

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

29 marzo 2007*

Nel procedimento C-347/04,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Finanzgericht Köln (Germania), con ordinanza 15 luglio 2004, pervenuta in cancelleria il 13 agosto 2004, nella causa tra

Rewe Zentralfinanz eG, successore universale della ITS Reisen GmbH

e

Finanzamt Köln-Mitte,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans, presidente di sezione, dal sig. J. Klučka, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. J. Makarczyk e L. Bay Larsen (relatore),
giudici,

* Lingua processuale: il tedesco.

avvocato generale: sig. M. Poiares Maduro
cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 16 marzo 2006,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Rewe Zentralfinanz eG, dal sig. M. Lausterer, Rechtsanwalt;

- per il Finanzamt Köln-Mitte, dal sig. B. Redmann, in qualità di agente;

- per il governo tedesco, dai sigg. M. Lumma e U. Forsthoff, in qualità di agenti;

- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. R. Lyal e D. Triantafyllou, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 31 maggio 2006,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 52 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE), 58 del Trattato (divenuto art. 48 CE), da 67 a 73 del Trattato (abrogati dal Trattato di Amsterdam), da 73 B a 73 D del Trattato (divenuti artt. 56 CE-58 CE), 73 E del Trattato (abrogato dal Trattato di Amsterdam) nonché 73 F e 73 G del Trattato (divenuti artt. 59 CE e 60 CE).

- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la società Rewe Zentralfinanz eG (in prosieguo: la «Rewe»), stabilita in Germania e agente in quanto successore universale della società ITS Reisen GmbH (in prosieguo: la «ITS»), e il Finanzamt Köln-Mitte (in prosieguo: il «Finanzamt»), in merito alla mancata considerazione, in quanto spese di esercizio deducibili ai fini della determinazione dell'utile imponibile per gli esercizi fiscali 1993 e 1994, delle perdite connesse

all'ammortamento parziale sul valore di partecipazioni possedute in società controllate stabilite in altri Stati membri.

Normativa nazionale

- 3 Ai sensi dell'art. 1 della legge del 1991 relativa all'imposta sulle persone giuridiche (Körperschaftsteuergesetz 1991; in prosieguo: il «KStG 1991»), applicabile alla causa principale, le società residenti sono soggette in Germania all'imposta sulle società in considerazione degli utili da esse percepiti a livello mondiale. Questi ultimi includono gli utili realizzati dalle succursali o dalle agenzie per mezzo delle quali queste società residenti esercitano le loro attività al di fuori di detto Stato. In compenso, una società residente non è soggetta ad imposta sugli utili delle sue controllate nel momento in cui questi sono realizzati.

- 4 Ai sensi dell'art. 8, n. 1, del KStG 1991 le disposizioni della legge del 1990 relativa all'imposta sul reddito (Einkommensteuergesetz 1990; in prosieguo: l'«EStG 1990») e lo stesso KStG 1991 definiscono cosa bisogna intendere per «reddito» e il modo in cui determinarlo.

- 5 Ai sensi dell'art. 6, primo comma, n. 2, seconda frase, dell'EStG 1990, gli ammortamenti sul valore parziale più basso di partecipazioni costituiscono spese di esercizio deducibili ai fini della determinazione dell'utile. In applicazione del medesimo art. 6, si considera valore parziale l'importo che un acquirente dell'intera azienda imputerebbe al bene economico in questione nell'ambito del prezzo di acquisizione globale. Mentre i beni economici ammortizzabili risultanti dalle

immobilizzazioni in linea di principio sono iscritti al bilancio, ai fini della determinazione dell'utile, per il loro valore d'acquisizione o di fabbricazione, ridotto dell'ammortamento per vetustà, il soggetto passivo avrebbe parimenti la facoltà di dichiarare il valore parziale più basso (ammortamento parziale) nel caso in cui, ad esempio, il valore effettivo del bene economico sia sceso al di sotto del valore di acquisizione o di fabbricazione, già ridotto dell'ammortamento per vetustà.

- 6 Ai sensi dell'art. 2, n. 3, dell'ESTG 1990, la somma dei redditi realizzati in un anno da un contribuente è costituita dal saldo dei redditi positivi e negativi. Se a seguito di questa operazione sussistono delle perdite, queste ultime sono deducibili in anni diversi da quello in oggetto, al momento della determinazione del reddito fiscale, nell'ambito dell'anticipazione o del riporto delle perdite ai sensi dell'art. 10 *quinquies*, dell'ESTG 1990.

- 7 In applicazione delle disposizioni dell'ESTG 1990, nella versione emendata dalla legge di modifica tributaria (*Steuerränderungsgesetz 1992*) del 25 febbraio 1992 (BGBl. 1992 I, pag. 297), la compensazione fiscale delle perdite in caso di ammortamenti parziali sul valore di partecipazioni in una società di capitali era disciplinata, all'epoca dei fatti della causa principale, in modo diverso a seconda che riguardasse una società di capitali stabilita in Germania o all'estero.

- 8 Nel caso di partecipazioni detenute in una società di capitali stabilita in Germania, in applicazione dell'art. 2, n. 3, dell'ESTG 1990, i redditi negativi (comprese le perdite dovute ad ammortamenti parziali) imputabili ad un determinato esercizio fiscale potevano essere compensati con tutti i redditi positivi realizzati dal contribuente.

- 9 In forza dell'art. 2bis, commi primo e secondo, dell'ESTG 1990, intitolato «Redditi negativi di provenienza estera», alcuni redditi negativi di provenienza estera potevano essere presi in considerazione ai fini del fisco solo limitatamente:

«(1) Redditi negativi

(...)

2. provenienti da uno stabilimento industriale o commerciale situato in un paese straniero,

3. a) provenienti dal calcolo del valore parziale più basso di una partecipazione, facente parte del patrimonio aziendale, in una persona giuridica che non ha né la direzione aziendale né la sede nel territorio nazionale (persona giuridica straniera), (...)

(...) possono essere compensati solo mediante redditi positivi dello stesso tipo provenienti dallo stesso paese (...); non possono neppure essere detratti ai sensi dell'art. 10 quinquies. Le riduzioni di utili sono equiparate ai redditi negativi.

Qualora i redditi negativi non siano compensabili ai sensi della prima frase, essi riducono i redditi positivi dello stesso tipo che il contribuente percepirà nel corso degli esercizi successivi nello stesso paese (...).

- (2) L'art. 1, primo periodo, n. 2, non si applica se il contribuente dimostra che i redditi negativi provengono da uno stabilimento industriale o commerciale all'estero, che si dedica esclusivamente o quasi esclusivamente (...) all'esecuzione di prestazioni commerciali purché esse non consistano nella costruzione o gestione di stabilimenti per il turismo, o nella locazione di beni economici (...); il diretto possesso di una partecipazione di almeno un quarto del capitale nominale di una società di capitali, che si occupa esclusivamente o quasi esclusivamente delle suddette attività nonché il finanziamento connesso al possesso di una partecipazione del genere è considerato esecuzione di prestazioni commerciali se la società di capitali non ha né la direzione né la sede all'interno del paese. Il primo comma, prima frase, nn. 3 e 4, non si applica se il contribuente dimostra che la persona giuridica integrava i presupposti di cui alla prima frase fin dalla sua costituzione o nel corso degli ultimi cinque anni precedenti l'esercizio al quale si riferiscono i redditi negativi, incluso quest'ultimo.

(...))».

¹⁰ L'art. 2bis dell'ESTG 1990 stabilisce che una compensazione di redditi negativi risultanti da un ammortamento parziale è possibile unicamente nel caso in cui la

società realizza all'estero i redditi ai sensi di detto art. 2 bis, secondo comma (cosiddetti redditi «attivi»), o se essa possiede una partecipazione di almeno il 25 % in un'altra società di capitali straniera che realizza, dal canto suo, redditi attivi ai sensi di detto art. 2bis, secondo comma. L'esercizio di attività connesse al turismo all'estero esclude a priori la compensazione delle perdite.

- 11 A norma dell'art. 8ter, secondo comma, del KStG 1991, nella versione modificata dalla legge relativa al miglioramento dell'assetto tributario (Standortsicherungsgesetz) del 13 settembre 1993 (BGBl. 1993 I, pag. 1569; in prosieguo: il «StandOG»), le plusvalenze realizzate alla cessione di una partecipazione sono state rese esenti da imposta per la prima volta per l'esercizio fiscale 1994.

- 12 Infine, la legge di sgravio fiscale (Steuersenkungsgesetz) del 23 ottobre 2000 (BGBl. I 2000, pag. 1433), ha modificato l'art. 8ter, terzo comma, del KStG 1991. Questa disposizione prevede, nella sua versione modificata, che dei minori introiti dovuti alla presa in considerazione del valore parziale più basso di una partecipazione non si tenga conto, indipendentemente dal fatto che questa partecipazione sia posseduta in una società di capitali stabilita fuori dalla Germania o nel territorio di questo Stato.

Controversia principale e questione pregiudiziale

- 13 Con contratto concluso il 6 marzo 1995 la ITS, società del gruppo Kaufhof (Kaufhof Holding AG) il cui oggetto sociale consisteva in attività connesse al turismo, veniva

ceduta da questo gruppo alla Rewe. Con un contratto di fusione del 3 novembre 1995 la Rewe è divenuta successore universale della ITS.

¹⁴ Nel 1989 la ITS aveva creato nei Paesi Bassi una società controllata, la Kaufhof-Tourism Holdings BV (in prosieguo: la «KTH»), della quale possedeva la totalità delle quote sociali. Nello stesso Stato membro, la KTH fondava una società di partecipazioni, la International Tourism Investment Holding BV, da essa controllata al 100%. Quest'ultima acquistava inoltre la totalità delle quote della società German Tourist Facilities Ltd, stabilita nel Regno Unito, nonché il 36% delle quote della società Travelplan SA, stabilita in Spagna.

¹⁵ Nei bilanci annuali per il 1993 e il 1994, la ITS effettuava ammortamenti parziali sul valore della sua partecipazione nella controllata olandese KTH e rettifiche di valore su crediti relativi alle due società controllate della sua sub-controllata, stabilite nel Regno Unito e in Spagna. La somma di tali oneri eccezionali ammontava, per gli esercizi fiscali 1993 e 1994, a oltre DEM 46 milioni.

¹⁶ Tuttavia, il Finanzamt Köln-Mitte, ritenendo che l'art. 2bis dell'ESTG 1990 non permettesse che tali oneri connessi alla partecipazione nella KTH fossero presi in considerazione, rifiutava di imputarli a titolo di spese di esercizio ai fini fiscali e di considerarli redditi negativi ai fini della determinazione dell'utile imponibile della Rewe per gli esercizi fiscali 1993 e 1994. Esso adottava di conseguenza decisioni di modifica relative, in particolare, all'imposta sulle società dovuta dalla Rewe per detti esercizi.

- 17 Ritenendo di aver diritto a che la totalità degli oneri connessi alle società di partecipazione stabilite nei Paesi Bassi, nel Regno Unito e in Spagna venisse presa in considerazione ai fini fiscali, la Rewe presentava a tale scopo un ricorso dinanzi al Finanzgericht Köln, facendo valere che l'applicazione dell'art. 2bis dell'EstG 1990 costituisce una discriminazione contraria al diritto comunitario.
- 18 Secondo tale giudice, dal diritto applicabile all'epoca dei fatti della causa principale emerge che, mentre di ammortamenti sul valore delle partecipazioni detenute in una società controllata stabilita in Germania si poteva, in linea di principio, tener conto a fini fiscali senza limitazioni in quanto oneri di gestione della società controllante nell'ambito della determinazione dell'utile imponibile di quest'ultima, gli ammortamenti sul valore di partecipazioni detenute in una società controllata stabilita in un altro Stato membro potevano essere presi in considerazione ai fini fiscali solo in casi limitati, vale a dire qualora i redditi negativi risultanti dai detti ammortamenti fossero stati compensati da redditi positivi provenienti da quest'altro Stato membro o qualora le condizioni stabilite dal regime derogatorio di cui all'art. 2bis, secondo comma, dell'EstG 1990 fossero soddisfatte. Il giudice medesimo considera pertanto probabile che una tale differenza di trattamento, derivante dall'art. 2bis, commi primo, n. 3, lett. a), e secondo, dell'EstG 1990, sia contraria al diritto comunitario e ritiene di non essere nelle condizioni di ravvisare l'esistenza di motivi atti a giustificare tale differenza.
- 19 Ciò considerato, il Finanzgericht Köln ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 52 (...) del Trattato, in combinato disposto con l'art. 58 (...), e gli artt. 67-73, nonché 73B e seguenti del Trattato debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa che — come quella controversa nella causa principale

contenuta all'art. 2bis, commi primo, n. 3, lett. a), e secondo, dell'ESTG (...) — limiti l'immediata deducibilità fiscale delle perdite derivanti dall'ammortamento sul valore di partecipazioni in società controllate stabilite in altri paesi della Comunità, quando queste ultime effettuino operazioni passive ai sensi della normativa nazionale e/o quando effettuino operazioni attive ai sensi della normativa nazionale solo tramite proprie sub-controllate, mentre sono consentiti senza limitazioni gli ammortamenti sul valore di partecipazioni in società controllate stabilite nel territorio nazionale».

La questione pregiudiziale

- 20 Con la detta questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, in presenza di circostanze come quelle della causa principale, le disposizioni del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali ostino ad una normativa di uno Stato membro che limiti, per una società controllante residente in tale Stato, le possibilità di deduzione fiscale delle perdite subite da detta società a titolo degli ammortamenti realizzati sul valore di sue partecipazioni in società controllate stabilite in altri Stati membri.

Sull'interpretazione delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento

- 21 Si deve rammentare preliminarmente che, secondo una giurisprudenza consolidata, se è vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 8 marzo 2001, cause C-397/98 e

C-410/98, Metallgesellschaft e a., Racc. pag. I-1727, punto 37; 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, Racc. pag. I-10837, punto 29; 12 settembre 2006, causa C-196/04, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, Racc. pag. I-7995, punto 40, e 13 marzo 2007, causa C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Racc. pag. I-2107, punto 25).

22 È giurisprudenza costante che rientrano nell'ambito di applicazione materiale delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento le disposizioni nazionali che si applicano alla detenzione da parte di un cittadino di un dato Stato membro, nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro, di una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività (v., in tal senso, sentenze 13 aprile 2000, causa C-251/98, Baars, Racc. pag. I-2787, punto 22; 21 novembre 2002, causa C-436/00, X e Y, Racc. pag. I-10829, punto 37; Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, cit., punto 31, e Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, cit., punto 27).

23 Ciò si verifica qualora, come accade nella causa principale, una società residente come la ITS possieda una partecipazione pari al 100% del capitale di una società stabilita in un altro Stato membro. Infatti il possesso da parte di un contribuente di una partecipazione pari al 100% del capitale di una società avente sede in un altro Stato membro fa senza dubbio rientrare tale contribuente nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato relative al diritto di stabilimento (sentenza Baars, cit., punto 21).

24 Occorre pertanto esaminare se gli artt. 52 e 58 del Trattato ostino all'applicazione di una normativa come quella oggetto della causa principale.

- 25 La libertà di stabilimento, che l'art. 52 del Trattato riconosce ai cittadini della Comunità e che implica per essi l'accesso alle attività non subordinate e il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese, alle stesse condizioni previste dalle leggi dello Stato membro di stabilimento per i propri cittadini, comprende, ai sensi dell'art. 58 del Trattato, per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che hanno la loro sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nel territorio della Comunità, 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 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint-Gobain ZN*, Racc. pag. I-6161, punto 35; *Marks & Spencer*, cit., punto 30, nonché 23 febbraio 2006, causa C-471/04, *Keller Holding*, Racc. pag. I-2107, punto 29).
- 26 Inoltre, anche se le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento, in base al loro tenore, intendono specificamente assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato di stabilimento, esse vietano parimenti che lo Stato d'origine intralci lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria normativa (sentenze 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, Racc. pag. I-4695, punto 21, nonché *Marks & Spencer*, cit., punto 31).
- 27 Conformemente alla normativa oggetto della causa principale le perdite patrimoniali relative all'ammortamento sul valore delle partecipazioni detenute in società controllate situate in Germania sono incluse immediatamente e senza limiti nella determinazione dell'utile imponibile delle controllanti soggette integralmente ad imposta in Germania.

- 28 In compenso, come risulta dall'art. 2bis, commi primo e secondo, dell'ESStG 1990, le perdite dello stesso tipo provenienti da partecipazioni in una società controllata stabilita in un altro Stato membro sono deducibili, per la società controllante integralmente soggetta a imposta in Germania, solo a determinate condizioni connesse ai redditi di questa società o all'esercizio da parte della sua società controllata di attività cosiddette «attive».
- 29 Senza dubbio le perdite risultanti, per una società controllante residente in Germania, da partecipazioni in società controllate stabilite in altri Stati membri potrebbero essere prese in considerazione in Germania nel caso in cui queste società producessero in seguito redditi positivi. Tuttavia, resta fermo che, anche nel caso in cui siano stati constatati redditi positivi sufficienti, una controllante in una siffatta situazione non può, contrariamente ad una controllante che disponga di controllate stabilite in Germania, beneficiare della considerazione immediata delle sue perdite ed è così privata di un vantaggio di cassa (v., in tal senso, sentenza Marks & Spencer, cit., punto 32).
- 30 Ne consegue che la situazione fiscale di una società controllante residente in Germania che disponga, come la Rewe, di una controllata e di una sub-controllata in un altro Stato membro è meno favorevole di quella in cui essa si troverebbe se dette controllata e sub-controllata fossero stabilite in Germania.
- 31 Una tale differenza di trattamento determina uno svantaggio fiscale per la società controllante stabilita in Germania e che dispone di una controllata in un altro Stato membro. Tenuto conto di tale differenza, una società controllante potrebbe essere dissuasa dall'esercitare le proprie attività tramite società controllate o società indirettamente controllate stabilite in altri Stati membri (v., in tal senso, sentenza 18 settembre 2003, causa C-168/01, Bosal, Racc. pag. I-9409, punto 27).

32 Il governo tedesco tuttavia sostiene che una tale disparità di trattamento non costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento, in quanto la situazione di una controllata stabilita in Germania non si può paragonare a quella di una società controllata stabilita in un altro Stato membro. Secondo tale governo le società controllate sono persone giuridiche autonome rispetto alle rispettive controllanti, e sono soggette a imposizione nello Stato in cui sono stabilite. Sarebbe probabile che la società controllata KTH abbia fatto valere alcune perdite nell'ambito della dichiarazione dei propri utili imponibili nei Paesi Bassi. Detto governo ritiene che la Repubblica federale di Germania non sia tenuta, in quanto Stato di stabilimento della società controllante, ad accordare alle controllate estere autonome uno status giuridico equiparabile a quello di cui beneficia la società controllante residente.

33 A tale proposito occorre rilevare, come ha fatto l'avvocato generale al paragrafo 21 delle sue conclusioni, che la differenza di trattamento fiscale di cui si discute nella causa principale riguarda non la situazione delle società controllate (che siano stabilite o no in Germania) ma quella delle società controllanti stabilite in Germania, a seconda che dispongano o no di società controllate stabilite in altri Stati membri.

34 Per quanto riguarda le perdite subite da tali società controllanti residenti per gli ammortamenti realizzati sul valore di loro partecipazioni in società controllate, queste società si trovano in una situazione analoga, che si tratti di partecipazioni possedute in società controllate stabilite in Germania o in altri Stati membri. Infatti, in entrambi i casi, da un lato, le perdite di cui è richiesta la deduzione sono sostenute dalle società controllanti e, dall'altro, gli utili di queste controllate, che provengano da controllate soggette ad imposizione in Germania o da quelle che lo sono in altri Stati membri, non sono imponibili in capo alle società controllanti.

35 Pertanto, una limitazione della deducibilità di tali perdite da parte di una società controllante residente che riguardi unicamente le perdite subite per ammortamenti

sul valore di partecipazioni possedute all'estero non rispecchia una differenza di situazione oggettiva delle società controllanti a seconda che le loro controllate abbiano sede in Germania o in altri Stati membri.

- 36 Emerge da quanto esposto che la differenza di trattamento fiscale derivante dalla normativa oggetto della causa principale e la situazione svantaggiosa sul piano fiscale che ne consegue per le società controllanti residenti in Germania, che dispongono di una controllata stabilita in un altro Stato membro sono atte ad ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento da parte di tali società, dissuadendole dal creare, acquisire o mantenere una controllata in un altro Stato membro. Esse costituiscono così una limitazione alla libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 52 e 58 del Trattato.
- 37 Una restrizione di tal genere alla libertà di stabilimento può essere ammessa solo qualora persegua uno scopo legittimo compatibile con il Trattato o sia giustificata da motivi imperativi d'interesse generale. Occorrerebbe inoltre, in tal caso, che essa sia idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo di cui trattasi e che non ecceda quanto necessario per conseguirlo (v., in particolare, sentenze citate Marks & Spencer, punto 35 e giurisprudenza ivi citata, nonché Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, punto 47).
- 38 Secondo il governo tedesco è in ogni caso giustificato limitare, per una società controllante residente in Germania, le possibilità di deduzione fiscale delle perdite da essa subite per gli ammortamenti realizzati sul valore delle proprie partecipazioni in società controllate stabilite in altri Stati membri, prendendo in considerazione dal

punto di vista fiscale perdite di origine estera unicamente in collegamento con i redditi positivi di uguale natura provenienti dallo stesso Stato. A tale proposito il governo tedesco deduce una serie di argomenti che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 24 delle sue conclusioni, si riassumono in sostanza con gli elementi giustificativi seguenti.

39 In primo luogo, facendo riferimento in particolare alla succitata sentenza Marks & Spencer, nella quale la Corte ha preso in considerazione il principio della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri, il governo tedesco invoca un primo elemento giustificativo fondato su una regola di simmetria tra il diritto di tassare gli utili di una società e il dovere di prendere in considerazione le perdite subite dalla stessa. Esso sostiene che le autorità fiscali tedesche non dovrebbero essere tenute a prendere in considerazione, nell'ambito del trattamento fiscale della società controllante stabilita in Germania, le perdite collegate all'attività svolta da una controllata stabilita in un altro Stato membro, non avendo diritto di tassare gli utili di tale controllata.

40 Tale argomento non può essere accolto.

41 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, occorre precisare l'ambito di applicazione che si deve riconoscere alla legittima esigenza di ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri. In particolare, si deve evidenziare che tale elemento giustificativo è stato accolto dalla Corte nella sentenza Marks & Spencer, succitata, unicamente in collegamento con altri due elementi di giustificazione, basati sui rischi di duplice uso delle perdite e di evasione fiscale (v., in tal senso, sentenza Marks & Spencer, cit., punti 43 e 51).

- 42 A tale proposito si deve riconoscere che esistono senza dubbio comportamenti tali da violare il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza fiscale in relazione alle attività svolte sul loro territorio e da compromettere, così, un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri (v. sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 46) e che possono giustificare una limitazione alla libertà di stabilimento (v. sentenza *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, cit., punti 55 e 56). La Corte ha affermato, in tal senso, che 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, dato che la base imponibile risulterebbe aumentata nel primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite.
- 43 Tuttavia, una differenza di trattamento fiscale tra società controllanti residenti a seconda che dispongano o no di controllate all'estero non può essere giustificata dal semplice fatto che esse abbiano deciso di esercitare attività economiche in un altro Stato membro nel quale lo Stato interessato non può esercitare la sua competenza tributaria. Di per sé un argomento fondato sulla ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri non può dunque giustificare che uno Stato membro rifiuti sistematicamente di accordare un vantaggio fiscale ad una società controllante residente in quanto quest'ultima ha sviluppato un'attività economica transnazionale non idonea, nell'immediato, a generare entrate fiscali a beneficio di tale Stato.
- 44 Si deve del resto rilevare che certe perdite subite da una società controllante per ammortamenti realizzati sul valore di sue partecipazioni in società controllate stabilite in Germania possono essere compensate dai suoi redditi positivi anche qualora le sue controllate non abbiano realizzato utili imponibili durante l'esercizio fiscale considerato.

- 45 In secondo luogo, il governo tedesco sostiene che la normativa oggetto della causa principale è resa necessaria per evitare che società controllanti possano beneficiare di vantaggi fiscali multipli sotto forma della duplice imputazione delle perdite subite all'estero.
- 46 Un simile argomento è privo di rilevanza nella causa principale.
- 47 Infatti, anche se si deve ammettere che gli Stati membri devono potersi opporre al rischio del duplice uso delle perdite (v. sentenza Marks & Spencer, cit., punto 47) si deve altresì evidenziare che le perdite di cui trattasi nella causa principale non sono paragonabili, come ha rilevato l'avvocato generale ai punti 37 e 38 delle sue conclusioni, a perdite che sarebbero state subite all'estero da società controllate e che la società controllante residente chiederebbe di trasferire allo scopo di ridurre il suo utile imponibile, come accaduto nella causa all'origine della succitata sentenza Marks & Spencer.
- 48 Le perdite di cui si discute nella causa principale sono perdite in cui è incorsa la società controllante a causa del deprezzamento del valore delle sue partecipazioni in controllate straniere. Queste perdite connesse all'ammortamento sul valore parziale più basso delle partecipazioni sono prese in considerazione solo per quanto riguarda la società controllante e sono soggette, sul piano fiscale, ad un trattamento distinto da quello riservato alle perdite subite dalle società controllate stesse. Una siffatta considerazione distinta, da un lato, delle perdite subite dalle controllate stesse e, dall'altro, delle perdite in cui sia incorsa la società controllante non può in alcun caso essere definita quale duplice uso delle medesime perdite.
- 49 Si deve peraltro sottolineare, come ha fatto la Commissione in udienza, che una società controllante stabilita in Germania che disponga di società controllate in

questo stesso Stato è autorizzata a dedurre dal proprio reddito imponibile l'ammortamento sul valore parziale delle sue partecipazioni in società controllate residenti senza che a queste ultime sia impedito di utilizzare le loro proprie perdite nell'ambito della loro tassazione in Germania.

50 In terzo luogo, il governo tedesco sostiene che la normativa oggetto della causa principale è volta a combattere una forma particolare di evasione fiscale che consiste, per società controllanti residenti in Germania attive in particolare nel settore del turismo, nel trasferire attività tipicamente generatrici di perdite in altri Stati membri creandovi società controllate, al solo fine di ridurre i loro utili imponibili in Germania. In udienza il governo medesimo ha aggiunto che era opportuno, a suo parere, mitigare la giurisprudenza della Corte in materia, dato che la necessità di perseguire l'obiettivo specifico della lotta contro talune costruzioni puramente artificiose appariva, a suo avviso, troppo restrittiva. Esso ritiene indispensabile che gli Stati membri siano autorizzati a emanare misure generali, di principio, per combattere contro l'evasione fiscale e ad adottare norme astratte e generali basate su casi tipici.

51 A tale proposito è sufficiente constatare che la semplice circostanza che in un settore economico determinato, quale il turismo, le autorità fiscali di uno Stato membro rilevino casi di perdite importanti e persistenti subite da società straniere controllate da società controllanti residenti di questo Stato non può essere sufficiente a stabilire l'esistenza di costruzioni puramente artificiose che sarebbero destinate a creare perdite per ammortamenti realizzati sul valore di partecipazioni detenute in società controllate stabilite in altri Stati membri (v., per quanto riguarda la necessità di perseguire l'obiettivo specifico di combattere costruzioni puramente artificiose, sentenze citate ICI, punto 26; Marks & Spencer, punto 57, nonché Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, punto 51).

- 52 Nella fattispecie, una disposizione come quella dell'art. 2bis, primo comma, n. 3, lett. a), dell'ESTG 1990, che regola, in via generale, qualunque ipotesi di deducibilità del valore parziale più basso di una partecipazione nei casi in cui le società controllate da una società controllante stabilita in Germania risultino stabilite, per qualunque motivo, in altri Stati membri, non può considerarsi giustificata dal rischio di evasione fiscale, senza eccedere quanto necessario per conseguire lo scopo che essa dichiara di perseguire. Infatti, una tale disposizione non mira specificatamente a escludere dal beneficio di un vantaggio fiscale le costruzioni di puro artificio il cui fine sarebbe di eludere la norma tributaria tedesca, bensì riguarda, in via generale, ogni situazione in cui le società controllate risultano stabilite, per un qualunque motivo, al di fuori della Germania. Orbene, il fatto che una società sia stabilita al di fuori di questo Stato membro non implica, di per sé, l'esistenza di evasione fiscale, dato che tale società è in ogni caso soggetta alla normativa fiscale dello Stato di stabilimento.
- 53 Allo stesso modo, l'art. 2bis, secondo comma, dell'ESTG 1990, nell'escludere talune attività cosiddette «attive» ivi elencate, in particolare quelle consistenti nella costituzione o gestione di strutture turistiche, eccede quanto necessario per combattere le costruzioni abusive. La lotta all'evasione fiscale non può giustificare il fatto che i redditi negativi provenienti da stabilimenti industriali o commerciali situati all'estero, il cui oggetto consiste nella realizzazione di prestazioni di natura commerciale, possano, in via generale, essere compensati senza limitazione da redditi positivi mentre, quando si tratta di stabilimenti che esercitano un'attività nel settore del turismo, la compensazione con redditi positivi è subordinata a diverse condizioni.
- 54 In quarto luogo, il governo tedesco non può neanche fondatamente invocare la necessità di favorire l'efficacia dei controlli fiscali sulle operazioni che si svolgono all'estero al fine di giustificare la normativa nazionale controversa nella causa principale.
- 55 Infatti, anche se l'efficacia dei controlli fiscali autorizza uno Stato membro ad applicare misure che consentano di verificare, in modo chiaro e preciso,

l'ammontare delle spese detraibili in tale Stato a titolo di partecipazioni nel capitale di società controllate estere (v., in tal senso, sentenze 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura Participations e Singer, Racc. pag. I-2471, punto 31, e 28 ottobre 1999, causa C-55/98, Vestergaard, Racc. pag. I-7641, punto 23), essa non può tuttavia giustificare il fatto che detto Stato membro possa sottoporre tale deduzione a condizioni diverse a seconda che le partecipazioni riguardino società controllate in esso stabilite o stabilite in altri Stati membri.

⁵⁶ A tale proposito occorre rammentare che la direttiva del Consiglio 19 dicembre 1977, 77/799/CEE, relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette (GU L 336, pag. 15), può essere invocata da uno Stato membro al fine di ottenere da parte delle autorità competenti di un altro Stato membro ogni informazione atta a permettergli una corretta determinazione dell'imposta sulle società.

⁵⁷ Inoltre, per quanto riguarda l'argomento del governo tedesco secondo cui il controllo di operazioni estere, anche in caso di collaborazione con le autorità di un altro Stato membro, resta spesso assai difficoltoso, basta sottolineare che le autorità fiscali interessate hanno la possibilità di esigere dalla società controllante stessa le prove che ritengono necessarie per decidere se accogliere o meno la domanda di deduzione riguardante perdite risultanti dall'ammortamento sul valore delle partecipazioni in società controllate stabilite in altri Stati membri (v., in tal senso, sentenza Vestergaard, cit., punto 26).

⁵⁸ Una simile possibilità dovrebbe essere particolarmente utile in una fattispecie come quella all'origine della causa principale, riguardante una società controllante che dovrebbe poter esigere tutti i documenti necessari direttamente dalle sue controllate

estere. Inoltre, eventuali difficoltà in ordine alla determinazione delle perdite dovute all'ammortamento sul valore delle partecipazioni in società controllate stabilite in altri Stati membri non potrebbero in nessun caso giustificare un ostacolo alla libertà di stabilimento (v., in tal senso, sentenze 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2229, punto 29, e 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen, Racc. pag. I-7477, punto 54).

59 In quinto luogo, per giustificare lo svantaggio fiscale subito nella fattispecie dalle società controllanti stabilite in Germania e aventi partecipazioni in società controllate stabilite in altri Stati membri, il governo tedesco sostiene che la normativa oggetto della causa principale è oggettivamente giustificata dalla necessità di salvaguardare l'uniformità del regime fiscale. In sostanza, due argomenti invocati da detto governo possono essere ricollegati a tale giustificazione: l'uno dedotto dalla necessità di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale tedesco, l'altro dal rispetto del principio di territorialità.

60 Per quanto riguarda la necessità di salvaguardare la coerenza fiscale di detto sistema il governo tedesco fa valere in primo luogo che, in particolare in forza di una convenzione volta ad evitare la doppia imposizione stipulata con il Regno dei Paesi Bassi, Stato in cui è stabilita la KTH, controllata dalla Rewe, i dividendi versati dalle società controllate stabilite in questo Stato sono esenti da imposta in Germania. Per tale ragione, sarebbe coerente non accordare alcun vantaggio alle società controllanti residenti in Germania sulla base delle perdite connesse alle sue controllate estere.

61 A tale proposito, l'argomento relativo alle necessità di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale nazionale invocato dal governo tedesco non può essere accolto, in

quanto perdite come quelle oggetto della causa principale sono prese in considerazione anche in Germania qualora una controllata estera eserciti un'attività cosiddetta «attiva» ai sensi dell'art. 2bis, secondo comma, dell'ESTG 1990, mentre, in questo caso, i dividendi versati da una controllata del genere possono nondimeno essere esonerati in applicazione di convenzioni preventive della doppia imposizione.

62 Inoltre, per quanto riguarda la necessità di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale nazionale e la normativa di cui trattasi nella causa principale, la quale, secondo il governo tedesco, sarebbe garantita dalle dette convenzioni, occorre rammentare che, ai punti 28 e 21 rispettivamente delle sentenze 28 gennaio 1992, *Bachmann* (causa C-204/90, Racc. pag. I-249) e *Commissione/Belgio* (causa C-300/90, Racc. pag. I-305), la Corte ha ammesso che la necessità di salvaguardare la coerenza di un regime fiscale può giustificare una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. Tuttavia è necessario, affinché un argomento fondato su una simile giustificazione possa risultare efficace, che sia dimostrata l'esistenza di un nesso diretto tra il vantaggio fiscale di cui trattasi e la compensazione di detto vantaggio mediante un prelievo fiscale determinato (v., in tal senso, sentenze citate *Keller Holding*, punto 40, e *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, punto 68).

63 Orbene, dall'esame della normativa nazionale oggetto della causa principale emerge che le società controllanti soggette integralmente ad imposta in Germania che possiedono partecipazioni in controllate stabilite nello stesso Stato membro beneficiano tanto della deducibilità immediata delle perdite provenienti da ammortamenti parziali sul valore di partecipazioni detenute in queste società controllate quanto dell'esenzione fiscale dei dividendi. In compenso, anche se i dividendi che una società controllante integralmente soggetta ad imposta in Germania percepisce dalla sua controllata stabilita nei Paesi Bassi sono parimenti esonerati dall'imposta in applicazione della convenzione contro le doppie imposizioni, la deduzione delle perdite derivanti da ammortamenti parziali sul valore di partecipazioni detenute in tale controllata è soggetta a restrizioni.

- 64 Poiché il governo tedesco non ha dimostrato l'esistenza di un nesso tra la deducibilità immediata, per la società controllante residente, delle perdite dovute ad ammortamenti parziali sul valore di partecipazioni in società controllate e l'esenzione fiscale dei dividendi percepiti da dette controllate, non può essere accolto l'argomento secondo cui la necessità di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale tedesco giustificherebbe il diniego di qualsiasi vantaggio alle società controllanti residenti in Germania per le perdite legate alle loro società controllate estere dal momento che i dividendi versati da queste controllate sono esenti da imposta in Germania in forza di convenzioni contro le doppie imposizioni.
- 65 Il governo tedesco sostiene, in secondo luogo, che la coerenza dal punto di vista fiscale della normativa oggetto della causa principale sarebbe stata garantita dall'esenzione da imposta delle plusvalenze realizzate alla cessione di una partecipazione, prevista all'art. 8ter, secondo comma, del KStG 1991, nella versione modificata dalla legge relativa al miglioramento dell'assetto tributario.
- 66 In primo luogo, si deve rilevare, come ha fatto il giudice del rinvio, che tale esenzione è stata applicabile per la prima volta nell'esercizio fiscale 1994 e non riguardava, dunque, il primo esercizio fiscale oggetto della controversia nella causa principale.
- 67 In secondo luogo, occorre constatare che, nell'ambito della determinazione del reddito imponibile delle società controllanti residenti che detengono partecipazioni in società controllate all'estero, il divieto di dedurre perdite come quelle oggetto

della causa principale produce effetti immediati. Pertanto, il fatto che, successivamente, sarebbe possibile ottenere un'esenzione delle plusvalenze realizzate in caso di cessione, nell'ipotesi in cui sia realizzato un utile di livello sufficiente, non costituisce un argomento di coerenza fiscale atto a giustificare un diniego di deduzione immediata delle perdite subite dalle società controllanti che detengono quote in società controllate all'estero.

68 Per quanto riguarda, infine, il principio di territorialità, come riconosciuto dalla Corte al punto 22 della sentenza *Futura Participations e Singer*, citata sopra, occorre rilevare che nemmeno tale principio può giustificare la normativa nazionale contestata nella causa principale.

69 Senza dubbio, è conforme a detto principio che lo Stato membro di stabilimento della controllante possa tassare le società residenti sull'insieme dei loro utili mondiali e le società controllate non residenti unicamente sugli utili derivanti dalla loro attività nel suo territorio (v., in tal senso, sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 39). Tuttavia, tale principio non giustifica di per sé che lo Stato di residenza della società controllante possa negare un vantaggio a quest'ultima perché esso non assoggetta ad imposta gli utili delle sue società controllate non residenti (v., in tal senso, sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 40). Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 49 delle sue conclusioni, la funzione di questo principio è quella di introdurre, nell'applicazione del diritto comunitario, la necessità di tener conto dei limiti delle competenze fiscali degli Stati membri. Orbene, nella causa principale, la concessione del vantaggio invocato dalla Rewe non pregiudica l'esercizio di una competenza fiscale concorrente. Esso riguarda le società controllanti residenti in Germania che sono soggette, a tale titolo, ad un obbligo fiscale illimitato in tale Stato. Di conseguenza, la normativa controversa nella causa principale non può essere considerata quale attuazione del principio di territorialità.

70 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, la questione sottoposta dal giudice del rinvio deve essere risolta nel senso che, in circostanze come quelle della

causa principale, in cui una società controllante che detiene in una società controllata non residente una partecipazione tale da conferirle una sicura influenza sulle decisioni di detta controllata estera e da consentirle di indirizzarne le attività, gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano ad una normativa di uno Stato membro che limiti, per una società controllante residente nel suo territorio, le possibilità di deduzione fiscale delle perdite subite da detta società per gli ammortamenti realizzati sul valore delle sue partecipazioni in società controllate stabilite in altri Stati membri.

Sull'interpretazione delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali

- 71 Dato che le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento ostano dunque ad una normativa come quella oggetto della causa principale, non è necessario esaminare se le disposizioni comunitarie in materia di libera circolazione dei capitali ostino anch'esse a tale normativa (v., nello stesso senso, sentenza Keller Holding, cit., punto 51).

Sulle spese

- 72 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento 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 (Seconda Sezione) dichiara:

In circostanze come quelle della causa principale, in cui una società controllante che detiene in una società controllata non residente una partecipazione tale da conferirle una sicura influenza sulle decisioni di detta controllata estera e da consentirle di indirizzarne le attività, gli artt. 52 del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE) e 58 del Trattato (divenuto art. 48 CE) ostano ad una normativa di uno Stato membro che limiti, per una società controllante residente nel suo territorio, le possibilità di deduzione fiscale delle perdite subite da detta società per gli ammortamenti realizzati sul valore delle sue partecipazioni in società controllate stabilite in altri Stati membri.

Firme

