

Edizione provvisoria

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

presentate il 25 ottobre 2017 (1)

Cause riunite C-398/16 e C-399/16

X BV (C-398/16),

X NV (C-399/16)

contro

Staatssecretaris van Financiën

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte Suprema dei Paesi Bassi)]

«Procedimento pregiudiziale – Imposta sulle società – Libertà di stabilimento – Deduzione, da parte di una società controllante residente, di interessi relativi ad un prestito per l'acquisto di azioni di una controllata non residente – Deduzione, da parte di una società controllante residente, della riduzione del valore delle azioni di una controllata non residente a causa della variazione del tasso di cambio – Gruppo integrato»

1. La Corte di giustizia si è pronunciata in diverse occasioni sulla normativa degli Stati membri relativa all'imposta sugli utili delle società, nel caso di gruppi costituiti dalla controllante e dalle sue controllate (2).
2. In particolare, le norme fiscali dei Paesi Bassi relative ai gruppi integrati di società sono state analizzate in, almeno, due sentenze precedenti (3). Conformemente a tali norme, un gruppo potrà beneficiare del regime di consolidamento fiscale solamente se tutte le società che ne fanno parte sono residenti nei Paesi Bassi, il che comporta l'esclusione delle controllate non residenti.
3. Nella sentenza X Holding (4), la Corte di giustizia ha riconosciuto, in linea di principio, la compatibilità di tale normativa olandese con il diritto dell'Unione (in particolare, con le disposizioni del TFUE relative alla libertà di stabilimento). Pertanto ha accolto la tesi che l'esclusione delle società non residenti da tale regime di consolidamento era giustificata alla luce dell'esigenza di tutelare la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri.
4. Tuttavia, la portata della sentenza X Holding è stata precisata successivamente, nella sentenza del 2 settembre 2015, Groupe Steria (5), ricordando che non si poteva dedurre da quella

sentenza che «qualsiasi differenza di trattamento tra società appartenenti ad un gruppo fiscale integrato, da un lato, e società non appartenenti ad un tale gruppo, d'altro lato, sia compatibile con l'articolo 49 TFUE» (6). La Corte di giustizia ha aggiunto che la giustificazione accolta nella sentenza X Holding si riferiva soltanto alle norme del regime olandese che permettevano il trasferimento delle perdite all'interno del gruppo fiscale integrato (7).

5. Con le questioni sollevate nei due rinvii pregiudiziali in esame, il giudice a quo chiede, in realtà, di chiarire la giurisprudenza formatasi su questa materia. Tale chiarimento è necessario al fine di stabilire se sia compatibile con il diritto dell'Unione il regime di consolidamento fiscale olandese, secondo cui alcune voci di spese finanziarie sono deducibili nella contabilità della controllante qualora la controllata sia residente, ma non nel caso in cui quest'ultima non sia residente.

6. Il diritto olandese prevede che le spese (interessi) sostenute da una società in seguito all'ottenimento di un finanziamento da un altro ente del gruppo non siano deducibili, salvo che tra la controllante e la controllata sia stato stabilito uno schema di consolidamento fiscale, aperto solamente alle società residenti. La causa C-398/16 verte su tale norma nazionale.

7. Questo stesso criterio si applica alle plusvalenze e alle minusvalenze (comprese quelle dovute a perdite causate dalla variazione del tasso di cambio di una valuta straniera) che non rilevano nella determinazione dell'utile. Pertanto, una perdita di cambio derivante dalla partecipazione che una controllante detiene nella sua controllata non sarà deducibile, salvo che, ribadisco, entrambe facciano parte di un gruppo integrato, aperto solamente alle società residenti. Nella causa C-399/16 è proprio questa la norma applicata.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

8. L'articolo 49 TFUE così stabilisce:

«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

9. Ai sensi dell'articolo 54 TFUE:

«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, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.

Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro».

B. Diritto dei Paesi Bassi

Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (legge del 1969 sull'imposta sulle società; in prosieguo: la «legge del 1969»)

10. Ai sensi dell'articolo 10a, paragrafo 2:

«Ai fini della determinazione degli utili non vengono dedotti interessi relativi a debiti nei confronti di un ente collegato, nei limiti in cui siffatti debiti riguardano l'acquisizione di (...) partecipazioni in un ente collegato, tranne nel caso in cui venga modificata la partecipazione finale oppure il controllo finale nell'ente in parola».

11. Conformemente all'articolo 10a, paragrafo 3, il paragrafo 2 non si applica se il contribuente dimostra che il prestito e l'operazione giuridica a cui risulta collegato sono fondati in modo concludente su ragioni economiche.

12. Ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, relativamente alla determinazione degli utili, non vengono presi in considerazione i vantaggi a titolo di partecipazione, né le spese sostenute in occasione dell'acquisizione o della cessione di tale partecipazione («esenzione della partecipazione»).

13. L'articolo 15 prevede quanto segue:

«1. Qualora un soggetto passivo (la società controllante) detenga la proprietà giuridica ed economica di almeno il 95% delle partecipazioni nel capitale nominale versato di un altro soggetto passivo (la società controllata) (...), l'imposta dovuta può essere riscossa nei loro confronti, su domanda di entrambi i soggetti passivi, come se essi fossero un soggetto passivo unico, nel senso che le attività e il patrimonio della società controllata fanno parte delle attività e del patrimonio della società controllante. L'imposta viene riscossa a livello della società controllante. I soggetti passivi sono liberi di includere o meno una società controllata in un'entità fiscale unica. Un'entità fiscale unica può essere costituita da diverse società controllate.

(...)

3. Il paragrafo 1 è applicabile soltanto se:

(...)

b. a entrambi i soggetti passivi si applicano le medesime norme per la determinazione dell'utile;

c. entrambi i soggetti passivi hanno sede nei Paesi Bassi (...).

II. Fatti e questioni pregiudiziali

A. Causa C?398/16

14. La società olandese (8) X BV fa parte di un gruppo svedese al quale appartiene anche una società italiana. Al fine di acquisire le azioni di quest'ultima detenute da terzi, la X BV costituiva un'altra società in Italia, alla quale conferiva un capitale di EUR 237 312 000. Tale conferimento era stato finanziato mediante il prestito (con interessi) che una società svedese, del medesimo stesso gruppo imprenditoriale, concedeva alla X BV.

15. A seguito di detto prestito la X BV doveva, nel 2004, alla società svedese mutuante la somma di EUR 6 503 261 a titolo di interessi. Nella propria dichiarazione relativa all'imposta sulle società per il 2004, la X BV portava in deduzione tale importo, come spesa deducibile dai propri

redditi. Tuttavia, l'amministrazione fiscale olandese non accettava tale deduzione, invocando l'articolo 10a, paragrafo 2, lettera b), della legge del 1969, e le notificava altresì l'avviso di accertamento fiscale controverso.

16. Nel ricorso presentato contro detto accertamento, la X BV sosteneva che gli interessi del prestito avrebbero potuto essere dedotti se le fosse stato consentito costituire un soggetto fiscale unico con la sua controllata. Poiché il diritto olandese riserva tale possibilità alle società residenti, la X BV afferma di aver subito una limitazione alla propria libertà di stabilimento, contraria agli articoli 49 e 54 TFUE.

17. Lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte Suprema dei Paesi Bassi), adito in cassazione, ha sottoposto alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale:

«Se gli articoli 43 e 48 CE (attualmente divenuti articoli 49 e 54 TFUE), debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad un regime nazionale in forza del quale ad una società controllante stabilita in uno Stato membro non è consentita la deduzione degli interessi relativi ad un prestito connesso ad un conferimento di capitale in una società controllata stabilita in un altro Stato membro, mentre essa potrebbe godere di siffatta deduzione se la società controllata fosse inclusa in un'entità fiscale unica – con caratteristiche come quelle dell'entità fiscale unica olandese – con la medesima società controllante, in quanto in tal caso, grazie al consolidamento, non sarebbe percepibile alcun nesso con il conferimento di capitale in parola».

B. Causa C-399/16

18. La società olandese X NV appartiene a un gruppo di società che comprende, tra le altre e in regime di entità fiscale unica, la controllata A Holdings BV. Quest'ultima è, a sua volta, titolare, di tutte le partecipazioni della società britannica A Holdings UK.

19. L'11 novembre 2008, la A Holdings BV conferiva le sue partecipazioni nella A Holding UK alla propria controllata britannica C (9).

20. Nelle sue dichiarazioni relative all'imposta sulle società per gli esercizi 2008 e 2009, la X NV tentava di dedurre come spesa la perdita generatasi nelle sue partecipazioni a causa della variazione del tasso di cambio fra le valute. L'amministrazione olandese non accettava tale deduzione, in conformità dell'articolo 13, paragrafo 1, della legge del 1969 (10).

21. La X NV impugnava il provvedimento amministrativo adducendo che, qualora fosse stata autorizzata a costituire un gruppo integrato con la propria controllata britannica, essa avrebbe potuto dedurre la perdita di cambio subita. Poiché il diritto olandese riserva tale possibilità solamente alle società residenti, ritiene di aver subito una limitazione all'esercizio della propria libertà di stabilimento.

22. Lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte Suprema dei Paesi Bassi), adito in cassazione, ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se gli articoli 43 e 48 CE (attualmente divenuti articoli 49 e 54 TFUE) debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale sulla base della quale una società controllante stabilita in uno Stato membro non può prendere in considerazione alcuna perdita di cambio relativa all'importo da essa investito in una società controllata stabilita in un altro Stato membro, mentre potrebbe farlo se tale società controllata fosse inclusa in un'entità fiscale unica – con le caratteristiche analoghe a quelle dell'entità fiscale unica olandese – con detta società controllante stabilita nel primo Stato membro, e ciò in conseguenza del consolidamento all'interno dell'entità fiscale unica.

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se, ai fini della fissazione della perdita di cambio da prendere in considerazione, si possa o si debba partire dal presupposto che anche (una o più de) le società direttamente o indirettamente controllate dalla società controllante in parola, detenute per il tramite di tale società controllata e stabilite nell'Unione europea, siano incluse nell'entità fiscale unica.

3) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se occorra tenere conto soltanto di perdite finanziarie che, in caso di inclusione nell'entità fiscale unica della società controllante, sarebbero state realizzate negli anni a cui si riferisce la controversia, oppure se debbano essere presi in considerazione anche i risultati valutari che sarebbero stati realizzati in anni precedenti».

III. Sintesi delle osservazioni delle parti

A. Causa C-398/16

23. La X BV afferma il suo diritto a dedurre gli interessi di un prestito ricevuto da una controllata svedese, che appartiene al proprio gruppo di società. La deduzione sarebbe stata permessa se la controllata avesse avuto la residenza fiscale nei Paesi Bassi e avesse formato con essa un gruppo integrato, il che non è possibile secondo la normativa olandese. La diversità di trattamento prevista da tale normativa comporta che l'investimento diretto a costituire delle controllate in altri Stati membri dell'Unione è meno attrattivo rispetto a quello realizzato nei Paesi Bassi.

24. Aggiunge la X BV che tale differenza potrebbe essere giustificata solamente da un motivo imperativo di interesse generale, a condizione che non si ecceda quanto sia imprescindibile al fine di proteggere tale interesse.

25. La X BV argomenta, con riferimento alla sentenza X Holding, che il rigetto della deduzione non risponde all'obiettivo di salvaguardare una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri, poiché la deduzione non implicherebbe uno spostamento della base imponibile da uno Stato all'altro.

26. Secondo la X BV, la limitazione applicata non può nemmeno essere giustificata dalla necessità di assicurare la coerenza del regime fiscale dei gruppi integrati. La società sostiene che la Corte di giustizia (11) non ammette tale giustificazione, salvo che vi sia un nesso diretto tra la concessione del vantaggio fiscale e la compensazione di tale vantaggio con un prelievo fiscale determinato. Nel caso in esame non esisterebbe una connessione diretta (nel senso che il vantaggio compensi il prelievo) tra la possibilità di dedurre gli interessi del prestito dal risultato del gruppo integrato e gli svantaggi indicati dall'ordinanza di rinvio (12).

27. La X BV conclude asserendo che la Corte di giustizia dovrebbe rispondere in senso affermativo alla questione sollevata.

28. Secondo la Commissione, il rapporto tra una società controllante olandese e la sua

controllata, anch'essa olandese, è oggetto di una disparità di trattamento rispetto al rapporto tra detta controllante e una controllata non residente. L'articolo 10a della legge del 1969 permette solamente nel primo caso, mediante consolidamento, la deduzione degli interessi di un prestito erogato da una società del gruppo, il cui importo si utilizza ai fini del conferimento di capitale in un'altra controllata.

29. La Commissione sottolinea che tale disparità non deriva direttamente dall'articolo 10a della legge del 1969, in quanto esso prevede alcune operazioni tra enti collegati al fine di prevenire abusi, ed è applicabile indistintamente sia a situazioni interne sia a quelle transfrontaliere. La divergenza tra i rapporti interni e quelli intracomunitari è la conseguenza del regime di imposizione dei gruppi integrati: mentre in una situazione transnazionale risulta impossibile sfuggire all'applicazione dell'articolo 10a della legge del 1969, ciò è possibile in una situazione puramente nazionale, grazie alla creazione di un gruppo integrato.

30. Sulla base della sentenza X Holding, la Commissione sostiene che la disparità di trattamento deve essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, dal momento che la situazione di una società controllante residente che desidera costituire un'entità fiscale unica con una controllata anch'essa residente e quella di una società controllante residente che intende agire in modo analogo con una controllata non residente sono oggettivamente comparabili.

31. Sotto il profilo della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, la Commissione sostiene che non vi è giustificazione, poiché in questo caso interviene solamente il potere impositivo dei Paesi Bassi.

32. Quanto alla possibile incidenza sulla coerenza del sistema fiscale olandese, la Commissione ritiene che non sia pertinente, poiché non esiste un nesso diretto tra il beneficio fiscale ottenuto e la compensazione di tale beneficio con un determinato prelievo fiscale (13). A suo parere, l'incoerenza risiede nel sistema fiscale olandese stesso, in quanto in base al medesimo, da un lato, è necessario applicare le disposizioni antiabuso di cui all'articolo 10a della legge del 1969 sia alle situazioni interne sia a quelle transfrontaliere, mentre, dall'altro lato, è consentito ai gruppi integrati esclusivamente nazionali di sottrarsi all'applicazione di tali norme.

33. Il governo dei Paesi Bassi sostiene che l'articolo 10a, paragrafo 2, della legge del 1969 non è, di per sé, contrario alla libertà di stabilimento. Gli eventuali ostacoli derivano, in questo caso, dal fatto che una società controllante residente non possa formare un'entità fiscale unica con una controllante non residente. Tuttavia, fa valere motivi imperativi di interesse generale al fine di giustificare tale norma.

34. La deducibilità di interessi nell'ambito di un gruppo integrato deriva dalla sua stessa natura. A causa del consolidamento, un conferimento di capitale tra una società controllante e una società controllata non è fiscalmente visibile all'interno dell'entità fiscale unica, in quanto le operazioni intragruppo si neutralizzano. Poiché nel regime di consolidamento esiste solo un patrimonio, attribuito alla società controllante, un conferimento di capitale non sarà fiscalmente possibile all'interno dell'entità fiscale unica. Pertanto, in tale ipotesi, l'articolo 10a della legge del 1969 non è applicabile e la deduzione degli interessi presenta un vincolo diretto e inscindibile con il consolidamento all'interno dell'entità fiscale unica.

35. Il governo dei Paesi Bassi conclude che il cosiddetto «approccio per elemento» conseguente alla sentenza X Holding non si applica alla disposizione controversa. Tuttavia, se la Corte di giustizia ammettesse tale approccio, la disparità di trattamento si può giustificare con un motivo imperativo di interesse generale, ossia: la limitazione della deducibilità degli interessi mirerebbe a impedire costruzioni di puro artificio non motivate da giustificazioni economiche. La possibilità concessa al contribuente dall'articolo 10a, paragrafo 3, della legge del 1969, grazie alla quale può

dimostrare di non aver fatto ricorso ad una costruzione di puro artificio, garantirebbe la proporzionalità della misura.

B. Causa C-399/16

1. Sulla prima questione pregiudiziale

36. La società X NV e la Commissione muovono dall'assunto che, nel diritto olandese, la perdita in termini di cambio sostenuta in relazione alle sue partecipazioni in una controllata britannica non può essere dedotta nella dichiarazione relativa all'imposta sulle società. Questa stessa perdita sarebbe stata deducibile nel regime di consolidamento fiscale, se la controllata avesse avuto sede nei Paesi Bassi, situazione oggettivamente comparabile a quella di una società olandese con una controllata altresì olandese che svolga le sue attività nel Regno Unito. Il differente trattamento di situazioni analoghe costituisce un ostacolo alla libertà di stabilimento.

37. Le uniche giustificazioni di tale disparità di trattamento sarebbero la tutela della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri o la salvaguardia della coerenza del sistema fiscale olandese.

38. Quanto alla prima giustificazione, la X NV e la Commissione ritengono che il potere impositivo dei Paesi Bassi non sia compromesso nel caso di specie. La perdita di cambio sostenuta dalla società olandese per quanto riguarda la propria partecipazione nella controllata britannica non è visibile nella contabilità di quest'ultima, che è espressa in sterline.

39. Quanto alla seconda (eventuale) giustificazione, la X NV e la Commissione ricordano che, al fine di accogliere come tale la salvaguardia della coerenza del sistema fiscale, deve esservi un nesso diretto tra, da una parte, la concessione del beneficio fiscale e, dall'altra, la compensazione di tale beneficio con un prelievo fiscale determinato. Nella presente causa, non ricorre tale nesso tra il vantaggio (ossia, la deduzione della perdita di cambio) e gli svantaggi menzionati dal giudice del rinvio (14).

40. Secondo il governo dei Paesi Bassi, la X NV cercherebbe di evitare la conseguenza negativa prevista dall'articolo 13 della legge del 1969 (impossibilità di dedurre la perdita di cambio) e di beneficiare, comunque, dell'«esenzione della partecipazione». Tuttavia, in virtù del diritto olandese, tale applicazione limitata dell'«esenzione della partecipazione» non potrà essere ottenuta da una società controllante avente una controllata residente.

41. Il governo dei Paesi Bassi sostiene che, nelle sentenze X Holding e Groupe Steria (15), la Corte di giustizia avrebbe dichiarato che la compensazione degli utili e delle perdite individuali delle società di una entità fiscale unica, attribuiti alla società controllante, e la neutralizzazione delle operazioni intragruppo sono indissolubilmente legate alla costituzione di una entità fiscale unica, al cui interno né la partecipazione ad un'altra società del gruppo, né i risultati di tale partecipazione avrebbero una ripercussione fiscale.

42. La possibilità di creare un gruppo integrato non implicherebbe, a priori, un vantaggio fiscale in relazione al rischio di perdita di cambio, poiché, sebbene la normativa olandese impedisca di dedurre quest'ultima, non include tuttavia i profitti di cambio nella base imponibile dell'imposta delle società. Pertanto, l'esclusione delle perdite di cambio sulla partecipazione in una controllata non residente non ostacolerebbe la libertà di stabilimento.

43. Inoltre, le perdite di cambio non potrebbero essere prese in considerazione nell'imposizione di un gruppo integrato, anche se non si ammettesse l'applicazione dell'«esenzione della partecipazione». Poiché i fattori connessi al possesso delle azioni (quali la distribuzione degli utili

e le modifiche del valore della partecipazione) non si inseriscono nel risultato finale dell'entità fiscale unica, non potranno dare luogo ad alcuna deduzione. Per quanto riguarda le perdite di cambio non esisterebbe, quindi, una disparità di trattamento tra una società controllante avente una controllata non residente e una società controllante avente una controllata residente (qualora entrambe formino un gruppo integrato).

2. *Sulla seconda e sulla terza questione pregiudiziale*

44. In ordine alla seconda questione la società X NV e la Commissione osservano che il diritto olandese lascia libera la società controllante di costituire o meno con le sue controllate residenti un gruppo integrato e le permette, inoltre, di scegliere con quali controllate formarlo. Non dovrebbe esservi un trattamento sfavorevole per i gruppi transfrontalieri rispetto a quello riservato a un gruppo interamente nazionale, in relazione a elementi determinati. Questo significa che, assumendo quale elemento di paragone la deducibilità della perdita di cambio in relazione all'imposizione delle entità fiscali uniche nazionali, il trattamento di una società controllante con una controllata straniera non può essere meno favorevole.

45. Quanto alla terza questione, la X NV e la Commissione sostengono che la società ricorrente non deve essere tassata in modo più oneroso rispetto all'omologa società di un gruppo nazionale che comprenda la controllante e le sue controllate in un'entità fiscale unica.

46. Il governo dei Paesi Bassi sostiene che sia la seconda sia la terza questione meritano la stessa risposta. Non si può ammettere che la società controllante possa scegliere quali società e quali esercizi includere nella dichiarazione del gruppo integrato fittizio. Se avesse tale libertà, questa sarebbe esercitata a posteriori, in funzione di dati già noti, il che le consentirebbe di tenere in conto l'evoluzione dei tassi di cambio e scegliere («cherry picking») la controllata e l'esercizio più convenienti da includere, con il rischio che la base imponibile subisca una riduzione.

IV. **Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia**

47. Le ordinanze di rinvio pregiudiziale sono pervenute alla cancelleria della Corte di giustizia in data 18 luglio 2016.

48. Il 9 agosto 2016 le cause C-398/16 e C-399/16 sono state riunite.

49. Hanno presentato osservazioni scritte la X BV, la X NV, il governo dei Paesi Bassi e la Commissione europea. Si è ritenuta non necessaria la celebrazione di un'udienza.

V. **Analisi**

A. *Osservazioni preliminari*

50. Le questioni che la Corte di giustizia è chiamata a risolvere nel presente rinvio riguardano l'imposizione dei gruppi di società, il cui regime fiscale può presentare diverse modalità. Secondo una di esse, ogni ente di cui si compone un gruppo agisce come un contribuente autonomo, vale a dire versa le imposte per il totale dei redditi prodotti, anche quando uno di tali redditi provenga dalla realizzazione di operazioni con enti dello stesso gruppo.

51. Altre normative, invece, consentono ai gruppi di versare le imposte secondo il regime speciale di consolidamento fiscale, in modo tale che l'imposta venga notificata una sola volta proprio al gruppo, in quanto unità economica (nel caso di specie, alla società controllante). Tale modello implica che le operazioni tra gli enti del gruppo sono fiscalmente neutre, vale a dire che non si calcolano per stabilire la base imponibile dell'imposta.

52. Le due cause in esame sono accomunate dalla circostanza comune che la società controllante, residente nei Paesi Bassi, dichiara di aver subito delle perdite economiche, derivanti dai rapporti con le controllate, che non risultano deducibili nella sua dichiarazione relativa all'imposta sulle società, perché ciò è impedito dalla normativa di tale Stato membro. Essa aggiunge che la deduzione sarebbe invece permessa qualora si potesse creare un'unità fiscale (gruppo integrato) con le controllate non residenti.

53. La normativa olandese prevede che i gruppi di società possano beneficiare del regime di consolidamento fiscale solamente se sono composti da società residenti nei Paesi Bassi. Le società non residenti non possono accedervi. Come ho già esposto (16), nella sentenza X Holding la Corte di giustizia ha dichiarato che le perdite di una controllata non residente nei Paesi Bassi non possono essere prese in considerazione per diminuire la base imponibile della controllante, perché il diritto olandese riserva il consolidamento alle controllate residenti. Secondo la Corte di giustizia, tale differenza di trattamento era giustificata dalla tutela della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri.

54. Lo Hoge Raad (Corte Suprema) ha interpretato la sentenza X Holding nel senso che gli articoli 43 e 48 CE non solo non ostano all'effetto (riservato alle società residenti), derivante dalla sostanza dell'entità fiscale unica, per cui le perdite possono essere compensate all'interno della medesima, ma neppure ad altre differenze di trattamento nella fissazione dell'imposta derivanti dal consolidamento. Con queste sentenze lo «Hoge Raad (Corte Suprema) non ha consentito a soggetti passivi di beneficiare a piacimento, invocando la libertà di stabilimento, di singoli elementi direttamente connessi alla sostanza dell'entità fiscale unica (il consolidamento)» (17).

55. Pertanto, secondo il giudice a quo, la sentenza X Holding lascerebbe dedurre la regola del «tutto o niente», secondo la quale non è possibile optare solamente per determinati effetti del regime di unità fiscale. Qualsiasi vantaggio derivante dalla creazione di un'entità unica con controllate residenti sarebbe giustificato, in quanto non è possibile adottare un «approccio per elementi» in relazione all'entità fiscale. Si escludeva, quindi, la possibilità di estendere le ripercussioni del consolidamento fiscale agli enti non residenti.

56. Le successive sentenze della Corte di giustizia, nelle cause Groupe Steria e Finanzamt Linz (18), hanno destato i dubbi del giudice del rinvio. In queste due cause, le disparità di trattamento respinte dalla Corte di giustizia riguardavano precisamente gli «elementi concreti» (le spese e gli oneri della partecipazione della controllante, nel primo caso, e l'ammortamento dell'avviamento, nel secondo) del rapporto tra le controllanti e le controllate, residenti e non, nell'ambito dell'imposizione dei gruppi di società.

57. Nello specifico, nella sentenza Groupe Steria ha dichiarato che bisognava valutare separatamente «i vantaggi fiscali diversi dal trasferimento delle perdite all'interno del gruppo fiscale integrato». Solamente al termine di tale esame sarebbe possibile chiarire «se uno Stato membro possa riservare tali vantaggi alle società che fanno parte di un gruppo fiscale integrato e, pertanto, escluderli in situazioni transfrontaliere» (19).

58. Muovendo da tale premessa avvierò l'analisi delle questioni pregiudiziali in seguito alla quale occorrerà stabilire se la normativa olandese applicata nelle due cause in questione può entrare in conflitto con l'articolo 49 TFUE, che obbliga ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento.

59. Seguirò il metodo con il quale spesso la Corte di giustizia analizza le questioni pregiudiziali sollevate in procedimenti simili a quello in esame e relativi all'ambito delle imposte dirette. Il suo modo di procedere, per fasi o tappe, è volto a identificare, in un primo momento, la libertà

applicabile e l'eventuale conseguente restrizione. In una seconda fase, la Corte di giustizia confronta le situazioni in esame per chiarire se siano state oggetto di un trattamento differente, il che richiede un'analisi accurata delle norme interne che lo hanno stabilito. Infine, esamina le eventuali giustificazioni, basate su motivi imperativi di interesse generale, e la proporzionalità della misura nazionale restrittiva della libertà di cui trattasi.

60. Avverto, anzitutto, che una disparità di trattamento fiscale tra le controllate residenti e quelle non residenti nello Stato della controllante può comportare per quest'ultima un ostacolo all'esercizio della sua libertà di stabilimento, dissuadendola dalla creazione di controllate in altri Stati membri (20). La disposizione del TFUE in gioco è, pertanto, l'articolo 49 e quella differenza di trattamento tra società controllate, residenti o non residenti, implica una restrizione della libertà ivi sancita.

61. Affinché siffatta differenza di trattamento sia compatibile con le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento, occorre che essa riguardi situazioni che non siano oggettivamente comparabili o che sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale (21). Anche se giustificata, la sua applicazione dev'essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo (22).

B. Sulla causa C-398/16

62. In sintesi, la fattispecie di partenza consiste in un rapporto nel quale intervengono tre società dello stesso gruppo, residenti in vari Stati dell'Unione. Da un lato, una società svedese ha concesso un prestito con interessi ad una società olandese. Dall'altro lato, tale società olandese ha investito il capitale oggetto del prestito nell'acquisto delle azioni di una controllata italiana.

63. La controversia sorge perché la società olandese intende dedurre nella sua dichiarazione relativa all'imposta sulle società l'importo degli interessi dovuti alla società dello stesso gruppo.

64. In via generale, l'articolo 10a, paragrafo 2, della legge del 1969 impedisce la deduzione quando un prestito sia intercorso tra imprese dello stesso gruppo (imprese collegate). Tuttavia, tale limitazione può essere evitata qualora dette imprese collegate scelgano di versare le imposte come gruppo integrato o entità fiscale unica.

65. Nel diritto olandese la costituzione di gruppi integrati è retta dai seguenti principi:

- Esiste la libertà di scelta delle società che formeranno il gruppo integrato (23).
- La possibilità di costituire un gruppo integrato è limitata alle società con sede nei Paesi Bassi (24).

66. Come risulta dal punto 2.8.3 dell'ordinanza di rinvio, la differenza di trattamento deriva dal fatto che, se la società controllata fosse stata stabilita nei Paesi Bassi avrebbe potuto essere inclusa in un'entità fiscale unica con la società olandese. In tali circostanze, l'articolo 10a della legge del 1969 non si applicherebbe e gli interessi del prestito sarebbero deducibili.

67. In tal modo, l'investimento diretto ad acquisire la totalità del capitale di una controllata residente diviene più attrattivo rispetto a quello volto ad acquisire il capitale di una controllata non residente: le spese finanziarie (interessi) del prestito contratto per comprare le azioni o le partecipazioni sociali sono deducibili nel primo caso, ma non nel secondo.

68. Si tratta di situazioni comparabili? La risposta affermativa è stata fornita dalla Corte di giustizia, proprio in relazione alla stessa normativa olandese (articolo 15 della legge del 1969) che si applica ai presenti due rinvii pregiudiziali.

69. Nella sentenza X Holding, la Corte di giustizia ha dichiarato che «la situazione di una società controllante residente che intende costituire un'entità fiscale unica con una controllata residente e quella di una società controllante residente che desidera costituire un'entità fiscale unica con una controllata non residente sono, alla luce dell'obiettivo di un regime fiscale come quello della causa principale, oggettivamente comparabili, dal momento che entrambe mirano a trarre vantaggio da tale regime, che consente, in particolare, di consolidare in capo alla società controllante gli utili e le perdite delle società comprese nell'entità fiscale unica e di attribuire carattere fiscalmente neutro alle operazioni intragruppo» (25).

70. La sentenza X Holding verteva sulla deducibilità, nella controllante, delle perdite della società controllata, motivo per cui si teneva conto del risultato della controllata nell'esercizio complessivo. Sebbene nella causa in esame la deduzione richiesta non sia identica (26), credo che anche in essa vi siano due situazioni oggettivamente comparabili, in quanto si tratta di una spesa finanziaria sostenuta dalla società controllante, connessa alla sua partecipazione nella controllata, a prescindere dal consolidamento.

71. Esiste, inoltre, un certo parallelismo con la causa Groupe Steria. In quella sede si valutava se la cosiddetta «quota per spese e oneri» (che rappresentava i costi sostenuti dalla controllante per la sua partecipazione nella controllata) fosse deducibile ai sensi del regime di consolidamento, dal quale erano escluse le controllate non residenti. Nella specie il dibattito verte su un'altra spesa (gli interessi del prestito) sostenuta dalla controllante, al fine di determinare se la sua qualificazione come non deducibile rende meno interessante, nella stessa misura, l'esercizio della libertà di stabilimento.

72. Pertanto, sotto il profilo dell'«approccio per elemento», cui allude il giudice a quo, non credo si possa negare la comparabilità delle situazioni e, pertanto, la diversità del trattamento riservato a condotte tributarie simili.

73. Verificata la disparità di trattamento dinanzi a situazioni oggettivamente comparabili, l'attenzione deve concentrarsi sull'eventuale sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale che la giustifichi. In proposito il giudice del rinvio fa riferimento alla coerenza del regime olandese di consolidamento fiscale.

74. Nella sentenza Groupe Steria la Corte di giustizia ha affermato che, «[a]ffinché un argomento fondato su tale giustificazione possa essere accolto, occorre che sia dimostrata l'esistenza di un nesso diretto tra il vantaggio fiscale di cui trattasi e la compensazione di tale vantaggio con un determinato prelievo fiscale, e il carattere diretto di tale nesso dev'essere valutato alla luce dell'obiettivo della normativa in questione (sentenza [del 13 marzo 2014,] Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, punto 69 e giurisprudenza citata)» (27)

75. Non riscontro motivi sufficienti per accettare tale giustificazione né nell'ordinanza di rinvio, né nelle argomentazioni del governo dei Paesi Bassi. In realtà, gli argomenti di tale governo (28) si limitano, piuttosto, a propugnare l'applicazione «senza restrizioni» della sentenza X Holding, respingendo l'«approccio per elemento». Inoltre, citando la sentenza Groupe Steria, invoca, senz'altro, la necessità di preservare la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri, argomento che non sviluppa (non spiega perché, nel caso di specie, si produrrebbe lo squilibrio).

76. Relativamente alla causa C?398/16, l'affermazione del governo dei Paesi Bassi, secondo cui un sistema di consolidamento fiscale integra un insieme coerente di vantaggi e svantaggi, è eccessivamente generica. Come ho appena esposto, essa non fornisce alcun elemento che consenta di concludere che, per quanto riguarda in modo specifico la deduzione degli interessi per il prestito ad una controllata, la coerenza di quel sistema sarebbe compromessa.

77. Sono più esplicite le osservazioni di tale governo focalizzate sulla lotta all'elusione fiscale, come motivo imperativo di interesse generale (al quale, tuttavia, non fa riferimento il giudice del rinvio al punto 2.8.6 della sua ordinanza). Lo stesso spiega che l'obiettivo dell'articolo 10a della legge del 1969 è quello di impedire la realizzazione di costruzioni di puro artificio che non rispondano a reali cause economiche, in quanto concepite esclusivamente per evitare il pagamento dei tributi esigibili sugli utili realizzati in territorio olandese (29).

78. Su questa stessa linea, il governo dei Paesi Bassi sostiene che ammettere la possibilità che il contribuente possa scegliere a posterioriequivarrebbe a conferire precedenza all'opzione fiscale più favorevole. Quest'affermazione, tuttavia, è molto sintetica, per quanto riguarda i problemi relativi alla deducibilità degli interessi del prestito (viene sviluppata più diffusamente per quanto riguarda le perdite oggetto della causa C?399/16).

79. Una norma come quella dell'articolo 10a, paragrafo 2, della legge del 1969, concepita per la lotta alla frode fiscale, potrebbe effettivamente giustificare alcune restrizioni alla libertà di stabilimento (30). Come spiega il governo dei Paesi Bassi, mentre i dividendi percepiti da una società del gruppo incrementano la base imponibile, gli interessi di un prestito tra le stesse società la diminuiscono. Esiste, dunque, un certo rischio per l'integrità della base imponibile e lo scopo prefissato è di evitare che si «controbilancino» redditi sotto forma di prestiti generatori di interessi che, oltre a non far parte della base imponibile del beneficiario, consentono di ridurla nella misura dell'importo di tali interessi.

80. Inoltre, l'articolo 10a della legge del 1969 si applica ai rapporti tra le società del gruppo, indipendentemente dalla loro residenza all'interno o al di fuori dei Paesi Bassi. Pertanto, le difficoltà non sorgono come conseguenza di tale norma, perché, nel contesto della lotta all'elusione fiscale, tratta in ugual modo i residenti e i non residenti.

81. Orbene, ciò che inficia questa spiegazione è il fatto che tale finalità antielusione non riguarda le società residenti che hanno esercitato la scelta di versare le imposte in regime di consolidamento fiscale. La lotta alla frode fiscale può spiegare, infatti, l'esistenza della norma, ma è difficile comprendere perché sia previsto un trattamento così squilibrato per i rapporti tra le società del gruppo a seconda che abbiano aderito o meno al regime di consolidamento fiscale. In generale, mentre gli interessi dei prestiti intragruppo non possono essere dedotti, indipendentemente dalla residenza delle società, saranno invece deducibili per i gruppi integrati.

82. Nel caso di un prestito di una società (controllante) olandese ad una controllata olandese, in un contesto di consolidamento fiscale, la prima potrebbe dedurre gli interessi. Per contro, qualora questo stesso prestito sia stato erogato dalla controllante ad una controllata italiana, il consolidamento non è possibile e gli interessi non sono deducibili. Nell'ottica dell'elusione fiscale, se lo scopo consiste nell'impedire la riduzione artificiosa della base imponibile della società controllante nei Paesi Bassi, non si comprende il motivo per cui la deduzione è tollerata quando si tratti solo di società olandesi e la si vieta se entra in gioco una società di un terzo Stato membro: la stessa elusione può avvenire in entrambi i casi.

83. In sintesi, non credo che la lotta contro l'evasione fiscale sia un motivo imperativo di interesse generale che permetta di avallare la disparità di trattamento, in quanto è esattamente la

concezione del consolidamento fiscale nei Paesi Bassi a favorire un'opportunità di vantaggio lecito per i gruppi di società residenti, mentre la esclude rispetto ai gruppi costituiti da società non residenti (31).

84. Inoltre, allo stesso modo in cui si potrebbe verificare se la concessione del prestito tra la controllante e la controllata residente celi una costruzione di puro artificio, priva di una vera spiegazione economica, per diminuire ingiustificatamente l'onere fiscale della prima (32), non ravviso il motivo per cui questa stessa verifica non possa applicarsi ai rapporti con la controllata non residente. Tale possibilità di dimostrare, in ogni caso, la realtà economica sottostante è, senz'altro, respinta a priori da una normativa che, semplicemente, non l'ammette per le società non residenti, alle quali vieta di prendere parte al regime di consolidamento dei gruppi nei Paesi Bassi.

85. Infine, la Corte di giustizia ha già dichiarato, tra l'altro, nella sentenza Euro Park Service (33), che «l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, a prescindere dalla verifica della sussistenza di un'effettiva frode o evasione fiscali, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale (...)».

C. Sulla causa C-399/16

86. Prima di iniziare l'analisi delle questioni pregiudiziali di tale causa, ritengo opportuno formulare due osservazioni. La prima riguarda l'ambito preciso delle differenze negative di cambio che concernono le partecipazioni della società controllante nelle sue controllate non residenti, quando l'una e le altre operano in diverse valute.

87. A tal proposito ritengo corretta la precisazione del governo dei Paesi Bassi nel distinguere tra «perdite di cambio della controllata» e «perdite di cambio nella controllata». Le prime si riferiscono alle perdite derivanti dagli investimenti realizzati dalla controllata in valuta straniera, che si riflettono nel risultato di detta controllata. Invece, le «perdite di cambio nella controllata» riducono, almeno dal punto di vista contabile, il valore dell'investimento della controllante relativo alle sue partecipazioni (in moneta straniera) nella controllata, e si ripercuotono sul risultato della controllante.

88. Nella causa in esame, le perdite di cambio presentano un nesso diretto con il valore delle partecipazioni e non con il risultato degli investimenti della controllata. Si tratta, pertanto, della seconda delle due ipotesi indicate.

89. La seconda osservazione concerne l'incremento o la diminuzione del valore delle partecipazioni che la controllante detiene nel capitale della società controllata, che potrebbero essere colpite dalle variazioni nel tasso di cambio. Tale fattore può essere considerato sotto due approcci: a) l'evoluzione di tale valore mentre le partecipazioni sono nel patrimonio della controllante e b) la differenza di valore verificata nel momento del trasferimento delle partecipazioni, vale a dire, tra il valore dell'acquisizione e quello della cessione.

90. A mio avviso, non vi è molta chiarezza a tal proposito nell'ordinanza di rinvio: la prima questione pregiudiziale sembra contemplare l'ipotesi del trasferimento delle partecipazioni, mentre la terza riguarda il periodo nel quale dette partecipazioni sono rimaste, senza essere trasferite, in possesso della controllante.

91. Pertanto, allo scopo di definire adeguatamente la discussione, la risposta alla prima questione dovrà affrontare la perdita del valore, derivante dal tasso di cambio, al momento del trasferimento delle partecipazioni; la risposta alla terza questione, invece, dovrà attenersi alla loro

svalutazione mentre rimangono nel patrimonio della controllante, vale a dire, alla constatazione meramente contabile del deprezzamento delle partecipazioni.

1. *Sulla prima questione pregiudiziale*

92. Alla luce delle osservazioni formulate dalle parti, in particolare dalla ricorrente nel procedimento principale, la controversia sorge perché, a suo parere, la perdita di cambio, evidenziata al momento del trasferimento delle partecipazioni della A Holdings UK alla sua controllata C, sarebbe stata deducibile se la X NV avesse potuto inserire la controllata britannica nel suo gruppo integrato (34).

93. La ragione è che l'articolo 13 della legge del 1969 introduce la cosiddetta «esenzione della partecipazione»: nel determinare l'utile della società, non si considereranno i vantaggi derivati da una partecipazione né le spese sostenute in occasione dell'acquisto o della cessione di tale partecipazione. Tale norma, tuttavia, non è applicabile in caso di consolidamento fiscale.

94. Il giudice del rinvio constata la disparità di trattamento, rilevando che una società controllante stabilita nei Paesi Bassi «non può prendere in considerazione alcuna perdita di cambio relativa all'importo da essa investito in una società controllata stabilita in un altro Stato membro, mentre potrebbe farlo se tale società controllata fosse inclusa in un'entità fiscale unica – con le caratteristiche analoghe a quelle dell'entità fiscale unica olandese – con detta società controllante stabilita [nei Paesi Bassi], e ciò in conseguenza del consolidamento all'interno dell'entità fiscale unica».

95. Emergerebbe pertanto, prima facie, una differenza di trattamento idonea a limitare l'esercizio della libertà di stabilimento. Detta differenza potrebbe essere compatibile con le disposizioni del TFUE che regolano tale libertà solamente se si trattasse di situazioni che non sono oggettivamente comparabili o se è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale.

96. Lo Hoge Raad (Corte suprema) ricorre a tre ipotesi di soluzione al problema sollevato: a) che si applichi il regime fiscale corrispondente agli stabilimenti permanenti all'estero, b) che le società controllate residenti operino con una valuta funzionale diversa dall'euro e c) che siano ignorate non solo le perdite di cambio nella determinazione della base imponibile, ma anche i possibili profitti di cambio.

97. Mi concentrerò sull'ultima di queste tre ipotesi, non essendo necessario ricorrere alle prime due. Il giudice del rinvio invoca, a tale proposito, giustamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia nelle sentenze Deutsche Shell (35) e X (36). Fondandosi su detta giurisprudenza, esso suggerisce che l'impossibilità di dedurre una differenza negativa del tasso di cambio potrebbe essere giustificata dalla circostanza che non si prendano in considerazione neanche le eventuali differenze positive del tasso di cambio. Tale posizione (37) sarebbe supportata dai punti 38, 40 e 41 della sentenza X e dalle conclusioni dell'avvocato generale Kokott presentate in tale causa (38).

98. Anche la controversia risolta dalla sentenza X riguardava la deduzione delle minusvalenze generate, nel valore delle partecipazioni, da una perdita derivata dalla variazione del tasso di cambio. La normativa svedese, sebbene certamente vietasse di dedurre le perdite derivanti dal tasso di cambio quando una controllante vendeva, con minusvalenze, le sue partecipazioni in una controllata non residente, non tassava però le plusvalenze derivanti, a questo medesimo titolo, da tali partecipazioni.

99. Ciò premesso, la Corte di giustizia ha dichiarato che «dalle disposizioni del Trattato FUE relative alla libertà di stabilimento non può essere derivato che detto Stato membro sia tenuto ad esercitare – peraltro in modo asimmetrico – la propria giurisdizione fiscale al fine di consentire la

deducibilità delle perdite derivanti da operazioni le cui risultanze, se fossero positive, non sarebbero in ogni caso imponibili». Da ciò ha desunto che «l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa tributaria di uno Stato membro la quale, in linea di principio, esenti dall'imposta sulle società le plusvalenze realizzate su titoli di partecipazione ed escluda correlativamente la deducibilità delle minusvalenze realizzate su tali titoli, anche qualora tali minusvalenze risultino da una perdita valutaria» (39).

100. Se non interpreto male la normativa olandese alla quale si riferisce l'ordinanza di rinvio nella presente causa, per quanto riguarda l'«esenzione della partecipazione» e le restanti norme applicabili all'imposizione sulle plusvalenze e sulle minusvalenze generate dalla variazione del tasso di cambio che abbia colpito le partecipazioni nelle controllate non residenti, ritengo che ad essa sia applicabile la stessa soluzione della sentenza X.

101. Sebbene nella causa C-686/13, X, la controversia sia nata nel contesto di un rapporto tra la controllante e la sua controllata al di fuori di un gruppo integrato, non reputo inopportuno estendere la sentenza pronunciata in quel caso alla presente fattispecie. A mio parere, l'aspetto decisivo è che neanche i profitti derivanti dalla variazione del tasso di cambio sono inclusi nella base imponibile dell'imposta delle società, in circostanze come quelle di specie. Utilizzando i termini del giudice del rinvio, ciò significa che siamo dinanzi ad uno scenario «nel quale non si prendano in considerazione né guadagni valutari né perdite valutarie» (40).

102. In tal caso ? come sembra suggerire il giudice nazionale quando illustra il suo diritto interno e come conferma il governo dei Paesi Bassi – la differenza del trattamento riservato alla perdita di cambio del valore delle partecipazioni della controllante nella controllata non residente, quando quest'ultima non può fare parte del gruppo integrato, non limita la libertà di stabilimento, per gli stessi motivi che la Corte di giustizia ha già esposto nella sentenza X.

103. La risposta a tale questione pregiudiziale fa sì che non debbano essere prese in considerazione le altre due questioni formulate dal giudice del rinvio. Ciononostante, le esaminerò brevemente e congiuntamente (secondo il criterio del governo dei Paesi Bassi), nel caso in cui la Corte di giustizia dovesse rispondere in modo affermativo alla prima questione.

2. Sulla seconda e sulla terza questione pregiudiziale

104. Nell'ipotesi in cui la società controllante possa contabilizzare tra le sue perdite le minusvalenze delle sue azioni nelle controllate non residenti che derivano dalla variazione del tasso di cambio, il giudice del rinvio chiede: a) se tale possibilità si estenda alle «società direttamente o indirettamente controllate dalla società controllante in parola, detenute per il tramite di tale società controllata e stabilite nell'Unione europea»; e b) se occorra tenere conto soltanto delle perdite «realizzate negli anni a cui si riferisce la controversia» o anche in anni precedenti.

105. Dai dati normativi che risultano nelle ordinanze, sembra emergere che il regime di consolidamento previsto dal diritto olandese offra la possibilità di scegliere le società che si intende far entrare nel gruppo (concepito come unica entità fiscale) e quelle che non ne faranno parte (41). In linea di principio, pertanto, non vi è motivo per negare alle controllate non residenti ciò che è consentito alle residenti.

106. Orbene, la controversia principale riguarda solo il consolidamento delle perdite, per variazioni del tasso di cambio, corrispondenti alle partecipazioni in una determinata controllata non residente. È per questo motivo che il contenuto della seconda questione è piuttosto ipotetico: ciò di cui si discute è la possibilità di incorporare nel gruppo integrato la controllata britannica e non qualsiasi altra controllata, diretta o indiretta. Posta in questi termini, la questione diventa irricevibile.

107. Non credo nemmeno che la Corte di giustizia possa rispondere in modo utile alla terza questione pregiudiziale. In realtà, nessuna delle parti del procedimento suggerisce che lo faccia direttamente, sulla base del diritto dell'Unione. Anche la società ricorrente nella controversia principale (la X NV) sostiene che la soluzione al dubbio si rinviene piuttosto nel diritto nazionale, e non nel diritto dell'Unione, giacché sono le norme interne che regolano la nozione di utile annuale imponibile.

108. Ricordo che, concettualmente, si potrebbe distinguere la perdita di valore delle partecipazioni mentre rimangono in possesso della A Holdings BV da quella comunicata in seguito al loro trasferimento. La questione sembra vertere sul deprezzamento delle partecipazioni, in quanto elementi del patrimonio sociale, a causa delle variazioni del tasso di cambio.

109. Se la contabilità deve informare in merito alla situazione finanziaria dell'impresa in una specifica data, il deprezzamento delle azioni può essere stabilito, a livello contabile, con criteri diversi. Poiché tali partecipazioni sono elementi dell'attivo della società investitrice, il loro deprezzamento potrà essere riflesso nella contabilità della società, per esempio, operando le rettifiche corrispondenti al fine di sostenere la perdita per riduzione di valore.

110. Quando le partecipazioni sono espresse in una valuta che non è quella utilizzata dalla controllante, l'evoluzione del tasso di cambio potrà generare delle fluttuazioni economiche, più o meno permanenti. Orbene, affinché tali oscillazioni abbiano delle ripercussioni sulla base imponibile, ai fini dell'imposta sulle società sarà, di norma, necessario che costituiscano una vera perdita economica.

111. La Corte di giustizia non può analizzare se l'entità contabile della svalutazione delle partecipazioni influenzi la determinazione della base imponibile, secondo il diritto nazionale. Spetta al giudice del rinvio, conformemente alla sua normativa tributaria, chiarire se si è generata una perdita economica reale che incide sui risultati della società controllante, sia unicamente nell'anno in cui sono state cedute le partecipazioni, sia in ciascuno degli esercizi precedenti (42).

VI. Conclusione

112. Alla luce delle considerazioni suesposte, propongo alla Corte di giustizia di rispondere allo Hoge Raad der Nederlanden (Corte Suprema dei Paesi Bassi) nei seguenti termini:

«L'articolo 49 TFUE:

– Osta a una normativa nazionale in virtù della quale una società controllante stabilita in uno Stato membro non può dedurre gli interessi di un prestito relativo al conferimento del capitale in una controllata stabilita in un altro Stato membro, mentre potrebbe beneficiare di tale deduzione se si trattasse di una controllata residente nello stesso Stato membro della controllante.

– Non osta ad una normativa nazionale in base alla quale una società controllante stabilita in uno Stato membro non può dedurre dai suoi utili le differenze negative (minusvalenze) derivate dalle variazioni del tasso di cambio, in relazione all'importo delle sue partecipazioni in una controllata stabilita in un altro Stato membro, qualora questa stessa normativa non assoggetti a

tassazione, simmetricamente, i profitti (plusvalenze) derivanti da dette variazioni».

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 V., tra l'altro, sentenze del 16 luglio 1998, ICI (C?264/96, EU:C:1998:370); del 18 novembre 1999, X e Y (C?200/98, EU:C:1999:566); dell'8 marzo 2001, Metallgesellschaft e a. (C?397/98 e C?410/98, EU:C:2001:134); del 18 settembre 2003, Bosal (C?168/01, EU:C:2003:479); del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C?446/03, EU:C:2005:763); del 17 gennaio 2008, Lammers & Van Cleeff (C?105/07, EU:C:2008:24); del 27 novembre 2008, Papillon (C?418/07, EU:C:2008:659); del 6 settembre 2012, Philips Electronics UK (C?18/11, EU:C:2012:532); del 1° aprile 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e a. (C?80/12, EU:C:2014:200); del 3 febbraio 2015, Commissione/Regno Unito (C?172/13, EU:C:2015:50); del 6 ottobre 2015, Finanzamt Linz (C?66/14, EU:C:2015:661); e del 17 maggio 2017, X (C?68/15, EU:C:2017:379).

3 Sentenze del 25 febbraio 2010, X Holding (C?337/08; in prosieguo: la «sentenza X Holding», EU:C:2010:89) e del 12 giugno 2014, SCA Group Holding e a. (da C?39/13 a C?41/13, EU:C:2014:1758).

4 Punti 18 e 43.

5 C?386/14, EU:C:2015:524; in prosieguo: la «sentenza Groupe Steria».

6 Ibidem, punto 27.

7 Ibidem, punto 27 in fine.

8 Utilizzo l'aggettivo qualificativo «olandese» (o italiano, svedese ecc.) sebbene, in realtà, sarebbe più appropriato parlare di «società non residente» nei Paesi Bassi o in ciascuno dei rispettivi Stati.

9 Il percorso delle partecipazioni è stato più complesso e può riassumersi, senza dover descrivere altre operazioni accessorie, nel senso che, il 12 febbraio 2009, la A Holdings BV trasferiva le sue partecipazioni in C al soggetto D, società controllata della X NV inclusa nell'entità fiscale unica. In pari data, D trasferiva le proprie partecipazioni in C alla sua controllata lussemburghese A Holdings Luxembourg.

10 Rammento che, secondo tale disposizione, ai fini della determinazione dell'utile non vengono presi in considerazione né gli utili ottenuti né le perdite subite a causa della detenzione di partecipazioni.

11 Cita la sentenza del 12 giugno 2014, SCA Group Holding e a. (da C?39/13 a C?41/13, EU:C:2014:1758), punto 33.

12 Il punto 2.8.2.7 di tale ordinanza cita, a titolo esemplificativo, alcuni svantaggi fiscali: i) per l'entità fiscale unica l'aliquota fiscale più bassa è applicabile una volta sola; ii) una società controllata facente parte dell'entità fiscale unica può cessare di esistere a seguito della chiusura di un fallimento per mancanza di attivi; iii) ciascuna delle società controllate che fanno parte dell'entità fiscale unica è responsabile in solido per l'imposta sulle società dovuta dall'entità fiscale unica; e iv) gli investimenti delle società appartenenti all'entità fiscale unica vengono riuniti, e quindi la percentuale applicabile all'entità fiscale unica per la deduzione a titolo di investimenti può essere inferiore a quella che sarebbe stata applicabile qualora le società fossero state assoggettate all'imposta sulle società in modo autonomo.

13 Cita, in tal senso, le sentenze del 28 gennaio 1992, Bachmann (C?204/90, EU:C:1992:35),

- punti 31 e segg.; e del 28 febbraio 2008, Deutsche Shell (C?293/06, EU:C:2008:129), punto 39.
- 14 Sono gli stessi già citati nella nota 12.
- 15 Rispettivamente i punti 43 e 25.
- 16 Paragrafi 3 e 4 delle presenti conclusioni.
- 17 Come spiegato nei punti 2.8.4 e 2.10.1 dell'ordinanza di rinvio rispettivamente nelle cause C?398/16 e C?399/16. Le sentenze dello Hoge Raad der Nederlanden (Corte Suprema dei Paesi Bassi) che hanno accolto tale interpretazione sono quelle del 24 giugno 2011, NL:HR:2011:BN3537, e del 21 settembre 2012, NL:HR:2012:BT5858.
- 18 Sentenza del 6 ottobre 2015 (C?66/14, EU:C:2015:661).
- 19 Sentenza Groupe Steria, punti 27 e 28.
- 20 Sentenza del 13 dicembre 2005, Marks e Spencer (C?446/03, EU:C:2005:763), punti 32 e 33.
- 21 Sentenze X Holding, punto 20, e Groupe Steria, punto 21.
- 22 Sentenza del 13 dicembre 2005, Marks & Spencer (C?446/03, EU:C:2005:763), punto 35.
- 23 Come indicato dal governo dei Paesi Bassi al punto 21 delle sue osservazioni.
- 24 Inoltre, è necessario che siano applicabili le medesime norme in merito alla determinazione della base imponibile; tuttavia, tale aspetto non è rilevante nella causa C?398/16, mentre lo è nella causa C?399/16.
- 25 Sentenza X Holding, punto 24.
- 26 In questa sede ci occupiamo esclusivamente di una spesa (gli interessi del prestito) che non incide sul risultato della controllata, ma solo su quello della controllante, relativa all'investimento nell'acquisto delle azioni della controllata.
- 27 Sentenza Groupe Steria, punto 31.
- 28 Punti da 52 a 55 della sua memoria di osservazioni, al cui contenuto rinvia (nella causa C?398/16) il punto 95 della medesima.
- 29 L'articolo 10a, paragrafo 3, della legge del 1969 non esclude assolutamente la deducibilità: esso permette la deduzione qualora la società interessata dimostri che non si tratta di una costruzione di puro artificio priva di qualsivoglia relazione con la realtà economica.
- 30 Sentenza del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544), punto 51.
- 31 Come ho già esposto (al paragrafo 32), la Commissione rileva, in questo senso, la mancanza di coerenza del sistema fiscale olandese che, se applica in linea di principio l'articolo 10a della legge del 1969 alle situazioni sia interne sia esterne, consente ai gruppi integrati puramente nazionali di sfuggire all'applicazione di tale norma antievasione.
- 32 V. nota 33.

- 33 Sentenza dell'8 marzo 2017 (C?14/16, EU:C:2017:177), punto 55.
- 34 Sebbene il punto 2.5 dell'ordinanza di rinvio si riferisca al possibile inserimento di C nel gruppo integrato («a sua volta»), è la stessa interessata a limitare l'ipotetico consolidamento alla A Holdings UK.
- 35 Sentenza del 28 febbraio 2008 (C?293/06, EU:C:2008:129).
- 36 Sentenza del 10 giugno 2015 (C?686/13; in prosieguo: la «sentenza X», EU:C:2015:375).
- 37 Paragrafo 2.9.5 dell'ordinanza di rinvio: «quanto rilevato ai (...) punti 2.9.1, 2.9.2 e 2.9.4 costituisce un argomento per concludere che non si configura alcuna differenza di trattamento di casi oggettivamente analoghi né una restrizione della libertà di stabilimento, e per respingere la tesi della ricorrente».
- 38 Conclusioni nella causa X (C?686/13, EU:C:2015:31).
- 39 Sentenza X, punti 40 e 41. Precedentemente, nei punti da 36 a 39, la Corte di giustizia aveva spiegato perché la risposta data nella sentenza del 28 febbraio 2008, Deutsche Shell (C?293/06, EU:C:2008:129) non era applicabile alla causa X.
- 40 Punto 2.9.4 dell'ordinanza di rinvio.
- 41 V. nota 24.
- 42 In questo senso v., per analogia, sentenza del 28 febbraio 2008, Deutsche Shell (C?293/06, EU:C:2008:129), punti 24 e 25.