Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
NICHOLAS EMILIOU
presentate il 14 marzo 2024[1]

Causa C-585/22

X BV
contro
Staatssecretaris van Financiën

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

«Rinvio pregiudiziale – Libertà di stabilimento – Articolo 49 TFUE – Imposta societaria – Prestito transfrontaliero infragruppo concluso a fini di acquisizione esterna – Impossibilità di dedurre dagli utili imponibili gli interessi su tale debito da prestito – Costruzione puramente artificiosa – Nozione – Proporzionalità»

I. Introduzione

1. Il famoso detto di Benjamin Franklin «non c'è nulla di certo in questo mondo, tranne la morte e le tasse» coglie una verità universale. Tuttavia, sovente sembra che una delle inclinazioni naturali del genere umano sia di eludere tali fatti assolutamente inevitabili.

2. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale sorge nel contesto di disposizioni di diritto nazionale sulle imposte societarie, specificamente concepite per contrastare le pratiche di elusione fiscale. Secondo tale normativa, si presume che il fatto che un soggetto passivo contragga un debito da prestito nei confronti di un'entità collegata – a fini di acquisizione o ampliamento di una partecipazione in un'altra entità – sia, in determinate circostanze, una costruzione puramente artificiosa, concepita per erodere la base imponibile nei Paesi Bassi. Ne consegue che a tale persona non è concesso dedurre gli interessi sul debito dagli utili imponibili a meno che sia in grado di confutare tale presunzione.

3. La domanda in esame, presentata dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi), invita la Corte a chiarire la propria giurisprudenza in materia, tra l'altro, di libertà di stabilimento prevista dall'articolo 49 TFUE e, nello specifico, a chiarire se sia compatibile con tale libertà che le autorità fiscali di uno Stato membro neghino a una società appartenente a un gruppo transfrontaliero il diritto di dedurre dai propri utili imponibili l'interesse che paga su tale debito da prestito. In particolare, alla Corte viene richiesto di chiarire le sue statuizioni nella sentenza

[1] Lingua originale: l'inglese.

Lexel [2], in merito alla possibilità di considerare i prestiti infragruppo, ai fini in questione, come costruzioni puramente artificiose, anche se conclusi in condizioni di piena concorrenza e con gli interessi stabiliti al consueto tasso di mercato.

II. Contesto normativo

4. L'articolo 10a del Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (legge del 1969 sull'imposta societaria; in prosieguo: la «legge sull'imposta societaria»), nella versione in vigore al momento della controversia nel procedimento principale, dispone:

«1. Ai fini della determinazione degli utili (...), non sono deducibili gli interessi – inclusi costi e risultati valutari – relativi a debiti contratti, di diritto o di fatto, direttamente o indirettamente, con un'entità collegata o con una persona fisica collegata, laddove il debito sia connesso direttamente o indirettamente, di diritto o di fatto, a uno dei seguenti negozi giuridici:

(…)

c. l'acquisizione o l'ampliamento da parte di un soggetto passivo, di un'entità collegata al soggetto passivo e soggetta all'imposta societaria o di una persona fisica collegata al soggetto passivo e residente nei Paesi Bassi, di una partecipazione a un'entità che divenga collegata al soggetto passivo successivamente all'acquisizione o all'ampliamento di tale partecipazione

(…)

3. Il paragrafo 1 non si applica qualora il contribuente dimostri che:

a. il prestito e il negozio ad esso collegato siano prevalentemente fondati su considerazioni di ordine economico; o

b. un'imposta sugli utili o sul reddito, ragionevole secondo i criteri vigenti nei Paesi Bassi, sia in definitiva riscossa sugli interessi in capo al soggetto che, di diritto o di fatto, direttamente o indirettamente, è beneficiario degli interessi medesimi (…) Secondo i criteri vigenti nei Paesi Bassi una tassa riscossa sugli utili è ragionevole se consiste nel prelievo di un'aliquota di almeno il 10% sull'utile imponibile stabilito conformemente agli stessi criteri dei Paesi Bassi (…)

4. Ai fini del presente articolo (…), si considera entità collegata al soggetto passivo:

a. l'entità nella quale il soggetto passivo detiene una partecipazione di almeno un terzo;

b. l'entità che detiene una partecipazione nel soggetto passivo di almeno un terzo;

c. l'entità della quale un soggetto terzo detiene una partecipazione di almeno un terzo, qualora tale soggetto terzo detenga anche una partecipazione di almeno un terzo nel soggetto passivo.

(…)».

[2] Sentenza del 20 gennaio 2021, Lexel, (C-484/19, EU:C:2021:34) (in prosieguo: la «sentenza Lexel»).

III. Fatti, procedimento nazionale e questioni pregiudiziali

5. La società X (in prosieguo: «X» o la «ricorrente») è una holding, costituita secondo la normativa dei Paesi Bassi. Essa appartiene a un gruppo multinazionale che comprende, tra le altre, la società A e la società C (in prosieguo, rispettivamente: «A» e «C»).

6. A è la società madre stabilita in Belgio. È azionista unica della ricorrente e azionista di maggioranza di C.

7. C è una banca interna, anch'essa stabilita in Belgio, che offre servizi interni al gruppo, che comprendono la ristrutturazione e la gestione finanziaria. Tra il 1999 e il 2010, C ha goduto dello status di «centro di coordinamento» (a fini fiscali) secondo il diritto belga, il che significa che beneficiava di un regime fiscale preferenziale secondo il quale i suoi utili imponibili erano stabiliti su base forfettaria.

8. Nel 2000, X ha acquistato le azioni della società F (in prosieguo: «F»), stabilita nei Paesi Bassi. Come conseguenza dell'acquisto, F è diventata un'entità collegata alla ricorrente.

9. X ha finanziato tale acquisto mediante prestiti sottoscritti con C. Quest'ultima società ha erogato i prestiti da fondi propri, acquisiti poco prima mediante un conferimento di capitale effettuato da A. I prestiti in questione prevedevano interessi stabiliti al consueto tasso di mercato.

10. A partire dal 1º gennaio 2001, X e F hanno costituito un consolidato fiscale, con X nominata quale società madre. In quanto tale, l'imposta dovuta sia da F che da X è stata prelevata in capo a quest'ultima. X poteva inoltre dedurre gli oneri per interessi da essa pagati a C dagli utili generati da F. In conseguenza di tale deduzione, il consolidato fiscale era soggetto nei Paesi Bassi a un'imposta societaria molto ridotta.

11. Nel 2007, X ha dedotto gli interessi sui prestiti contratti con C nella propria dichiarazione relativa all'imposta societaria. Tuttavia, lo Staatssecretaris van Financiën (Segretario di Stato alle Finanze, Paesi Bassi) ha negato tale deduzione sulla base dell'articolo 10a della legge sull'imposta societaria.

12. La ricorrente ha impugnato tale diniego dinanzi al Rechtbank Gelderland (tribunale del Gelderland, Paesi Bassi) e quindi dinanzi al Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Corte d'appello di Arnhem-Leeuwarden, Paesi Bassi).

13. Con sentenza del 20 ottobre 2020, quest'ultimo ha stabilito che tale limitazione della deducibilità degli interessi era compatibile con il diritto UE. Infatti ha ritenuto che la finalità della normativa in esame (che mira ad evitare l'erosione della base imponibile nei Paesi Bassi con pratiche abusive, in quanto dagli utili vengono dedotti interessi passivi creati artificiosamente) era giustificata e proporzionata.

14. La ricorrente ha proposto ricorso per cassazione avverso tale sentenza dinanzi al Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi).

15. Secondo l'opinione di tale Corte suprema, che richiama la sua giurisprudenza consolidata, i debiti contratti arbitrariamente e senza ragioni commerciali costituiscono costruzioni puramente artificiose, unicamente dirette a creare un onere deducibile, a prescindere dal fatto che il tasso di interesse sia identico a quello che sarebbe stato concordato tra società indipendenti in condizioni di piena concorrenza.

16. Pertanto, nel concordare con le conclusioni del Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Corte d'appello di Arnhem-Leeuwarden), in presenza di tali circostanze il giudice di rinvio sostiene l'opinione che il diniego assoluto della deducibilità degli interessi per i debitori sia opportuno e proporzionato poiché tale misura mira a contrastare l'elusione fiscale perseguendo specificamente i casi nei quali il debito viene generato attraverso una costruzione puramente artificiosa.

17. Tuttavia, alla luce della sentenza della Corte nella causa Lexel, il giudice di rinvio si domanda se tale posizione sia corretta.

18. Infatti, tale sentenza può essere letta nel senso che le operazioni infragruppo, come la sottoscrizione di un debito con un'entità collegata al soggetto passivo, non possono essere considerate costruzioni puramente artificiose se sono eseguite in condizioni di piena concorrenza. Se tale interpretazione fosse corretta, il giudice di rinvio si chiede allora se il diniego assoluto del diritto a deduzione degli interessi sia compatibile con il principio di proporzionalità ai sensi del diritto UE.

19. Da ultimo, il giudice di rinvio chiede di chiarire se la distinzione tra la normativa nazionale in esame nella presente causa, che riguarda sia la ristrutturazione interna che l'acquisizione esterna, e la normativa considerato nella sentenza sulla causa Lexel, che non riguardava acquisizioni esterne, sia in qualche modo rilevante.

20. Alla luce di ciò, lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«(1) Se gli articoli 49, 56 e/o 63 TFUE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale in base alla quale, in sede di calcolo degli utili del soggetto passivo, gli interessi relativi a un debito da prestito nei confronti di un'entità collegata al soggetto passivo, debito contratto per l'acquisizione o l'ampliamento di una partecipazione in un'entità che a seguito di detta acquisizione o ampliamento costituisce un'entità collegata, non sono deducibili giacché il debito in parola deve essere considerato come (parte di) una costruzione puramente artificiosa, a prescindere dalla circostanza se detto debito di per sé sia stato contratto in condizioni di concorrenza.

(2) In caso di risposta negativa alla questione 1, se gli articoli 49, 56 e/o 63 TFUE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale in base alla quale, in sede di calcolo degli utili del soggetto passivo, viene integralmente negata la deducibilità degli interessi relativi a un debito da prestito considerato come (parte di) una costruzione puramente artificiosa nei confronti di un'entità collegata con il soggetto passivo, debito contratto per l'acquisizione o l'ampliamento di una partecipazione in un'entità che diviene un'entità collegata dopo detta acquisizione o ampliamento, anche se detti interessi di per sé non eccedono l'importo che sarebbe stato convenuto tra imprese indipendenti.

(3) Se ai fini della risposta alle questioni 1 e/o 2 rilevi la circostanza che l'acquisizione o l'ampliamento della partecipazione riguardi (a) un'entità già collegata con il soggetto passivo prima dell'acquisizione o dell'ampliamento, oppure (b) un'entità collegata al soggetto passivo solo dopo l'acquisizione o l'ampliamento in parola».

21. Hanno depositato osservazioni scritte la ricorrente, i governi belga, spagnolo e dei Paesi Bassi e la Commissione europea. La ricorrente, i governi spagnolo e dei Paesi Bassi, nonché la Commissione, hanno svolto osservazioni orali all'udienza del 15 novembre 2023.

IV. Analisi

22. Le tre questioni sollevate dal giudice di rinvio nascono dalle norme in materia di imposte societarie nei Paesi Bassi. Tali questioni riguardano principalmente i seguenti temi. Premesso che, secondo tali norme, una società con residenza fiscale nei Paesi Bassi può, in linea di principio, dedurre dagli utili imponibili gli interessi sui debiti sottoscritti e così ridurre la propria base imponibile, la disposizione contestata, segnatamente l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria, limita tale possibilità rispetto ai prestiti infragruppo.

23. Tale disposizione si applica quando un debito da prestito viene sottoscritto dal soggetto passivo con un'entità collegata (vale a dire, un'altra società del gruppo al quale appartiene il soggetto, ad esempio una banca interna) per il finanziamento di un'acquisizione o l'ampliamento di una partecipazione in un'entità che era già collegata al soggetto passivo prima di tale acquisizione o ampliamento (ristrutturazione interna) o in un'entità che solo successivamente diventi collegata al soggetto passivo (acquisizione esterna).

24. In entrambi gli scenari, al soggetto passivo è preclusa la possibilità di dedurre gli interessi sul debito in questione, anche se gli oneri per interessi sono equivalenti a quelli che sarebbero stati concordati con un'entità non collegata, come una banca esterna. Ciò avviene poiché la disposizione in esame stabilisce una presunzione secondo la quale un tale debito, contratto con un'altra società dello stesso gruppo, costituisce (o è parte di)[3] una costruzione puramente artificiosa, il cui unico scopo è di erodere la base imponibile nei Paesi Bassi.

25. Ciò nonostante, ai sensi dell'articolo 10a, paragrafo 3, della legge sull'imposta societaria, il soggetto passivo può invertire tale presunzione e quindi dedurre gli interessi in questione dagli utili imponibili dimostrando alternativamente che (a) il prestito è, di fatto, fondato prevalentemente su considerazioni di ordine economico, oppure che (b) un'imposta sugli utili o sul reddito, ragionevole secondo i criteri olandesi, (segnatamente, pari a circa il 10%) è in definitiva riscossa sugli interessi in capo alla società che ha concesso il prestito.

26. Con le tre questioni che pone, e che è opportuno trattare insieme, il giudice di rinvio chiede, in sostanza, se la normativa nazionale sia compatibile con l'articolo 49 TFUE sulla libertà di stabilimento, l'articolo 56 TFUE sulla libera prestazione dei servizi e/o con l'articolo 63 del TFUE sulla libera circolazione dei capitali.

[3] In effetti, una tale costruzione può essere composta da varie fasi, una delle quali è il prestito (si veda ad esempio il successivo paragrafo 92).

27. Poiché le questioni in esame fanno riferimento a varie libertà fondamentali, è necessario stabilire, anzitutto, quale libertà si applica al caso presente (Sezione A). Successivamente valuterò se il diritto nazionale in questione dia origine a una restrizione della libertà pertinente nel caso di specie (Sezione B), prima di passare a considerare se tale restrizione sia ammissibile (Sezione C).

A. La libertà di stabilimento è la libertà pertinente nel caso di specie

28. È giurisprudenza consolidata che, per stabilire quale sia la libertà fondamentale applicabile in un dato quadro normativo nazionale, occorre prendere in considerazione l'oggetto della normativa di cui trattasi [4].

29. Come affermano la Commissione e i governi che intervengono, mi sembra chiaro che, alla luce del suo oggetto, l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria riguarda la libertà di stabilimento, garantita dall'articolo 49 TFUE.

30. A tale proposito, appare evidente dalla giurisprudenza della Corte che le norme nazionali che riguardano soltanto i rapporti all'interno di un gruppo di società incidono principalmente sulla libertà di stabilimento, di cui all'articolo 49 TFUE. In modo analogo, ricade nella sfera di applicazione della stessa disposizione di diritto UE anche una normativa nazionale destinata ad applicarsi esclusivamente alle partecipazioni che consentono al detentore di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società e di determinare le attività di quest'ultima [5].

31. L'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria si applica, voglio ricordare, quando un debito viene contratto da un soggetto passivo (i) con una «entità collegata» e (ii) per il finanziamento di un'acquisizione o ampliamento di una partecipazione in un'entità che era già «collegata» al soggetto in questione prima dell'acquisizione o ampliamento o in un'entità che diviene «collegata» al soggetto in questione successivamente. Ai sensi dell'articolo 10a, paragrafo 4, della stessa legge si considerano «collegate», ai fini della prima disposizione, le entità che detengono, direttamente o indirettamente, almeno il 33,3% delle azioni dell'altra o le entità terze che detengono il 33,3% delle azioni di entrambe.

32. Pertanto, le disposizioni contestate riguardano soltanto i rapporti all'interno di un gruppo di società, poiché il loro oggetto si limita ai prestiti infragruppo. Inoltre, esse si applicano soltanto agli interessi sul prestito contratto dal soggetto passivo per acquisire una percentuale di partecipazioni sufficientemente alta da consentire al soggetto in questione di esercitare una sicura influenza sull'entità interessata [6]. Infatti, l'ordinanza di rinvio specifica che X in realtà possiede una quota di partecipazione in F notevolmente maggiore rispetto al minimo richiesto da tali disposizioni.

33. Di conseguenza, ritengo appropriato esaminare la normativa nazionale in esame e rispondere alle questioni presentate dal giudice di rinvio esclusivamente alla luce dell'articolo 49 TFUE [7].

[4] V., tra le altre, sentenza del 16 febbraio 2023, Gallaher (C-707/20, EU:C:2023:101, punto 55 e giurisprudenza citata) (in prosieguo: la «sentenza nella causa Gallaher»).

[5] Sentenza nella causa Gallaher, punti 56-58 e giurisprudenza citata.

[6] V., in tal senso, sentenza del 13 ottobre 2022, Finanzamt Bremen (C-431/21, EU:C:2022:792, punti 25 e 26).

[7] Sebbene la normativa nazionale in esame comporti anche effetti restrittivi sulla libera circolazione dei capitali (v. il successivo paragrafo 75), tali effetti costituiscono un aspetto secondario della restrizione alla libertà di stabilimento in esame e non richiedono una valutazione a parte. V. sentenza nella causa Gallaher, punto 61 e giurisprudenza citata.

B. La normativa nazionale in esame comporta una restrizione della libertà di stabilimento

34. Occorre ricordare che libertà di stabilimento, riconosciuta ai cittadini dell'Unione europea dall'articolo 49 TFUE, comprende, ai sensi dell'articolo 54 TFUE, per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale all'interno dell'Unione, il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro mediante una filiale, una succursale o un'agenzia [8].

35. Nel caso in esame, X sostiene che l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria comporta una restrizione della libertà in questione poiché tale disposizione riserva un trattamento meno favorevole alle situazioni transfrontaliere rispetto a quelle puramente interne.

36. In particolare, X afferma che, se il soggetto passivo contrae un debito da prestito con un'entità collegata (ad esempio, la banca interna del gruppo di cui fa parte) e stabilita nei Paesi Bassi, può dedurre sistematicamente dagli utili imponibili gli interessi sul prestito in questione, poiché la condizione prevista dall'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), della stessa legge risulta sempre rispettata. Rispetto a tali interessi, l'entità collegata è ovviamente soggetta a un'imposta sugli utili o sul reddito «ragionevole secondo i criteri vigenti nei Paesi Bassi», dato che si applica l'aliquota fiscale dei Paesi Bassi pari al 10%. Per contro, qualora il soggetto passivo contragga un debito da prestito con un'entità collegata e stabilita in un altro Stato membro, è più difficile che riesca a dedurre gli interessi sul debito in questione, poiché la condizione in esame non risulterebbe sempre soddisfatta (dato che altri Stati membri potrebbero applicare all'entità un'imposta sugli utili o sul reddito con aliquota inferiore, come ha fatto il Belgio nei confronti di C all'epoca dei fatti). Se così non è, il soggetto passivo potrebbe ottenere il vantaggio considerato solo rispettando la condizione contenuta nell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera a), vale a dire dimostrando che il prestito e il negozio giuridico ad esso collegato sono fondati prevalentemente su considerazioni di ordine economico. Il giudice del rinvio e la Commissione concordano con questa valutazione.

37. Al contrario, il governo dei Paesi Bassi sostiene che non si è in presenza di una restrizione alla libertà di stabilimento. Nel procedimento principale, solo A (la società madre), con sede in Belgio, ha esercitato tale libertà, in particolare attraverso la creazione della sua società figlia X nei Paesi Bassi. La libertà di stabilimento è volta pertanto a garantire a tale società madre il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro in cui crea una società figlia, vietando ogni discriminazione fondata sul luogo in cui ha sede. Nel caso di specie, l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria non comporta tale discriminazione. In effetti, in relazione alla possibilità, per una società con sede nei Paesi Bassi, di dedurre gli interessi sui prestiti infragruppo, la disposizione in esame si applica allo stesso modo, a prescindere dal fatto che la società madre di quest'ultima abbia sede nei Paesi Bassi oppure in un altro Stato membro [9].

38. In subordine, il governo dei Paesi Bassi sostiene che, anche se la sede dell'entità che concede il prestito (la banca interna del gruppo) avesse rilevanza nel valutare la sussistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento, non vi sarebbe comunque alcuna disparità di trattamento che implichi una tale restrizione. Infatti l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria si applica senza distinzione ai debiti contratti tra entità collegate e stabilite nei Paesi Bassi e ai debiti contratti tra entità collegate e stabilite in Stati membri diversi, e la condizione contenuta

[8] V., tra le altre, sentenza dell'8 ottobre 2020, Impresa Pizzarotti (Beneficio straordinario concesso ad una società non residente) (C-558/19, EU:C:2020:806, punto 21).

[9] Il governo dei Paesi Bassi fa riferimento, per analogia, alla sentenza nella causa Gallaher, punti da 69 a 74.

nell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), può, in effetti, risultare soddisfatta anche se la sede della banca interna si trova in un altro Stato membro. Il governo spagnolo condivide, in sostanza, questa opinione.

39. Concordo con X e con la Commissione.

40. È vero, come afferma il governo dei Paesi Bassi, che il fulcro dell'analisi, nel caso in esame, dovrebbe essere se l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria limiti l'esercizio della libertà di stabilimento di A, poiché si tratta effettivamente della sola società che ha esercitato tale libertà, tra l'altro, attraverso la creazione di una società figlia (X) in uno Stato membro (i Paesi Bassi) diverso da quello nel quale si trova la sua sede (il Belgio). Ammetto altresì che la disposizione in esame non comporta una discriminazione basata sul luogo nel quale la società ha la propria sede. Ai sensi di tale disposizione X, società figlia di A, avrebbe ricevuto lo stesso trattamento se A fosse stata stabilita nei Paesi Bassi invece che nel Regno del Belgio.

41. Ciò nonostante, la nozione di restrizione della libertà di stabilimento non si limita a tale discriminazione. Sebbene le disposizioni del TFUE relative alla libertà di stabilimento mirino ad assicurare che i cittadini e le società stranieri siano trattati nello Stato membro ospitante allo stesso modo dei cittadini e delle società di tale Stato, la Corte ha ripetutamente dichiarato che la nozione di libertà di stabilimento è molto ampia. Infatti, devono considerarsi restrizioni a tale libertà tutte le misure che vietino, ostacolino o rendano meno interessante l'esercizio della libertà stessa [10].

42. Nella presente causa, osservo innanzitutto che, se le disposizioni del diritto dei Paesi Bassi contestate prevedono un trattamento diverso, sotto il profilo della deducibilità degli interessi su un prestito infragruppo, per la società figlia residente (quale è X) di una società madre domiciliata in un altro Stato membro (quale è A) a seconda che la sede della banca interna del gruppo che ha concesso il prestito (in questo caso, C) sia nei Paesi Bassi o in un altro Stato membro, allora tale disparità di trattamento è idonea a rendere meno interessante l'esercizio della libertà di stabilimento da parte della società madre.

43. Tale disparità potrebbe dissuadere detta società madre dallo strutturare il proprio gruppo nel modo voluto, stabilendo la sede della banca interna di quest'ultimo in uno Stato membro diverso dai Paesi Bassi. Di fatto, ciò sfavorisce i gruppi di società transfrontalieri, la cui esistenza poggia sulla libertà di stabilimento, rispetto ai gruppi «puramente interni» ai Paesi Bassi. Infatti i primi, a differenza dei secondi, si strutturano spesso in modo tale che la loro banca interna abbia sede in un altro Stato membro.

44. Il ragionamento è lo stesso se si capovolge la prospettiva e si ragiona, invece, alla luce dell'ipotetico scenario, evocato dal governo dei Paesi Bassi, nel quale A abbia sede nei Paesi Bassi. Anche in tale scenario, tale disparità di trattamento sarebbe idonea a scoraggiare l'esercizio, da parte della società, della sua libertà di stabilimento mediante la costituzione di una banca interna in un altro Stato membro [11]. In effetti, se la società in questione procedesse in tal modo, potrebbe subire uno svantaggio rispetto a una società analoga che non esercita tale libertà e crea, invece, una banca interna nei Paesi Bassi.

[10] Sentenza del 21 dicembre 2023, Cofidis (C-340/22, EU:C:2023:1019, punto 40 e giurisprudenza citata).

[11] V., per analogia, sentenza del 22 febbraio 2018, X e X (C-398/16 e C-399/16, EU:C:2018:110, punto 32) (in prosieguo: la «sentenza nella causa X e X»).

45. La sentenza della Corte nella causa Lexel [12] conferma, a mio modo di vedere, tale interpretazione. Devo rammentare che tale causa riguardava l'impossibilità, secondo il diritto svedese, per una società svedese appartenente a un gruppo internazionale, di dedurre gli interessi su un debito da prestito contratto con la banca interna del gruppo, un'altra società con sede in Francia. La società madre del gruppo aveva anch'essa la propria sede in Francia. In tal caso, la disparità di trattamento risiedeva nel fatto che, se la banca interna fosse stata in Svezia, tale deduzione sarebbe stata possibile. La Corte ha correttamente espresso il punto di vista secondo il quale tale disparità costituiva una restrizione alla libertà di stabilimento [13].

46. In secondo luogo devo osservare che le disposizioni del diritto dei Paesi Bassi contestate sembrerebbero, in effetti, costituire tale disparità di trattamento in base alla sede della banca interna dei gruppi di società.

47. È pur vero che, come sostiene il governo dei Paesi Bassi, le disposizioni rilevanti del diritto dei Paesi Bassi non operano alcuna distinzione diretta a seconda che la sede della banca interna che ha concesso al soggetto passivo il prestito infragruppo in questione sia nei Paesi Bassi oppure in un altro Stato membro [14]. In particolare, il criterio previsto dall'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), della legge sull'imposta societaria non è se la banca in questione sia soggetta, in relazione agli interessi considerati, ad un'imposta sugli utili o sul reddito «nei Paesi Bassi». Si tratta di una notevole differenza con il caso che ha portato alla sentenza Lexel, nella quale una condizione analoga richiedeva, per la deducibilità degli interessi, che la banca interna fosse soggetta a imposizione fiscale in Svezia [15].

48. Tuttavia, come sostiene X, il criterio utilizzato nell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), della legge sull'imposta societaria, in particolare il fatto che la banca interna sia soggetta, sugli interessi considerati, a «un'imposta sugli utili o sul reddito, ragionevole secondo i criteri vigenti nei Paesi Bassi» (vale a dire, almeno il 10%), benché apparentemente oggettivo, può di fatto svantaggiare le situazioni transfrontaliere [16].

49. È vero che gli argomenti sostenuti in senso contrario dal governo dei Paesi Bassi hanno il loro peso. Tale governo sostiene, tracciando un'analogia con la sentenza della Corte nella causa Köln-Aktienfonds Deka [17], che il criterio in questione non è specifico del mercato dei Paesi Bassi, sicché possa essere rispettato solo qualora i soggetti passivi ottengano prestiti infragruppo da banche interne con sede nei Paesi Bassi. All'epoca dei fatti, tutti gli Stati membri applicavano un'aliquota di imposta sulle società pari al 10% o superiore. Quindi, tale condizione sarebbe in generale rispettata anche qualora il prestito fosse concesso da banche interne con sede in altri Stati membri, salva la situazione eccezionale nella quale la banca in questione benefici (come C) di un regime fiscale preferenziale nello Stato in cui è stabilita. Lo stesso governo sostiene altresì che nei Paesi Bassi vi sono circostanze nelle quali l'aliquota relativa agli oneri per interessi sui prestiti è inferiore al 10%. Di conseguenza, esistono casi nei quali le condizioni previste dall'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), della legge sull'imposta societaria non sono soddisfatte nonostante la

[12] Punti 35-41.

[13] V. anche, per analogia, sentenza del 13 marzo 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punto 95) (in prosieguo: la «sentenza nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation»).

[14] V., per analogia, sentenza nella causa X e X, punto 35.

[15] V. sentenza nella causa Lexel, punti 12 e 38.

[16] V., per analogia, sentenza del 9 settembre 2021, Real Vida Seguros (C-449/20, EU:C:2021:721, punti 20 e 21).

[17] Sentenza del 30 gennaio 2020 (C-156/17, EU:C:2020:51, punto 56).

banca interna abbia la propria sede in tale Stato membro. Quindi, una società madre, come A, non sarebbe dissuasa dallo stabilire la banca in uno Stato membro diverso dai Paesi Bassi, né sarebbe svantaggiata qualora operasse in tal senso.

50. Ciò nonostante, secondo me, per svantaggiare di fatto le situazioni transfrontaliere le normative nazionali non devono necessariamente utilizzare criteri che siano specifici di un mercato nazionale, né ciò dev'essere a *esclusivo* vantaggio delle società nazionali. La questione fondamentale, a tale proposito, è se i criteri utilizzati siano idonei a incidere sulle situazioni transfrontaliere *più* che su quelle puramente interne. Per stabilire se sia quanto avviene nel caso in questione, occorre confrontare la (potenziale) proporzione dei gruppi di società con banche interne aventi sede nei Paesi Bassi che potrebbero non rispettare la condizione prevista dall'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), della legge sull'imposta societaria con la (potenziale) proporzione dei gruppi di società con banche interne in altri Stati membri che risulterebbero svantaggiate dalla condizione in esame [18].

51. Nonostante la verifica di ciò spetti al giudice di rinvio, sembra che, in proporzione, sulla seconda categoria di gruppi di società la condizione in esame incida di più che sulla prima.

52. Da un lato, il governo dei Paesi Bassi ha ammesso, all'udienza, che la condizione prevista dall'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), della legge sull'imposta societaria risulta rispettata praticamente *sempre* quando la sede della banca interna si trova nei Paesi Bassi. Infatti, nei Paesi Bassi l'aliquota relativa agli oneri per interessi su un prestito è inferiore al 10% solo nello scenario aneddotico nel quale il prestito venga concesso da una fondazione o da un'associazione che non svolge un'attività commerciale. All'udienza, X ha sostenuto, e il governo dei Paesi Bassi ha confermato, che tale eccezione non si applica mai a banche commerciali interne come C e che il diritto dei Paesi Bassi non contempla altre eccezioni. Quindi, la proporzione dei gruppi di società con banche interne aventi sede nei Paesi Bassi che non potrebbero soddisfare detta condizione è trascurabile.

53. D'altro canto, il governo dei Paesi Bassi ammette che la condizione prevista dall'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), della legge sull'imposta societaria non sarebbe rispettata qualora la banca interna avesse la propria sede in uno Stato membro che applica ad essa un regime fiscale preferenziale. Si può ragionevolmente presumere che nei 27 Stati membri dell'Unione europea esistano varie versioni di tali regimi. Inoltre, la Commissione osserva, non senza merito, che, mentre tutti gli Stati membri prevedono per l'imposta societaria una generica, o teorica, aliquota del 10%, l'aliquota effettiva è spesso inferiore. Tutto considerato, una proporzione sufficientemente significativa di gruppi di società con banche interne in uno Stato membro diverso dai Paesi Bassi rischia di essere svantaggiata.

54. Infine, non mi convince l'argomento del governo del Regno di Spagna secondo il quale la disparità di trattamento in esame è mitigata dalla condizione alternativa, prevista dall'articolo 10a, paragrafo 3, lettera a), della legge sull'imposta societaria, che consente a un soggetto passivo di dedurre gli interessi su un prestito infragruppo se può comprovare le considerazioni di carattere economico sottostanti al prestito in questione e al negozio giuridico ad esso collegato. Infatti, al fine della deducibilità degli interessi, tale disposizione rappresenta per il soggetto un onere che non dovrebbe mai sostenere (in teoria) se la banca interna che ha

[18] V., per analogia, le conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe in Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2018:627, paragrafo 24).

concesso il prestito avesse la propria sede nei Paesi Bassi (dal momento che in tal caso, come sopra dimostrato, la condizione prevista dall'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), in tal caso sarebbe virtualmente sempre rispettata). Ciò conferma la disparità di trattamento in questione.

C. Tale restrizione è consentita dall'articolo 49 TFUE

55. Ciò detto, condivido l'opinione dei governi intervenuti e della Commissione che la restrizione della libertà di stabilimento implicita nell'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria è consentita dall'articolo 49 TFUE. Infatti, come sarà spiegato nelle sottosezioni successive, la restrizione in esame è giustificata da una ragione imperativa di interesse generale (sottosezione 1). Inoltre, tale restrizione è idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo legittimo da essa perseguito (sottosezione 2) e non eccede quanto è necessario per raggiungerlo (sottosezione 3).

1. La restrizione è giustificata

56. I governi intervenuti e la Commissione sostengono che la restrizione della libertà di circolazione implicita nell'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria è giustificata da motivi di contrasto dell'evasione fiscale. Tale disposizione mira, precisamente, a ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte nei Paesi Bassi. Il giudice del rinvio condivide questa valutazione.

57. È giurisprudenza consolidata che tale obiettivo costituisce una ragione imperativa di interesse generale nel settore fiscale [19]. Secondo la mia opinione, non vi è dubbio che l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria persegue realmente l'obiettivo in questione e, quindi, può essere giustificato dalla ragione imperativa addotta.

58. La Corte si è già espressa in tal senso con la sua sentenza nella causa X e X in riferimento a una disposizione della stessa legge (ma in una versione precedente) che era, in sostanza, identica all'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c). La sola differenza tra le due norme è che la versione precedente riguardava soltanto la ristrutturazione interna, mentre l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), si applica anche alle acquisizioni esterne [20]. Tuttavia, l'obiettivo perseguito da entrambe le disposizioni è lo stesso. Come ha rilevato la Corte in quella sentenza, «si tratta di impedire che fondi propri di un gruppo siano presentati, fittiziamente, come fondi presi a mutuo da un'entità olandese del gruppo medesimo e che gli interessi inerenti a tale prestito possano essere dedotti dal risultato imponibile nei Paesi Bassi» [21], mentre tali interessi non risultano altrimenti (ragionevolmente) soggetti a imposizione fiscale. La finalità del divieto di deduzione degli interessi inerenti a prestiti infragruppo è espressamente confermata dalla norma secondo la quale gli interessi su prestiti sono deducibili, ai sensi dell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera a), se il prestito e il negozio giuridico ad esso collegato sono economicamente giustificati.

[19] V., tra le altre, sentenza del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punti 51 e 55).

[20] V., per tali concetti, il precedente paragrafo 22.

[21] Sentenza nella causa X e X, punto 48.

2. La restrizione è idonea

59. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, la prescrizione secondo la quale qualsiasi restrizione alla libertà di stabilimento deve essere «idonea» comprende due criteri cumulativi: la misura in questione deve, innanzitutto, essere adatta a contribuire al perseguimento dell'obiettivo e, secondariamente, «[rispondere] realmente all'intento di raggiungerlo [ed essere] attuata in modo coerente e sistematico» [22].

60. Che il caso di specie soddisfi il primo criterio è pacifico. Prescrivendo che un soggetto passivo non possa dedurre, dai suoi utili imponibili, gli interessi su un prestito infragruppo che costituisce (o è parte di) una costruzione puramente artificiosa per erodere la base imponibile dei Paesi Bassi, l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria è in grado di contrastare tali costruzioni. Evidentemente, tale normativa contribuisce al raggiungimento dell'obiettivo perseguito [23].

61. Se il caso di specie soddisfi anche il secondo criterio, per contro, è contestato da X. La ricorrente sostiene che l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria non contrasta i prestiti infragruppo artificiosi in modo coerente e sistematico. Infatti, se gli interessi su tale prestito sono soggetti a imposizione fiscale ad un'aliquota ragionevole nello Stato membro dove ha sede la società che lo concede, la società con sede nei Paesi Bassi che riceve il prestito può dedurre tali interessi (ai sensi dell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), della stessa legge), anche qualora il prestito e/o il negozio giuridico ad esso collegato non abbiano alcuna giustificazione economica.

62. A mio avviso, il fatto che le disposizioni contestate consentano la deducibilità degli interessi su un prestito infragruppo nello scenario menzionato da X è, in realtà, coerente con l'obiettivo perseguito. È vero che, in tale scenario, consentire la deducibilità può comportare un trasferimento di utili imponibili dai Paesi Bassi allo Stato membro dove è stabilita la società che concede il prestito. Ciò nonostante, se in quest'ultimo Stato gli interessi in questione sono soggetti a imposizione fiscale secondo un'aliquota ragionevole, l'imposizione fiscale non viene elusa del tutto. Quindi, nello scenario in questione il contrasto all'elusione fiscale non potrebbe giustificare il diniego della deducibilità [24].

3. La restrizione è necessaria

63. A mio parere, la restrizione implicita nelle disposizioni della normativa dei Paesi Bassi qui contestate non eccede quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo legittimo che le disposizioni perseguono poiché la loro applicazione è limitata alle costruzioni puramente artificiose (a) e le conseguenze che derivano da un'operazione qualificata come tale non sono eccessive (b).

22 V., tra le altre, sentenza del 7 settembre 2022, Cilevičs e a. (C-391/20, EU:C:2022:638, punti 74 e 75 e giurisprudenza citata).

23 V., per analogia, sentenza nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punto 77.

24 V., per analogia, sentenza del 12 dicembre 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, punto 37).

a) L'applicazione delle norme contestate si limita alle costruzioni puramente artificiose

64. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, affinché le disposizioni nazionali siano considerate necessarie alla luce dell'obiettivo del contrasto alle costruzioni puramente artificiose, concepite per eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati dalle attività condotte sul territorio nazionale, l'applicazione delle disposizioni in esame deve limitarsi a tali costruzioni, tralasciando le transazioni legittime [25].

65. Con la sua sentenza nella causa X e X la Corte ha lasciato aperta la questione se le norme dei Paesi Bassi rispettino il requisito in esame. Ciò nonostante, la Commissione e i governi intervenuti affermano che esso è soddisfatto. Infatti, l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria riguarda soltanto operazioni prive di effettività economica, nelle quali i prestiti infragruppo sono sottoscritti con un'entità imponibile nei Paesi Bassi al solo (o principale) scopo di creare un debito deducibile dagli utili imponibili della stessa entità, così erodendo la base imponibile dei Paesi Bassi. Per contro, laddove il prestito e la relativa operazione siano basati principalmente su valide ragioni commerciali, ai sensi dell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera a), della legge in esame tale disposizione non si applica.

66. X dissente. A suo parere, la sentenza nella causa Lexel contiene la conclusione opposta. In quella causa, la Corte ha esaminato la compatibilità delle norme svedesi sull'imposta societaria, in particolare le disposizioni sulla deducibilità degli interessi passivi, con l'articolo 49 TFUE. Proprio come le norme dei Paesi Bassi, tali disposizioni stabilivano in sostanza che, in via eccezionale, la deduzione non era consentita qualora l'entità imponibile avesse sottoscritto il prestito in questione con un'entità collegata, a meno che fosse dimostrato che il prestito era giustificato principalmente da ragioni commerciali e, quindi, non fosse stato sottoscritto solo per creare un debito deducibile. Anche in quel caso, il governo svedese sosteneva che le disposizioni in esame miravano a contrastare le costruzioni puramente artificiose concepite per eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati dalle attività svolte sul territorio nazionale. La Corte ha ritenuto che le disposizioni svedesi non potevano essere giustificate su tali basi poiché, secondo la sua opinione, la loro applicazione non si limitava a tali costruzioni. A tale riguardo, la Corte ha dichiarato quanto segue:

«53 Infatti, come sostanzialmente riconosciuto dall'amministrazione finanziaria [svedese] all'udienza, [l'eccezione al diritto a deduzione] riguarda passività risultanti da negozi di diritto civile senza tuttavia riguardare unicamente costruzioni artificiose. Pertanto, secondo la valutazione degli obiettivi dell'operazione de qua effettuata dall'amministrazione finanziaria, possono ricadere sotto la clausola derogatoria anche le operazioni compiute in condizioni di libera concorrenza, vale a dire in condizioni analoghe a quelle che si applicherebbero tra società indipendenti.

54 In altri termini, l'aspetto fittizio dell'operazione in esame non costituisce una condizione determinante ai fini del diniego del diritto a deduzione, essendo l'intento della società interessata di assumere una passività principalmente per ragioni fiscali sufficiente a giustificare il diniego di tale diritto. (…)

(…)

[25] V. la sentenza nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punto 79.

56 È giocoforza constatare che la clausola derogatoria [al diritto a deduzione] può includere nel proprio ambito di applicazione operazioni concluse in condizioni di piena concorrenza e che, di conseguenza, non costituiscono costruzioni meramente artificiose o fittizie elaborate allo scopo di eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività esercitate sul territorio nazionale».

67. Secondo X, ne consegue che le autorità fiscali nazionali non possono considerare un prestito infragruppo (o la serie di operazioni di cui fa parte) come costruzione puramente artificiosa e negare, su tali basi, la deducibilità degli interessi, semplicemente perché il prestito in questione era stato contratto per ragioni fiscali. Tale modo di agire del gruppo sarebbe perfettamente lecito. Il prestito in questione sarebbe artificioso soltanto se, e nella misura in cui, gli interessi pagati dalla società che lo riceve alla società che lo concede fossero superiori a quanto tali società avrebbero concordato in condizioni di piena concorrenza, vale a dire se il tasso di interesse applicabile fosse superiore a quello di mercato che le società avrebbero concordato se non avessero fatto parte dello stesso gruppo. Per contro, se tale prestito avviene in condizioni di piena concorrenza, allora, a prescindere dal suo scopo, non può essere considerato artificioso. Questo è il caso dei prestiti sottoscritti tra X e F [26].

68. Sempre secondo la ricorrente, poiché l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), e paragrafo 3, della legge sull'imposta societaria erroneamente si concentra sullo scopo per il quale è stato sottoscritto il prestito infragruppo (se si tratti di elusione fiscale o di ragioni commerciali) invece che sui termini applicabili al prestito in questione, la deducibilità degli interessi può essere negata non solo con riferimento a prestiti a tasso di interesse eccessivo (che sono artificiosi, come sopra spiegato), ma anche con riferimento a prestiti ai quali si applica il tasso di interesse consueto (e che, per tale motivo, non possono essere considerati tali). Quindi, proprio come nella causa che ha portato alla sentenza Lexel, la sfera di applicazione delle disposizioni in esame non si limita alle costruzioni puramente artificiose, ma comprende anche le operazioni legittime.

69. Questa discussione è al centro della prima questione posta dal giudice di rinvio. Chiaramente, non si può stabilire se l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c) della legge sull'imposta societaria si applichi soltanto alle «costruzioni puramente artificiose» se è in discussione il significato stesso di tale concetto. È altrettanto chiaro che a tale riguardo la Commissione e i governi intervenuti, da un lato, e X, dall'altro, propongono approcci molto diversi. Il primo approccio consiste nel concentrarsi sullo *scopo* per il quale è stato contratto il prestito. Il secondo si concentra solo sui *termini* che si applicano a tale prestito. Il primo approccio assegna alle autorità fiscali dei Paesi Bassi un margine di manovra notevolmente più ampio rispetto al secondo, che, per contro, offre maggiori certezze ai contribuenti [27]. In base al primo approccio, le autorità fiscali nazionali possono qualificare un prestito infragruppo come «costruzione puramente artificiosa» (o come parte di una tale «costruzione») e negare, su tali basi, la deducibilità degli interessi, se sia stato sottoscritto allo scopo principale di ottenere un vantaggio fiscale, a prescindere dai termini applicabili ad esso. In base al secondo approccio, un prestito infragruppo è «immune» da tali conseguenze nella misura in cui i suoi termini, compreso il tasso di interesse, sono, per così dire, «normali», anche se esso sia stato sottoscritto a fini fiscali.

70. In questa fase, voglio sottolineare che, se da un lato la Commissione e i governi intervenuti hanno impiegato una parte significativa delle rispettive argomentazioni a spiegare che il «loro» approccio non è in contrasto con la sentenza nella causa Lexel poiché (i) la presente causa deve essere distinta dal caso che ha portato a quella sentenza e/o (ii) quella sentenza non può essere

[26] Secondo l'opinione di X, ciò si evince dal fatto che una banca commerciale non collegata ha offerto un prestito alle stesse condizioni.

[27] V., a tale proposito, i paragrafi 80 e 87 successivi.

letta nel modo suggerito da X, dall'altro tali spiegazioni non mi convincono. Dal precedente paragrafo 66 risulta che, sotto tutti gli aspetti rilevanti [28], le disposizioni del diritto dei Paesi Bassi contestate presentano una notevole somiglianza con le norme di cui alla causa Lexel. In particolare, tali norme hanno il medesimo bersaglio: prestiti infragruppo contratti al solo (o principale) scopo di ottenere un vantaggio fiscale. La questione generale, quindi, è la stessa: se, e in quale misura, tale prestito possa essere considerato una «costruzione puramente artificiosa» (o una parte di tale «costruzione») e trattato come tale dalle autorità fiscali. Inoltre, la sentenza nella causa Lexel non è né vaga né ambigua e, quindi, aperta a letture diverse sulla questione. Secondo la mia opinione, può essere letta soltanto nel modo in cui la interpreta X [29]. La Corte ha considerato, infatti, che lo scopo per il quale è stato contratto il prestito non è determinante, e ha invece distinto tra prestiti sottoscritti in condizioni di piena concorrenza (che considera genuini) e quelli non sottoscritti su tali basi (che considera artificiosi). Pertanto, la sola questione che rimane è se la Corte debba, nella presente causa, confermare la sentenza Lexel o discostarsi da essa.

71. A mio parere, l'approccio suggerito dalla Commissione e dai governi intervenuti è quello corretto. Di conseguenza, sollecito la Corte a rivedere il suo approccio nella causa Lexel su tale aspetto.

72. La libertà di stabilimento, come garantita dall'articolo 49 TFUE, offre ampie opportunità di «ottimizzazione» fiscale. La Corte ha ripetutamente concluso che i gruppi di società europei possono legittimamente utilizzare tale libertà per stabilire società figlie in Stati membri allo scopo di trarre vantaggio da un regime fiscale favorevole [30]. Quindi, come sostiene X, A poteva legittimamente scegliere di stabilire la banca interna al suo gruppo, C, in Belgio per tale preciso scopo. In modo analogo, C può ben concedere prestiti ad altre società del gruppo stabilite in altri Stati membri, come X nei Paesi Bassi. I prestiti transfrontalieri infragruppo non sono, *per se*, censurabili [31]. Certamente, un simile prestito può comportare una riduzione della base imponibile dell'imposta societaria applicabile alla società che lo riceve nello Stato membro dove è stabilita. Infatti, attraverso la deduzione degli interessi sul prestito dagli utili imponibili, la società in questione riduce la propria base imponibile rispetto a quello Stato membro. In effetti, alcuni degli utili realizzati dalla società che riceve il prestito vengono trasferiti, in forma di oneri per interessi, dallo Stato membro in cui quella società è stabilita allo Stato membro in cui ha sede la società che ha concesso il prestito. Tuttavia, ciò è qualcosa che gli Stati membri, in linea di principio, devono accettare in un mercato unico integrato come è il mercato interno dell'Unione europea.

73. Ciò nonostante, a questo proposito la Corte ha riconosciuto un chiaro limite. Un principio giuridico generale sancisce che non è consentito avvalersi abusivamente del diritto UE, compresa la libertà di stabilimento. La nozione di «costruzioni puramente artificiose» deve essere letta in

[28] In primo luogo, la Commissione e i governi intervenuti sottolineano che la normativa svedese era distintamente applicabile a situazioni puramente interne e transfrontaliere, mentre le norme dei Paesi Bassi non lo sono (v. la sezione B delle presenti conclusioni). Tuttavia, tale differenza è irrilevante ai fini dell'interpretazione della nozione di «costruzione puramente artificiosa». In secondo luogo, la Commissione suggerisce che, nel caso che ha portato a quella sentenza, sia la ristrutturazione interna per la quale i prestiti in questione erano stati sottoscritti che gli stessi prestiti avevano valide ragioni commerciali e che soltanto i termini applicabili ad essi erano artificiosi. Non sono sicuro che così fosse effettivamente e, ad ogni modo, nella sentenza Lexel la Corte ha formulato il suo ragionamento in generale, senza collegamento ai fatti particolari della causa.

[29] V., per la stessa interpretazione, van der Weijden, M., «ECJ Lexel AB Decision Casts a Shadow Over Dutch Interest Limitation Provision», *European Tax Blog*, 21 giugno 2021; e Garcia Prats, G., e a., «Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the ECJ Decision of 20 January 2021 in Lexel AB (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules (30 June 2021)», *European Taxation*, vol. 61, n. 6, 2021.

[30] V., tra le altre, la sentenza del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punti 34-38).

[31] V. sentenza nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punto 73.

tale luce. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, costituisce prassi abusiva il fatto che gli operatori economici stabiliti in Stati membri diversi conducano «operazioni (...) artificiose, prive di qualsivoglia giustificazione economica o commerciale» (o, detto diversamente, «prive di effettività economica»), quindi rispettando le condizioni per beneficiare di un vantaggio fiscale solo formalmente, «essenzialmente al fine di beneficiare di [tale] vantaggio». [32]

74. Inoltre, nella sua sentenza nella causa *X (Società intermedie stabilite in paesi terzi)* [33], la Corte ha specificato, in riferimento alla libera circolazione di capitali garantita dall'articolo 63 TFUE, che «per quanto attiene a movimenti transfrontalieri di capitali, la creazione artificiosa delle condizioni richieste per sottrarsi indebitamente all'imposizione in uno Stato membro o per fruire ivi indebitamente di un vantaggio fiscale può assumere varie forme». In quel contesto, la Corte ha concluso che la nozione di «costruzione puramente artificiosa» può comprendere «qualsiasi operazione il cui obiettivo principale o di cui uno degli obiettivi principali consista nel trasferimento artificioso degli utili generati da attività svolte sul territorio di uno Stato membro verso [un altro paese] a basso livello di imposizione».

75. Tale interpretazione è ugualmente valida, secondo la mia opinione, se riferita alle operazioni infragruppo rientranti nella libertà di stabilimento. Infatti, tale interpretazione è perfettamente in linea con la spiegazione fornita al precedente paragrafo 73. Inoltre, con riferimento alla normativa nazionale che contrasta le operazioni infragruppo, come le contestate norme dei Paesi Bassi, la libera circolazione di capitali e la libertà di stabilimento sono inscindibilmente collegate. È poiché i capitali non possono circolare liberamente tra società dello stesso gruppo che la libertà di stabilimento subisce restrizioni. Quindi, tali norme potrebbero, in teoria, essere riesaminate alla luce di entrambe le libertà fondamentali. Di conseguenza, non vi è motivo per applicare criteri diversi a seconda della libertà applicabile.

76. In sintesi, come sostengono la Commissione e i governi intervenuti, per stabilire se un prestito infragruppo costituisce (o faccia parte di) una «costruzione puramente artificiosa», l'*obiettivo* perseguito dagli operatori economici in questione è decisivo. Un prestito infragruppo costituisce una tale «costruzione puramente artificiosa», laddove tale operazione sia stata compiuta al solo (o principale) *scopo* di beneficiare di un vantaggio fiscale (come la deduzione degli interessi su tale prestito dagli utili imponibili), come dimostrato dal fatto che sia per altro verso priva di qualsivoglia giustificazione economica e/o commerciale (o, detto diversamente, «priva di effettività economica»). Appurare se così avvenga nel caso di specie richiede una valutazione complessiva dei fatti e delle circostanze del caso rilevanti [34].

77. Come osserva il governo dei Paesi Bassi, e ha inteso suggerire la Corte con la sentenza nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation [35], a tale proposito si possono distinguere due scenari.

78. Da un lato, un prestito infragruppo concluso per ragioni economiche e/o commerciali valide può contenere specifici termini «privi di effettività economica». In un'operazione per altro verso legittima potrebbe essere concordato un tasso di interesse eccessivamente elevato (artificiosamente, dal momento che, in definitiva, il gruppo sta pagando tali interessi a se stesso),

[32] V., tra le altre, sentenza del 26 febbraio 2019, N Luxembourg 1 e a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, punti 96, 124 e 125 e giurisprudenza citata). V. inoltre, per analogia, sentenza del 21 dicembre 2023, BMW Bank e a. (C-38/21, C-47/21 and C-232/21, EU:C:2023:1014, punti 282 e 283).

[33] Sentenza del 26 febbraio 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, punto 84).

[34] V., su quest'ultimo aspetto, la sentenza del 26 febbraio 2019, N Luxembourg 1 e a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, punto 125 e giurisprudenza citata).

[35] Punto 81.

al fine di beneficiare di una deduzione fiscale conseguentemente elevata nello Stato membro in cui è stabilita la società che riceve il prestito. Il principio di piena concorrenza (ovvero, se in circostanze analoghe società non collegate avrebbero concordato gli stessi termini) funge da parametro oggettivo per stabilire se così avvenga nel caso in questione [36].

79. D'altro canto, società collegate possono anche contrarre un prestito che sia nel complesso privo di qualsivoglia giustificazione economica e/o commerciale, al solo (o principale) scopo di generare pagamenti di interessi nella sede della società che lo riceve. Contrariamente a quanto ha stabilito la Corte nel punto 54 della sentenza Lexel, e come indicato nel precedente paragrafo 76, un tale scopo, dimostrato da tale assenza di giustificazione, rappresenta una considerazione decisiva. Per tale motivo preciso, il prestito in esame deve essere considerato «puramente artificioso». La questione se i termini applicabili al prestito in esame corrispondano a quelli che in circostanze analoghe sarebbero stati concordati da società non collegate è, per contro, irrilevante. Come suggerisce il governo dei Paesi Bassi, non si può ritenere che tale prestito «rispecchi la realtà economica» semplicemente perché il tasso di interessi applicabile è stabilito al valore di mercato. Infatti, tale prestito è «privo di effettività economica», poiché, non fosse per i rapporti in essere tra le società e per il vantaggio fiscale ricercato, il prestito non sarebbe mai stato sottoscritto [37]. Tale tipo di debiti creati artificiosamente sono appunto il bersaglio dell'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria.

80. Come osservano la Commissione e i governi intervenuti, se le operazioni infragruppo prive di giustificazione economica e/o commerciale non potessero mai essere considerate «costruzioni puramente artificiose» quando sono concluse in condizioni di piena concorrenza, ciò ostacolerebbe seriamente la possibilità per le autorità fiscali nazionali di combattere l'evasione fiscale. Il principio di libera concorrenza si trasformerebbe, di fatto, in un indesiderabile «porto sicuro» per gruppi multinazionali. I loro astuti consulenti fiscali sarebbero liberi di dare vita a qualsiasi tipo di intricata costruzione, concepita al solo scopo di erodere la base imponibile della società in uno Stato membro e di trasferire i suoi utili in un altro Stato che prevede un'aliquota di imposta societaria inferiore. Fintanto che questi consulenti vi inseriscono sagacemente termini che rispecchiano quelli consueti sul mercato, le costruzioni in esame risulterebbero «immuni» alle misure di contrasto applicate dalle autorità fiscali [38].

81. Ciò risulterebbe tanto meno desiderabile se si considera il fatto che le autorità fiscali nazionali hanno, secondo il principio generale del divieto di abuso del diritto UE, non soltanto il diritto, bensì il dovere di impedire l'ottenimento di vantaggi fiscali attraverso «costruzioni puramente artificiose». Infatti, misure efficaci contro l'elusione fiscale sono fondamentali non soltanto per garantire il diritto sovrano degli Stati membri di sottoporre a prelievo fiscale redditi e utili generati nel loro territorio, ma in generale anche per il funzionamento del mercato interno. L'evasione fiscale minaccia la coesione economica e il corretto funzionamento del mercato interno, falsando le condizioni di concorrenza [39].

[36] V., in tal senso, sentenza del 21 gennaio 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, punti 58 e 71 e giurisprudenza citata). V. anche l'articolo 9 del modello di convenzione fiscale relativo ai redditi e al patrimonio elaborato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE).

[37] V., in tal senso, sentenza nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punto 81.

[38] Secondo la mia opinione, il principio di piena concorrenza esiste per evitare che le operazioni economiche giustificate vengano manipolate a fini fiscali illeciti. Tale principio non dovrebbe essere utilizzato per legittimare operazioni che non abbiano in primo luogo una giustificazione economica.

[39] V. sentenza del 26 febbraio 2019, N Luxembourg 1 e a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, punto 107).

82. Infatti, il crescente impatto dell'erosione della base imponibile e delle strategie di trasferimento degli utili da parte dei gruppi multinazionali sulle tesorerie degli Stati membri e sul funzionamento del mercato interno hanno portato l'Unione europea ad affrontare la questione. A tale riguardo il legislatore UE ha adottato varie misure, compresa la direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno [40] (in prosieguo: la «direttiva contro l'elusione fiscale») [41]. Tale direttiva contiene, nell'articolo 6, una «norma generale antiabuso», redatta alla luce della giurisprudenza della Corte a cui fa riferimento il precedente paragrafo 73 e che dovrebbe essere interpretata di conseguenza [42]. Se le autorità fiscali nazionali non potessero considerare le operazioni infragruppo prive di giustificazione economica e/o commerciale come «costruzioni puramente artificiose» qualora condotte in condizioni di piena concorrenza, tale politica risulterebbe compromessa. Inoltre, la «norma antiabuso» in questione perderebbe una notevole parte della sua efficacia. Moltissime operazioni poste in essere non «per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica» ma «allo scopo principale (…) di ottenere un vantaggio fiscale» (per usare i termini della norma in questione) rimarrebbero fuori dalla sua portata.

83. Per i motivi sopra esposti, sono dell'opinione che, nella presente causa, la Corte debba discostarsi dai punti 53, 54 e 56 della sentenza Lexel [43]. I prestiti infragruppo, posti in essere senza alcuna valida giustificazione commerciale e/o economica al solo (o principale) scopo di creare un debito deducibile nella sede della società che lo riceve, costituiscono «costruzioni puramente artificiose», a prescindere dal fatto che siano posti in essere in condizioni di piena concorrenza. Le disposizioni nazionali che prendono di mira questi prestiti devono essere considerate necessarie alla luce dell'obiettivo di evitare le «costruzioni» di questo tipo.

84. Dopo aver chiarito questo aspetto, rimangono da esaminare alcuni argomenti finali sostenuti da X in merito alla portata dell'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria.

85. In primo luogo, X sostiene che le autorità fiscali dei Paesi Bassi possono applicare tale disposizione in un ambito di operazioni infragruppo mal definito poiché tale ambito dipende da una condizione formulata in termini vaghi e ambigui, in particolare se il prestito e il negozio ad esso collegato «sono prevalentemente fondati su considerazioni di ordine economico». (ai sensi dell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera a), della stessa legge). Per tale motivo, le norme dei Paesi Bassi contestate non rispettano il principio di certezza del diritto, poiché le società non potrebbero prevedere con sufficiente precisione quali operazioni potrebbero essere considerate abusive dalle autorità fiscali.

[40] Direttiva del 12 luglio 2016 (GU 2016, L 193, pag. 1).

[41] V. anche direttiva 2011/16/UE del Consiglio, del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la direttiva 77/799/CEE (GU 2011, L 64, pag. 1), come modificata dalla direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica (GU 2018, L 139, pag. 1).

[42] Osservo che la direttiva contro l'elusione fiscale non è applicabile, *ratione temporis*, nella controversia di cui al procedimento principale. In effetti, le disposizioni di tale direttiva si applicano a partire dal 1º gennaio 2019. I fatti della causa presente sono avvenuti prima di tale data.

[43] Comprendo la difficile situazione nella quale verrebbe a trovarsi la Corte, nel caso in cui concordasse con la mia valutazione. La sentenza Lexel è stata pronunciata da una sezione composta da cinque giudici, proprio come avverrà per la sentenza nella causa presente. Ciò nonostante, alla luce del fatto che i punti della sentenza nella causa Lexel in questione non rispecchiano l'approccio alla nozione di «costruzione puramente artificiosa» e di abuso del diritto espresso in linea generale dalla giurisprudenza, che comprende le decisioni pronunciate dalla Grande sezione, sia prima che *dopo* la sentenza Lexel (vedi i precedenti paragrafi 73 e 74), si potrebbe ritenere che tale sentenza sia già stata implicitamente disattesa. La Corte non ha bisogno dell'autorità della Grande sezione per confermare tale fatto nella presente causa.

86. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, il principio di certezza del diritto impone, segnatamente, che le norme di diritto siano sufficientemente chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare quando possono avere conseguenze sfavorevoli per i contribuenti [44].

87. A tale proposito, osservo che le norme dei Paesi Bassi contestate sono formulate in modo molto simile ad altre disposizioni antiabuso presenti nel diritto nazionale e nel diritto UE. In particolare, l'applicazione della «norma generale antiabuso» contenuta nell'articolo 6 della direttiva contro l'elusione fiscale a una data operazione dipende in modo analogo dal fatto che l'operazione sia stata oppure no conclusa «per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica» e non «allo scopo principale (…) di ottenere un vantaggio fiscale». È vero che si tratta di concetti aperti che, per loro natura, creano un certo grado di incertezza quanto alla loro portata. Inoltre, come ho indicato al precedente paragrafo 76, stabilire se tali condizioni siano soddisfatte in un determinato caso richiede una valutazione complessiva, caso per caso, di un complesso di fatti e circostanze, che crea a sua volta un certo grado di incertezza.

88. Ciò nonostante, tale grado di incertezza è un effetto secondario inevitabile e accettabile di tali disposizioni antiabuso. Come ha osservato l'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni sulla causa SGI [45], «le disposizioni che fanno fronte a pratiche abusive devono contenere necessariamente concetti giuridici indeterminati al fine di regolare il maggior numero possibile di situazioni immaginabili create ai fini di evasione fiscale». Inoltre, tali disposizioni sono concepite per contrastare condotte apparentemente legittime e, quindi, difficili da cogliere.

89. Da ciò non discende che l'applicazione della normativa in esame sia lasciata alla completa discrezionalità delle autorità fiscali, rendendo i suoi effetti imprevedibili. Come indicano il giudice di rinvio e il governo dei Paesi Bassi, se una data costruzione sia «puramente artificiosa» viene stabilito sulla base di elementi oggettivi e verificabili [46].

90. Come indicato nel precedente paragrafo 79, la questione decisiva è stabilire se, in assenza di rapporti in essere tra le società e di vantaggio fiscale ricercato, il prestito non sarebbe stato mai sottoscritto. Il tipo di analisi da eseguire nell'ambito di tale verifica è sufficientemente chiaro. La valutazione dei fatti e delle circostanze rilevanti comporta un esame della struttura complessiva e dello scopo apparente della costruzione di cui il prestito in questione fa parte. Come indica il giudice di rinvio, le domande sono fondamentalmente le seguenti: in assenza di un vantaggio fiscale, il contribuente interessato avrebbe avuto interesse a creare la costruzione in esame? La struttura della costruzione appare, alla luce del suo scopo dichiarato, eccessivamente complessa e, in particolare, prevede fasi che (se non fosse per il loro impatto sulla base imponibile) non risultano necessarie? Si tratta di domande alle quali non dovrebbe essere difficile rispondere per tributaristi e gruppi multinazionali di società, i quali possono regolare di conseguenza la loro condotta [47].

91. Nel procedimento principale, il giudice di rinvio e il governo dei Paesi Bassi spiegano che, mentre l'acquisizione di un'entità esterna e la sottoscrizione a tale scopo di un prestito da parte di un'entità imponibile con un'entità collegata sono generalmente considerate come «prevalentemente fondate su considerazioni di ordine economico» secondo il significato dell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera a), della legge sull'imposta societaria, la costruzione nella quale si inserisce l'acquisizione di F da parte di X è stata vista come «puramente artificiosa» a

44 V., tra le altre, sentenza dell'11 giugno 2015, Berlington Hungary e a. (C-98/14, EU:C:2015:386, punti 74, 76 e 77 e giurisprudenza citata).

45 Conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa SGI (C-311/08, EU:C:2009:545, paragrafo 70).

46 V., per tale requisito, sentenza del 21 gennaio 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punto 71 e giurisprudenza citata).

47 V., per analogia, le mie conclusioni nella causa Belgian Association of Tax Lawyers e a. (C-623/22, punti 93-103 e giurisprudenza citata).

causa della sua complessa natura e delle fasi (apparentemente) non necessarie che ha comportato. Tali fasi erano, voglio rammentare, (i) il reindirizzamento dei fondi di A verso C; (ii) la successiva conversione di tali fondi in un prestito concesso a X; (iii) l'acquisizione di F da parte di X; e (iv) la costituzione di un consolidato fiscale unico tra F e X, affinché gli oneri per interessi pagati da X a C potessero essere dedotti dagli utili imponibili generati da F nei Paesi Bassi [48].

92. In particolare, il fatto che il prestito concesso a X venisse erogato con fondi «reindirizzati» da A contamina, *prima facie*, l'intera costruzione. Ciò solleva la questione se tale prestito fosse realmente necessario e perché alla fine sia stata X, invece di A, ad aver acquisito F. La Commissione sostiene che, in uno scenario controfattuale che rispecchi la realtà economica, F sarebbe stata acquisita da A e, in tal caso, l'acquisizione avrebbe comportato un numero minore di fasi. Tuttavia, in quello scenario, X pagherebbe, per gli utili generati da essa stessa e da F nei Paesi Bassi, dividendi ad A. Una tale distribuzione non comporterebbe una riduzione della base imponibile della società nei Paesi Bassi. Per contro, nella costruzione in base alla quale F è stata acquistata da X attraverso un prestito concesso da C con fondi reindirizzati da A, poiché X ha dedotto gli interessi sul prestito dagli utili imponibili generati da essa e da F nei Paesi Bassi, la base imponibile delle due società in quello Stato membro è stata ridotta quasi a zero. [49]

93. In tale situazione, il giudice di rinvio e il governo dei Paesi Bassi evidenziano che spetta al contribuente giustificare, in modo plausibile, le ragioni economiche e/o commerciali che sono a fondamento della costruzione e, in particolare, il «reindirizzamento» dei fondi prestati. Secondo la giurisprudenza della Corte, il soggetto passivo è debitamente messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di fornire prove a tale riguardo [50]. Inoltre, se le autorità fiscali considerano ancora artificiosa la costruzione, alla luce delle spiegazioni e prove fornite dal contribuente, quest'ultimo può contestare la decisione delle autorità dinanzi ai giudici. Semplicemente, nel procedimento principale, X non è riuscita a fornire tali prove e i giudici nazionali hanno confermato la decisione delle autorità fiscali.

94. X replica che non è chiaro, nella prassi delle autorità fiscali e giudiziarie dei Paesi Bassi, quali siano le ragioni economiche e/o commerciali che possono essere validamente addotte a giustificazione di un tale «reindirizzamento» dei fondi. Fino ad ora, le spiegazioni sono state sempre respinte. Inoltre, le autorità e i giudici in questione non tengono conto, a tale riguardo, delle considerazioni riguardanti la struttura del gruppo in esame, come il fatto che la società che concede il prestito generalmente svolge (come C nella causa presente) un ruolo fondamentale nel finanziamento dello stesso gruppo [51].

95. Secondo me, nel funzionamento di una norma antiabuso come quella contenuta nell'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria vi saranno sempre aree grigie. Ciò non rende tale norma incompatibile con il principio della certezza del diritto. Nella presente causa, la prassi delle autorità fiscali e giudiziarie dei Paesi Bassi chiarirà progressivamente la questione evidenziata da X. A tale proposito, mi limiterò a osservare che, nel valutare se una costruzione debba essere considerata artificiosa o giustificata da ragioni

48 V. i precedenti paragrafi 8-10.

49 V. il precedente paragrafo 10.

50 V., tra le altre, sentenza del 21 gennaio 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, punto 71 e giurisprudenza citata).

51 X spiega che, alla luce della struttura del gruppo di A, la costruzione in esame avrebbe dovuto essere considerata come giustificata da ragioni economiche. Infatti, il finanziamento generale del gruppo è centralizzato nella sede di C (v. il precedente paragrafo 7), la quale ha una parte significativa di dipendenti e risorse adibita a tale compito. Questa è la ragione per la quale l'acquisizione di F è stata eseguita mediante un prestito concesso da C. I fondi vengono regolarmente trasferiti da A a C semplicemente perché quest'ultima necessita di capitali per svolgere le sue funzioni.

economiche, le autorità fiscali giudiziarie dovrebbero considerare *tutte* le ragioni economiche valide, comprese quelle finanziarie [52]. Non si può escludere che la ragione addotta da X si qualifichi come tale. Spetta esclusivamente al giudice del rinvio valutare la questione.

96. In secondo luogo, X contesta la ripartizione dell'onere della prova secondo le disposizioni del diritto dei Paesi Bassi contestate. In particolare, la ricorrente sostiene che l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria introduce una presunzione generica di abuso, eccedendo quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito [53]. In base a tale disposizione, le autorità fiscali dei Paesi Bassi possono negare a un'entità imponibile la deduzione degli interessi che paga su un prestito infragruppo senza che siano tenute a fornire la prova, anche solo *prima facie*, dell'abuso, mentre, per ottenere il vantaggio fiscale considerato, all'entità in questione spetta l'onere di provare, ai sensi dell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera a), della legge di cui sopra, che il prestito e il negozio giuridico ad esso collegato sono prevalentemente fondati su considerazioni di ordine economico.

97. Non sono d'accordo. Chiaramente, laddove le autorità fiscali nazionali intendono negare un vantaggio fiscale a un contribuente per motivi di abuso, in termini generali spetta ad esse l'onere di stabilire che quest'ultimo sta tentando di ottenere tale vantaggio attraverso una «costruzione puramente artificiosa», tenendo conto di tutti i fatti e le circostanze del caso rilevanti, alla luce dei criteri sopra discussi [54]. Ciò non significa, tuttavia, che agli Stati membri sia precluso introdurre presunzioni giuridiche nel loro diritto nazionale, a condizione che siano specifiche e sufficientemente fondate.

98. Nella causa presente, l'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria e l'obbligo per il contribuente di dimostrare che la costruzione in questione è genuina si applicano, in linea di principio, soltanto nei casi in cui un prestito infragruppo è stato sottoscritto da un'entità imponibile con un'entità collegata stabilita in un altro Stato membro, nel quale per interessi percepiti da quest'ultima non sono assoggettati a imposta o non lo sono secondo un'aliquota ragionevole [55]. Tali specifiche circostanze possono essere legittimamente considerate come indizi di un comportamento che potrebbe costituire evasione fiscale, giustificando un'inversione dell'onere della prova [56].

99. Una volta che le autorità fiscali nazionali abbiano stabilito che il prestito infragruppo ricade nella sfera di applicazione della disposizione in esame e, quindi, potrebbe essere stato concluso a scopo di elusione fiscale, non è eccessivo che le stesse autorità richiedano al contribuente di fornire la prova del carattere economico e/o commerciale della costruzione e neghino la

[52] V., per analogia, il considerando 11 della direttiva contro l'elusione fiscale.

[53] X fa riferimento alle sentenze del 7 settembre 2017, Eqiom e Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, punti 31, 32 e 36), e del 20 dicembre 2017, Deister Holding e Juhler Holding (C-504/16 e C-613/16, EU:C:2017:1009, punti 61 e 62).

[54] V., per analogia, sentenza del 26 febbraio 2019, N Luxembourg 1 e a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, punto 142).

[55] Se gli oneri per interessi sono soggetti a tassazione secondo un'aliquota ragionevole nell'altro Stato membro, si applica la condizione contenuta nell'articolo 10a, paragrafo 3, lettera b), della legge sull'imposta societaria e la deduzione non può essere negata, come argomentato nella sezione B di queste conclusioni.

[56] V., per analogia, sentenza del 26 febbraio 2019, X (Società intermedie stabilite in paesi terzi) (C-135/17, EU:C:2019:136, punto 86). V., per contro, sentenza del 20 dicembre 2017, Deister Holding e Juhler Holding (C-504/16 e C-613/16, EU:C:2017:1009, punti 65, 67 e 71). Evidentemente, il legislatore UE è della stessa opinione. A tale riguardo, l'allegato IV alla direttiva 2011/16 contiene, al fine di riportare gli obblighi prescritti dalla stessa direttiva, un elenco di «elementi distintivi», vale a dire caratteristiche o peculiarità delle costruzioni che presentano «indicazion[i] di potenziale rischio di elusione fiscale» (v. l'articolo 3, punto 20, della direttiva in questione). In particolare, alla relativa parte II, sezione C, punto 1, lettera d), stabilisce che un meccanismo «che prevede pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate, dove (…) il pagamento beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali» può costituire tale «elemento distintivo».

deduzione degli interessi sul tale prestito qualora questi non la fornisca [57]. Dopo tutto, il contribuente è nelle condizioni migliori per fornire spiegazioni e prove dei motivi delle operazioni che svolge. Inoltre, la Corte ha ripetutamente dichiarato che «nulla impedisce alle amministrazioni finanziarie interessate di esigere dal contribuente le prove che esse reputino necessarie per la corretta determinazione delle imposte (...) di cui trattasi e, se del caso, di negare [il vantaggio] richiesto[o] qualora tali prove non vengano fornite» [58].

b) Le conseguenze che derivano da un'operazione considerata come una tale costruzione non sono eccessive

100. Ai sensi dell'articolo 10a, paragrafo 1, lettera c), della legge sull'imposta societaria, laddove un prestito infragruppo sia ritenuto costituire una costruzione puramente artificiosa (alle condizioni esposte nella sottosezione precedente), in sede di calcolo degli utili dell'entità imponibile che riceve il prestito nei Paesi Bassi, la deduzione degli interessi sul prestito in questione viene integralmente negata.

101. Il giudice di rinvio, pur ritenendo che sul piano logico tale conseguenza derivi dalla conclusione di artificiosità del prestito, si chiede tuttavia (in particolare, con la sua seconda questione) se, alla luce del punto 51 della sentenza Lexel, un completo diniego del diritto a deduzione ecceda quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito. Infatti, nel punto in questione la Corte ha affermato che qualora le autorità fiscali siano dell'opinione che un prestito sottoscritto da un'entità imponibile con un'entità collegata rappresenta una costruzione puramente artificiosa, «il principio di proporzionalità richiede che il diniego del diritto a deduzione si limiti alla parte degli oneri finanziari eccedente quanto sarebbe stato convenuto in assenza di relazioni speciali tra le parti» [59].

102. Concordo con la Commissione e i governi intervenuti che non è quanto avviene nel caso di specie. A tale riguardo, anche in questa sede occorre distinguere i due scenari menzionati nei precedenti paragrafi 78 e 79.

103. Da un lato, qualora l'artificiosità consista nel tasso di interesse insolitamente elevato che viene stipulato in un prestito infragruppo altrimenti genuino, la risposta conforme al principio di proporzionalità consiste nel procedere a una correzione che riguardi la percentuale di oneri per interessi che eccede il tasso di mercato consueto. Negare completamente la deduzione degli interessi in questione eccederebbe l'obiettivo della prevenzione di costruzioni puramente artificiose.

104. D'altro canto, laddove il prestito sia, di per sé, privo di giustificazione economica e/o commerciale e, non fosse per i rapporti in essere tra le società e per il vantaggio fiscale ricercato, non sarebbe mai stato stipulato, è perfettamente logico e proporzionato negare la deducibilità degli interessi in toto e non solo per una percentuale di essi. Una tale costruzione puramente artificiosa deve essere, in effetti, ignorata dalle autorità fiscali nel calcolo dell'imposta societaria dovuta. Senza il prestito, non vi sono interessi da portare in deduzione.

[57] V., in tal senso, sentenze del 21 gennaio 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punto 73), e del 5 luglio 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punto 53).

[58] V., tra le altre, sentenza del 26 febbraio 2019, N Luxembourg 1 e a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, punto 141 e giurisprudenza citata).

[59] V. la sentenza nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punto 83.

105. Se nel secondo scenario le autorità fiscali dovessero negare la deducibilità soltanto di una percentuale degli interessi sul prestito, verrebbe messa in discussione la coerenza del regime normativo antiabuso. Infatti, una parte (o anche l'insieme) del vantaggio fiscale ricercato mediante mezzi abusivi verrebbe infine concessa al contribuente, contrariamente all'obiettivo perseguito [60].

V. Conclusione

106. Alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) come segue:

L'articolo 49 TFUE

deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale secondo la quale gli interessi su un prestito contratto con un'entità collegata al soggetto passivo non sono deducibili in sede di calcolo degli utili di quest'ultimo, allorché la stipula del prestito in questione non era prevalentemente motivata da considerazioni di ordine economico bensì dall'obiettivo di creare un debito deducibile, e ciò anche qualora il tasso di interesse concordato in quella sede non ecceda quanto sarebbe stato convenuto tra società tra loro indipendenti. In tale situazione, la deduzione degli interessi deve essere integralmente negata.

[60] Durante l'udienza la Corte ha chiesto alle intervenienti se le autorità fiscali non dovessero nemmeno considerare gli interessi pagati dalla società che riceve il prestito a quella che lo concede come distribuzione di utili (dissimulata) (v., a tale proposito, il precedente paragrafo 92). Se procedessero in tal senso, la base imponibile della società che riceve il prestito potrebbe aumentare notevolmente, non solo per il fatto che l'utile imponibile non potrebbe essere ridotto dell'importo degli interessi versati, ma anche per il fatto che, a causa della qualifica di detti interessi come utili distribuiti, a seconda delle norme fiscali applicabili, tale società potrebbe essere obbligata a versare l'imposta societaria al momento di tale operazione (v., per analogia, sentenza nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punti 38 e 39). Mi sembra che, come la Commissione ha sostenuto all'udienza, sarebbe in effetti proporzionato e, quindi, compatibile con il diritto UE che le autorità fiscali procedessero in tal senso. Tuttavia, il modo appropriato di considerare gli interessi è questione che spetta alle autorità fiscali nazionali decidere, alla luce del loro diritto nazionale (v., per analogia, l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva contro l'elusione fiscale).