incorporata. Tale rischio è escluso da una normativa che preclude tale possibilità (v., in tal senso, sentenza *Marks & Spencer*, cit., punti 47 e 48).

45 Infine, quanto al rischio di evasione fiscale, la possibilità di trasferire le perdite di una controllata non residente a una società residente in caso di fusione comporta il rischio che tale tipo di ristrutturazione sia organizzato all'interno di un gruppo di società affinché le perdite siano contabilizzate negli Stati membri che applicano i tassi di imposizione più elevati ed in cui, di conseguenza, è maggiore il valore fiscale delle perdite (v., in tal senso, *Marks & Spencer*, cit., punto 49).

46 In considerazione di tali elementi di giustificazione, considerati nel loro complesso, occorre ammettere che la normativa di uno Stato membro che esclude, nel caso di una fusione come quella di cui al procedimento principale, la possibilità per la società controllante stabilita in tale Stato membro di dedurre dai suoi redditi imponibili le perdite della controllata incorporata, stabilita in un altro Stato membro, da un lato, persegue obiettivi legittimi compatibili col Trattato e riconducibili a ragioni imperative di interesse generale e, dall'altro, è idonea a garantire la realizzazione dei suddetti obiettivi (v., in tal senso, in particolare sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 51).

47 Occorre tuttavia altresì verificare se una siffatta normativa non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento di tali obiettivi (v., in tal senso, in particolare, sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 53).

48 Per quanto riguarda la proporzionalità dell'ostacolo alla libertà di stabilimento, occorre, da un lato, rilevare che la circostanza di concedere alla società controllante la possibilità di contabilizzare le perdite della sua controllata non residente, nel contesto di una fusione transfrontaliera, non è a priori tale da permettere alla società controllante di scegliere liberamente da un anno all'altro il regime fiscale applicabile alle perdite delle sue controllate (v., a contrario, sentenza *X Holding*, cit., punto 31).

49 D'altro lato, risulta dalla giurisprudenza della Corte che una misura restrittiva come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario per il conseguimento della parte essenziale degli scopi perseguiti in una situazione in cui la controllata non residente ha esaurito le possibilità di contabilizzare le perdite esistenti nel suo Stato di residenza (v., in tal senso, sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 55). È compito della società controllante dimostrare che così accade nella fattispecie (v., in tal senso, sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 56).

50 Per quanto riguarda il procedimento principale, effettivamente risulta dagli elementi del fascicolo trasmessi alla Corte che il diritto svedese prevede la possibilità di far valere, ai fini del calcolo della base imponibile, le perdite di un soggetto passivo in esercizi fiscali futuri.

51 Tuttavia, A ha fatto valere che, una volta attuata l'operazione di fusione, B sarà liquidata e che essa non disporrà più né di una controllata né di un'organizzazione stabile in Svezia. Quindi, né l'una né l'altra di queste due società sembrerebbe avere la possibilità di far valere in Svezia, dopo la fusione, le perdite subite da B in tale Stato membro prima di tale operazione.

52 Tuttavia, tali circostanze specifiche non possono, da sole, dimostrare l'assenza di qualsiasi possibilità di contabilizzare le perdite che esistono nello Stato di residenza della controllata.

53 Così, numerosi Stati membri intervenuti nel procedimento ritengono, al contrario, che continui a sussistere la possibilità di contabilizzare le perdite accumulate da B in Svezia. In tal senso, il governo tedesco fa valere che tali perdite possono essere dedotte dalle entrate, pur minime, che B continua a percepire in Svezia. Detto governo aggiunge che tale società continua ad essere vincolata da contratti di affitto che possono essere ceduti. Il governo francese sostiene del pari che il diritto svedese permette alle società di far valere perdite in occasione di esercizi anteriori o in caso di imposizione delle plusvalenze realizzate sugli elementi dell'attivo e del passivo della società incorporata. Il governo italiano afferma che la Svezia ha il diritto di valutare i beni trasferiti e di tassare la società incorporata sull'utile così realizzato.

54 Compete pertanto al giudice nazionale stabilire se A ha effettivamente fornito la prova che B ha esaurito tutte le possibilità di prendere in considerazione le perdite esistenti in Svezia.

55 Nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio concludesse che tale prova è stata fornita, sarebbe contrario agli articoli 49 TFUE e 54 TFUE escludere la possibilità per A di dedurre dal suo reddito imponibile nel suo Stato di residenza le perdite subite dalla sua controllata non residente nell'ambito dell'operazione di fusione di cui al procedimento principale.

56 Alla luce di quanto precede, si deve rispondere alla prima questione posta che gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE non ostano, nelle circostanze del procedimento principale, ad una normativa nazionale che esclude che una società controllante, che procede ad una fusione con una società controllata stabilita nel territorio di un altro Stato membro e che ha cessato l'attività, abbia la possibilità di dedurre dal suo reddito imponibile le perdite subite da tale controllata negli esercizi fiscali anteriori alla fusione, quando invece detta normativa nazionale ammette tale possibilità se la fusione è realizzata con una controllata residente. Siffatta normativa nazionale è tuttavia incompatibile con il diritto dell'Unione se non consente alla società controllante di provare che la sua controllata non residente ha esaurito le possibilità di contabilizzare tali perdite e che non vi è la possibilità che queste ultime siano contabilizzate nel suo Stato di residenza a titolo di esercizi futuri, né dalla società stessa né da un terzo.

Sulla seconda questione pregiudiziale

57 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede alla Corte di precisare, nel caso in cui l'applicazione del diritto dell'Unione autorizzasse la società controllante a contabilizzare le perdite della sua controllata non residente nel contesto di una fusione come quella di cui al procedimento principale, se tali perdite debbano essere calcolate in applicazione del diritto dello Stato membro di residenza della società controllante o in applicazione del diritto dello Stato di residenza della controllata.

58 A tale proposito occorre anzitutto constatare che, allo stadio attuale del diritto dell'Unione, la libertà di stabilimento non implica, in linea di principio, l'applicazione di una legge determinata ai calcoli delle perdite della controllata incorporata riportate dalla società controllante, in un'operazione come quella di cui al procedimento principale.

59 Per contro, il diritto dell'Unione osta a che tali modalità di calcolo siano tali da costituire un ostacolo alla libertà di stabilimento. Ne risulta che, in linea di principio, tale calcolo non deve portare ad una disparità di trattamento rispetto al calcolo che sarebbe stato effettuato, nella medesima fattispecie, per il riporto delle perdite di una controllata residente.

60 Siffatta questione non può tuttavia essere posta in modo astratto ed ipotetico, ma deve essere eventualmente oggetto di un'analisi caso per caso.

61 Pertanto, occorre rispondere alla seconda questione che le regole di calcolo delle perdite della controllata non residente ai fini del loro riporto da parte della società controllante residente, in un'operazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, non devono costituire una disparità di trattamento rispetto alle regole di calcolo che sarebbero applicabili se tale fusione fosse stata effettuata con una controllata residente.

Sulle spese

62 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 (Quarta Sezione) dichiara:

1) Gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE non ostano, nelle circostanze del procedimento principale, ad una normativa nazionale che esclude che una società controllante, che procede ad una fusione con una società controllata stabilita nel territorio di un altro Stato membro e che ha cessato l'attività, abbia la possibilità di dedurre dal suo reddito imponibile le perdite subite da tale controllata negli esercizi fiscali anteriori alla fusione, quando invece detta normativa nazionale ammette tale possibilità se la fusione è realizzata con una controllata residente. Siffatta normativa nazionale è tuttavia incompatibile con il diritto dell'Unione se non consente alla società controllante di provare che la sua controllata non residente ha esaurito le possibilità di contabilizzare tali perdite e che non vi è la possibilità che queste ultime siano contabilizzate nel suo Stato di residenza a titolo di esercizi futuri, né dalla società stessa né da un terzo.

2) Le regole di calcolo delle perdite della controllata non residente ai fini del loro riporto da parte della società controllante residente, in un'operazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, non devono costituire una disparità di trattamento rispetto alle regole di calcolo che sarebbero applicabili se tale fusione fosse stata effettuata con una controllata residente.

Firme