CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 12 settembre 2006 [1]

I — Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale del Korkein hallinto-oikeus (Corte suprema amministrativa della Finlandia) verte sulla normativa del Konserniavutuksesta verotuksessa annettu laki (Legge relativa agli aiuti finanziari intragruppo con riguardo all'imposizione). La legge definisce aiuti finanziari intragruppo i trasferimenti finanziari che, all'interno di un gruppo societario, vengono erogati dalla società madre alla società figlia o dalla società figlia alla società madre. Gli aiuti finanziari intragruppo sono detratti dal reddito imponibile da attività commerciali della società erogante e rientrano nel reddito imponibile da attività commerciali della società beneficiaria. Sono tuttavia riconosciuti come deducibili solo gli aiuti finanziari intragruppo erogati fra società per azioni nazionali.

2. La logica che sottende tale normativa finlandese consiste nell'equiparare un gruppo composto da società madri e figlie ad una società avente più sedi aziendali. A tal fine, un aiuto finanziario intragruppo scambiato fra società appartenenti al medesimo gruppo deve essere tassato solo una volta, mediante la sua deduzione dal reddito imponibile della società erogante e la sua imputazione al reddito imponibile della società beneficiaria.

3. Pertanto, siffatto trattamento tributario dell'aiuto finanziario intragruppo consente in particolare di utilizzare gli utili di una consociata, di per sé tassabili, per coprire una perdita di un'altra consociata, in modo da evitare la tassazione dell'utile.

4. La presente fattispecie è pertanto paragonabile a quella di cui alla causa Marks & Spencer [2]. In quel caso la normativa britannica consentiva, all'interno di un gruppo, di «trasferire» la perdita di una società sull'utile di un'altra società per evitare la tassazione dell'utile. Qui siamo di fronte al caso

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — Sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer (Racc. pag. I-10837).

opposto, in cui l'utile di una società può essere «trasferito» sulla perdita di un'altra società.

5. In entrambi i casi la problematica di diritto comunitario consiste nel fatto che i gruppi transfrontalieri sono esclusi da siffatta agevolazione fiscale. Nella causa Marks & Spencer la Corte di giustizia ha ravvisato in ciò una limitazione della libertà di stabilimento, la quale però era giustificata, salvo il caso speciale in cui una perdita verificatasi all'estero non potesse in alcun altro modo essere presa in considerazione ai fini impositivi. La Corte ha motivato il carattere giustificato della detta restrizione fondandosi su una valutazione complessiva di tre aspetti: la tutela della ripartizione equilibrata del potere impositivo fra gli Stati membri, la prevenzione del rischio di duplice presa in considerazione delle perdite e la lotta all'evasione fiscale.

6. Nel presente procedimento occorre pertanto analizzare in che misura i principi enunciati dalla Corte di giustizia nella causa Marks & Spencer possano essere trasposti all'odierna fattispecie. Al riguardo si pone anche la questione dell'importanza da attribuire al principio della coerenza del sistema fiscale, che la Corte di giustizia non ha approfondito nella sentenza Marks & Spencer.

II — Contesto normativo

A — *Normativa comunitaria*

7. L'art. 4, n. 1, della direttiva 90/435/CEE [3] così recita:

«Quando una società madre o la sua stabile organizzazione, in virtù del rapporto di partecipazione tra la società madre e la sua società figlia, riceve utili distribuiti in occasione diversa dalla liquidazione della società figlia, lo Stato della società madre e lo Stato della sua stabile organizzazione

— si astengono dal sottoporre tali utili ad imposizione, o

— li sottopongono ad imposizione, autorizzando però detta società madre o la sua stabile organizzazione a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa ai suddetti utili e pagata dalla società figlia e da una sua sub-affiliata, a condizione che a ciascun livello la società e la sua sub-affiliata

3 — Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, 90/435/CEE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (GU L 225, pag. 6), modificata dalla direttiva del Consiglio 22 dicembre 2003, 2003/123/CE, che modifica la direttiva 90/435/CEE (GU 2004 L 7, pag. 41).

soddisfino i requisiti di cui agli articoli 2 e 3 entro i limiti dell'ammontare dell'imposta corrispondente dovuta».

B — *Normativa nazionale*

8. Gli artt. 1-5 del Laki konserniavutuksesta verotuksessa 825/1986 (Legge sugli aiuti finanziari intragruppo con riguardo all'imposizione) dispongono in sostanza quanto segue:

«Art. 1 La presente legge regola la deducibilità dei trasferimenti finanziari intragruppo e la loro qualificazione come reddito del beneficiario all'atto dell'imposizione».

«Art. 2 Per "trasferimento finanziario intragruppo" si intende qualsiasi trasferimento finanziario versato da una società per azioni o cooperativa esercente un'attività commerciale ad un'altra società per azioni o cooperativa in ragione dell'attività esercitata da quest'ultima, diverso dal trasferimento quale investimento di capitali, non deducibile dal reddito a norma della legge sull'imposizione del reddito professionale [*elinkeinotulon verottamisesta annettu laki* (360/1968)]» (Legge in materia di imposizione sui redditi derivanti da attività d'impresa) 360/1968.

«Art. 3 Se una società per azioni o cooperativa nazionale (la società madre) detiene almeno nove decimi del capitale sociale di un'altra società per azioni o cooperativa nazionale (la consociata), la società madre può dedurre dai suoi redditi professionali imponibili il trasferimento finanziario intragruppo versato alla consociata. La somma corrispondente al trasferimento intragruppo versato viene assimilata ad un reddito professionale imponibile della consociata.

Per "consociata" si intendono anche quelle società per azioni o cooperative il cui capitale sociale è detenuto per almeno nove decimi dalla società madre insieme con una o più delle sue consociate.

Il disposto del primo comma si applica per analogia anche al trasferimento finanziario intragruppo che una consociata ha versato alla società madre o ad un'altra consociata della società madre».

«Art. 4 Il trasferimento finanziario intragruppo viene assimilato rispettivamente, all'atto dell'imposizione dell'autore del trasferimento, ad una spesa e, all'atto dell'imposizione del beneficiario, ad un reddito per l'anno fiscale in cui viene versato».

«Art. 5 I contribuenti hanno il diritto di dedurre il trasferimento finanziario intragruppo quale spesa solo se le scritture corrispondenti per la spesa e per il reddito sono rispettivamente iscritte nella contabilità dell'autore del trasferimento e del beneficiario interessati».

III — Fatti e procedimento

9. La società Oy AA, con sede in Finlandia, appartiene al gruppo AA, la cui società madre, la AA Ltd., avente sede in Inghilterra, detiene indirettamente, tramite due società intermedie stabilite nei Paesi Bassi, il 100 % delle quote della Oy AA [4].

10. A differenza della AA Ltd., la Oy AA ha conseguito utili negli ultimi anni. Poiché l'attività commerciale della AA Ltd. è essenziale anche per la Oy AA, si è previsto di sostenere l'attività della AA Ltd. mediante un contributo della Oy AA. La Oy AA ha pertanto presentato alla Keskusverolautakunta (commissione tributaria centrale) un'istanza volta ad ottenere una decisione preliminare sulla questione se siffatto contributo rappresenti un aiuto finanziario ai sensi dell'art. 3 della legge sugli aiuti finanziari intragruppo.

11. La Keskusverolautakunta ha stabilito nella propria decisione preliminare relativamente agli esercizi finanziari 2004 e 2005 che un aiuto finanziario della Oy AA alla AA Ltd. non rappresenta un aiuto finanziario intragruppo ai sensi della relativa legge e pertanto non costituisce una spesa deducibile nell'ambito della dichiarazione della Oy AA relativa all'imposta sul reddito, dal momento che la AA Ltd. è una società straniera.

4 — I nomi delle società sono stati resi anonimi su loro richiesta.

12. Il Korkein hallinto-oikeus, investito dell'impugnazione proposta dalla Oy AA avverso la decisione preliminare, ha sospeso il procedimento con ordinanza 23 maggio 2005 e ha sottoposto alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale a norma dell'art. 234 CE:

«Se gli artt. 43 CE e 56 CE, tenendo conto dell'art. 58 CE e della direttiva 90/435/CEE, debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa, come quella finlandese sui trasferimenti finanziari intragruppo, la quale subordini la deducibilità del trasferimento finanziario intragruppo alla condizione che tanto l'autore del trasferimento quanto il beneficiario del medesimo siano società nazionali».

IV — Valutazione giuridica

13. In primo luogo si deve constatare che la direttiva 90/435 sul regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi non è rilevante ai fini della decisione nel caso di specie. La detta direttiva disciplina il regime fiscale delle distribuzioni di utili alla società madre da parte di una società figlia con sede in un altro Stato membro.

14. Il caso di specie, per contro, concerne non già le distribuzioni di utili di una società figlia alla società madre titolare di una partecipazione diretta in essa, bensì le erogazioni di una società provenienti dal suo patrimonio non gravato da imposta ad una società capogruppo titolare di una partecipazione solo indiretta nella prima società. Inoltre, la direttiva disciplina solo il regime fiscale della distribuzione di utili presso la società madre, e non già le conseguenze fiscali che l'operazione ha per la società figlia.

15. Si deve poi rammentare la costante giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui, sebbene la materia delle imposte dirette non rientri di per sé nella competenza della Comunità, gli Stati membri devono esercitare le competenze loro riservate nel rispetto del diritto comunitario [5].

16. Si deve infine constatare che la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali, entrambe oggetto della domanda pregiudiziale, possono in linea di principio trovare applicazione contemporaneamente [6]. Come ho sostenuto nella mie conclusioni nella causa Bouanich [7], l'una libertà fondamentale non sopprime l'altra. La Corte di giustizia, tuttavia, ha esaminato fattispecie che rientravano nell'ambito di applicazione di entrambe le libertà fondamentali, dando preminenza ora al criterio della libera circolazione dei capitali [8] ora a quello della libertà di stabilimento [9].

17. La Corte di giustizia, ad esempio, ha statuito nella sentenza X e Y che la libertà di circolazione dei capitali non ha una valenza autonoma qualora una normativa rientri già nel campo di applicazione della libertà di stabilimento, in quanto venga in questione l'acquisto di una partecipazione nel capitale tale da conferire un'influenza certa sulle decisioni dell'impresa interessata [10].

5 — Sentenza Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punto 29), nonché sentenze 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, Metallgesellschaft e a. (Racc. pag. I-1727, punto 37); 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen (Racc. pag. I-7477, punto 19), e 7 settembre 2006, causa C-470/04, N (Racc. pag. I-7409, punto 33).

6 — Sentenza 1° giugno 1999, causa C-302/97, Konle (Racc. pag. I-3099, punto 22).

7 — Conclusioni presentate il 14 luglio 2005 nella causa C-265/04, Bouanich (Racc. 2006, pag. I-923, paragrafo 71). V. anche le conclusioni presentate dall'avvocato generale Alber il 14 ottobre 1999 nella causa C-251/98, Baars (Racc. pag. I-2787, paragrafi 12 e segg., con ulteriori riferimenti), e le conclusioni presentate dall'avvocato generale Geelhoed il 29 giugno 2006 nella causa C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (ancora pendente dinanzi alla Corte, paragrafo 35).

8 — V., per esempio, le cosiddette sentenze relative alle *golden share* 4 giugno 2002, cause C-367/98, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-4731); C-483/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-4781), e C-503/99, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-4809), nonché le sentenze 13 maggio 2003, causa C-463/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-4581), e causa C-98/01, Commissione/Regno Unito (Racc. pag. I-4641). V. anche le conclusioni presentate dall'avvocato generale Poiares Maduro il 6 aprile 2006 nelle cause riunite C-282/04 e C-283/04, Commissione/Paesi Bassi (ancora pendenti dinanzi alla Corte, paragrafo 41).

9 — V. sentenze 13 aprile 2000, causa C-251/98, Baars (Racc. pag. I-2787); 21 novembre 2002, causa C-436/00, X e Y (Racc. pag. I-10829), e 23 febbraio 2006, causa C-471/04, Keller Holding (Racc. pag. I-2107).

10 — Sentenza X e Y (cit. alla nota 9, punti 37 e 66). L'avvocato generale Léger si esprime in modo analogo nelle sue conclusioni presentate il 2 maggio 2006 nella causa C-196/04, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (ancora pendente dinanzi alla Corte, paragrafo 32).

18. Mi sembra ragionevole verificare in via prioritaria la libertà fondamentale il cui nucleo essenziale risulta pregiudicato, avuto riguardo allo scopo della normativa nazionale pertinente ed ai fatti della controversia principale [11].

19. La controversia principale verte sull'applicazione della legge in materia di aiuti finanziari intragruppo ad un trasferimento finanziario da una società ad un'altra società, la quale detiene indirettamente il 100 % delle quote della società erogante l'aiuto. Invero, il trasferimento finanziario non è servito per acquistare una partecipazione nel capitale. L'operazione è però stata effettuata dalla società controllata a beneficio della società madre controllante, ed è pertanto collegata con l'esercizio della libertà di stabilimento da parte di quest'ultima.

20. La ratio dell'aiuto finanziario intragruppo consiste infatti nella compensazione dei profitti e delle perdite all'interno di un gruppo articolato in diverse società. La struttura del gruppo estesa su più Stati membri è stata creata nell'esercizio della libertà di stabilimento. Conseguentemente il nucleo essenziale della questione riguarda tale libertà, e non la libera circolazione dei capitali, anche se l'operazione si configura nella sua forma esteriore come un flusso di capitali transfrontaliero.

A — *Limitazione della libertà di stabilimento*

21. La libertà di stabilimento sancita dall'art. 43 CE riconosce ai cittadini degli Stati membri il diritto di intraprendere o esercitare attività non salariate nonché di costituire e gestire imprese in un altro Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato. Ai sensi dell'art. 48 CE, per le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità la libertà di stabilimento implica il diritto di esercitare la propria attività nello Stato membro in questione mediante una controllata, una succursale o un'agenzia [12].

22. Secondo una costante giurisprudenza, l'art. 43 CE osta anche alle normative nazionali che, pur applicabili senza discriminazioni per motivi di cittadinanza, siano idonee ad ostacolare, impedire o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali sancite dal Trattato CE da parte dei cittadini della Comunità, ivi compresi i cittadini dello Stato membro che ha emanato la normativa [13].

11 — Si esprime in termini analoghi l'avvocato generale Alber nelle sue conclusioni nella causa Baars (cit. alla nota 7, paragrafi 32-34), il quale opera una distinzione a seconda di quale libertà fondamentale sia direttamente pregiudicata e di quale lo sia indirettamente. Concorda con detta impostazione l'avvocato generale Geelhoed nelle sue conclusioni nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (cit. alla nota 7, paragrafo 35).

12 — V. sentenze 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI (Racc. pag. I-4695, punto 20); 21 settembre 1999, causa C-307/97, Saint-Gobain ZN (Racc. pag. I-6161, punto 35); Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punto 30), nonché Keller Holding (cit. alla nota 9, punto 29).

13 — Sentenze 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard (Racc. pag. I-4165, punto 37); 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus (Racc. pag. I-1663, punto 32), nonché 21 aprile 2005, causa C-140/03, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-3177, punto 27).

23. Ai sensi della legge sugli aiuti finanziari intragruppo, sono deducibili esclusivamente gli aiuti di società nazionali alle proprie società madri aventi anch'esse sede nello Stato, mentre sono esclusi dalla deduzione gli aiuti finanziari intragruppo delle società nazionali alle società madri con sede in un altro Stato membro.

24. I gruppi transnazionali sono pertanto svantaggiati rispetto ai gruppi nazionali. Dal punto di vista della società madre, ciò implica una discriminazione dovuta alla sua sede, cosa che, nel caso delle persone giuridiche, equivale ad una discriminazione in ragione della nazionalità. La violazione non viene meno neanche se si prende in considerazione il destinatario della normativa nazionale controversa, la Oy AA. L'aiuto finanziario intragruppo prestato da questa alla AA Ltd. viene trattato in modo diverso rispetto agli aiuti finanziari intragruppo concessi dalle società nazionali ad imprese nazionali appartenenti al medesimo gruppo. Ad avviso della Oy AA, ciò implica una disparità di trattamento in danno dell'operazione finanziaria transfrontaliera.

25. La detta disparità di trattamento fiscale è idonea ad impedire la fruizione della libertà di stabilimento da parte di società madri straniere in quanto, a causa di ciò, esse potrebbero desistere dal costituire società controllate in Finlandia. Pertanto, il diverso trattamento fiscale degli aiuti finanziari intragruppo a seconda che vengano erogati a società madri nazionali o a società madri con sede in altri Stati membri ostacola la libertà di stabilimento sancita dagli artt. 43 CE e 48 CE.

26. Alcuni degli Stati membri intervenuti nel procedimento dinanzi alla Corte fanno valere, in sostanza, che le società figlie di società madri nazionali e le società figlie di società madri estere non sono paragonabili tout court. Le società madri con sede all'estero, infatti, non sarebbero soggette esclusivamente alla potestà tributaria dello Stato finlandese: quest'ultimo non potrebbe pertanto essere ritenuto responsabile della disparità d'imposizione derivante dall'esercizio parallelo di molteplici potestà tributarie. Con tale argomentazione gli Stati membri mirano a sottrarre un'imposizione dei gruppi transfrontalieri conforme al diritto tributario internazionale dall'ambito di applicazione delle libertà fondamentali.

27. Questo approccio non può essere condiviso. Esso contraddice l'essenza fondamentale della libertà di stabilimento quale divieto di ogni forma di restrizione e discriminazione. La libertà di stabilimento richiede in quanto tale proprio il confronto fra una fattispecie meramente interna e una fattispecie transfrontaliera e, qualora venga accertata una disparità di trattamento, esige che questa sia giustificata. Pertanto, nell'ambito d'applicazione della libertà di stabilimento, proprio la transnazionalità in quanto

tale non può essere considerata come un elemento ostativo alla confrontabilità delle fattispecie. Conseguentemente, neppure la circostanza — necessariamente correlata al carattere transnazionale — che una situazione soggiaccia a diversi poteri sovrani può portare a ritenere che la disparità di trattamento non necessiti affatto di giustificazione.

28. Conformemente a ciò, la Corte di giustizia, nella causa Marks & Spencer, ha statuito che «nel diritto tributario la residenza del contribuente può rappresentare un fattore che può giustificare norme nazionali che comportano un diverso trattamento tra contribuenti residenti e non residenti. Tuttavia, la residenza non è sempre un fattore giustificato di distinzione. Infatti, ammettere che lo Stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro Stato membro svuoterebbe di contenuto l'art. 43 CE» [14].

29. Il governo del Regno Unito sostiene la tesi della non confrontabilità dei gruppi societari interni e di quelli transfrontalieri rinviando anche alla sentenza Schempp [15]. Tale causa verteva sulla deducibilità fiscale degli assegni alimentari versati dal sig. Schempp alla ex moglie. Secondo la normativa tedesca applicabile, il coniuge erogante l'assegno alimentare avrebbe potuto dedurre quanto corrisposto se le prestazioni fossero state imponibili per il coniuge beneficiario, come lo sarebbero state in Germania. Per contro, prestazioni di questo tipo non erano imponibili in Austria, Stato dove viveva l'ex moglie del sig. Schempp.

30. La Corte di giustizia ha stabilito che non vi è trattamento discriminatorio contrario all'art. 12 nel caso in cui al sig. Schempp venga impedito di dedurre le prestazioni corrisposte a favore della moglie in Austria. Infatti, l'addotta disparità di trattamento deriva in realtà dal fatto che il regime tributario applicabile agli assegni alimentari nello Stato membro di residenza dell'ex moglie del sig. Schempp è diverso da quello adottato dallo Stato membro in cui egli risiede [16].

31. Per contro, la controversa normativa finlandese sugli aiuti finanziari intragruppo non attribuisce rilievo al trattamento fiscale delle somme erogate applicato nello Stato in cui la società beneficiaria ha sede. Piuttosto, sono in partenza considerati deducibili solo gli aiuti finanziari intragruppo corrisposti a favore di consociate di gruppo con sede nel territorio nazionale. Non costituisce oggetto del presente procedimento la questione di come dovrebbe essere valutata una normativa nazionale che attribuisse rilievo non alla sede della società beneficiaria, bensì alla tassabilità di analoghi trasferimenti nello Stato della sede di tale società.

14 — Sentenza Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punto 37), con rinvio alla sentenza 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia (Racc. pag. 273, punto 18) — «avoir fiscal».

15 — Sentenza 12 luglio 2005, causa C-403/03, Schempp (Racc. pag. I-6421).

16 — Sentenza Schempp (cit. alla nota 15, punto 32).

B — *Giustificazione della limitazione*

32. Una restrizione della libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto qualora per il suo tramite si persegua uno scopo legittimo compatibile con il Trattato CE ed essa sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. In tale ipotesi la sua applicazione dev'essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo [17]. Essa, inoltre, dev'essere proporzionata in senso stretto.

33. I governi intervenuti e la Commissione adducono una serie di motivi di giustificazione. Malgrado la diversità nel dettaglio delle terminologie e delle qualificazioni giuridiche utilizzate, è possibile enucleare in sostanza i seguenti argomenti di segno contrario ad un'estensione della deduzione degli aiuti finanziari intragruppo a società con sede in un altro Stato membro.

— È conforme al principio di coerenza o simmetria fiscale che la deduzione sia concessa in Finlandia solo se il fisco finlandese ha allo stesso tempo il diritto di tassare i redditi in capo alla società beneficiaria.

— Le imprese potrebbero scegliere liberamente in quale Stato desiderano che i redditi siano tassati, con la conseguenza che verrebbe elusa la ripartizione del potere impositivo fra gli Stati membri.

— Dal momento che non è sicuro che i trasferimenti vengano effettivamente tassati in capo alla società beneficiaria all'estero, vi potrebbero essere casi in cui i redditi sarebbero completamente sottratti all'imposizione fiscale (doppia immunità fiscale, ovvero cosiddetti «weiße Einkünfte», redditi bianchi).

1. Coerenza del sistema fiscale

34. La Corte di giustizia ha sostanzialmente riconosciuto che la necessità di garantire la coerenza di una normativa tributaria può giustificare una limitazione dell'esercizio delle libertà fondamentali sancite dal Trattato [18]. Tuttavia, un argomento che si basi su una siffatta giustificazione può essere accolto solo se sussiste un legame diretto fra il beneficio fiscale in questione e la compensazione di detto beneficio mediante una

17 — Sentenza Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punto 35); sentenze 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura Participations e Singer (Racc. pag. I-2471, punto 26), 11 marzo 2004, causa C-9/02, De Lasteyrie du Saillant (Racc. pag. I-2409, punto 49), e N (cit. alla nota 5, punto 40).

18 — Sentenze 28 gennaio 1992, causa C-204/90, Bachmann (Racc. pag. I-249, punto 28), e causa C-300/90, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-305, punto 21). V. anche sentenze Manninen (cit. alla nota 5, punto 42) e Keller Holding (cit. alla nota 9, punto 40).

determinata imposizione fiscale [19]. L'ulteriore presupposto per cui l'imposizione e lo sgravio fiscale devono sussistere in relazione allo stesso soggetto passivo [20] sembra essere stata abbandonata dalla Corte di giustizia nella sentenza Manninen [21].

35. In pratica la Corte di giustizia ha subordinato la giustificazione di un regime tributario nazionale applicabile esclusivamente a fattispecie interne alla condizione che tale limitazione sia indispensabile per preservare la coerenza e che non vi sia una immotivata disparità di trattamento fra fattispecie nazionali ed estere [22]. Infatti, come l'avvocato generale Poiares Maduro ha giustamente evidenziato nelle sue conclusioni nella causa Marks & Spencer, il rispetto della coerenza del sistema fiscale nazionale serve a preservare l'integrità dei regimi in questione, la cui organizzazione è riservata alla competenza degli Stati membri, a condizione che essi non pregiudichino in misura non necessaria il mercato interno [23].

36. Qualora i contribuenti che si siano avvalsi delle proprie libertà fondamentali si trovino in una situazione paragonabile a quella dei contribuenti che sono agevolati dal regime tributario nazionale, la normativa nazionale deve essere applicata anche ai casi presentanti carattere transfrontaliero, qualora ciò non infici la coerenza del sistema fiscale nazionale. Ciò è imposto dall'obbligo di parità di trattamento derivante dalla libertà di stabilimento [24].

37. In tale contesto, il punto di partenza per la verifica del principio di parità di trattamento è costituito dallo scopo perseguito mediante la normativa nazionale [25]. Non è dunque giustificata una misura quando lo scopo perseguito mediante la normativa può essere conseguito anche senza trattare in modo differente fattispecie nazionali e transfrontaliere o quando un trattamento meno nettamente sperequativo può far ugualmente conseguire lo scopo.

38. La finalità che si intende conseguire con la legge sugli aiuti finanziari intragruppo consiste nel considerare un gruppo societario alla stregua di un'unità economica e dunque nell'equiparare un gruppo composto da società madri e figlie ad un'impresa avente

19 — Sentenza 14 novembre 1995, causa C-484/93, Svensson e Gustavsson (Racc. pag. I-3955, punto 18), e ICI (cit. alla nota 12, punto 29). Sentenze Manninen (cit. alla nota 5, punto 42) e Keller Holding (cit. alla nota 9, punto 40).

20 — Per una critica della precedente giurisprudenza, si vedano le conclusioni da me presentate il 18 marzo 2004 nella causa Manninen (cit. alla nota 5, paragrafi 53 e segg.).

21 — Queste valutazioni sono condivise dall'avvocato generale Geelhoed nelle sue conclusioni nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (cit. alla nota 7, paragrafo 88).

22 — V., in tal senso, sentenze Manninen (cit. alla nota 5, punti 45 e 46) e Keller Holding (cit. alla nota 9, punti 41-43).

23 — Conclusioni presentate il 7 aprile 2005 nella causa Marks & Spencer (cit. alla nota 2, paragrafo 66).

24 — Giustamente l'avvocato generale Geelhoed, nelle sue conclusioni nella causa Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (cit. alla nota 7, paragrafo 89), ha sottolineato che la Corte di giustizia, nel valutare la coerenza, ha fatto espresso riferimento ai principi fondamentali di non discriminazione.

25 — Sentenze De Lasteyrie du Saillant (cit. alla nota 17, punto 67) e Manninen (cit. alla nota 5, punto 43), nonché conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro nella causa Marks & Spencer (cit. alla nota 2, paragrafo 72).

diverse sedi stabili. La normativa, analogamente allo sgravio di gruppo (group relief) oggetto della causa Marks & Spencer, permette di compensare profitti e perdite anche quando questi siano realizzati da persone giuridiche diverse.

39. Qualora la perdita di una società non potesse essere immediatamente compensata con gli utili ad essa trasferiti da un'altra società, tali utili dovrebbero essere tassati. La perdita dell'altra società del gruppo potrebbe soltanto essere riportata ad un esercizio fiscale successivo per essere poi compensata con i profitti da quella realizzati. Mediante l'aiuto finanziario intragruppo i gruppi ottengono dunque il vantaggio di liquidità che avrebbe anche un'impresa con sedi stabili.

40. A tal fine, un aiuto finanziario intragruppo scambiato fra le società del gruppo stesso deve essere tassato una volta sola, deducendolo dal reddito imponibile della società erogante e imputandolo al reddito imponibile della società beneficiaria.

41. Riguardo all'interesse a compensare profitti e perdite delle diverse società del gruppo, i gruppi transfrontalieri si trovano sostanzialmente in una posizione analoga a quella dei gruppi composti solo da società nazionali. Pertanto, in linea di principio, l'aiuto finanziario intragruppo dovrebbe essere considerato deducibile anche quando viene concesso a consociate stabilite in un altro Stato membro.

42. Ciò sarebbe tuttavia compatibile con il sistema solo se fosse garantita la tassazione dell'aiuto in capo alla società beneficiaria. In caso contrario si avrebbe un beneficio fiscale senza corrispondenti compensazioni realizzate mediante un onere a ciò direttamente collegato.

43. I governi intervenuti sottolineano in questo contesto che lo Stato membro in cui è stabilita la società concedente non ha alcun potere di influire sull'imposizione a carico della società beneficiaria nello Stato della sede di quest'ultima. Ciò non impedirebbe però al primo Stato di vincolare la deduzione fiscale dell'aiuto alla prova che esso è effettivamente soggetto ad imposta in capo alla società beneficiaria. La normativa finlandese in questione non consente tale prova, bensì esclude in ogni caso la deducibilità degli aiuti alle società straniere. Essa pertanto eccede quanto è necessario per preservare la coerenza del sistema fiscale nazionale.

44. Contro tale conclusione non si può obiettare che in tal caso simili aiuti finanziari intragruppo non vengono più tassati in Finlandia bensì all'estero. Infatti, secondo

una costante giurisprudenza, la riduzione delle entrate tributarie non può essere considerata un motivo imperativo di interesse generale da far valere per giustificare un provvedimento che sia, in linea di principio, in contrasto con una libertà fondamentale [26]. Di conseguenza, una normativa nazionale non può essere considerata coerente per il solo fatto che impedisce la riduzione delle entrate tributarie.

45. In conclusione, la limitazione della libertà di stabilimento derivante dalla diversità di trattamento dei trasferimenti fra consociate nazionali e straniere, da un lato, e dei trasferimenti fra società nazionali, dall'altro, non risulta essere giustificata da motivi di tutela della coerenza fiscale. Resta tuttavia da verificare se subentrino altri motivi di giustificazione, in particolare la tutela della ripartizione del potere impositivo fra gli Stati membri.

2. Tutela della ripartizione del potere impositivo fra gli Stati membri

46. Nella sentenza Marks & Spencer la Corte di giustizia ha identificato tre elementi di giustificazione (éléments justificatifs), e da questi, «considerati nel loro insieme (pris ensemble)», ha desunto «che una normativa restrittiva come quella in esame nella causa principale, da un lato, persegue obiettivi legittimi compatibili con il Trattato e rientranti tra i motivi imperativi di interesse generale e, dall'altro, è idonea a garantire la realizzazione dei detti obiettivi» [27].

47. I tre elementi giustificativi riconosciuti sono:

— la tutela della ripartizione del potere impositivo fra gli Stati membri,

— il rischio di una duplice presa in considerazione delle perdite e

— il rischio di evasione fiscale.

48. Già dal passaggio della sentenza sopra riportato risulta che tutti e tre gli elementi sono intimamente connessi e non possono essere considerati isolatamente. Il nucleo centrale di tali elementi è rappresentato dalla tutela della ripartizione del potere impositivo.

26 — Sentenze Manninen (cit. alla nota 5, punto 49) e Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punto 44).

27 — Sentenza Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punto 51).

49. Come già osservato, l'applicazione delle imposte dirette è, allo stato attuale del diritto comunitario, riservata agli Stati membri [28]. In mancanza di un'armonizzazione da parte del diritto comunitario, spetta del pari agli Stati membri stabilire i criteri per la ripartizione dei loro poteri impositivi mediante la stipula di trattati contro le doppie imposizioni o attraverso misure unilaterali [29].

50. Al riguardo non è illogico che gli Stati membri, al fine di ripartire la potestà impositiva, si ispirino alla prassi internazionale ed ai modelli di convenzione elaborati dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) [30].

51. In particolare, è conforme al principio di territorialità, sancito dal diritto tributario internazionale e riconosciuto dal diritto comunitario, il fatto che lo Stato membro dove ha sede la società madre tassi le società con sede nel territorio nazionale sugli utili conseguiti a livello mondiale e le società con sede all'estero esclusivamente sugli utili ricavati dalle loro attività nel detto Stato [31].

52. Nella sentenza Marks & Spencer la Corte di giustizia ha constatato un pregiudizio per la ripartizione del potere impositivo nei seguenti termini: «(...) concedere alle società la possibilità di optare per la presa in considerazione delle loro perdite nello Stato membro in cui sono registrate o in un altro Stato membro comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che la base imponibile si troverebbe aumentata per il primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite» [32].

53. Tale considerazione si applica in modo corrispondente al caso in cui il trasferimento di utili, così come previsto dalla legge sugli aiuti finanziari intragruppo, venisse esteso fino a ricomprendere i trasferimenti finanziari transfrontalieri. Si eluderebbe del pari la ripartizione del potere impositivo secondo il principio di territorialità se i contribuenti potessero scegliere liberamente in quale Stato membro assoggettare i profitti ad imposta, con facoltà di sottrarre l'utile di una società dalla base imponibile della stessa e di includerlo nella base imponibile di una consociata stabilita in un altro Stato membro.

28 — V. supra, paragrafo 15.

29 — V. sentenze 12 maggio 1998, causa C-336/96, Gilly (Racc. pag. I-2793, punti 24 e 30); 12 dicembre 2002, causa C-385/00, De Groot (Racc. pag. I-11819, punto 93); 5 luglio 2005, causa C-376/03, D. (Racc. pag. I-5821, punti 50 e 51); 23 febbraio 2006, causa C-513/03, Van Hilten-Van der Heijden, (Racc. pag. I-1957, punto 47), e N (cit. alla nota 5, punti 43 e 44).

30 — Sentenze Futura Participations e Singer (cit. alla nota 17, punto 22), Van Hilten-Van der Heijden (cit. alla nota 29, punto 48) e N (cit. alla nota 5, punto 45).

31 — Sentenza Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punto 39). Sulla ripartizione in base al principio del reddito conseguito a livello mondiale ed al principio dello Stato fonte, v. le conclusioni presentate dall'avvocato generale Geelhoed il 23 febbraio 2006 nella causa C-374/04, Test Claimants in the ACT Group Litigation (ancora pendente dinanzi alla Corte, paragrafi 49-51).

32 — Sentenza Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punto 46).

54. Il secondo elemento di giustificazione riconosciuto nella sentenza Marks & Spencer, ossia la prevenzione del rischio di una duplice presa in considerazione delle perdite, è strettamente connesso con la ripartizione del potere impositivo.

55. La ripartizione del potere impositivo sotto i profili della territorialità (sede dell'impresa o fonte dei redditi ubicate nel territorio nazionale) ha lo scopo di conferire in via prioritaria ad uno Stato il diritto di tassare determinati redditi. Insieme alla disciplina contro le doppie imposizioni esiste dunque un sistema internazionale di competenze per l'imposizione fiscale. Esso — anche se non scevro da lacune su singoli aspetti — deve in linea di massima garantire che tutti i redditi siano veramente tassati soltanto una volta [33].

56. Qualora le perdite potessero essere compensate più volte con i profitti, questi sfuggirebbero completamente all'imposizione, pur non corrispondendo in effetti ad essi perdite ancora compensabili. Ciò sarebbe contrario ai principi ispiratori dell'imposizione unica, che costituiscono la base della ripartizione internazionale del potere impositivo.

57. Anche il riconoscimento degli aiuti finanziari intragruppo transfrontalieri potrebbe comportare una (doppia) esenzione fiscale dei profitti, qualora gli aiuti potessero essere dedotti dal reddito imponibile della società erogante pur non essendo soggetti ad imposta nel luogo dove ha sede la società beneficiaria.

58. Secondo le indicazioni del governo del Regno Unito, questo dovrebbe essere addirittura l'esito della fattispecie concreta di cui al procedimento principale. Infatti, secondo la normativa del Regno Unito, gli aiuti finanziari intragruppo non rientrano in alcun tipo di reddito imponibile e pertanto non potrebbero essere tassati in capo alla società beneficiaria AA Ltd., circostanza questa che la Oy AA invece contesta.

59. A prescindere dal trattamento concreto degli aiuti finanziari intragruppo che pervengono alle società britanniche, si deve rilevare che una normativa che dichiari in linea generale deducibili fiscalmente solo gli aiuti finanziari intragruppo fra società nazionali è in astratto idonea ad impedire la doppia immunità fiscale. Infatti, nel caso di trasferimenti meramente nazionali, uno Stato membro può in ogni caso garantire che gli aiuti siano assoggettati ad imposizione. L'ulteriore questione se la misura sotto questa forma non ecceda quanto necessario per conseguire lo scopo, necessita di un immediato chiarimento [34].

33 — Questa imposizione unica — ad esempio applicando il metodo dell'imputazione — può essere effettuata anche da due Stati secondo modalità coordinate.

34 — V. infra, paragrafo 67.

60. Anche il rischio di evasione fiscale, quale terzo elemento di giustificazione, è strettamente collegato agli altri due. Potrebbe essere considerato evasione fiscale già il semplice fatto che gli aiuti finanziari intragruppo siano concessi a società con sede in Stati membri nei quali simili trasferimenti non sono tassabili. In questi termini il detto elemento di giustificazione coincide con il secondo.

61. Nella sentenza Marks & Spencer la Corte di giustizia ha inoltre considerato come evasione fiscale l'eventualità che le imprese, spostando le perdite da paesi a bassa pressione fiscale a paesi ad alta pressione fiscale, «fuggano» nello Stato in cui le perdite hanno il valore più elevato, riducendo così al massimo la pressione fiscale. In questo senso dovrebbe essere considerato evasione fiscale anche il trasferimento mirato di redditi sotto forma di aiuti finanziari intragruppo a società stabilite in paesi a bassa pressione fiscale.

62. Impedire un siffatto tipo di «evasione fiscale», tuttavia, non è stricto sensu un motivo di giustificazione a sé stante che possa giustificare la limitazione di una libertà fondamentale. Il fatto che le imprese cerchino di trarre vantaggio dalle differenze tra i regimi tributari nazionali costituisce una forma legittima di agire economico ed è inevitabile in un mercato interno in cui la tassazione delle imprese non è armonizzata. Conseguentemente, non si può ad esempio impedire in assoluto ad un'impresa di spostare la propria sede in un altro Stato membro che offra condizioni fiscali generali più vantaggiose [35].

63. Solo quando una siffatta «ottimizzazione fiscale» mina al contempo la ripartizione del potere impositivo degli Stati membri si possono giustificare limitazioni delle libertà fondamentali.

64. Il riconoscimento della ripartizione del potere impositivo secondo il principio di territorialità quale elemento di giustificazione non è neanche in contrasto con il principio secondo cui le limitazioni delle libertà fondamentali non possono essere giustificate dall'obiettivo di evitare la riduzione delle entrate tributarie [36]. Tale principio esclude semplicemente una limitazione delle libertà fondamentali sulla base di considerazioni meramente fiscali. Tuttavia, nel presente caso la questione verte sull'interesse fondamentale a riconoscere in assoluto agli Stati membri una possibilità d'imposizione fiscale conformemente al principio di territorialità.

65. In sintesi si deve rilevare che limitare la deducibilità degli aiuti finanziari intragruppo a quelli concessi a società nazionali rappre-

35 — V., in merito alle questioni sullo «shopping fiscale» che si pongono in questo contesto, la recente sentenza N (cit. alla nota 5).

36 — Sentenze Manninen (cit. alla nota 5, punto 49) e Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punto 44).

senta uno strumento idoneo a garantire la ripartizione del potere impositivo fra gli Stati membri, ad impedire l'immunità fiscale dei redditi trasferiti e a contrastare l'evasione fiscale. Esso garantisce che i proventi realizzati da società di gruppo in Finlandia siano assoggettati ad imposta conformemente al principio di territorialità.

66. Resta da verificare se la normativa non ecceda quanto necessario per conseguire detti obiettivi e se sia stricto sensu proporzionata.

67. Se si trattasse però solo di impedire l'immunità fiscale dei profitti trasferiti e l'evasione fiscale, la limitazione generale della deducibilità degli aiuti finanziari intragruppo ai soli aiuti concessi a società nazionali sarebbe troppo ampia. Entrambi i detti obiettivi, infatti, possono essere conseguiti anche mediante una normativa meno restrittiva della libertà di stabilimento. Come già affermato, la deduzione dell'aiuto finanziario intragruppo potrebbe essere vincolata alla prova che i profitti vengono effettivamente tassati in capo alla società beneficiaria.

68. La tutela della ripartizione del potere impositivo, cui entrambi gli altri elementi di giustificazione sono direttamente connessi, non potrebbe però essere conseguita mediante una normativa nazionale meno limitativa. Una normativa secondo cui lo Stato dove ha sede la società che concede l'aiuto finanziario intragruppo deve permettere la deduzione se questo viene tassato in capo alla società beneficiaria, non escluderebbe affatto lo spostamento del potere impositivo.

69. In considerazione dei diversi interessi, una normativa come quella prevista dalla legge finlandese sugli aiuti finanziari intragruppo appare altresì proporzionata stricto sensu.

70. Nella sentenza Marks & Spencer [37] la Corte di giustizia, pur in una determinata situazione eccezionale come quella di cui alla detta controversia, ha considerato sproporzionato il mancato riconoscimento del trasferimento transfrontaliero di perdite, e precisamente nel caso in cui la controllata con sede all'estero abbia esaurito tutte le possibilità di presa in considerazione delle perdite e queste non possano più essere prese in considerazione neppure in un momento successivo. In tali circostanze, l'interesse alla tutela della ripartizione del potere impositivo cede il passo alla libertà di stabilimento e il trasferimento della perdita

37 — V. sentenza Marks & Spencer (cit. alla nota 2, punti 53-56).

alla società madre estera deve essere consentito.

71. Tuttavia, in base alle circostanze di fatto illustrate nella domanda di pronuncia pregiudiziale, non risulta che nel caso della Oy AA sussista una situazione eccezionale come quella di cui alla causa Marks & Spencer. Conseguentemente non vi sono motivi per verificare se, per ragioni di proporzionalità, sia necessario discostarsi in via eccezionale dal principio della ripartizione dei poteri impositivi.

C — *Sulla libertà di circolazione dei capitali*

72. Le disposizioni sugli aiuti finanziari intragruppo potrebbero invero essere valutate, oltre che alla luce della libertà di stabilimento, anche sulla scorta del criterio della libertà di circolazione dei capitali, sancita dagli artt. 56 CE e 58 CE. Tuttavia, prescindendo dagli ambiti di validità territoriale e temporale, che non sono pertinenti nel caso di specie, si possono applicare gli stessi principi utilizzati per la verifica della libertà di stabilimento. Conseguentemente sono giustificate anche le limitazioni alla libera circolazione dei capitali connesse alle norme sugli aiuti finanziari intragruppo, al fine di tutelare la ripartizione del potere impositivo degli Stati membri.

V — Conclusione

73. Sulla base delle precedenti considerazioni suggerisco di rispondere nel modo seguente alla questione pregiudiziale sottoposta dal Korkein hallinto-oikeus:

Gli artt. 43 CE e 48 CE, 56 CE e 58 CE, nonché la direttiva del Consiglio 90/435/CEE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, non ostano, nelle circostanze indicate nella domanda di pronuncia pregiudiziale, ad una normativa, come la normativa finlandese sugli aiuti finanziari intragruppo, la quale subordini la deducibilità dell'aiuto finanziario intragruppo in sede di imposizione alla condizione che tanto l'erogatore dell'aiuto quanto il beneficiario del medesimo siano società con sede in Finlandia.