

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO**

Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/D2 – DIRITTO TRIBUTARIO

Settore Scientifico disciplinare: IUS/12

La fiscalità delle perdite dei gruppi transfrontalieri: tra regimi nazionali e libertà di stabilimento

Presentata da: Giulia Beltramelli

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.mo Prof. A. Di Pietro

Chiar.mo Prof. A. Carinci

Esame finale anno 2015

Indice

Introduzione.....	8
-------------------	---

CAPITOLO I

UTILIZZO TERRITORIALE DELLE PERDITE NEL DIRITTO COMPARATO: EFFETTI SULLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

1.1. Le perdite nel diritto interno: il problema della territorialità della imposizione (<i>rectius</i> deduzione) alla luce della libertà di stabilimento	15
1.2. Il fattore temporale e le perdite	19
1.2.1. La compensazione verticale e orizzontale delle perdite.....	20
1.2.2. Il riporto in avanti e indietro delle perdite	23
1.3. Limitazioni alla compensazione delle perdite.....	32
1.3.1. Limitazioni soggettive: il divieto di compensazioni intersoggettive delle perdite	33
1.3.2. Limitazioni oggettive: il principio del <i>continuity of business</i>	34
1.3.3. Il riporto delle perdite nelle operazioni straordinarie.....	36
1.3.4. Compensazione delle perdite maturate da stabili organizzazioni estere.....	40
1.3.5. Le perdite delle controllate estere.....	49
1.4. L'imposizione del gruppo societario: il regime della trasparenza, del consolidato fiscale, deroghe alla considerazione monosoggettiva delle perdite.....	52
1.4.1. L'istituto dell' <i>Organschaft</i>	55
1.4.1.1. Condizioni di accesso.....	55
1.4.1.2. Conseguenze dell' <i>Organschaft</i> sulle perdite.....	57
1.4.2. Il Regno Unito: il sistema del <i>group relief</i> e le perdite.....	58

1.4.2.1.	Condizioni di accesso.....	59
1.4.2.2.	Conseguenze del <i>group relief</i> sulle perdite.....	59
1.4.3.	Il Modello della <i>tax consolidation</i>	61
1.4.3.1.	Régime du <i>bénéfice intégré</i> e le perdite.....	61
1.4.3.2.	Il regime di consolidamento spagnolo e le perdite.....	64
1.4.3.3.	Il consolidato fiscale in Italia.....	65
1.4.3.3.1.	Il consolidato nazionale: requisiti di accesso.....	66
1.4.3.3.2.	Il consolidato nazionale e le perdite.....	68
1.4.3.3.3.	Il consolidato mondiale e le perdite.....	70
1.4.4.	Risultati della disamina comparata: compensazione territoriale delle perdite <i>vs.</i> libertà di stabilimento.....	72

CAPITOLO II

LE REGOLE DI RIPARTIZIONE DEI REDDITI NEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE: EFFETTI SULLE PERDITE

2.1.	Le fonti del trattamento fiscale delle perdite estere: tra diritto comunitario e diritto internazionale.....	77
2.2.	Il principio generale di ripartizione dei redditi tra casa-madre, stabili organizzazioni e società controllate.....	80
2.3.	Modalità di determinazione del reddito della stabile organizzazione.....	82
2.4.	I sistemi contro la doppia imposizione dei redditi.....	86
2.4.1.	Il funzionamento del metodo dell'esenzione.....	87
2.4.2.	Il funzionamento del metodo del credito d'imposta.....	88
2.5.	La (mancata) rilevanza delle perdite nel Modello di Convenzione Ocse	89
2.5.1.	Il Metodo dell'esenzione: effetti sulle perdite	90
2.5.2.	Il Metodo del credito d'imposta: effetti sulle perdite	94
2.6.	La compensazione territoriale delle perdite delle controllate e la deroga prevista dai regimi di consolidamento mondiale	96
2.7.	Mancata previsione nel diritto convenzionale delle perdite e libertà di	

stabilimento.....	98
-------------------	----

CAPITOLO III

TENTAVI COMUNITARI PER RISOLVERE IL PROBLEMA DELLE PERDITE TRANSFRONTALIERE

3.1.Introduzione. Tentativi comunitari per contrastare restrizioni alla libertà di stabilimento	102
3.2. La proposta di Direttiva n. 595/90.....	103
3.2.1. Il Trattamento previsto per le perdite delle stabili organizzazioni.....	103
3.2.2. Il Trattamento previsto per le perdite delle filiali.....	105
3.3. La prima proposta per una base imponibile comune consolidata.....	106
3.4. Il sistema dell' <i>Home State Taxation</i> e le perdite.....	110
3.5. La Comunicazione del 2003: l'obiettivo rimane il consolidamento europeo dei redditi (compresi quelli di segno negativo).....	112
3.6. La Comunicazione europea n. 586/2006.....	114
3.6.1. La problematica delle perdite subite da stabili organizzazioni.....	115
3.6.2. La problematica delle perdite subite da controllate estere, i regimi dei consolidamento, le soluzioni della Commissione europea: l'introduzione di misure mirate.....	116
3.6.3. Misure mirate per la compensazione transfrontaliera delle perdite.....	117
3.6.3.1. Trasferimento definitivo della perdita (cd. trasferimento intragruppo delle perdite).....	118
3.6.3.2. Trasferimento temporaneo della perdita (cd. metodo di deduzione- reintegro).....	118
3.6.3.3. Imposizione corrente dei risultati della controllata (cd. regime degli utili consolidati)	119
3.6.4. Soluzione del caso <i>Marks & Spencer</i> : il punto di vista della Commissione europea.....	120
3.7. La Proposta di direttiva sulla <i>CCCTB</i>	120
3.7.1. Applicazione della <i>CCCTB</i> : soggetti coinvolti e conseguenze fiscali.....	122

3.7.2. Riflessi della CCCTB sulle perdite.....	124
3.7.3. Lo Stato dell'arte sulla CCCTB e l'armonizzazione fiscale.....	126

CAPITOLO IV

LA CIRCOLAZIONE DELLE PERDITE TRANSFRONTALIERE: L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DELLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

4.1. Introduzione. Mancata armonizzazione della disciplina delle perdite transfrontaliere: l'interpretazione della Corte di Giustizia alla luce del principio della libertà di stabilimento.....	129
4.2. Le origini della questione (il caso <i>Futura</i>): il trattamento fiscale delle perdite nello Stato ospitante.....	133
4.2.1. Il principio di territorialità come interpretazione isolata: prevalenza delle ragioni del Mercato interno.....	135
4.2.2. L'evoluzione del percorso giurisprudenziale: il caso <i>Philips</i>	137
4.3. Le perdite realizzate all'estero mediante stabili organizzazioni: l'interpretazione della Corte alla luce del principio della libertà di stabilimento.....	140
4.3.1. La circolazione transfrontaliera delle perdite in presenza dell'esenzione come metodo per evitare la doppia imposizione: il caso <i>Lidl</i>	142
4.3.1.1. Il percorso argomentativo sulla scia del caso <i>Marks & Spencer</i>	142
4.3.1.2. L'esigenza dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo a fronte del metodo dell'esenzione: la simmetria tra l'imposizione degli utili e la deduzione delle perdite.....	144
4.3.2. Il caso <i>Krakenheim</i> : il metodo della deduzione con successivo reintegro...	146
4.3.3. Il metodo dell'imputazione: la (non) comparabilità tra stabili organizzazioni residenti e stabili organizzazioni non residenti (il caso <i>Nordea</i>).....	149
4.4. La compatibilità con il Trattato delle disposizioni interne in materia di consolidamento delle perdite: l'estensione della tutela accordata dal diritto	

comunitario alle disposizioni discriminatorie adottate dallo Stato di provenienza.....	153
4.4.1. Il caso <i>ICI</i> : l'inadeguatezza del criterio di territorialità nel giustificare una restrizione vietata dal Trattato.....	154
4.4.2. Il caso <i>Marks & Spencer</i> , sentenza <i>leading case</i> per la compensazione delle perdite transfrontaliere.....	157
4.4.2.1. L'introduzione e l'evoluzione dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo nella giurisprudenza comunitaria.....	160
4.4.2.2. L'origine delle <i>final losses</i>	164
4.5. Il percorso interpretativo per giunger alla definizione di <i>final losses</i>	165
4.5.1. Il caso <i>Marks & Spencer II</i>	167
4.5.2. L'esclusione delle cd. <i>legal reasons</i> al fine della definitività delle perdite....	170
4.5.3. Applicazione della regola delle <i>final losses</i> alle stabili organizzazioni.....	173
4.6. Effetti della residenza delle società cd. "intermedie" sui regimi di consolidamento dei redditi	174
4.6.1. Le (possibili) giustificazioni della restrizione alla libertà di stabilimento...176	
4.6.2. Riflessi sulle discipline nazionali.....	179

CAPITOLO V

RISULTATI E PROSPETTIVE

5.1. Le perdite nella tassazione di gruppo: concorrenza fiscale <i>vs.</i> libertà di stabilimento.....	182
5.2. Il diritto tributario internazionale e le perdite: l'impossibilità di scegliere liberamente la forma di organizzazione nei mercati esteri.....	185
5.3. La risposta comunitaria al problema delle perdite transfrontaliere.....	187
5.4. Il ruolo dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo nella giurisprudenza comunitaria: il mantenimento della simmetria tra l'imponibilità degli utili e deducibilità delle perdite	187

5.5. La regola delle <i>final losses</i> : il complicato equilibrio tra territorialità dell'imposizione e libertà di stabilimento.....	191
5.6. Considerazioni in merito alla regola delle <i>final losses</i> e relativi effetti sui regimi interni di consolidamento	193
5.7. Conclusioni.....	196
Indice bibliografico.....	200

Introduzione

Dopo oltre vent'anni di mercato unico europeo, è possibile affermare che molti sono i passi compiuti in materia di armonizzazione della fiscalità diretta, e, che altri progressi sono necessari per giungere ad un mercato unico.

In conformità con il diritto europeo, gli ordinamenti nazionali hanno avvertito la necessità di considerare i gruppi di società verso uno spazio sempre più europeo¹, riconoscendo da un punto di vista fiscale la struttura del gruppo multinazionale².

E' infatti vero che gli Stati membri riconoscono la possibilità di esercitare all'estero la propria attività, è però altrettanto vero che gli stessi ordinamenti prevedono trattamenti differenziati tra società residenti e società non residenti.

I gruppi societari possono travalicare i confini nazionali, sia per il tramite di stabili organizzazioni, sia mediante società controllate non residenti, ma, una volta esercitata tale facoltà, i rapporti tra società non residenti vengono trattati in modo meno

¹ Sulle questioni di teoria generale riferibili ai gruppi, cfr. A. GIOVANNINI, *Gruppo di società e capacità contributiva*, in L. PERRONE-C. BERLIRI, a cura di, *Diritto tributario e Corte Costituzionale, Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, Napoli, 2006; F. GALLO, *I gruppi d'impresa e il fisco*, in AA.VV., *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1992; P.M. TABELLINI, *Gruppi di società nel diritto tributario*, in *Dig. Priv., Sez. comm.*, VI; Torino, 1991; G. TREMONTI, *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988; A. LOVISOLO, *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, Padova, 1985; S. LA ROSA, *I gruppi di società nel diritto tributario*, in A. PAVONE LA ROSA, a cura di, *I gruppi di società: Ricerche per uno studio critico*, Bologna, 1982.

² L'impresa multinazionale di gruppo è un'impresa giuridicamente unitaria che si estrinseca in un insieme di società aventi separata personalità giuridica, esercenti, a loro volta, autonome attività d'impresa, variamente collegate e sottoposte alla «direzione unitaria», più o meno intensa, della capogruppo. Secondo la più autorevole dottrina civilistica, l'impresa esercitata dal gruppo, rappresenta un'impresa unitaria esercitata direttamente dalle «società operative» ed indirettamente dalla «capogruppo», pur in presenza della reciproca alterità giuridica delle società componenti il gruppo, cfr. F. GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, III, *L'impresa e le società*, Bologna, 1990, p. 156. Riguardo agli aspetti fiscali, l'imputabilità delle attività economiche ad un unico soggetto non fa venire meno l'autonoma soggettività tributaria delle singole società componenti il gruppo. Di conseguenza, il gruppo di società sottoposte alle leggi tributarie dei diversi Stati di appartenenza non è oggetto di un'unitaria ed omogenea disciplina tributaria interna e convenzionale. Le singole società ed i rapporti fiscalmente rilevanti intercorrenti tra di esse sono, di volta in volta, oggetto delle norme applicabili (interne, comunitarie o pattizie), ed, in particolare, delle norme interne degli Stati di residenza delle società appartenenti gruppo, cfr. P. MASI, voce *Impresa multinazionale, i profili fiscali*, in *Enciclopedia del diritto*, 2002, Milano. Per una definizione di impresa multinazionale, ed i relativi profili fiscali, si vedano anche, E. NUZZO, *Impresa multinazionale (dir. trib.)*, in *Enc. giur.*, XVI, 1989; C. GARBARINO, *Impresa multinazionale nel diritto tributario*, in *Dig. disc. Priv., sez. comm.*, VII, 1993, p. 2576 ss.; P. MASI, *Articolazione dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985, p. 346.

favorevole rispetto a quanto previsto per i rapporti tra società residenti nel medesimo Stato membro.

Il presente lavoro intende incentrarsi su un particolare aspetto dei rapporti transnazionali, ovverosia sulla possibilità da parte della casa madre (o controllante) di riconoscere (*rectius* compensare) le perdite realizzate dalle proprie stabili organizzazioni e consociate estere.

La questione assume rilievo nel momento in cui la generalità delle discipline degli Stati membri ammette in modo, per così dire, «naturale» la compensazione delle perdite di un gruppo strutturato all'interno dei confini nazionali, rivelando una particolare diffidenza nel concedere la stessa compensazione a fronte di perdite originate all'estero³.

Si tratta di un aspetto di fondamentale importanza, nella misura in cui, la cautela manifestata degli Stati membri, si traduce inevitabilmente nella mancata circolazione delle perdite transfrontaliere.

La non considerazione delle perdite comporta una tassazione al lordo del gruppo multinazionale, per mezzo della quale, non si colpisce il reddito effettivo dei soggetti che vi appartengono. L'effetto immediato è quello di disincentivare i gruppi a travalicare i confini nazionali.

Gli Stati membri giustificano la discriminazione tra società residenti e non residenti, fondamentale, alla luce della riserva di competenza tributaria ad essi riconosciuta dall'ordinamento europeo in materia delle imposte dirette. Tale competenza ha fatto sì che gli Stati membri, liberi di definire la configurazione e l'organizzazione del proprio sistema fiscale, abbiano ripartito tra di loro il potere impositivo.

Così, nel disciplinare la tassazione di gruppo, sono state previste regole di compensazione tra utili e perdite, solo a livello nazionale.

³ Per un'approfondita disamina dei principali modelli di consolidamento, e dei relativi profili di diritto comparato, cfr. F. DAMI, *I rapporti di gruppo nel diritto tributario*, Milano, 2011, p. 94; S. MORATTI, *Il consolidato nazionale: profili di diritto comparato*, in *Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2, 2008, p. 241 ss.; M. GREGGI, *La fiscalità dei gruppi di società: profili tributari e comparati*, in *Rass. Trib.*, 2002, p. 1953 ss.

Tali considerazioni sono il frutto di una disamina di tipo comparato sulle discipline nazionali in tema di perdite. Nel primo capitolo vengono infatti esaminate e comparate le discipline della Germania, della Francia, del Regno Unito, dell'Italia e della Spagna in tema di perdite, in particolare, vengono messe in rilievo le regole per il riporto delle perdite.

La ricerca muove dalla consapevolezza che l'attuale sistema giuridico è caratterizzato dalla frammentarietà dei sistemi normativi dei diversi Paesi, e, al contempo, che dalla mancata compensazione delle perdite emerge - a livello comunitario - un problema rispetto alla capacità contributiva dei soggetti passivi.

Le perdite rappresentano il risultato negativo della gestione d'impresa, altro non sono che la risultante della prevalenza delle componenti negative rispetto a quelle attive, e si pongono come speculari agli utili⁴. Nella misura in cui l'utile è metro della capacità contributiva, ci si domanda, del pari, non lo dovrebbe essere una perdita, anche se di origine estera?

Si tratta comunque di un'accezione specificamente comunitaria di capacità contributiva, da collocare all'interno della logica economica del mercato interno, conseguentemente, da affrontare per il tramite di un approccio di analisi *overall*.

Solo il diritto europeo può rappresentare la chiave di lettura per definire il rapporto tra l'economia, orientata al superamento delle barriere segnate dai confini nazionali nell'attuazione del mercato interno, ed il diritto, legato alle singole discipline degli Stati membri, caratterizzato da una fiscalità (quindi da una compensabilità) territoriale delle perdite.

Sfruttando la forza innovatrice dei principi comunitari, la tesi si pone l'obiettivo di valutare se esiste una sorta di supremazia fiscale degli Stati membri, che presuppone la simmetria tra il diritto di imposizione degli utili e la facoltà di deduzione delle perdite, o, se possa prevalere invece l'obiettivo di un mercato interno.

⁴ In argomento, cfr. A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, V, Dir. Prat. Trib., 2014, p. 855 ss.; G. ZIZZO, *Considerazioni sistemiche in tema di utilizzo delle perdite fiscali*, in Rass. Trib., 2008, pag. 930; A. GIOVANARDI, *Il riporto delle perdite*, in *Giurisprudenza sistemica di diritto tributario. Imposta sul reddito delle persone giuridiche* (a cura di) F. Tesauro, Torino, 1996, p. 186.

In altre parole, l'intento della ricerca è quello di esaminare il tema della circolazione delle perdite transfrontaliere in modo da conciliare il principio della libertà di stabilimento con la tutela degli interessi dei singoli Stati membri.

Quello delle perdite transfrontaliere è un tema che non viene disciplinato a livello interno, dalle singole discipline degli Stati membri, ma, neanche a livello internazionale, dato che qui l'obiettivo è stato quello di contrastare fenomeni di doppia imposizione⁵.

Limitato all'allocatione di redditi di segno positivo, il Modello di Convenzione Ocse ha comunque avuto effetti anche per i redditi di segno negativo; tali effetti costituiscono l'oggetto del secondo capitolo. Anche in tale sede sono emerse alcune problematiche dovute alla differenza di regole per la misurazione del reddito tra Stato della fonte e Stato di residenza. Inoltre, si è rilevato un trattamento differenziato per le perdite realizzate da sedi stabili rispetto a quello applicabile alle perdite realizzate da società controllate non residenti.

Non è un caso, quindi, che i tentativi promossi in sede comunitaria per giungere ad una disciplina generale sulla circolazione transfrontaliera delle perdite, siano stati molteplici. Tali interventi costituiscono l'oggetto del terzo capitolo.

La consapevolezza comunitaria del problema delle perdite, in termini di ostacolo fiscale alla realizzazione del mercato interno, risale a molti anni fa, sin dal lontano anno 1929, come emerge dal *"Questionario sulle regole di ripartizione applicabili agli utili o al capitale delle imprese che svolgono la loro attività in paesi diversi"*. Successivamente, negli anni novanta la Commissione ha adottato una proposta di Direttiva (n. 595/90) sulla contabilizzazione delle perdite subite dalle stabili organizzazioni e dalle affiliate situate

⁵ Per una definizione del concetto di doppia imposizione, cfr. A. FANTOZZI, K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, in Dig. disc. Priv., sez. comm., V, 1990, p. 181 ss.; per una disamina delle finalità, della struttura e della natura delle disposizioni contenute nel Modello Ocse di Convenzione, cfr. V. UCKMAR, *L'eliminazione delle doppie imposizioni e le disposizioni speciali nel modello OCSE*, in V. UCKMAR,, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DA VIMERCATE, *Diritto tributario internazionale - Manuale*, Padova, 2009, p. 97 ss.; C. SACCHETTO, voce *Diritto tributario (convenzioni internazionali)*, in Enc. dir., p. 517; L. TOSI, R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Milano, 2011, p. 7 ss.

in altri Stati membri⁶. Tale proposta, così come i successivi tentativi di armonizzazione della disciplina delle perdite, è rimasta sostanzialmente lettera morta.

Nonostante questo, va comunque ascritto alla Corte di Giustizia il ruolo di interprete del diritto europeo. La Suprema Corte, con una serie di importanti pronunce, ha infatti sindacato la compatibilità con il diritto comunitario dei vari regimi interni, fissando importanti direttive cui debbono oggi conformarsi le discipline nazionali⁷.

Malgrado la varietà delle situazioni sulle quali i giudici comunitari sono stati chiamati a pronunciarsi, riguardo alla disciplina dello Stato ospitante, come quella dello Stato di origine, nel caso si trattasse di perdite di stabili organizzazioni, come di controllate estere, il «filo conduttore» delle decisioni è sempre lo stesso, il tentativo di preservare il principio della libertà di stabilimento.

Nel verificare la compatibilità con il diritto comunitario delle diverse discipline, la Corte, in ogni occasione, ha applicato il principio della libertà di stabilimento al caso specifico, e, al contempo, ha tenuto conto del rispetto delle competenze nazionali in materia di fiscalità diretta.

Da ciò, sono scaturite singole soluzioni *case by case*, che hanno reso articolato il percorso dell'interprete per individuare quei «filoni» giurisprudenziali da cui estrapolare specifiche condizioni dalle quali dipende la circolazione transfrontaliera delle perdite.

Tale percorso viene svolto nel quarto capitolo, ove viene altresì approfondito l'oramai noto tema delle *final losses*. Trattasi di quella particolare situazione in cui la Corte ha deciso di concedere l'utilizzo transfrontaliero delle perdite. Sono infatti

⁶ COM (90) 595 finale "A propose EC Directive concerning arrangements for the taking into account, by enterprises, of the losses of their permanent establishment and subsidiaries situated in other Member States", Brussels, 24 gennaio 1991, in GUCE, C 53 del 28 febbraio 1991; in argomento, cfr. G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, in Rass. Trib., 2008, p. 1486 ss.; B. GANGEMI, *I progetti di armonizzazione all'esame del Consiglio CEE: le ritenute su interessi e royalties e le perdite transnazionali*, in Riv. Dir. Trib., I, 1993, p. 835, il quale peraltro preconizzava un iter di approvazione veloce della Direttiva proprio con riferimento alle perdite delle stabili organizzazioni.

⁷ Per una rassegna delle pronunce della Corte di Giustizia sul tema, si vedano P. MINUTOLI, *Utilizzo transfrontaliero delle perdite d'impresa: l'orientamento della Corte di giustizia*, in Rass. Trib., 2012, p. 120; F. BOSCHI, *Libertà di stabilimento e libera circolazione delle "perdite" infragruppo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in Dir. Prat. Trib., I, 2010, p. 535.

molteplici le decisioni in cui la Corte ha affermato che, laddove risulti impossibile la compensazione perdite nello Stato di residenza della stabile organizzazione o controllata estera, la limitazione consistente nel diniego al riporto delle stesse perdite in capo alla casa madre risulta sproporzionata rispetto ad obiettivi quali, la tutela di un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra Stati membri, l'esigenza di evitare il rischio di doppia deduzione delle perdite, di elusione e di evasione fiscale⁸.

Segnatamente, i giudici comunitari hanno rilevato un'eccezione, tale per cui, le perdite delle controllate estere e delle stabili organizzazioni estere che non sono state, né potranno essere, in futuro, dedotte nel rispettivo Stato di stabilimento, devono essere imputate alla casa madre per compensarle all'interno gruppo.

Il presente lavoro intende verificare se la cd. «regola» delle *final losses* rappresenti una soluzione appropriata al problema della circolazione transfrontaliera delle perdite, e, al contempo, si propone di individuare le specifiche situazioni in cui sia possibile riscontrare la presenza di *final losses*. Avvalendosi delle pronunce giurisprudenziali, nonché delle opinioni della dottrina (nazionale, ma soprattutto straniera), si intende valutare se, per provare la presenza di *final losses*, sia necessario riferirsi alle cd. *legal reasons*, quindi ad eventuali limiti temporali al riporto in avanti o indietro (cd. *carry back* e *carry forward*) delle perdite previsti nello Stato della controllata o stabile organizzazione, oppure, se rilevino le cd. *de facto reasons*, quali la liquidazione e la cessazione dell'attività sempre nello Stato ospite.

In conclusione, la tesi ha come speranza quella di portare almeno un minimo

⁸ CGE del 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, con commento di E. DELLA VALLE, *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 994; C. RICCI, *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, in *Riv. Dir. Sc. Fin.*, 2006, p. 51; M. LANG, *The Marks & Spencer Case - The Open Issues Following the ECJ's Final Word*, in *European Taxation*, 2, 2006, p. 59; D. STEVANATO, *Libertà di stabilimento e consolidato fiscale "europeo"*, in *Corr. Trib.*, 4, 2006, p. 285 ss.; A. DEIDDA, *Stabili organizzazioni e controllate UE. La normativa italiana contrasta con il diritto comunitario*, in *Fiscalità int.*, 2, 2008, 148 ss.; C. ROMANO, *La deduzione transfrontaliera delle perdite: Marks & Spencer e oltre*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 3, 2005, 191; M. RUSSO, *Tassazione di gruppo e deduzione delle perdite delle società controllate estere: un ostacolo fiscale alla libertà di stabilimento in attesa di una soluzione?*, in *Riv. Dir. Trib.*, III, 2006, p. 13 ss.; CGE del 15 maggio 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, con commento di G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum? cit.*; CGE del 21 febbraio 2013, C-123/11, *A Oy*, per la quale si consenta un rinvio al commento di G. BELTRAMELLI, *Fusioni transfrontaliere e compensazioni delle perdite: è ancora una questione di final losses*, in *Giur. Imp.*, I, 2014.

contributo per districare in chiave comunitaria le complesse problematiche connesse alla mancata armonizzazione della disciplina delle perdite transfrontaliere. Si intende quindi chiarire quali sono le circostanze che attualmente acconsentono alla circolazione transfrontaliera delle perdite e quali sono le prospettive per il futuro.

La ricerca svolta in questa sede è un paziente lavoro di ricerca ed interpretazione degli indizi che l'ordinamento europeo, e la giurisprudenza in modo particolare, offrono all'interprete.

CAPITOLO I

UTILIZZO TERRITORIALE DELLE PERDITE NEL DIRITTO COMPARATO: EFFETTI SULLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

1.1. Le perdite nel diritto interno: il problema della territorialità della imposizione (*rectius* deduzione) alla luce della libertà di stabilimento

I singoli ordinamenti nazionali, fin da principio, hanno riconosciuto un utilizzo territoriale delle perdite sulla base di una competenza esclusiva degli Stati in materia di imposte dirette, per effetto della quale, si è resa necessaria l'applicazione delle sole norme tributarie dello Stato di residenza, tanto per quanto riguarda tanto i profitti, quanto per le perdite.

Come si avrà modo di dimostrare nei successivi paragrafi, gli ordinamenti nazionali prevedono una compensazione cd. monosoggettiva delle perdite, nel senso che non acconsentono al riporto delle perdite tra un soggetto all'altro. In altre parole, i diversi Stati membri non consentono la cessione delle perdite dal soggetto che le ha sofferte ad un altro soggetto. Come non è consentito il trasferimento delle perdite, così non è autorizzato il trasferimento del loro riporto, il quale integra una posizione soggettiva connessa al calcolo dell'imponibile del soggetto che le ha prodotte⁹. Il riporto, d'altra parte, come verrà messo in luce nel successivo paragrafo, serve ad una corretta misurazione, su base pluriennale, del reddito. La sua alienazione, e lo sfruttamento nel calcolo dell'imponibile di un altro soggetto, ne tradirebbe la funzione¹⁰.

Orbene, tale impostazione viene superata nel passaggio dalla disciplina

⁹ Cfr. G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996, p. 237 e ss.

¹⁰ Cfr. F. CROVATO, *Riporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, in AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, p. 611.

«individualistica» sulle singole società alla disciplina della tassazione «collettivistica» o, se si vuole, «di gruppo». Nel quadro di quest'ultima, invero, i diversi ordinamenti hanno previsto la spendibilità delle perdite dei soggetti immessi nei diversi modelli di consolidamento in termini di immediato, integrale abbattimento del reddito complessivo di gruppo¹¹.

Alla luce di ciò, il generale divieto di compensazione intersoggettiva delle perdite viene derogato in applicazione delle regole previste dai diversi modelli di consolidamento delle perdite. Si tratta di soluzioni variabili, che divergono da Stato a Stato. Caratteristica comune di tali modelli, oltre a quella di consentire la realizzazione di un'unica base imponibile di gruppo, con la conseguente immediata rappresentazione a livello globale degli effetti prodotti dal risultato realizzato da ognuno dei soggetti coinvolti, è quella di fare emergere un principio di libera circolazione delle perdite all'interno del gruppo¹².

Si tratta però di una circolazione valevole solo a livello nazionale. Come si avrà modo di rilevare mediante una disamina di tipo comparato, ai regimi di gruppo previsti dai singoli Stati membri possono infatti partecipare solo società residenti. Conseguentemente, non viene concessa la compensazione di perdite maturate da società non residenti.

I singoli Stati giustificano la propria diffidenza nel non concedere la circolazione transfrontaliera delle perdite sulla base di una competenza tributaria nazionale. Effettivamente, le società che compongono un gruppo multinazionale sono società, non solo giuridicamente, ma anche fiscalmente distinte ed autonome rispetto alla società controllante residente¹³. Lo stesso non può dirsi per le stabili organizzazioni; trattasi

¹¹ Cfr. M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, a cura di F. Tesauro, *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, Bologna, 2007, p. 599.

¹² P. MINUTOLI, *Considerazioni sistematiche in tema di riporto delle perdite nelle operazioni straordinarie e nella tassazione consolidata*, in *Boll. Trib.*, 11, 2011, p. 832.

¹³ In tal senso, D. STEVANATO, *L'Impresa Multinazionale*, in L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato (a cura di), *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 254 ss. Le stabili organizzazioni non costituiscono invece un soggetto passivo autonomo rispetto alla casa madre, bensì semplicemente un criterio di localizzazione dei redditi comunque riferibili al soggetto non residente (la casa madre). Il trattamento perdite delle stabili organizzazioni costituisce pertanto un caso controverso, che può dipendere dal modello convenzionale

infatti di un'impresa autonoma, non anche soggetti autonomi, idonee a realizzare un reddito tassabile ovvero una perdita, suscettibili di distinta considerazione nello Stato ospitante, ma destinati a rifluire nel reddito dell'unico soggetto passivo, ossia la casa madre¹⁴.

La rilevanza delle perdite delle stabili organizzazioni dipende da soluzioni in concreto applicabili a ciascuna fattispecie in ragione delle regole impiegabili, di diritto interno, ovvero convenzionale.

Le perdite delle filiali estere rilevano ai fini fiscali nello Stato in cui le stesse risiedono, e, in base alle regole dello Stato di residenza, vengono determinate e riportate entro i confini nazionali. Sono dunque evidenti le ragioni che portano gli Stati membri a non accogliere tali perdite, si tratta infatti di perdite estere, e, come tali, a loro avviso, rilevano nel paese di residenza.

Le ragioni nazionali si aggravano in considerazione del fatto che l'accoglimento delle perdite estere si traduce in un abbattimento della base imponibile nazionale, quindi in minori entrate erariali. Si tratta per l'appunto di ragioni nazionali, finalizzate a massimizzare l'imposizione territoriale, ma che tralasciano le ragioni comunitarie, segnatamente la libertà di stabilimento.

La disciplina sancita dagli artt. 43-48 del Trattato della Comunità Europea, divenuto artt. 49-54 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora in poi TFUE), conferisce agli operatori economici la possibilità di svolgere attività commerciali in territori di Stati membri diversi da quello di origine e, la possibilità di farlo scegliendo liberamente la forma giuridica appropriata per l'esercizio di tali attività in un altro Stato membro, per il tramite di una filiale, di una succursale (o di un'agenzia).

La mancata considerazione delle perdite a livello europeo rappresenta certamente un impedimento per le imprese che intendono espandersi sui mercati esteri, anzi, quello delle perdite transnazionali, è stato definito dalla Commissione Europea come

impiegato, o dalle sole regole di diritto interno. Di questo ci si occuperà al par. 1.3.4. e nel successivo capitolo 2.

¹⁴ Così, A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, cit., p. 855.

uno dei maggiori ostacoli al conseguimento dell'obiettivo di rendere l'Europa una potenza economica competitiva nel panorama mondiale¹⁵.

Nonostante questo, gli Stati membri non intendono cedere porzioni di sovranità in tema di tassazione dei redditi importando perdite estere. Si tratta infatti di perdite che, in virtù della ripartizione del potere impositivo tra ventotto Stati membri, sono state determinate con regole di calcolo e di riporto avanti o indietro delle stesse di altri Stati membri.

La ritrosia degli Stati membri non può pertanto cedere fino a quando non venga affermata a livello europeo una disciplina generale per il riporto transfrontaliero delle perdite.

Nel frattempo, sussiste un conflitto tra società multinazionali, che intendono far valere la libertà di stabilimento, e interessi degli Stati membri, che non intendono infrangere il riparto di competenze fiscali.

Nei successivi paragrafi ci si propone di esaminare, mediante una disamina comparata, le regole disciplinanti il riporto delle perdite per comprendere se, effettivamente siano così disomogenee da impedire l'importazione di perdite estere. Non si farà invece riferimento alle regole di determinazione dei redditi (di segno negativo), sia perché, data l'ampiezza dell'argomento, non è possibile soffermarsi in questa sede su tutti gli aspetti ad esse connessi, sia perché queste possono essere eventualmente "corrette" mediante una rideterminazione degli stessi da parte dello Stato (della casa madre) che importa le perdite. Diversamente, non è possibile rettificare le regole sul riporto. Laddove l'ordinamento della casa madre preveda un limite temporale al riporto delle perdite, difficilmente acconsentirà ad importare perdite riportate senza alcun limite temporale. La stessa diffidenza potrebbe emergere laddove un ordinamento non preveda la compensazione orizzontale delle perdite, ovvero

¹⁵ Cfr. punto 5 delle conclusioni della Presidenza al Consiglio Europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000, COM (2001) 582: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo: Verso un mercato senza ostacoli fiscali – Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società; COM 2003, 726, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo: Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società – risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere.

l'utilizzo dei redditi di segno negativo per ridurre gli altri redditi del soggetto passivo realizzati nel medesimo periodo di imposta.

Nella seconda parte del capitolo, verranno presi in considerazione i modelli di consolidamento previsti dai singoli ordinamenti, in particolare, si farà riferimento ai requisiti soggettivo-territoriali per accedervi e i relativi effetti sul trattamento delle perdite.

Il fine ultimo del presente capitolo è quello di individuare quali siano effettivamente gli ostacoli alla circolazione transfrontaliera delle perdite.

1.2. Il fattore temporale e le perdite

Il reddito effettivo dell'impresa può essere misurato con certezza al termine della vita aziendale, solo in tale momento è infatti possibile rilevare se l'investimento effettuato ha prodotto «frutti», o, all'opposto, laddove non venga conservato il capitale investito, si sia risolto in una perdita¹⁶.

¹⁶ Così, F. TESAURO, *Il riporto delle perdite e la incostituzionalità della sua esclusione dall'imponibile dell'Ilor*, in Boll. Trib., 1, 1988, p. 5; sull'argomento scriveva L. EINAUDI, «La divisione del tempo in intervalli finiti, ad es., l'anno dal 1° gennaio al 31 dicembre, è artificio. Necessario, ma artificio. Supporre che la vita di un'impresa possa essere spezzata in esercizi finiti annui è supporre l'assurdo. Non si può sapere se un'impresa ha fornito ai suoi profitti ovvero perdite se non quando essa è morta e tutte le sue attività sono liquidate. Paragonando allora gli incassi e le spese, ridotti a valori attuali ad un dato momento, potremo giudicare l'esito dell'impresa. Finché essa rimane in vita ed opera, il giudizio è provvisorio. Andrà ingoiata la riserva di perdite future? Basterà a fronteggiarla? Nel dividere il tempo in intervalli annui e nel redigere conti riferiti distintamente ad ognuno di quegli intervalli, i contabili obbediscono alla necessità di orientarsi, di avere una norma per l'avvenire, di sapere se il successo arride o non all'impresa, di non sentire, nell'atto di prelevare fondi ai fini di spesa privata, rimorso di aver recato nocimento alla vita di essa. Se anche per ipotesi inverosimile, il possessore dell'impresa potesse astenersi da prelievi sino alla liquidazione finale, non potrebbe astenersene lo stato, le cui spese sono continue nel tempo e debbono essere continuamente fronteggiate da entrate ugualmente distinte nel tempo. Ma dalla necessità in cui gli uomini sono di dividere il tempo in intervalli finiti non discende la razionalità della frantumazione e dei calcoli che su questa si istituiscono. Trattasi di meri espedienti empirici, che i contabili definitivi, solo perché necessari, pretenderebbero di trasformare in regole di ragione, atte esse soltanto ad attuare la giustizia tributaria», *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1940, p. 185; nello stesso senso, P. ONIDA, ha affermato che il reddito di esercizio «invero, non si può ritenere come un risultato in se stesso economicamente compiuto, giacché la sua entità, da un lato ...si riconnette intimamente ai redditi rilevati in passati esercizi, dall'altro, ...si ricollega pure strettamente ai risultati che si rileveranno nei futuri esercizi ed alle previsioni che in di bilancio si fanno intorno alle future condizioni dell'azienda» definendo quindi il reddito di esercizio come un'entità provvisoria, astratta, ipotetica, in *Il Bilancio d'esercizio delle imprese*, Milano, 1951, p. 22; in argomento, G. ZAPPA, *La determinazione del reddito delle imprese commerciali*, Roma, 1920-1929, p. 225 ss.; F. CROVATO, *L'imputazione a periodo nelle imposte sui redditi. La pianificazione fiscale del contribuente tra competenza, cassa, e pluriennialità*, Padova, 1996, p. 9; D. STEVANATO, *Il riporto delle perdite ed elusione tributaria*, in Riv. Dir. Trib., I, 2000, p. 1138 ss.

Anche se il “vero” reddito può essere individuato solo al termine del percorso aziendale, è comunque necessario garantire all’Erario un gettito periodico, con il quale coprire le spese pubbliche. Da qui, la frammentazione in singoli periodi di imposta, necessaria ad assicurare allo Stato un prelievo «annuale»¹⁷.

I singoli esercizi, segmenti di un più lungo percorso imprenditoriale, rappresentano un dato artificiale, un mero dato convenzionale¹⁸, caratterizzato da provvisorietà ed arbitrarietà. Sennonché, per evitare una tassazione su basi meramente fittizie¹⁹, è stato introdotto negli ordinamenti dei singoli Stati membri il meccanismo del riporto delle perdite, solo così, è possibile tener conto dei risultati relativi ai diversi esercizi sociali, mediante la compensazione di utili e perdite appartenenti alla vita di un’impresa.

D’altronde, l’esigenza di assicurare un prelievo annuale all’Erario, non può condurre ad assoggettare ad imposta un reddito, inteso come incremento effettivo del patrimonio, fintanto che non venga impiegato per compensare perdite conseguite in altri periodi d’imposta²⁰; ciò significherebbe concedere l’assoluta indipendenza dei risultati di periodo, quindi ammettere una capacità contributiva di periodo, con un’imposizione fondata su basi provvisorie e arbitrarie.

Per tale ragione, i diversi Stati membri hanno introdotto il modello della cd. compensazione verticale, che comporta l’utilizzo delle perdite per diminuire il reddito tassabile di diversi periodi di imposta, mantenendo un equilibrio tra i due interessi contrapposti, quello dell’Erario, ad un prelievo periodico, quello del contribuente, ad un giusto prelievo, fondato su di un indice effettivo di forza economica²¹.

1.2.1. La compensazione verticale e orizzontale delle perdite

¹⁷ Cfr. F. TESAURO, *Il riporto delle perdite e la incostituzionalità della sua esclusione dall’imponibile dell’Ilor*, cit., p. 5.

¹⁸ G. ZIZZO, precisa che il risultato del singolo periodo è di carattere convenzionale «per il semplice fatto di riferirsi non all’intera vita del contribuente, ma, per l’appunto inevitabilmente, ad un suo segmento», in *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo di perdite fiscali*, cit. p. 929 ss.

¹⁹ Cfr. F. TESAURO, *Il riporto delle perdite e la incostituzionalità della sua esclusione dall’imponibile dell’Ilor*, cit., p. 5.

²⁰ In tal senso, C. GARBARINO, *Riporto delle perdite ed elusione*, Riv. Dir. Trib., I, 2001, p. 85 ss.

²¹ Cfr. G. ZIZZO, *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo di perdite fiscali*, cit. p. 929 ss.

La compensazione verticale è prevista dai singoli Stati membri secondo differenti forme, il riporto in avanti e il riporto all'indietro delle perdite, o solo il riporto in avanti; non solo, la compensazione verticale può anche implicare una compensazione di tipo verticale-orizzontale²². Le perdite possono infatti essere valorizzate, non solo attraverso la compensazione verticale in senso stretto, diminuendo i redditi della stessa fonte appartenenti a diversi periodi d'imposta, ma anche mediante la compensazione orizzontale²³, impiegando le perdite per ridurre i redditi realizzati dalle altre fonti nel medesimo periodo d'imposta, se riscontrabili.

Da un esame del modello inglese di compensazione delle perdite, si rileva che nel Regno Unito, una perdita di esercizio sostenuta dalla società nel singolo esercizio contabile può essere compensata con gli utili complessivi imponibili (comprese le plusvalenze) dell'esercizio, e con gli utili complessivi imponibili dell'esercizio o degli esercizi precedenti, a condizione che ricadano nei dodici mesi che terminano immediatamente prima di quello in cui si sono verificate le perdite²⁴.

Possono quindi essere compensate in senso orizzontale le perdite derivanti dalle diverse categorie di reddito: redditi commerciali, redditi immobiliari, utili derivanti da rapporti di prestito, utili derivanti da contratti derivati, utili derivanti da immobilizzazioni immateriali, utili derivanti da cessioni di *know-how* e vendita di diritti di brevetto, e redditi diversi.

In alternativa, una perdita netta può essere portata in avanti senza limiti di tempo per compensarla con i redditi futuri, ma solo se viene originata dalla stessa attività

²² Diversamente dalla compensazione verticale, che ipotizza l'utilizzo della perdita per diminuire il reddito tassabile in altri periodi d'imposta rispetto a quello di maturazione della perdita, la compensazione orizzontale consente un impiego delle perdite nel medesimo periodo di realizzo delle stesse per ridurre gli altri redditi realizzati dal soggetto passivo, cfr. A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, cit., p. 855. Per una disamina comparata sui metodi di compensazione orizzontale e verticale delle perdite, cfr. V. R. ALMENDRAL, *An Ever Different Distant Union: The Cross-Border loss Relief Conundrum in EU Law*, in *Intertax*, 10, 2010, p. 482.

²³ Cfr. A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, cit., p. 855; G. ZIZZO, *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo di perdite fiscali*, cit. p. 929 ss.

²⁴ CTA 2010, Sez. 37. Nel Regno Unito, il sistema fiscale analitico (*cd. schedular tax system*) è stata abrogato dalla CTA del 2009. Il reddito imponibile viene ora classificato, in base alla suddetta legge, mediante la natura delle categorie di reddito che lo compongono.

d'impresa²⁵. Ciò significa che una società con numerose attività o imprese può essere obbligata a tenere contabilità separate per ognuna di esse.

In Francia esiste un principio in base al quale le perdite di categoria possono essere imputate al reddito complessivo, è quindi consentita la compensazione orizzontale delle perdite, ma con alcune eccezioni, volte ad impedire la deduzione di imposte artificiali²⁶.

Anche nell'ordinamento francese, l'assoggettabilità all'imposta sul reddito delle società dipende dalla natura e dalla fonte del reddito.

In Italia, per quanto riguarda i soggetti titolari dell'imposta sulle società (cd. soggetti passivi Ires) non esiste un modello di compensabilità orizzontale, ossia di scomputabilità della perdita derivante dall'esercizio dell'attività d'impresa dal reddito complessivo, in quanto il reddito di tali soggetti è sempre unitario. Cosicché, ai sensi dell'art. 81 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (d'ora in poi Tuir), il risultato dell'attività d'impresa coincide per definizione con il reddito complessivo²⁷.

Lo stesso dicasi per l'ordinamento tedesco²⁸. I principi base per la determinazione del reddito tassabile delle società di capitali prevedono che tutti i tipi di reddito realizzati da una società di capitali sono ritenuti reddito d'impresa, sia che derivino

²⁵ CTA 2010, Sez. 45.

²⁶ Cfr. J. GROSCLAUDE, P. MARCHESSOU, *Diritto tributario francese, Le imposte-Le procedure*, traduzione a cura di E. de Mita, Milano, 2006, p. 176.

²⁷ Così, G. FRANSONI, *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite*, in Riv. Dir. Trib., 7-8, 2008, p. 652. Per il regime ordinario del reddito di impresa, è quindi prevista la sola compensazione verticale, mentre, per le imprese in contabilità semplificata, soggette all'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche (d'ora in poi Irpef), è prevista una compensazione orizzontale parziale, confinata alle perdite prodotte dai lavoratori autonomi e dai piccoli imprenditori, cfr. art. 8 Tuir. Laddove si provveda ad una compensazione secondo il modello orizzontale, non è riportabile l'eventuale eccedenza nei successivi esercizi a deduzione dei redditi della stessa natura, non è quindi consentita la compensazione verticale, cfr. P. STIZZA, *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario – Contributo allo studio*, Padova, 2012, p. 39. L'ordinamento italiano, ammette dunque, sebbene in modo parziale, la compensazione orizzontale, mentre esclude la compensazione orizzontale-verticale, in quanto consente solo la compensazione verticale in senso stretto, secondo una logica di segmentazione del reddito in «comparti autonomi procedenti su binari paralleli». La compensazione verticale delle perdite in Italia, è dunque preclusa alle perdite che sono disponibili alla compensazione orizzontale, cfr. G. ZIZZO, *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo di perdite fiscali*, cit. p. 929 ss.

²⁸ Cfr. D. BIRK, *Diritto tributario tedesco*, traduzione a cura di E. De Mita, Milano, 2006, p. 166 ss.

dalle effettive attività commerciali che dagli investimenti (dividendi, interessi, reddito da locazione)²⁹.

Da un'analisi di tipo comparato sulla disciplina delle perdite emerge come i modelli di compensazione delle stesse, in senso orizzontale o verticale in senso stretto, siano strettamente connessi alle modalità di determinazione del reddito di impresa.

Laddove la modalità di determinazione dei redditi sia unitaria, come in Italia e in Germania, non ha senso parlare di compensazione orizzontale. Diversamente, laddove gli ordinamenti distinguano le singole fonti di reddito delle società, è necessario disciplinare il metodo di compensazione dei relativi redditi, in senso verticale, e/o in senso orizzontale.

Tale divergenza provoca effetti immediati nella circolazione delle perdite. Gli Stati membri sono diffidenti ad ammettere perdite determinate con modalità del tutto differenti a quelle interne. Si pensi al caso di una disciplina come quella inglese, che distingue il reddito tra differenti categorie, limitandone una compensazione di tipo orizzontale negli esercizi futuri; siffatta disciplina diverge dalle regole di determinazione previste dagli altri ordinamenti, come quello italiano.

Pertanto, nel caso in cui un gruppo sia composto da una società inglese ed una stabile organizzazione italiana, difficilmente potrà importare perdite originate in Italia, a meno che, le stesse perdite non vengano completamente rideterminate.

1.2.2. Il riporto in avanti e indietro delle perdite

Il riporto delle perdite nei diversi periodi di imposta, cd. compensazione verticale, trova la sua origine nell'esistenza di un credito nei confronti dell'erario: nel riporto in avanti, un credito da compensare con le imposte dovute relativamente agli esercizi successivi, nel riporto all'indietro, un credito alla restituzione di imposte già versate in relazione a periodi precedenti,

²⁹ Tali principi sono esposti nella Legge sull'imposta sul reddito (Sez. 2 et seq. EstG) e nella Legge sull'imposta sul reddito delle persone giuridiche (Sez. 7 ss. KStG).

Si tratta comunque di un credito che rileva solo se, e nella misura in cui, i periodi precedenti o successivi abbiano originato, o origineranno, un debito (riferibile alla medesima imposta)³⁰.

A tal riguardo, dall'analisi comparata emerge che quasi tutte le discipline nazionali prevedono il riporto in avanti delle perdite³¹, e, al contempo, che la maggioranza degli ordinamenti non contempla il riporto all'indietro.

Ad eccezione di alcune discipline, che comunque ne limitano fortemente l'estensione temporale, il riporto delle perdite ad esercizi precedenti (cd. *loss carry back*) non è generalmente consentito da parte degli Stati membri³²: è ammesso per un anno in Germania, in Irlanda e nel Regno Unito; per tre anni nei Paesi Bassi, in Francia³³.

In Inghilterra, una perdita di esercizio sostenuta dalla società nel singolo esercizio contabile può essere compensata con gli utili complessivi imponibili (comprese le plusvalenze) dell'esercizio, e con gli utili complessivi imponibili dell'esercizio o degli esercizi precedenti, a condizione che ricadano nei dodici mesi che terminano immediatamente prima di quello in cui si sono verificate le perdite³⁴.

Una perdita sopportata negli ultimi dodici mesi dell'attività di un'impresa, può essere compensata con i redditi generati dalla stessa nei tre anni immediatamente precedenti l'ultimo anno, utilizzando, per prima, i redditi più recenti³⁵.

Il legislatore francese, nel prevedere il modello del riporto all'indietro, si è ispirato al sistema americano del *carry back*, consentendo all'impresa d'imputare le perdite agli

³⁰ Per una descrizione approfondita sul tema della compensazione delle perdite, cfr. G. ZIZZO, *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo di perdite fiscali*, cit. p. 929 ss.

³¹ Dall'allegato SEC (2006); 1960, al documento della Commissione delle Comunità europee COM (2006) 824 del 19 dicembre 2006, *Tax treatment of Losses in Cross-Border Situations* risulta che l'Estonia non prevede il riporto in avanti delle perdite.

³² Per una disamina comparata sui limiti temporali al riporto delle perdite, cfr. D. R. POST, *The Tax Treatment of Corporate Losses: A Comparative Study*, in *Intertax*, 4, 2012, p. 232 ss.

³³ Cfr. allegato SEC (2006); 1960, al documento della Commissione delle Comunità europee COM (2006) 824 del 19 dicembre 2006, *Tax treatment of Losses in Cross-Border Situations*.

³⁴ Tale riporto è possibile nei tre anni precedenti, laddove la perdita si sia originata nell'anno del decesso del contribuente, se si tratta di una perdita afferente ad un contratto di leasing nel mercato minerale, nei quindici anni precedenti, a certe condizioni e entro certi limiti, per le attività che comportano corrispettivi futuri indeterminabili, come avviene nel mercato azionario.

³⁵ Cfr. CTA 2010, Sez. 45.

utili dei tre esercizi precedenti³⁶, quindi di ridurre l'imposta sulle società francese (*l'impôt sur les sociétés*, cd. IS)³⁷.

Secondo il modello francese, la perdita deve essere imputata a partire dall'utile di esercizio più vecchio, e, così, simmetricamente, sorge un credito nei confronti dello Stato pari all'importo della perdita imputata, moltiplicata per l'aliquota dell'IS. Tale credito rappresenta un componente negativo utilizzabile per diminuire il reddito dei cinque esercizi successivi, e, conseguentemente l'IS. Nel caso in cui dovesse sussistere un'eccedenza di perdita (non utilizzata), è previsto il relativo rimborso nei sei anni successivi. Nell'attesa, la società può mobilitarlo presso un istituto bancario per ottenere liquidità.

L'intento del legislatore francese è stato quello di agevolare le imprese che si trovano in difficoltà finanziaria, per le quali, difficilmente si prospettano profitti futuri. Il modello francese scaturisce dalla consapevolezza che il metodo del riporto all'indietro si presenta meno incerto rispetto al riporto in avanti. D'altronde, come si avrà modo di esaminare nel prosieguo, il modello del *carry forward* presuppone la sussistenza di utili negli esercizi successivi.

Infine, così come il riporto a nuovo, il *carry-back* è una prerogativa del contribuente che non può essere esercitata se questi cessa la sua attività commerciale, vende le sue operazioni, prende parte a una riorganizzazione societaria (es. fusione, scissione), oppure è sottoposto ad una sentenza del tribunale che lo obbliga a liquidare le proprie attività.

Diverso il metodo di riporto all'indietro delle perdite previsto dalla Germania³⁸. In particolare, il modello tedesco prevede che le perdite possano essere compensate in parte, entro un periodo d'imposta, e, quelle che non trovano capienza entro tale limite, possono essere riportate in avanti o all'indietro in più periodi, senza limiti di tempo,

³⁶ Cfr. art. 220 quinquies CGI.

³⁷ Per una disamina completa della fiscalità francese, cfr. J. GROSCLAUDE, P. MARCHESSOU, *Diritto tributario francese, Le imposte-Le procedure*, cit., p. 242 ss.

³⁸ Per una disamina del sistema fiscale tedesco, si veda D. BIRK, *Diritto tributario tedesco*, cit., p. 166 ss.

ma con limiti quantitativi all'utilizzo in ciascun esercizio³⁹. Il riporto all'indietro delle perdite è infatti possibile fino a un limite di euro 511.500 sul periodo di imposta immediatamente precedente, superato il quale, è permesso (il riporto) in avanti senza limiti di tempo⁴⁰, ma con un ulteriore limite quantitativo pari ad 1 milione di euro. Eventuali perdite rimanenti possono essere compensate esclusivamente a fronte di un importo pari al massimo al 60 per cento del reddito netto al di sopra di tale limite⁴¹.

Le perdite che non sono compensabili all'indietro, perché non trovano capienza in redditi precedenti, per essere riportate in avanti, devono prioritariamente essere dedotte dalla categoria di reddito dalla quale sono state originate. In assenza di redditi appartenenti alla medesima categoria, le compensazioni cd. esterne (mediante redditi originati da differenti fonti) superiori a euro 51.500 sono possibili solo per metà, in modo da garantire sempre un minimo livello di prelievo.

Le previsioni di limiti quantitativi, ancora una volta, sono mirate ad assicurare comunque un livello minimo di tassazione⁴².

Il riporto delle perdite all'indietro è facoltativo. Il soggetto può comunque rinunciare, in tutto o in parte, a tale possibilità di riporto, a favore del riporto in avanti, qualora ritenga più conveniente compensare le perdite con i risultati degli esercizi futuri⁴³. In particolare, una tale scelta si verificherà laddove si prevedano utili futuri superiori rispetto a quelli degli esercizi passati, e, pertanto si intenda attenuare la tassazione progressiva.

Il riporto all'indietro è caratterizzato da maggiori cautele da parte degli Stati membri rispetto a quelle che interessano il riporto in avanti, probabilmente, ciò trova una motivazione nella resistenza degli ordinamenti a restituire imposte già percepite a titolo definitivo⁴⁴.

³⁹ Cfr. 10d Einkommensteuergesetz (d'ora in poi EStG), n. 568

⁴⁰ Cfr. 10d EStG, cap. 2 che prevede una deduzione delle perdite estesa a più periodi o intertemporale.

⁴¹ Cfr. 10d EStG.

⁴² Cfr. D. BIRK, *Diritto tributario tedesco*, cit. p. 173-174.

⁴³ Cfr. 10d cap. 1 p. 7 EStG.

⁴⁴ Cfr. G. ZIZZO, *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo di perdite fiscali*, cit. p. 929 ss; F. CROVATO, *L'imputazione a periodo nelle imposte sui redditi. La pianificazione fiscale del contribuente tra competenza, cassa, e*

Il riporto delle perdite in avanti (cd. *loss carry forward*) è ammesso nella disciplina degli Stati membri per periodi variabili tra i cinque anni ad un periodo indefinito⁴⁵.

Come visto, in Germania il riporto in avanti è illimitato, anche se incontra un limite quantitativo a fronte di compensazioni orizzontali, ovverosia tra redditi provenienti da fonti differenti. In particolare, la normativa tedesca dispone che il diritto al riporto delle perdite è concesso solamente se la società è giuridicamente ed economicamente identica alla società che ha realizzato le perdite. L'identità economica viene meno laddove sia ceduta una quota di partecipazione nella società avente le perdite riportabili superiore alla metà del capitale sociale e la società stessa continua o riprende ad esercitare la propria attività con capitale investito in prevalenza nuovo⁴⁶.

In Inghilterra, le perdite possono essere utilizzate a compensazione dei redditi imponibili degli esercizi successivi senza limiti di tempo. In alternativa, le perdite di impresa possono essere compensate con il reddito e le plusvalenze del medesimo o del precedente esercizio⁴⁷.

Le perdite non inerenti alla formazione del reddito di impresa e le perdite relative al patrimonio netto non possono invece essere corrispondentemente compensate con i ricavi d'impresa, tali perdite, possono solamente essere riportate a nuovo e compensate con la medesima categoria di redditi o di plusvalenze⁴⁸.

pluriennalità, cit., p. 9; A. GIOVANARDI, *Il riporto delle perdite*, in *Giurisprudenza sistemica di diritto tributario. Imposta sul reddito delle persone giuridiche*, cit., p. 191.

⁴⁵Prevedono un termine di cinque anni, la Grecia, la Repubblica Ceca, la Lettonia, la Lituania, la Polonia e la Slovacchia, il Portogallo fissa un termine di sei anni, la Slovenia di sette, la Finlandia di dieci, la Spagna di quindici, cfr. allegato SEC (2006); 1960, al documento della Commissione delle Comunità europee COM (2006) 824 del 19 dicembre 2006, *Tax treatment of Losses in Cross-Border Situations*.

⁴⁶In particolare, non è consentito, nel modo più assoluto, un riporto a nuovo della perdita se, entro 5 anni, oltre il 50 per cento del capitale oppure della quota di partecipazione o dei diritti di voto in una società, viene trasferito direttamente o indirettamente ad un acquirente oppure ad un soggetto a questi collegato, oppure si presenta una situazione analoga. In tal caso, il riporto a nuovo della perdita viene disapplicato *pro rata* sul trasferimento delle azioni o dei diritti di voto tra il 25 per cento ed il 50 per cento entro 5 anni. Per contrastare un siffatto fenomeno di elusione fiscale, l'acquisto delle azioni da parte di un gruppo di acquirenti con interessi comuni, viene considerato come un acquisto effettuato da un singolo acquirente o da un soggetto a questi collegato, cfr. Sez. 8c KStG.

⁴⁷Per uno studio delle fiscalità del Regno Unito, cfr. G. MORSE, D. WILLIAMS, *Principles of Tax law*, London, 2006, per un approfondimento del regime delle perdite, p. 230 ss. e 286 ss.

⁴⁸Il sistema fiscale inglese prevede che in ciascun esercizio contabile, per le società, gli utili complessivi imponibili comprendono il complesso dei redditi conseguiti in quel periodo, calcolati in base alle norme

Sono previste limitazioni nel caso di un sostanziale cambiamento nella compagine azionaria unitamente ad un cambiamento significativo della dimensione della natura dell'attività svolta. Nello specifico, se nell'arco temporale di tre anni si verifica un mutamento nella titolarità diretta o indiretta della società, ovvero se le attività dell'impresa si riducono o divengono trascurabili e vi è un mutamento della titolarità, le perdite d'esercizio sopportate prima del mutamento nella titolarità non possono essere portate agli esercizi successivi al mutamento stesso, tranne quando la proprietà viene meramente trasferita tra membri di un gruppo al 75 per cento⁴⁹.

Anche in Francia, le perdite fiscali possono essere utilizzate in compensazione dei redditi imponibili degli esercizi successivi senza limiti di tempo, e, tale facoltà è soggetta ad una limitazione: le perdite non possono essere riportate in caso di cessazione dell'attività, riorganizzazione societaria e liquidazione.

L'ordinamento italiano, solo di recente, ha rimosso il tradizionale vincolo quinquennale al riporto delle perdite⁵⁰, introducendo il riporto illimitato, e, al contempo, prevedendo una limitazione di natura quantitativa all'utilizzabilità di dette perdite⁵¹.

applicabili a ciascuna categoria di reddito, con l'aggiunta delle plusvalenze e con la deduzione delle perdite riconosciute.

⁴⁹ Cfr. CTA 2010, sez. 673 ss.

⁵⁰ La *ratio* sottesa all'introduzione della limitazione temporale è stata individuata nella necessità di conferire certezza e stabilità al rapporto fra Amministrazione finanziaria e contribuente e, in particolare, nell'esigenza di impedire che si potessero utilizzare in compensazione perdite la cui esistenza effettiva non fosse più contestabile da parte dell'Amministrazione finanziaria, in quanto maturate in periodi d'imposta non più rettificabili per prescrizione dei relativi termini di accertamento. Esisteva quindi un interesse fiscale a limitare le ipotesi nelle quali, al momento dell'utilizzo, l'attività di controllo non fosse più possibile. Sicché, la dottrina più autorevole ha criticato tale limite temporale, cfr. F. TESAURO, *Il riporto delle perdite e la incostituzionalità della sua esclusione dall'imponibile dell'Ilor*, cit., p. 6; cfr. G. ZIZZO che ha rilevato che «se le perdite erano utilizzate nella dichiarazione relativa al quinto periodo successivo a quello della loro emersione, al momento della loro presentazione della dichiarazione in questione, i tempi per la rettifica di quella nella quale originariamente figuravano erano praticamente scaduti», in *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo di perdite fiscali*, cit. p. 929 ss; Cfr. F. CROVATO, ritiene che «da queste considerazioni emerge quindi che il limite quinquennale risponde ad esigenze di carattere pragmatico e non rappresenta certo un principio del sistema tributario, il cui aggiramento possa comportare elusione», *Riporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, cit., 619; in modo simile, R. LUPI, *Fondi tassati e riporto delle perdite nei conferimenti in società (in margine a risoluzione ministeriale n. 142/E del 2000)*, in *Rass. Trib.*, 2000, p. 1394 ss., D. STEVANATO, *Riporto delle perdite ed elusione*, cit., p. 1333 ss.

⁵¹ D.L. 6 luglio 2011, n. 98, recante misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria, convertito con modificazioni dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, più precisamente, l'art. 23, comma 9, di detto decreto è intervenuto sull'istituto del riporto a nuovo delle perdite d'impresa.

Il legislatore italiano, tenendo conto della crisi economica che stanno affrontando le imprese, e, del fatto che le legislazioni fiscali degli altri Stati membri ammettono il riporto illimitato, è opportunamente intervenuto sulla disciplina del riporto delle perdite.

La novità normativa, oltre a costituire una misura di sostegno alle imprese che si trovino in crisi finanziaria, è volta a contrastare le operazioni straordinarie poste in essere al fine di ottenere un cd. ringiovanimento (*refreshing*) delle perdite. Si tratta di un comportamento consistente nel far emergere redditi da compensare con perdite fiscali pregresse, altrimenti inutilizzabili allo scadere del termine per il riporto e preconstituendosi, in tal modo, maggiori costi fiscalmente riconosciuti, che andranno ad abbattere futuri redditi imponibili⁵². Tale comportamento è stato ritenuto elusivo del divieto di riporto ultraquinquennale delle perdite da parte dell'Amministrazione finanziaria⁵³.

Per garantire comunque il gettito fiscale, parallelamente alla soppressione del limite temporale del quinquennio al riporto delle perdite dei soggetti Ires⁵⁴, è stata introdotta una misura penalizzante sotto il profilo della utilizzabilità in compensazione delle perdite con i redditi imponibili, ma che realizza nell'immediato un vantaggio finanziario per l'Erario. Per le perdite diverse da quelle relative ai primi tre periodi d'imposta, che sono illimitatamente riportabili sia sotto il profilo temporale che sotto il

⁵² M. ANDRIOLA, *Limiti al "commercio delle perdite" nel passaggio dall'Irpeg all'Ires: stabilità e mutamento delle strategie di pianificazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2005, p. 792.

⁵³ Cfr. Risoluzione 142/E del 18 settembre 2010. Nella relazione illustrativa all'art. 23 del D.L. n. 98/2011 viene infatti messo in evidenza che la novità legislativa, da una parte, costituisce una misura di sostegno alle imprese che, a causa della presente crisi, si trovino ad avere consistenti volumi di perdite fiscali pregresse che potrebbero non trovare sempre assorbimento nel quinquennio, dall'altra parte, intende anche rispondere ad una esigenza di semplificazione, da un lato evitando di costringere le imprese a porre in essere operazioni straordinarie al solo scopo di ottenere un "*refresh*" delle perdite prossime alla scadenza; infine, intende limitare complessi esercizi di valutazione, da parte dell'estensore del bilancio d'impresa, circa la recuperabilità delle perdite fiscali ai fini dell'iscrizione o il mantenimento in bilancio delle imposte anticipate.

⁵⁴ La novità normativa coinvolge soltanto le società di capitali, gli enti commerciali e le stabili organizzazioni di soggetti non residenti, modificando esclusivamente l'art. 84 del Tuir, mentre non ha in alcun modo toccato l'art. 8 del Tuir che disciplina il regime delle perdite nell'ambito dell'Irpef. Sicché per le imprese individuali e le società di persone le modalità di utilizzo e riporto delle perdite rimangono immutate e, in particolare, rimane fermo il preesistente limite temporale del quinquennio al riporto.

profilo quantitativo, è stato infatti introdotto un limite di compensazione dai redditi imponibili futuri esercizi, pari all'80 per cento di questi ultimi.

Anche in Italia è prevista una norma che limita il riporto intersoggettivo delle perdite fiscali⁵⁵. Si tratta dell'art. 84, comma 3 del Tuir che⁵⁶, recependo un orientamento già codificato nelle richiamate discipline estere, subordina il diritto al riporto delle perdite alla permanenza della medesima compagine societaria di riferimento, nonché alla continuazione della medesima attività economica che ha dato origine alle perdite oggetto di riporto a nuovo.

Un simile limitazione è prevista dall'ordinamento spagnolo, ove viene applicata una restrizione delle perdite nei seguenti casi: cambiamento della maggioranza del capitale azionario (o dei diritti di partecipazione agli utili) dopo il rilevamento delle perdite; possesso da parte degli acquirenti di meno del 25 per cento del capitale azionario alla chiusura dell'esercizio finanziario in cui sono state rilevate le perdite; la società ceduta non abbia svolto alcuna attività durante i sei mesi precedenti il cambio di detenzione.

L'ordinamento spagnolo prevede che le perdite possano essere portate a nuovo per diciotto anni⁵⁷. Anche la disciplina spagnola prevede alcune limitazioni quantitative, si tratta di limitazioni della percentuale di deduzione che riguardano le aziende che presentano un fatturato elevato⁵⁸.

⁵⁵ Sull'argomento si veda R. MICHELUTTI, *Riflessioni a margine della nuova disciplina in tema di riporto di perdite*, in Riv. Dir. Trib., VI, 1998, p. 627 ss.

⁵⁶ La norma cd. antielusiva è stata introdotta dall'art. 8 del D.Lgs. n. 358, ottobre 1997. Prima dell'introduzione di tale norma, diversamente da quanto disposto negli esaminati ordinamenti tributari esteri, in Italia, data la mancanza di un espresso divieto, l'utilizzo intrasoggettivo delle perdite fiscali era da ritenersi consentito anche nelle ipotesi in cui i redditi, prodotti dallo stesso contribuente (che aveva sofferto le perdite), derivavano da attività d'impresa differenti rispetto a quella che aveva generato le perdite (ad esempio, a seguito di acquisizione di aziende o di rami di aziende). Inoltre, non assumeva rilevanza alcuna la circostanza che nel frattempo la compagine sociale del soggetto che riporta le perdite sia cambiata, cfr. M. ANDRIOLA, *Limiti al "commercio delle perdite" nel passaggio dall'Irpeg all'Ires: stabilità e mutamento delle strategie di pianificazione fiscale*, cit., p. 792.

⁵⁷ Per le società di nuova costituzione, il periodo di diciotto anni di riporto a nuovo delle perdite comincia a partire dal primo anno finanziario durante il quale si realizzano gli utili, cfr. LIS, art. 25.3. Originariamente, il periodo di riporto delle perdite era di quindici anni, poi, è stato esteso di tre anni dal Regio Decreto, Legge 9/2011 del 19 agosto 2011.

⁵⁸ Il Regio Decreto Legge 9/2011 prevede limitazioni sulla compensazione delle perdite per le aziende con fatturato superiore a 6.010.121,04 euro. Tali limitazioni sono state ulteriormente modificate dal Regio Decreto

Dalla disamina di tipo comparato, sono emersi diversi elementi sui quali si ritengono dovute alcune considerazioni.

Anzitutto, il modello del riporto all'indietro è generalmente vietato dalle discipline europee. Solo alcuni Stati, particolarmente lungimiranti, tra cui Francia, Inghilterra e Germania rappresentano un'eccezione alla regola generale del solo riporto in avanti.

L'assenza della previsione del riporto all'indietro delle perdite rappresenta un limite ad un'imposizione su basi effettive. Si pensi ad un'impresa registri un risultato positivo nei primi anni di attività e negativo negli esercizi successivi fino alla cessazione della stessa, in tal caso, in assenza del riporto all'indietro, l'impresa subirà un'imposizione a titolo definitivo per redditi realizzati nei primi anni, sebbene il risultato complessivo (rilevabile *ex post*) sia inferiore di quello assoggettato ad imposta.

Come visto, l'esclusione del riporto all'indietro delle perdite trova una motivazione nella resistenza degli ordinamenti a restituire imposte già percepite a titolo definitivo. Nell'ottica dei singoli Stati membri, ai fini del prelievo, è possibile valorizzare un risultato su base pluriennale, anche senza il riporto all'indietro, mediante il riporto in avanti.

Da un punto di vista finanziario, il riporto in avanti è però un metodo che può presentare inefficienze in particolar modo, in presenza di limiti temporali al riporto delle perdite⁵⁹. Qualora un'impresa si trovi in una situazione di crisi particolarmente aggravata, le perdite potrebbero non trovare alcuna valorizzazione nei risultati successivi alla loro origine, a maggior ragione, in presenza di limiti temporali al riporto in avanti. Nel caso in cui la stessa impresa necessiti di tempo per «uscire» dalla crisi e per riuscire a conseguire redditi di segno positivo, la presenza di un limite temporale al

Legge 20/2012 per i periodi di imposta 2012 e 2013. Conseguentemente, la compensazione delle perdite non utilizzate è limitata al 50 per cento (precedentemente 75 per cento) della base imponibile se nell'esercizio in questione il fatturato della società è tra i 20 milioni di euro e i 60 milioni di euro; ed è limitata al 25 per cento (precedentemente 50 per cento) della base imponibile se il fatturato della società supera i 60 milioni di euro.

⁵⁹ Cfr. G. ZIZZO, *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo di perdite fiscali*, cit. p. 929 ss.; F. CROVATO, *L'imputazione a periodo nelle imposte sui redditi. La pianificazione fiscale del contribuente tra competenza, cassa, e pluriennialità*, cit., p. 9; A. GIOVANARDI, *Il riporto delle perdite*, in *Giurisprudenza sistemica di diritto tributario. Imposta sul reddito delle persone giuridiche*, cit., p. 191.

riporto delle perdite si tradurrebbe in una tassazione fondata su basi meramente fittizie.

Le stesse esigenze di tipo erariale, sono quelle che hanno portato all'introduzione di limiti quantitativi alla compensazione delle perdite, presenti in diversi ordinamenti, tra cui l'Italia e la Germania. Come visto, i limiti nazionali sul riporto delle perdite, sono diretti a ottenere ad ottenere un punto di equilibrio tra attuazione di una forma impositiva che si fondi su una reale capacità contributiva, e tutela delle esigenze erariali.

Secondo tali ordinamenti, le perdite possono essere utilizzate in compensazione dei redditi imponibili dei futuri esercizi fino ad un limite massimo di questi ultimi. Pertanto, se le perdite pregresse sono inferiori a tale limite, le stesse vengono utilizzate in misura piena, se, al contrario, le perdite pregresse disponibili risultano di ammontare superiore a tale limite, la compensazione si ferma a detta soglia.

Il suddetto equilibrio è possibile laddove, pur consentendo una stabilizzazione del gettito fiscale mediante i suddetti limiti quantitativi, si realizzi un'imposizione fondata su una capacità contributiva reale. A tal proposito, le normative in questione devono far sì che l'eccedenza di perdita non compensata (in quanto superiore ad un determinato limite) non sia «perduta», ma sia riportabile in avanti, nei successivi esercizi per il relativo utilizzo. In quest'ultimo caso il soggetto passivo subisce, pertanto, un'imposizione sulla parte del proprio reddito imponibile che eccede il limite quantitativo. Ciò determina una anticipazione della tassazione, che comunque sarà recuperata nei futuri esercizi.

1.3. Limitazioni alla compensazione delle perdite

Quelle sul riporto delle perdite, sono norme che, come visto, costituiscono un correttivo alle distorsioni dovute alla convenzionale suddivisione della vita dell'impresa in intervalli di tempo definiti, trattasi di norme che possono essere strumentalizzate per conseguire illegittimi risparmi di imposta. Nella *subjecta materia* si configura pertanto un problema di elusione nei termini dell'abuso delle norme che

consentono il riporto delle perdite⁶⁰; da qui, l'introduzione di norme antiabuso previste dalle discipline dei diversi ordinamenti⁶¹.

1.3.1. Limitazioni soggettive: il divieto di compensazioni intersoggettive delle perdite

Le norme anti-abuso limitano specifiche prassi elusive, ovverosia quelle attuate mediante l'acquisizione da parte di una società con redditi elevati del controllo di una società in perdita, al fine di trasferire su di essa un'azienda con attività redditizie, in modo da compensare gli utili con le perdite.

Del resto, il riporto delle perdite è un istituto che attiene al concetto di reddito: la perdita deriva da costi inerenti riferibili al soggetto che l'ha prodotta. Pertanto, ammettere un «mercato delle perdite» significherebbe, in buona sostanza, consentire di comprare costi⁶².

Da queste considerazioni discende la presenza nei diversi ordinamenti tributari di un divieto al commercio delle perdite, con la conseguenza che una perdita d'impresa può essere compensata con utili riferibili allo stesso soggetto (cd. compensazione intrasoggettiva), ma non può essere oggetto di commercio, e quindi di cessione a un soggetto economico diverso da quello che l'ha originata (compensazione intersoggettiva).

In particolare, i diversi ordinamenti prevedono limitazioni laddove si verifichi il trasferimento del controllo della società che dispone delle perdite, in particolare, operano quando azioni o quote (generalmente nella misura del 50 per cento del capitale) vengano trasferite a terzi nell'esercizio, o in quelli precedenti nel quale avvengono le perdite⁶³.

⁶⁰ Sul tema dell'elusione come abuso di norme favorevoli, si veda F. MOSCHETTI, *Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi in tema di agevolazioni tributarie*, in *Rass. Trib.*, 1986, p. 355 ss.; S. LA ROSA, voce *Esenzione (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XV, p. 572 ss.; Id., *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, p. 1968.

⁶¹ Per un approfondimento dei fenomeni elusivi legati al riporto delle perdite, cfr. C. GARBARINO, *Riporto delle perdite ed elusione*, cit. p. 85 ss.

⁶² In tal senso, F. CROVATO, *Riporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, cit., p. 611.

⁶³ Così, C. GARBARINO, *Riporto delle perdite ed elusione*, cit. p. 85 ss.

Tali limitazioni sono previste in Germania⁶⁴, in Inghilterra, in Italia e in Spagna⁶⁵. In Francia è possibile il riporto delle perdite anche in presenza di trasferimenti azionari, a condizione che l'Amministrazione finanziaria ne rilasci un'autorizzazione.

1.3.2. Limitazioni oggettive: il principio del *continuity of business*

Per contrastare il fenomeno del commercio delle perdite, i diversi ordinamenti, non solo richiedono un'identità soggettiva tra il soggetto che ha realizzato le perdite e il soggetto che utilizza le stesse (divieto di compensazione intrasoggettiva delle perdite), ma, al contempo, richiedono di rispettare il cd. principio del *continuity of business*⁶⁶, che consiste nel limitare il riporto delle perdite all'attività economica che le ha generate. Il criterio cd. soggettivo viene quindi essere integrato da un criterio oggettivo-sostanziale, in base al quale, anche in capo al medesimo soggetto, le perdite possono essere compensate solamente con utili omogenei⁶⁷. In tal modo, le perdite possono essere compensate con utili derivanti dalla stessa attività e dallo stesso soggetto.

Nel Regno Unito, dove il reddito viene determinato per singole categorie di reddito, risulta più semplice verificare l'origine delle perdite. La normativa inglese si limita a prevedere che, se, entro un periodo di tre anni precedenti o successivi ad una acquisizione, vi è una modifica sostanziale nella natura o nella gestione dell'impresa acquistata, non è possibile il riporto delle perdite fiscali correnti⁶⁸.

Nel caso in cui l'impresa venga ceduta da una società (non collegata alla società acquirente) e, le perdite subite dalla prima possano essere riportate dalla seconda, non è consentito alla società che ha acquisito l'impresa beneficiare delle perdite. In tale ipotesi, le perdite possono essere rilevate dalla società acquirente, laddove la società venditrice trasferisca, dapprima, l'attività commerciale oggetto della vendita in una società separata, e, poi, proceda, poi, alla cessione di tale società (anziché della sola

⁶⁴ Ad esempio, in Germania, per prevenire fenomeni elusivi, l'acquisto delle azioni da parte di un gruppo di acquirenti con interessi comuni viene considerato come un acquisto effettuato da un singolo acquirente o da un soggetto a questi collegato, cfr. Sez. 8c KStG.

⁶⁵ Insieme a Belgio, Danimarca, Finlandia, Grecia, Paesi Bassi, Spagna, Svezia.

⁶⁶ In tal senso, C. GARBARINO, *Riporto delle perdite ed elusione*, cit. p. 85 ss.

⁶⁷ Il requisito oggettivo viene richiesto da Regno Unito, Italia, Francia, Germania, Belgio, Finlandia, Irlanda, Norvegia, Portogallo, Svezia.

⁶⁸ Sez. 673-676 CTA 2010.

attività d'impresa). Tuttavia, ove le passività della società venditrice non siano state trasferite insieme all'attività commerciale, il riporto delle perdite fiscali è soggetto a limitazioni⁶⁹.

Applicare il principio del *continuity of business* è più complesso per quegli ordinamenti, come quello italiano, che prevedono una determinazione del reddito di impresa di tipo unitario, poiché non è sempre facile individuare l'attività economica che ha generato perdite e, verificare se nel corso del tempo la stessa, per sua natura soggetta a modifiche nel tempo, possa considerarsi effettivamente mutata⁷⁰.

Anche per tale ragione, in Italia, oltre ad essere previsti i due principi-cardine che limitano il commercio delle perdite nel caso di mutamento della compagine societaria, ed in presenza di un mutamento dell'attività, è previsto un ulteriore terzo limite.. Con l'intento di limitare il commercio delle cd. «bare fiscali»⁷¹, il legislatore ha condizionato il riporto delle perdite al superamento di determinati indici di «vitalità economica», da verificare nel biennio precedente a quello di trasferimento la società⁷².

Dall'analisi di tipo comparata appena svolta, si rileva un principio generale, condiviso dai diversi ordinamenti, in base al quale, seppur con le descritte limitazioni, sono consentite compensazioni tra utili e perdite di uno stesso soggetto, anche se riferibili a differenti periodi d'imposta. Nei diversi ordinamenti, tali previsioni (cd. norme-base) subiscono limitazioni che conseguono, alternativamente o in combinazione, al trasferimento del controllo della società che dispone delle perdite, al difetto del requisito della continuità tra le attività della società che compensa le perdite o gli utili e le attività della società che ad essa trasferisce le perdite o gli utili.

⁶⁹ ICTA, Sez. 343.

⁷⁰ Cfr. F. CROVATO, *Riporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, cit., p. 611; sull'argomento, si veda anche M. ANDRIOLA, *Limiti al "commercio delle perdite" nel passaggio dall'Irpeg all'Ires: stabilità e mutamento delle strategie di pianificazione fiscale*, cit., p. 792.

⁷¹ Cfr. la relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 358 dell' 8 ottobre 1997.

⁷² Il riporto è consentito in presenza dei seguenti indici di vitalità economica: nel biennio precedente a quello di trasferimento la società in questione deve avere avuto un numero di dipendenti mai inferiore alle 10 unità, un ammontare di ricavi, un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori, art. 84, comma 3 del Tuir, in argomento si veda M. ANDRIOLA, *Limiti al "commercio delle perdite" nel passaggio dall'Irpeg all'Ires: stabilità e mutamento delle strategie di pianificazione fiscale*, cit., p. 792.

Ebbene, l'analisi comparata conduce alla conclusione che la *ratio* delle norme in materia di riporto delle perdite sia di consentire (pur con limitazioni) le compensazioni intrasoggettive, ma di non consentire le compensazioni intersoggettive sia nella forma che nella sostanza.

Pertanto, ciascun ordinamento applica proprie regole per limitare la compensazione intersoggettiva delle perdite. Sicché, emerge ancora una volta un contesto caratterizzato dalla coesione di regole nazionali, nel quale è impossibile individuare una definizione unitaria di perdite (e al contempo di utili) eterogenei.

Pertanto, le perdite che possono essere oggetto di compensazione in un determinato Stato membro, potrebbero non esserlo in un altro Stato, in quanto, rientranti nel concetto di perdite intersoggettive. Da qui, la costante diffidenza degli Stati membri nell'ammettere la compensazione di perdite relative a stabili organizzazioni o società controllate estere.

1.3.3. Il riporto delle perdite nelle operazioni straordinarie

In linea con il divieto generale di compensazioni intersoggettive, sono state introdotte disposizioni nazionali che limitano il riporto delle perdite in caso di fusioni, scissioni (o di trasformazioni).

Tuttavia, dall'analisi comparata emerge che vi sono Stati che, ammettono tale riporto, sottoponendolo però a limitazioni volte a scoraggiare le fattispecie elusive⁷³, mentre altri Stati negano *tout court* il riporto delle perdite conseguente da operazioni straordinarie ancorandosi ad un concetto soggettivo e restrittivo di titolarità delle perdite⁷⁴. Si tratta di ordinamenti in cui vige il cd. «principio dell'identità», in base al quale legittimato a riportare le perdite è solamente il soggetto che le ha conseguite, negandosi quindi tale facoltà in situazioni di mutamento di assetti societari.

⁷³ Trattati di Italia, Francia, Germania, Regno Unito; Belgio, Finlandia, Irlanda, Norvegia.

⁷⁴ Così, Danimarca, Lussemburgo, Grecia.

Varianti del principio di identità si verificano in Germania, ove le perdite sono riportabili a condizione che le società coinvolte nell'operazione siano «economicamente identiche», cioè svolgano la stessa attività⁷⁵.

Altrimenti, la regola generale prevista dall'ordinamento tedesco⁷⁶, secondo cui la società incorporante assume i valori registrati dalla società incorporata di cui al suo ultimo bilancio fiscale, non vale per le perdite conseguite nell'esercizio fiscale corrente o per il riporto a nuovo di residui di perdite: tali perdite non sono utilizzabili dalla società acquirente⁷⁷.

Per quanto riguarda le scissioni, vale la stessa regola. Il riporto a nuovo di una perdita della società scissa può essere ridotto in base al rapporto tra il valore equo di mercato dei beni trasferiti alla società acquirente ed il valore di mercato totale dei beni precedente la scissione⁷⁸.

In Francia, il riporto delle perdite nell'ambito delle operazioni straordinarie è sostanzialmente consentito, ma è condizionato all'ottenimento di un'autorizzazione dell'amministrazione finanziaria, per verificare l'assenza di qualsiasi intento elusivo⁷⁹.

In particolare, le perdite appartenenti alla società incorporata⁸⁰, generate precedentemente alla fusione, vengono perdute, salvo il loro trasferimento, parziale o integrale, alla società incorporante non sia autorizzato dal Ministero del Bilancio. Tale autorizzazione non è discrezionale, ma viene concessa in modo automatico nel caso in cui il trasferimento (totale o, più spesso, parziale) soddisfi le condizioni previste dalla disciplina francese⁸¹. L'operazione di riorganizzazione deve rientrare nell'ambito di applicazione del regime favorevole previsto dalla disciplina francese, e non deve essere

⁷⁵ In linea con lo stesso principio restrittivo del riporto delle perdite, in Germania il riporto non è permesso quando una società di capitali si trasforma in una società di persone o viceversa.

⁷⁶ Sez. 12 (1) in correlazione alla sez. 4 (1) UmwStG.

⁷⁷ Sez. 12(3) in combinazione con la Sez. 4(2) e (3) UmwStG.

⁷⁸ Sez. 15(3) UmwStG.

⁷⁹ La stessa autorizzazione viene richiesta in Norvegia, Portogallo, Spagna; per una disamina sulle modalità del riporto delle perdite in Portogallo e della relativa compatibilità con il diritto europeo, di consenta un rinvio a G. BELTRAMELLI, *Il sottile confine tra lecito riporto delle perdite ed elusione tributaria nelle fusioni: una questione di preponderanza dei vantaggi*, Giur. Imp., 2013.

⁸⁰ Le perdite appartenenti alla società incorporante, solitamente, non sono coinvolte, a meno che non si verifichi un sostanziale cambiamento di identità.

⁸¹ Cfr. art. 209 II CGI e anche Direttiva, BOI 13 D-2-02.

principalmente motivata da ragioni fiscali, ma giustificata da ragioni economiche. Sussistono inoltre tre condizioni cumulative riguardanti l'attività dalle quale sono scaturite le perdite: dette attività non devono essere state oggetto di alcun cambiamento significativo durante il periodo in perdita in termini di clientela, occupazione, immobilizzazioni, natura e volume di attività, tali attività devono essere svolte per almeno tre anni successivi alla fusione, tali attività non possono essere relative alla gestione di un portafoglio immobiliare e/o finanziario⁸².

Anche il Regno Unito prevede una condizione al fine di ottenere il riporto delle perdite⁸³, si tratta del possesso, da parte dell'incorporante, di una determinata percentuale di capitale azionario dell'incorporata, già prima dell'operazione straordinaria⁸⁴. In Inghilterra le fusioni (o compenetrazioni) di due imprese o società in precedenza autonome possono avvenire mediante il trasferimento dell'impresa e delle attività nette di una società ad un'altra, o mediante il trasferimento di azioni e titoli da parte dei soci di una società a quell'altra società.

Nel primo caso, il trasferimento della propria impresa (in genere, le attività nette dell'impresa, anche se può essere parziale) da parte di una società residente nel Regno Unito è considerata come una cessazione dell'impresa per la società trasferente (cd. predecessore) e l'inizio di una nuova impresa per la società trasferitaria (cd. successore). Conseguentemente a tale cessazione, qualsiasi perdita di esercizio non utilizzata dal predecessore è persa, a meno che possa essere ottenuta la deduzione della perdita finale, compensando le perdite con gli utili conseguiti nei tre esercizi precedenti.

⁸² Nel caso in cui la fusione avvenga all'interno di un gruppo di società soggetta al regime di consolidato, il trasferimento delle perdite della società assorbita dal gruppo è possibile, ma, anche in questo caso, è condizionato alla preventiva autorizzazione del Ministero del Bilancio, cfr. art. 223 (I) (6) CGI. Le autorità fiscali possono tuttavia negare tale trasferimento nei casi in cui le perdite fiscali *pre-fusione* derivino da attività di *holding* esercitata dalla società incorporata. Le autorità fiscali ritengono che la mera acquisizione e gestione di azioni (come quella esercitata dalle *holding*) non costituisce una vera e propria attività economica e, quindi, le perdite (*pre-fusione*) derivanti da tale attività non possono essere trasferite.

⁸³ Nel Regno Unito non sussiste una disciplina fiscale autonoma sulle operazioni di ristrutturazione e di liquidazione. Le conseguenze fiscali di tali operazioni sono determinate applicando i diversi Tax Acts e le altre leggi in materia, per le singole fasi di ogni transazione.

⁸⁴ Il soddisfacimento della stessa condizione vale per Finlandia e Irlanda.

Nel secondo caso, quello di fusione mediante trasferimento di azioni, in linea con la disciplina generale in tema di perdite (vista nei paragrafi precedenti), è previsto un limite al riporto in avanti delle perdite di esercizio laddove, in aggiunta al mutamento di titolarità delle azioni, si verifichi un mutamento sostanziale nella natura o nella gestione dell'impresa esercitata.

In Italia è altresì necessario rispettare determinate condizioni per consentire il riporto delle perdite nell'ambito delle fusioni e delle scissioni (fermo restando il rispetto dei limiti ex art. 84 del Tuir esaminati *supra*). Il riporto delle perdite fiscali, maturate nei periodi di imposta *ante* fusione dalle società partecipanti, è condizionato al superamento del cd. «test di operatività» basato sulla continuità di elementi ritenuti «vitali» da un punto di vista economico e imprenditoriale⁸⁵. Un'ulteriore limitazione prevede che le perdite delle società partecipanti non possano essere utilizzate in misura eccedente l'importo dei patrimoni netti, quali risultanti dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale (di cui all'art. 2502 c.c). E' inoltre precluso il riporto delle perdite fino a concorrenza dell'ammontare complessivo delle svalutazioni delle partecipazioni detenute dalla società incorporante risultante dalla fusione o dalla scissione⁸⁶.

In Spagna, per porre in essere una fusione, è necessaria la notifica al Ministero delle Finanze entro tre mesi dalla data di registrazione dell'atto (di fusione). Da ciò, il diritto dell'incorporante alla compensazione delle perdite fiscali registrate in precedenza dall'incorporata. Se prima della transazione l'incorporante deteneva una partecipazione nella cedente, la detrazione si riduce del risultato dato dalla differenza tra il capitale della cedente e il valore contabile netto della partecipazione (LIS, art. 90.3).

⁸⁵ In particolare, l'art. 172, comma 7, del Tuir prevede una limitazione riguardante l'*an* del diritto al riporto delle perdite, essenzialmente rapportata al criterio della "continuità" di elementi vitali basato sulle risultanze contabili della società della quale si vogliono riportare le perdite nell'esercizio precedente a quello in cui viene deliberata la fusione: l'ammontare di ricavi, spese sostenute per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi devono essere superiori al 40 per cento di quello risultante alla media degli ultimi due esercizi.

⁸⁶ Anche in Belgio, ai fini del riporto delle perdite, è necessario verificare l'esistenza di determinati valori di bilancio in capo all'incorporante attestanti la continuità o la vitalità.

Dall'analisi comparata, emerge come la generalità degli Stati membri preveda limitazioni al riporto delle perdite nell'ambito delle operazioni straordinarie. La fusione rende infatti formalmente intrasoggettive perdite che altrimenti sarebbero formalmente intersoggettive. Pertanto, i singoli ordinamenti, hanno previsto limitazioni alla riportabilità delle perdite della società fusa od incorporata che, pur se divenute intrasoggettive (a seguito della fusione), possano presentarsi come sostanzialmente intersoggettive ai fini del riporto in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione⁸⁷.

In conclusione, si rileva come, anche per la disciplina delle operazioni straordinarie non sussista omogeneità nel trattamento del riporto delle perdite, ma, ancora una volta, una coesione di discipline divergenti. Ciò rappresenta una criticità per i gruppi che operano su scala comunitaria e che, per motivazioni economico-imprenditoriali, intendono fondere società appartenenti a Stati membri differenti; in tal caso, le multinazionali si trovano a dover fronteggiare una serie di ostacoli fiscali derivanti dalla «convivenza» di ventotto diversi ordinamenti tributari.

1.3.4. Compensazione delle perdite maturate da stabili organizzazioni estere

Finora si è visto che i diversi ordinamenti hanno introdotto, per le perdite, discipline che consentono le compensazioni intrasoggettive, e che contrastano le compensazioni intersoggettive.

In tale contesto, assume un rilievo particolare il trattamento delle perdite di una stabile organizzazione⁸⁸. Quest'ultima non costituisce un soggetto (passivo) autonomo,

⁸⁷ C. GARBARINO, *Riporto delle perdite ed elusione*, cit. p. 85 ss.

⁸⁸ In argomento si veda E. LICCARDI- A. PISTONE, *Diritto tributario internazionale*, in A. Pistone (a cura di), *L'ordinamento tributario*, vol. III, Padova, 1986, p. 59; H. BECKER, *The Determination of Income of a Permanent Establishment or Branch*, in *Intertax*, 1989, p. 12; R.S. J. MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law: Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, in *Series on International Taxation*, n. 9, Deventer, 1989, p. 86; A.A. SKAAR, *Permanent Establishment*, Deventer-Boston, 1991, p. 9; E. NUZZO, *La tassazione del reddito delle imprese bancarie nella prospettiva dell'armonizzazione fiscale nella CEE*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 1991, p. 318.; dello stesso autore, *In tema di tassazione multinazionale*, in *Giur. Comm.*, 1992, p. 578 ss.; *Riflessioni in margine ai rapporti tra trattati contro le doppie imposizioni e talune regole impositive del diritto comunitario e del diritto interno*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993, p. 739; K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, London, 1996, p. 402; F. TUNDO, *I redditi d'impresa nel modello di convenzione OCSE*, in *AA.VV.*, *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da Uckmar, Padova, 1999, p. 314 ss.; A. M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 86; P. PISTONE, *Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice*, in *EC-Tax Review*,

ma semplicemente un criterio di localizzazione dei redditi, comunque riferibili alla casa madre; la stabile organizzazione è quindi idonea a realizzare un reddito (tassabile) ovvero una perdita (deducibile), suscettibili di distinta considerazione nello Stato ospitante ed (idealmente) destinati a rifluire nel reddito dell'unico soggetto passivo, ossia la casa madre, mediante una compensazione orizzontale.

In concreto, la rilevanza delle perdite della stabile organizzazione dipende dalle soluzioni applicabili in ragione delle regole di diritto interno e convenzionale.

Nel prosieguo verranno esaminate in modo comparato le discipline nazionali, mentre, nel secondo capitolo, verranno approfonditi gli effetti delle convenzioni sulle perdite maturate da stabili organizzazioni estere.

Tali perdite subiscono un trattamento differenziato a seconda che i singoli Stati membri prevedano la tassazione mondiale, ovvero l'imposizione territoriale dei redditi. Le perdite della stabile organizzazione assumono rilevanza tanto nello Stato ospitante quanto in quello della casa madre, laddove quest'ultimo contempra la tassazione del reddito mondiale, accordando il credito d'imposta per le imposte assolate all'estero. Viceversa, le perdite possono rimanere confinate nel solo Stato in cui ha sede la stabile organizzazione, qualora lo Stato della casa madre ricorra al meccanismo dell'esenzione. Quest'ultima non rappresenta una regola generale. I singoli ordinamenti possono applicare un trattamento differenziato agli utili ed alle perdite; in altre parole, gli Stati possono applicare il meccanismo dell'esenzione, per evitare la doppia imposizione (degli utili), alle situazioni caratterizzate dalla presenza di redditi di segno positivo. Può invece essere consentita la compensazione transfrontaliera, anche laddove venga adottato il metodo dell'esenzione.

Nell'ordinamento francese, l'imposizione è strettamente collegata al requisito della territorialità⁸⁹. Ciò comporta che vengono considerate solo le perdite (e gli utili)

2003, p. 149 ss.; A. CORDEWENER et al., *The tax treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way ahead*, in *European Taxation*, 2004, p. 135 ss. B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European Tax Law*, Deventer, 2012, p. 591 ss.

⁸⁹ Cfr. art. 209-I CGI.

direttamente legate all'attività realizzata sul territorio francese⁹⁰. In applicazione del principio di territorialità, i redditi (compresi quelli di segno negativo) di fonte estera, derivanti da attività imprenditoriali, sono esenti dall'imposta sui redditi societari, compresi quelli derivanti dalle stabili organizzazioni.

Sono previste comunque alcune eccezioni alla regola della territorialità, sia per quanto riguarda l'imposizione dei redditi⁹¹, sia per quanto riguarda l'imputazione delle perdite. Laddove vengano realizzate determinate condizioni, le aziende francesi che si qualificano come piccole e medie imprese⁹², possono detrarre dal loro reddito imponibile francese le perdite subite dalle sedi stabili (e dalle controllate) estere. Però, queste ultime devono essere stabilite in uno Stato con la Francia abbia concluso un trattato contro le doppie imposizioni, contenente una clausola di assistenza amministrativa. Tale Stato deve prevedere un sistema di imposizione analogo a quello francese. Le perdite dedotte devono essere reintegrate qualora vengano realizzati profitti esteri, fino a cinque esercizi successivi⁹³.

La giurisprudenza amministrativa ha stabilito che una società francese può, a determinate condizioni, dedurre dal reddito imponibile le perdite maturate o quelle contabilizzate a titolo di riserve relative ad anticipazioni effettuate alla propria succursale estera⁹⁴. A tal fine, è necessario che le anticipazioni siano effettuate nel corso di una relazione commerciale tra la sede centrale francese e le sue succursali estere; e che le stesse abbiano ad oggetto la continuità e lo sviluppo di un'attività esercitata in Francia dalla sede centrale, per esempio allo scopo di contribuire alla produzione di reddito imponibile in Francia.

⁹⁰ Il reddito imponibile della sede secondaria o di una stabile organizzazione francese di una società estera è computato in base alle medesime norme che regolano il computo del reddito delle società residenti cfr. artt. 39-49, 53-58, CGI.

⁹¹ Ai sensi dell' art. 209 B, CGI, una società residente può essere assoggettata ad imposta su una parte del reddito realizzato tramite una stabile organizzazione, laddove sia situata in una giurisdizione a bassa fiscalità.

⁹² Il vantaggio di tale incentivo è riservato alle aziende soggette all'imposta francese sulle società, che impiegano meno di 2.000 dipendenti, di cui non più del 25 per cento delle loro azioni è di proprietà di imprese che non rispettano gli altri due requisiti.

⁹³ Cfr. Direttiva 4 H-4-10, BOI n. 13 del 29 gennaio 2010.

⁹⁴ Si tratta della Decisione del 16 maggio 2003.

Nell'ordinamento tedesco non sono previste norme legislative che regolino l'allocazione dei redditi (e delle deduzioni) tra la sede principale e le stabili organizzazioni estere. La regola generale prevede che le perdite derivanti da una stabile organizzazione estera non siano deducibili dal reddito imponibile tedesco. Le società di capitali residenti sono soggette all'imposta sul reddito delle persone giuridiche sul loro reddito ovunque percepito (*worldwide income*). Il reddito proveniente da una stabile organizzazione estera è solitamente escluso dalla base imponibile tedesca in base a trattati fiscali.

In deroga alla regola generale, le convenzioni contro le doppie imposizioni possono prevedere il metodo del credito d'imposta. In tal caso, possono essere dedotte dal reddito tedesco le perdite di una stabile organizzazione estera operante esclusivamente in determinati settori: quelli relativi alla produzione di merci (fatta eccezione per le armi), all'estrazione di materie prime e altre attività commerciali (fatta eccezione il per le attività turistiche), alla locazione di merci e diritti⁹⁵. Tali perdite possono comunque essere compensate solo nel Paese di origine con i redditi derivanti dalle medesime attività, se non trovano capienza, possono essere riportate a nuovo per un periodo di tempo illimitato⁹⁶.

Nel Regno Unito sussiste, in linea generale, un'identità dei redditi provenienti da fonte interna da fonte estera, è infatti stato adottato un regime impositivo globale sui profitti delle società⁹⁷. Ai sensi dell'art. 8 dell'ICTA, le società stabilite nel Regno Unito versano le imposte sui loro utili a livello mondiale⁹⁸. Per evitare le doppie imposizioni, viene accordato un credito d'imposta per le imposte versate sugli utili realizzati all'estero.

⁹⁵ Sez. 2a(2) EStG.

⁹⁶ Sez. 2a(1) EStG.

⁹⁷ Sez. 5 CTA 2010.

⁹⁸ Per quanto riguarda le società non residenti, invece, sono assoggettati all'imposta sulle società nel Regno Unito solo gli utili di origine nazionale, imputabili ai profitti realizzati dai loro centri di attività stabiliti in tale Stato.

Le perdite delle sedi permanenti situate all'estero vengono pertanto integrate direttamente nella base imponibile della società madre britannica⁹⁹.

Si tratta di una regola generale che può essere derogata optando per il metodo dell'esenzione mediante le convenzioni contro le doppie imposizioni¹⁰⁰. Il metodo dell'esenzione rappresenta una deroga facoltativa che, una volta applicata, determina l'esclusione nella determinazione del reddito nazionale delle eventuali perdite subite dalla stabile organizzazione estera¹⁰¹.

In Spagna, il reddito proveniente da una stabile organizzazione all'estero di una società residente si considera realizzato direttamente da quella società ed è quindi incluso nel suo reddito imponibile. E' possibile evitare la doppia imposizione di tale reddito grazie alle disposizioni per evitare la doppia imposizione. A tal fine, due sono i metodi previsti, ovverosia l'esenzione e il metodo del credito d'imposta.

Può essere applicato il meccanismo dell'esenzione laddove il reddito realizzato tramite la stabile organizzazione sia stato effettivamente assoggettato a un'imposta simile all'imposta spagnola sui redditi societari e la stabile organizzazione non risieda in uno Stato a fiscalità privilegiata¹⁰². Tuttavia, se in precedenza la casa madre aveva

⁹⁹ Nel calcolo dell'imposta britannica dovuta sui redditi o sulle plusvalenze di fonte estera, alla società residente è consentita l'allocatione di alcune deduzioni, non direttamente attribuibili, tra le varie fonti nella maniera più favorevole al fine di assicurare il massimo importo di deduzione per il credito d'imposta estera per ogni fonte. Tali deduzioni rappresentano voci non direttamente deducibili dal computo dell'imponibile riguardo al reddito o alla plusvalenza di fonte estera (ad es. oneri afferenti al reddito, spese di direzione, disavanzi da rapporti di mutuo non commerciali e perdite di altre società del gruppo cedute alla società contribuente).

¹⁰⁰ Potrebbe anche trattarsi di un "trattato completo", ovvero di un trattato che viene stipulato tra il Regno Unito e un "territorio a trattato completo". In termini generali, si tratta di un trattato che include una disposizione di non discriminazione, segnatamente, una disposizione che prevede che la tassazione di una *permanent establishment* di uno Stato contraente non deve essere meno favorevole della tassazione imposta nell'altro Stato ad imprese che si occupano dello stesso tipo di attività.

¹⁰¹ Tali norme sono entrate in vigore il 19 luglio 2011 e si trovano nelle Sez. da 18A a 18S CTA 2009.

¹⁰² LIS, art. 22. Tale requisito non deve essere osservato se la stabile organizzazione è residente in un altro Stato membro dell'Unione europea e il contribuente dimostra che si è stabilito in tale Stato per validi motivi d'impresa e che ivi svolge un'attività economica, e, almeno l'85 per cento del reddito della stabile organizzazione deriva da attività d'impresa svolte all'estero. Lo stesso requisito è soddisfatto se la stabile organizzazione sia costituita in un Paese con il quale la Spagna ha concluso un Trattato contro la doppia imposizione nel quale sia prevista una clausola sullo scambio di informazioni (vale a dire tutti i trattati conclusi dalla Spagna). L'esenzione non è tuttavia concessa qualora le autorità finanziarie dimostrino che la stabile organizzazione svolge, all'interno dello stesso mercato, le stesse attività che, in precedenza, erano svolte da una controllata residente in Spagna.

detratto le perdite maturate dalla stabile organizzazione, l'esenzione si applica soltanto agli utili che eccedono tale detrazione.

In mancanza dei requisiti necessari per il meccanismo dell'esenzione, la doppia imposizione viene evitata tramite il metodo del credito d'imposta ordinario¹⁰³. Si tratta tuttavia di un'eccezione, infatti non sono previste specifiche disposizioni riguardanti le modalità di calcolo degli utili di una stabile organizzazione estera. Ne consegue che il reddito estero venga calcolato in base alle norme tributarie spagnole e tradotto in valuta domestica.

Anche in Italia è previsto il principio della tassazione dell'utile mondiale¹⁰⁴, con il meccanismo del credito d'imposta. Nel concetto di reddito mondiale rientra ogni singolo elemento economico riferibile all'impresa residente, anche se derivante dall'attività svolta all'estero mediante una stabile organizzazione. Dopo essere assoggettato ad imposizione nello Stato della fonte, il reddito della stabile organizzazione viene rideterminato in base alla disciplina interna¹⁰⁵. Le disposizioni fiscali estere rilevano pertanto solo indirettamente, nel senso che le stesse comportano l'applicazione di un'imposta estera da scomputare attraverso il meccanismo del credito di imposta¹⁰⁶.

La rideterminazione del reddito della stabile organizzazione comporta alcune «complicazioni» a fronte di un reddito di segno negativo. Difatti, come visto *supra*, la concreta quantificazione della perdita può differire tra l'ordinamento della stabile organizzazione e quello della casa madre. Ciò, fino al caso limite in cui una perdita della stabile organizzazione non risulta tale per lo Stato della casa madre, o viceversa¹⁰⁷.

¹⁰³ (LIS, art. 31).

¹⁰⁴ Cfr. Art. 81 del Tuir.

¹⁰⁵ Nel caso di stabili organizzazioni nel territorio italiano di una società non residente, il reddito viene determinato secondo le disposizioni applicabili per la determinazione del reddito delle società residenti (*rectius* dei soggetti passivi Ires), cfr. art. 165 del Tuir.

¹⁰⁶ Cfr. Art. 165 del Tuir, per una disamina completa i metodi di determinazione del reddito della stabile organizzazione si veda A. M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, op. cit., pag. 86.

¹⁰⁷ Rileva il problema A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, cit., p. 855; G. MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, cit., p. 33; B. GANGEMI, *I progetti di armonizzazione all'esame del Consiglio CEE: le ritenute su interessi e royalties e le perdite transnazionali*, cit., p. 838.

Nel caso in cui, quello che in un determinato Stato membro sia un reddito, una volta rideterminato secondo le regole di un altro Stato membro, potrebbe diventare inferiore o pari a zero.

In un siffatto contesto, per effetto della disciplina italiana, non viene previsto un credito d'imposta per il reddito estero, con la motivazione che non si verifica una situazione di doppia imposizione.

Si tratta però di una specifica disposizione nazionale, che non viene prevista in Germania, Francia e Spagna. In tali ordinamenti, salvo specifiche eccezioni, l'imposta estera rappresenta il carico fiscale complessivo poiché per legge interna o per convenzione il reddito di una stabile organizzazione estera viene escluso da tassazione nel Paese di residenza dell'impresa. Si tratta di un chiaro vantaggio economico¹⁰⁸.

E' anche per tale ragione che, di recente, il legislatore italiano è intervenuto con lo Schema di Decreto Legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese¹⁰⁹, ove ha previsto l'opzione per l'esenzione degli utili di una stabile.

Con il nuovo art. 168-ter del Tuir, rubricato per l'appunto "*Esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni residenti*", viene regolato il regime della cd. *branch exemption*. Il Legislatore italiano ha infatti deciso di concedere la possibilità di optare per un regime di «*esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero*» in modo da modernizzare il proprio sistema impositivo dotandolo di una disciplina facoltativa già conosciuta in altri Paesi europei¹¹⁰.

¹⁰⁸ In tal senso, S. MAYR, *Prime osservazioni sul decreto sull'internazionalizzazione delle imprese*, in Boll. Trib., 9, 2015, p. 645.

¹⁰⁹ A.S. n. 161. Lo schema di decreto legislativo è stato trasmesso dal Governo al Senato, per acquisire il prescritto parere, il 29 aprile 2015. La modifica dell'esenzione è prevista dall'art. 14 dello stesso, ed è volta ad attuare l'art. 12, lett. b) della Legge Delega dell'11 marzo 2014, n. 23 ove è stato trattato il tema della fiscalità internazionale, prevedendo, tra le altre, la revisione del regime di tassazione delle stabili organizzazioni all'estero (e di quelle di soggetti non residenti insediate in Italia), nonché del regime di rilevanza delle perdite di società del gruppo residenti all'estero.

¹¹⁰ In argomento, E. DELLA VALLE, *La nuova fiscalità cross-border per le imprese e gli investitori*, in Il fisco, 20, 2015, p. 1907 ss.

Si tratta di un regime di esenzione integrale¹¹¹; onde evitare la fruizione dell'esenzione per i redditi prodotti da alcune stabili organizzazioni e l'importazione di perdite sofferte da altre *branch*, è stato previsto il carattere irrevocabile dell'opzione da esercitarsi al momento della costituzione della prima stabile organizzazione secondo la cd. regola dell'*all in all out*¹¹².

Nel caso in cui l'impresa residente abbia in passato dedotto perdite sofferte per il tramite di una sua stabile organizzazione ed intenda ora optare per il regime di esenzione, è previsto il meccanismo cd. di *recapture* delle perdite. Viene infatti previsto il ricalcolo dei risultati reddituali della stabile organizzazione nei cinque periodi d'imposta precedenti l'esercizio dell'opzione e, laddove dalla relativa somma algebrica dovesse risultare una "perdita fiscale netta", viene previsto l'obbligo di procedere alla tassazione dei redditi prodotti successivamente. Ciò fintantoché non risulti riassorbita la predetta perdita¹¹³

Il nuovo articolo 168-ter del Tuir rappresenta sicuramente un importante passo avanti nella direzione di una maggior competitività fiscale delle imprese italiane sui mercati esteri. Tuttavia i vincoli e le limitazioni contenuti nello stesso potrebbero rischiare di compromettere il raggiungimento di tale obiettivo¹¹⁴.

Anzitutto, il principio dell'*all in all out* comporta, non solo la rinuncia definitiva all'imposizione di tutti gli utili maturati oltre confine, ma anche alla deduzione di eventuali perdite. A tal riguardo, si deve rilevare che in Italia la stabile organizzazione rappresenta la forma giuridica più adeguata per far valere immediatamente la

¹¹¹ Tale regime va applicato al risultato di periodo (reddito ovvero perdita), da determinarsi applicando i criteri di cui all'art. 152 del Tuir.

¹¹² Dal perimetro applicativo dell'esenzione sono escluse le stabili organizzazioni istituite in Stati o territori inclusi nel decreto o nel provvedimento emanato ai sensi dell'art. 167, comma 4, del Tuir o quando la stabile organizzazione è localizzata in Stati o territori diversi da quelli ivi richiamati e ricorrono congiuntamente le condizioni di cui al comma 8-bis del medesimo art. 167. In questo specifico caso rimane applicabile la disciplina cd. *CFC*, a meno che non ricorrano le esimenti previste dall'art. 167, comma 5, lettere a) o b), ovvero 8-ter del Tuir.

¹¹³ Cfr. il comma 7 dell'art. 168-ter del Tuir.

¹¹⁴ Ci si riferisce in particolare alla irrevocabilità dell'opzione e all'obbligo di esercitare l'opzione nei confronti di tutte le stabili organizzazioni.

perdita¹¹⁵.

Peraltro, il disconoscimento delle perdite per effetto dell'opzione per l'esenzione dovrà comunque «fare i conti» con la regola delle cd. *final losses*. Sono infatti diverse le occasioni in cui la Corte di Giustizia ha affermato la necessità di concedere la deducibilità transfrontaliera delle perdite a fronte delle cd. perdite definite, ovvero di quelle perdite che non possono più essere utilizzate nello stato della stabile organizzazione¹¹⁶.

Inoltre, la condizione della irrevocabilità dell'opzione presuppone una scelta per un istituto giuridico opzionale che deve valere per tutta la vita dell'impresa.

Ebbene, l'ordinamento italiano è in procinto di adottare una normativa che, date le sue stringenti limitazioni, potrebbe non apparire incentivante per i gruppi societari che operano con l'estero.

L'ordinamento tedesco non prevede specifiche norme tributarie riguardanti le modalità di calcolo degli utili di una stabile organizzazione estera, e neanche per quanto concernenti la ripartizione di reddito e detrazioni tra la sede principale e una succursale all'estero. Da tale mancanza consegue che, il reddito proveniente da una stabile organizzazione estera venga calcolato in base alle norme tributarie spagnole, poi, incluso nel reddito della casa madre. Per evitare la doppia imposizione, è possibile adottare alternativamente, il meccanismo dell'esenzione, o, del credito d'imposta¹¹⁷.

¹¹⁵ In tal senso, S. MAYR, *Prime osservazioni sul decreto sull'internazionalizzazione delle imprese*, cit., p. 645.

¹¹⁶ Laddove venga previsto il metodo dell'esenzione, le perdite, in via generale, possono essere utilizzate solo a livello territoriale. Nel caso *Lidl*, la Corte di Giustizia ha infatti affermato la legittimità di una normativa che impedisce il consolidamento di perdite maturate da stabili organizzazioni estere in presenza di una Convenzione che prevede il metodo dell'esenzione come metodo per evitare la doppia imposizione. Tuttavia, la tutela della territorialità cede nel momento in cui la stabile organizzazione estera non possa più utilizzare la perdita pregressa (in quanto *final loss*), rendendo così necessaria, quale *extrema ratio*, una sua considerazione nello Stato della casa madre. Cfr. CGE del 15 maggio 2008, C-416/06, *Lidl*, con commento di G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 ss. Per una compiuta disamina sulla giurisprudenza della Corte in tema di *final losses* si rinvia al Capitolo 4, par. 4.5.

¹¹⁷ In base all'art. 22, LIS, viene concessa l'esenzione, se il reddito realizzato tramite la stabile organizzazione è stato effettivamente assoggettato a un'imposta simile all'imposta spagnola sui redditi societari e, se la stabile organizzazione non risiede in un territorio a fiscalità privilegiata. Tale requisito non deve essere osservato se la stabile organizzazione è residente in un altro Stato dell'Unione Europea, qualora il contribuente dimostri che lo stabilimento sia dovuto allo svolgimento di una determinata attività economica, quindi sia giustificato da validi motivi imprenditoriali. Tale requisito è soddisfatto quando la stabile organizzazione è costituita in un Paese con il quale la Spagna ha concluso una convenzione in materia di imposizione dei redditi nella quale venga prevista

Laddove venga applicato il meccanismo del credito d'imposta, le perdite registrate in un determinato esercizio dalle stabili organizzazioni estere possono essere dedotte dagli utili realizzati dalla sede principale. In assenza di utili compensabili, la deduzione delle perdite è possibile successivamente, all'insorgere di redditi di segno positivo. Qualora si passi al meccanismo dell'esenzione, tale meccanismo sarà applicabile soltanto agli utili che eccedono tale deduzione.

In conclusione, si rileva come anche per il trattamento delle perdite riferibili a stabili organizzazioni estere non esista una regola generale, ma specifiche soluzioni rinvenibili, non solo dal diritto interno, ma anche dal diritto convenzionale.

Pur non dando luogo ad una compensazione intersoggettiva, gli Stati membri sono diffidenti nell'ammettere la compensazione orizzontale delle perdite tra stabile organizzazione e casa madre, soprattutto in applicazione dell'imposizione territoriale. Generalmente, la compensazione orizzontale è possibile quando si contempla la tassazione del reddito mondiale.

1.3.5. Le perdite delle controllate estere

Nel paragrafo precedente, si ha avuto modo di rilevare come il trattamento delle perdite delle stabili organizzazioni dipenda dalle regole di diritto interno, dello Stato della fonte, e dello Stato della residenza. Non trattandosi di un soggetto passivo d'imposta, bensì di un criterio di localizzazione dei redditi, la stabile organizzazione produce utili e perdite, destinati a refluire nel reddito della casa madre, senza dare luogo a compensazioni intrasoggettive. La ripartizione del potere impositivo tra i redditi (in linea teorica anche di quelli di segno negativo) della stabile organizzazione e quelli della casa madre è regolata dalle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Il trattamento fiscale delle perdite della stabile organizzazione dipende pertanto dalla combinazione di regole nazionali e convenzionali.

una clausola sullo scambio di informazioni. La concessione del metodo dell'esenzione è possibile se almeno l'85 per cento del reddito della stabile organizzazione deriva da attività d'impresa svolta all'estero, mentre, non è concesso laddove venga data dimostrazione che la stabile organizzazione svolge, nello Stato della fonte, le medesime attività precedentemente svolte da una controllata residente in Spagna. Se l'esenzione non è concessa per mancanza dei requisiti necessari, lo sgravio dalla doppia imposizione si ottiene tramite il metodo del credito d'imposta ordinario; cfr. LIS, art. 31.

Diversamente, le perdite delle controllate estere (cd. *subsidiaries*) godono di un trattamento fiscale più nitido, trattandosi di entità provviste di propria personalità giuridica e di soggettività tributaria. L'insediamento nei mercati esteri per il tramite di filiali determina un «gruppo multinazionale», quindi un soggetto economico unitario, cui sono ascrivibili le scelte imprenditoriali e gli indirizzi della gestione delle attività del gruppo, composto da società fiscalmente (e giuridicamente) distinte, quindi fiscalmente autonome rispetto alla società controllante¹¹⁸.

Le perdite delle filiali estere rilevano ai fini fiscali nello Stato in cui le stesse risiedono. Del resto, come visto nei precedenti paragrafi, dal riparto di competenze fiscali consegue l'applicazione delle sole norme tributarie dello Stato di residenza, tanto per quanto riguarda i redditi di segno positivo, quanto per quelli di segno negativo. Come già visto nei precedenti paragrafi, dalla regola del riparto di competenze consegue infatti un utilizzo territoriale delle perdite. Le perdite delle controllate non residenti, non solo vengono disciplinate, ma anche compensate nel territorio di appartenenza, salvo qualche rara eccezione prevista da singoli ordinamenti.

Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, è prevista un'eccezione alla deduzione territoriale delle perdite¹¹⁹, possono infatti essere prese in considerazione le perdite (a breve termine) delle controllate estere, se realizzate da banche e istituti finanziari¹²⁰.

Anche in Francia, il principio della territorialità, subisce un'eccezione, laddove le perdite appartengano a piccole e medie imprese¹²¹, e, vengano reintegrate, una volta che all'estero si realizzino profitti, o dopo cinque esercizi¹²².

¹¹⁸ In tal senso, D. STEVANATO, *L'Impresa Multinazionale*, in L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato (a cura di), *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 254 ss.

¹¹⁹ Sec. 8 ter (3) KStG).

¹²⁰ KStG art. 8b (7).

¹²¹ Il vantaggio di cassa connesso a tale trasferimento di perdite non deve superare euro 500.000 in un periodo di tre anni. Tali perdite sono deducibili a condizione che, almeno il 95 per cento delle azioni delle filiali siano (direttamente) di proprietà della società francese, oppure siano originate da filiali estere stabilite in uno Stato membro (o in uno Stato che abbia concluso un trattato contro le doppie imposizioni) contenente una clausola di assistenza amministrativa; dette perdite devono essere determinate con regole analoghe a quelle previste dalla disciplina francese.

¹²² Cfr. Direttiva 4 H-4-10, BOI n. 13 del 29 gennaio 2010.

Come visto nel paragrafo precedente, l'ordinamento inglese prevede un regime impositivo globale sui redditi delle società. A fronte di redditi di segno negativo, generati da filiali estere, la relativa compensazione da parte della controllante inglese è ammissibile in presenza di determinati requisiti: la controllata non residente deve avere esaurito le possibilità di far valere le perdite nel corso dell'esercizio fiscale durante il quale le perdite sono sorte, degli esercizi fiscali precedenti, e degli esercizi fiscali futuri¹²³. Il trattamento fiscale delle perdite delle filiali è stato modificato, originariamente non potevano essere compensate dalla controllante, ma, poi, a seguito della nota sentenza *Marks & Spencer*¹²⁴, di cui si tratterà ampiamente nel terzo capitolo, ne è stata ammessa la deducibilità

Tale disciplina non può essere applicata laddove i gruppi britannici optino per il regime dell'esenzione. Tale possibilità vale per tutte le imprese, ma viene limitata alle filiali situate in giurisdizioni con le quali Regno Unito ha stipulato convenzioni contro la doppia imposizione contenenti una clausola di non discriminazione. Per usufruire dell'esenzione, è necessaria la presentazione di un'apposita richiesta che, se accolta, riguarderà tutte le filiali estere (incluse quelle di futura costituzione).

Una volta optato per il regime di esenzione, così come i redditi, non rilevano le perdite ai fini dell'imposizione nel Regno Unito. Tale scelta necessita di un'attenta valutazione preventiva, in quanto può essere revocata solo in alcuni casi.

Occorre rilevare che, anche nel territorio inglese, la compensazione delle perdite transfrontaliere è limitata ad alcune rare eccezioni.

¹²³ L'articolo 118 del CTA 2010 esige che la società non residente abbia esaurito le possibilità di far valere le perdite nel corso dell'esercizio fiscale durante il quale le perdite sono sorte e degli esercizi fiscali precedenti, mentre l'articolo 119, paragrafi da 1 a 3, del CTA 2010 impone che non sussista alcuna possibilità di far valere perdite nel corso degli esercizi fiscali futuri.

¹²⁴ CGE del 13 dicembre 2005, C-446/03. L'ICTA è stato modificato con una serie di disposizioni, introdotte con la legge finanziaria del 2006 (Finance Act 2006), entrata in vigore il 1° aprile 2006, al fine di consentire, in presenza di talune condizioni, lo sgravio di gruppo transfrontaliero. Successivamente, tali disposizioni sono state riprese in termini ampiamente identici dalla legge del 2010 relativa all'imposta sulle società (Corporation Tax Act 2010, in prosieguo, «CTA 2010»).

In generale, i singoli ordinamenti non ammettono la deduzione delle perdite delle sedi secondarie estere dal reddito della casa madre, salve le discipline di consolidamento mondiale dei redditi.

1.4. L'imposizione del gruppo societario: il regime della trasparenza, del consolidato fiscale, deroghe alla considerazione monosoggettiva delle perdite

L'analisi di tipo comparato svolta finora, porta a concludere che gli Stati membri adottano una prospettiva monosoggettiva delle perdite. Gli utili e le perdite vengono infatti attribuiti solo al soggetto che li ha generati. Ciò dipende da un modello di tassazione, condiviso dai diversi ordinamenti, incentrato sulle singole società¹²⁵.

In tal modo si determina un'imposizione reale in capo alle società che producono utili, senza però consentire alla controllante di beneficiare di eventuali perdite subite dalle controllate. Al fine di ovviare a tale "inconveniente", gli Stati membri hanno introdotto diversi correttivi in modo da riconoscere, da un punto di vista fiscale, il gruppo societario.

Sono stati infatti introdotti due istituti che operano sul piano della determinazione unitaria della base imponibile: la trasparenza fiscale e il regime di consolidamento¹²⁶; si tratta di due modalità che favoriscono la considerazione unitaria del reddito prodotto dalle società con i propri soci.

La trasparenza fiscale è storicamente espressione del modello impositivo delle società di persone, ma, in alcuni ordinamenti, tra cui la Francia e l'Italia, è stato esteso anche alle società di capitali.

In Germania, Francia, Italia, Spagna, le società di capitali sono considerate autonomi soggetti d'imposta, mentre le società di persone sono considerate soggetti trasparenti. In tali ordinamenti il reddito della società di persone è soggetto ad imposta in capo ai soci. L'ampliamento della sfera soggettiva anche alle società di capitali è

¹²⁵ Per un'approfondita disamina del tema della soggettività, G. A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in Riv. Dir. Fin., I, 1977, p. 419 ss.; F. GALLO, *La soggettività ai fini Irpeg*, in AA.VV., in *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, a cura di V. Uckmar, C. Magnani, G. Marongiu, Padova, 1988, p. 659; A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, p. 249 ss.

¹²⁶ Per una compiuta disamina di tali regimi cfr. A. FANTOZZI, F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, Padova, 2014, p. 299 e ss.

dovuto, fondamentalmente, all'esigenza di consentire ai soggetti privi del requisito del controllo, richiesto invece per il regime di consolidato, di disporre di uno strumento che consegua risultati analoghi a quest'ultimo¹²⁷.

In sostanza, a seguito dell'opzione, le società di persone, e, eventualmente anche le società di capitali possono accedere ad un regime in cui, non solo l'utile prodotto, ma anche le perdite conseguite dalla società sono imputate pro-quota al socio.

Alcuni ordinamenti hanno previsto alcune condizioni per l'imputazione delle perdite. In Francia, la quota parte dell'utile è rapportata agli altri redditi del contribuente, mentre se si tratta di una perdita, questa concorre alla determinazione del reddito complessivo solamente a certe condizioni: la società di persone non deve esercitare un'attività professionale. In Italia, l'imputazione per trasparenza delle perdite è limitata alla corrispondente quota di patrimonio netto rettificato ai sensi dell'art. 7, comma 2, del D.M. del 23 aprile 2004¹²⁸.

Anche la caratteristica (*rectius* la finalità) fondamentale dei modelli di consolidamento è riscontrabile nella possibilità di compensare utili e perdite all'interno del gruppo. Tuttavia, da una disamina comparata delle diverse discipline¹²⁹, emerge come non possa essere individuato un unico modello di riferimento. Del resto, la

¹²⁷ La partecipata viene quindi considerata alla stregua di una società di persone ed il suo reddito è imputato alle partecipanti proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili. In argomento, A. FANTOZZI, *Il regime della trasparenza per le società di capitali*, in *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato d'attuazione e le prime esperienze concrete* (a cura di F. Paparella), Milano, 2006, p. 17 ss.; L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, in *Rass. Trib.*, 2003, p. 1506 ss.; V. FICARI, *Profili applicativi e questioni sistematiche sull'imposizione "per trasparenza" delle società di capitali*, in *Rass. Trib.*, 2005, p. 38 ss.; F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria. Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, Padova, 2012, *passim*.

¹²⁸ A tale fine vengono escluse le perdite di esercizio ma compresi i conferimenti effettuati entro la data di approvazione del bilancio e gli altri diversi finanziamenti. Le perdite eccedenti detto limite non sono fruibili dal socio bensì dalla società partecipata, che potrà portarle in diminuzione del reddito al fine di determinare il residuo imputabile ai soci. Per una compiuta disamina sulla compensazione delle perdite nell'ambito del regime di trasparenza previsto dall'ordinamento italiano, cfr. P. STIZZA, *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario*, Padova, cit., p. 80 ss.

¹²⁹ Per un'approfondita disamina degli aspetti fiscali dei modelli di consolidamento previsti dai diversi Stati membri, cfr. S. MORATTI, *Il consolidato fiscale nazionale*, Torino, 2013, p. 13 ss.; ID. *Il consolidato nazionale: profili di diritto comparato*, cit., p. 241 e ss.

definizione stessa del gruppo di società non è uniforme, data la varietà di modalità e di sistemi che si possono in concreto presentare¹³⁰.

In generale, la il regime di consolidamento dei redditi è condizionato all'esistenza di un rapporto di controllo all'interno del gruppo¹³¹. La *ratio* di tale condizione è rinvenibile nella volontà di circoscrivere il beneficio della compensazione dei redditi e delle perdite di attività potenzialmente eterogenee ai soli casi di sostanziale immedesimazione dei soggetti che le svolgono¹³².

In dottrina, sono state suggerite numerose classificazioni al fine di delineare categorie di modelli di consolidamento adottati dai diversi Stati membri¹³³. Tuttavia, nessuna di esse riesce pienamente nel proprio intento semplificatore, dovendosi accontentare necessariamente di annoverare una serie di fattispecie simili, ma non certamente sovrapponibili.

Data la difficoltà di tracciare con certezza i confini dei diversi modelli di consolidamento, si prosegue con l'analisi comparata delle richiamate discipline, in modo da rilevare aspetti comuni e difformi, e, completare il quadro delle modalità di compensazione delle perdite previste dalle discipline interne.

¹³⁰ Sull'argomento dei gruppi di società, si veda F. GALGANO, *Qual è l'oggetto della Holding*, in *Contr. e Impr.*, 1986, p. 327 ss.; ID. *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e Impr.* 1990, p. 401 e ss.; ID., *I gruppi di società*, Torino, 2001, *passim*.

¹³¹ In realtà, la condizione del controllo è soddisfatta in presenza di partecipazioni (dirette e indirette) ben superiori rispetto a quanto strettamente necessario per il controllo finanziario delle affiliate, cfr. A. PAVONE LA ROSA, *I gruppi di società*, 1982, Bologna, p. 211; C. DEGLI ABBATI, *La tassazione del reddito delle società di capitali negli Stati membri della Comunità economica europea*, Padova, 1973, p. 208 e ss.

¹³² In una prospettiva particolare, si pone il modello dell'*Organschaft* tedesco laddove richiede un basso grado di controllo finanziario, ponendo l'accento sulla necessità dell'integrazione economica.

¹³³ Sulla necessità di un inquadramento fiscale specifico per il gruppo d'impresa, cfr. G. TREMONTI, *Gruppi di società: i vincoli e le architetture fiscali*, cit., p. 17 e ss. A seconda delle modalità con cui si perviene alla compensazione di utili e perdite, si possono distinguere il modello tedesco dell'*Organschaft*, il modello nordico di *group contribution* ed il modello inglese di *group relief*. Accanto a questi si individua la categoria necessariamente eterogenea della *consolidation*, che comprende i meccanismi di consolidamento adottati negli altri Paesi che prevedono la rilevanza fiscale del gruppo. La classificazione è proposta, tra gli altri, da Y. MASU, *The European Union's Longer-Term Plans for introducing a common consolidated Tax Base for the EU-wide Activities of Company*, in *Cahiers de droit fiscal international, Group Taxation*, vol. 89 b, 2005, p. 29 e ss. Secondo altre classificazioni la categoria della *consolidation* viene affiancata dalla categoria della cd. *fiscal unit*. Il sistema di *group contribution* è previsto in Svezia, Norvegia e Finlandia e da esso consegue la possibilità per una società in utile di trasferire detti utili a favore di una società in perdita. Il trasferimento è deducibile per la prima società e tassabile per la seconda, raggiungendo così la compensazione degli utili e delle perdite all'interno del gruppo. Il Modello dell'*Organschaft*, il modello inglese di *group relief* e il modello del *consolidation* vengono ampiamente esaminati nel prosieguo.

1.4.1. L'istituto dell'*Organschaft*

L'ordinamento fiscale tedesco dedica particolare attenzione ai rapporti infragruppo, soprattutto mediante l'*Organschaft*¹³⁴, al cui esame viene dedicato il presente paragrafo. La disamina viene incentrata sul trattamento delle perdite conseguente all'applicazione di tale modello.

Il modello dell'*Organschaft*, adottato in Germania, considera le società controllate (*Organgesellschaft*) come "organi" della controllante (*Organträger*), e, consente la compensazione fiscale degli utili e delle perdite realizzate dalle società organo e dalla capogruppo.

1.4.1.1. Condizioni di accesso

Per accedere al modello di consolidamento tedesco, i presupposti soggettivi devono necessariamente essere integrati da un requisito di carattere territoriale¹³⁵. Ciò vale per i soggetti che possono assumere la veste di controllanti, quindi per le società e gli enti collettivi in generale, per i quali è richiesta la localizzazione all'interno del territorio tedesco del proprio centro direzionale, e per le persone fisiche, per le quali è necessaria la residenza o la dimora abituale sempre nel territorio tedesco. Il ruolo di controllante, in presenza di alcune condizioni¹³⁶, può essere rivestito anche da una stabile organizzazione di una società estera che sia localizzata e registrata in Germania¹³⁷. Lo stesso requisito, attinente al carattere territoriale, è necessario per

¹³⁴ Sui profili fiscali dell'*Organschaft*, si veda A. LOVISOLO, *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, Padova, cit., p. 62 ss.; P. MARONGIU, *L'istituto del consolidato fiscale nell'esperienza tedesca dell'Organschaft*, cit., p. 202; sui gruppi di imprese in generale, A. FANTOZZI, *L'ordinamento tributario della Repubblica federale tedesca*, vol. XXXIII dei Quaderni dell'Associazione fra le società italiane per azioni, Roma, 1965, p. 245 ss.; H. WURDINGER, *Les groupes de sociétés en Droit Allemand*, in *Les groupes de sociétés*, La Haye, 1973, p. 187 ss.; M. LUTTER, *Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo*, in *Riv. Soc.*, I, 1974.

¹³⁵ Il presupposto soggettivo richiede che possono assumere la posizione di *Organträger* (cioè di controllante) una società di capitali, una società di persone, un ente collettivo (con o senza personalità giuridica), un'associazione di persone, una massa patrimoniale, ovvero, una persona fisica.

¹³⁶ In particolare, è necessario che le partecipazioni nelle controllate siano riconducibili alla stabile organizzazione localizzata in Germania e che sia riscontrabile un contratto di trasferimento di utili tra le società interessate.

¹³⁷ Tali soggetti devono essere sottoposti all'imposta sui redditi secondo il diritto tedesco, senza alcuna possibilità di esenzione dalla stessa e devono esercitare o detenere un'impresa commerciale. Cfr. E. RONGE, *German Tax Reform 2003*, in *Intertax*, 8/9, 2003, p. 281; R. AMANN, *Summary of Changes in German International Tax Law in 2003*, in *Intertax*, 2003, 32, 5, p. 224 ss.

assumere la posizione di controllata (*Organgesellschaft*)¹³⁸. Possono assumere tale ruolo soltanto le società per azioni, le società in accomandita per azioni e le società a responsabilità limitata che abbiano la propria sede legale ed il proprio centro direzionale in Germania¹³⁹.

Il sistema tedesco s'incetra sul requisito dell'«integrazione finanziaria» (*finanzielle Eingliederung*) che deve intercorrere tra la controllante e le società organo¹⁴⁰. Una volta soddisfatto il requisito dell'integrazione finanziaria, tra le società interessate deve essere stipulato un contratto di "trasferimento di utili e perdite" (*Ergebnisabführungsvertrag*)¹⁴¹. Si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive in forza del quale le società organo si impegnano a trasferire i loro profitti alla controllante e la controllante, da parte sua, a coprire le perdite delle società organo stesse qualora dovessero risultare al termine dell'esercizio. Tale trasferimento è rilevante non solo sul piano fiscale ma anche sul piano civilistico-contabile: i profitti e le perdite delle controllate risultano infatti dal conto finanziario della controllante.

Dalla stipula di tale contratto consegue, da una parte, che il soggetto controllante diviene responsabile legalmente delle perdite della società controllata, dall'altra parte,

¹³⁸ Per un approfondimento dei requisiti soggettivi dell'*Organschaft*, cfr. H.M. ECKSTEIN, *Germany*, in *Cahiers de droit fiscal international, Group Taxation*, vol. 89 b, 2005, p. 299 ss.

¹³⁹ Gli enti collettivi con sede direzionale in Germania solo di recente possono essere ricompresi nella tassazione, a seguito dell'intervento della Commissione europea. Difatti, quest'ultima, il 30 settembre 2010 ha inviato una richiesta formale alla Germania per la modifica del regime della tassazione di gruppo. La Commissione ha ritenuto discriminatorio, il fatto che una società soggetta ad un obbligo fiscale illimitato in Germania, perché la sua sede di direzione effettiva è in Germania, ma che è costituita secondo il diritto di un altro Stato membro, non può essere ammessa al regime di tassazione di gruppo, applicabile alle società di diritto tedesco. Il 28 marzo 2011, il Ministero delle Finanze ha emesso un decreto in risposta alla richiesta della Commissione europea. Secondo il decreto, con effetto dal 28 marzo 2011 le norme che disciplinano il regime di tassazione di gruppo (Cfr. Sez. 14 (1) e 17 della KStG) si applicano anche alle società costituite secondo le leggi di uno Stato membro aventi la propria sede direzionale effettiva in Germania. Da tale data, dette società possono funzionare come società di gruppo (*Organgesellschaft*) cui si applica il regime tedesco della tassazione di gruppo. Tuttavia, il 22 marzo 2012, la Commissione europea ha annunciato di aver deferito, su questo punto, la Germania alla Corte di giustizia europea in quanto, secondo una giurisprudenza costante, una violazione causata da una disposizione di legge può essere efficacemente eliminata modificando la legge e non mediante l'emanazione di un semplice decreto amministrativo.

¹⁴⁰ Il requisito in esame è soddisfatto quando la controllante detiene, direttamente o indirettamente, la maggioranza delle azioni della società organo aventi diritto di voto, cfr. Sez. 14 No. 1 KStG. In caso di controllo indiretto e quindi basato su partecipazioni detenute dalla capogruppo per il tramite di partecipazioni in altre società, occorre che ciascuna partecipazione della catena sia una partecipazione di maggioranza.

¹⁴¹ Cfr. sez. 14(1) e 17 KStG e sez. 2(2) GewStG.

che gli azionisti di minoranza della società controllata ottengono un pagamento in compensazione¹⁴². Ai fini fiscali, tale pagamento deve essere tenuto distinto dai profitti della società controllata; esso può essere costituito da un pagamento fisso, ovvero può essere corrisposto in base ad una percentuale dal profitto generato dal soggetto controllante¹⁴³.

1.4.1.2. Conseguenze dell'*Organschaft* sulle perdite

Il sistema dell'*Organschaft* comporta un consorzio del reddito imponibile e delle perdite di tutte le società partecipanti, a livello del soggetto controllante. Il vantaggio del sistema d'imposta di gruppo consiste, pertanto, nel fatto che i profitti e le perdite delle società partecipanti possono essere compensati tra di loro tramite l'imputazione alla controllante¹⁴⁴.

Le società costituenti il gruppo, mantengono la propria soggettività fiscale, quindi calcolano il loro reddito imponibile secondo i meccanismi ordinari predisponendo le rispettive dichiarazioni nelle quali, oltre al risultato imponibile, devono indicare il futuro trasferimento del proprio risultato fiscale alla controllante.

Le controllate possono imputare i propri utili e le proprie perdite alla controllante in modo da consentire la compensazione infragruppo e la determinazione dell'imponibile fiscale complessivo.

Non possono essere trasferite, almeno ai fini dell'imposta sui redditi, le perdite di una società organo qualora si siano verificate prima dell'attivazione dell'imposizione di gruppo.

Diverso il discorso per quanto riguarda le perdite della controllante antecedenti all'*Organschaft*, per le quali si possono seguire due strade. La prima, prevede che le

¹⁴² Cfr. Sez. 304 AktG.

¹⁴³ Dal momento che il profitto complessivo della società controllata deve essere trasferito al soggetto controllante, la società controllata generalmente non può costituire delle riserve nel periodo in cui trova applicazione l'accordo di trasferimento (consorzio) dei profitti e delle perdite. Esistono alcune eccezioni per le riserve legali e per le riserve che siano state accantonate per specifiche esigenze di carattere economico, quali ad esempio quelle per l'ampliamento dell'attività, il trasferimento di impianti, o la rinnovazione sostanziale di una struttura aziendale.

¹⁴⁴ Cfr. O.F. GRAF KERSENBRÖCK, *German Fiscal Unity 2003*, in Intertax, 2004, p. 2 ss.

perdite possono essere utilizzate durante il periodo di consolidamento, quindi compensate con gli utili della società controllante, la seconda comporta che tali perdite possono essere compensate con gli utili della controllante stessa, una volta venuto meno il regime consolidato.

Per le perdite realizzate dalla controllante durante il periodo di consolidamento è previsto un particolare regime. Nel caso in cui la società controllante abbia il proprio centro di direzione in Germania e la propria sede legale in un altro Stato, le perdite della capogruppo sono fiscalmente irrilevanti, se già considerate attraverso le norme fiscali del Paese in cui è localizzata la sede legale. E' quindi precluso un ingiustificato vantaggio per la controllante che vedrebbe ridotto il proprio reddito due volte.

La durata del contratto di consorzio dei profitti e delle perdite deve essere almeno di cinque anni, ma può essere risolto prima soltanto per alcune cause tassativamente previste¹⁴⁵. Al di fuori delle ipotesi previste per legge, tutte le conseguenze fiscali del gruppo, compreso il vantaggio dovuto alla compensazione di utile e perdite, verrebbero meno con effetto retroattivo¹⁴⁶.

1.4.2. Il Regno Unito: il sistema del *group relief* e le perdite

Nel Regno Unito è stato introdotto il modello del *group relief* al fine di ottenere una compensazione dei risultati fiscali delle società appartenenti al gruppo¹⁴⁷. Tale modello non costituisce un vero e proprio regime di consolidamento, ma consente ad una società (*surrendering company*) di trasferire la propria perdita fiscalmente rilevante ad

¹⁴⁵ In particolare è prevista la risoluzione in caso di vendita delle partecipazioni, di fusione, liquidazione o trasformazione della società controllata.

¹⁴⁶ Cfr. Sez. 14 No.3 KStG.

¹⁴⁷ Per applicare il modello del *group relief*, tra controllante e controllate devono sussistere tre condizioni: il *75 per cent subsidiary test*, il *75 per cent profit and assets test* e lo *stability test*. Secondo il primo requisito la controllante deve possedere, direttamente o indirettamente, tante azioni ordinarie che rappresentino almeno il 75 per cento del capitale nominale della controllata. Per garantire che tra le società componenti il gruppo sussista un'effettiva integrazione economica, il *75 per cent profit and assets test* richiede che la controllante abbia diritto almeno al 75 per cento degli utili distribuibili agli *equity holders* della controllata ed al 75 per cento delle attività patrimoniali distribuibili in sede di liquidazione. Infine, deve essere soddisfatto l'ulteriore requisito relativo allo *stability test*, ovvero sia al controllo dei diritti di voto nell'assemblea della società controllata. Pur non essendo espressamente prevista alcuna norma riguardo ad una necessaria percentuale di voti nella disponibilità della controllante, viene stabilito che quest'ultima debba dimostrare di avere il controllo della controllata¹⁴⁷. In tale contesto, per controllo deve intendersi il potere di incidere sulle scelte imprenditoriali della controllata e, a tal fine, il sistema più diffuso è quello di controllare i voti nell'assemblea della società interessata, cfr. Sez. 151-153 CTA 2010.

una società diversa (*claimant company*) che potrà servirsi di tale perdita per il calcolo del proprio carico fiscale. Ogni singola società del gruppo mantiene comunque la propria autonomia.

1.4.2.1. Condizioni di accesso

Originariamente, era consentito accedere al *group relief* solamente alle sole società residenti. A seguito del *Finance Act* del 2000, è stata introdotta una disciplina che ammette al regime anche le società non residenti, purché svolgano un'attività economica nel territorio inglese per il tramite di una *branch* o di una *agency*¹⁴⁸. Come si avrà modo di approfondire successivamente¹⁴⁹, a seguito di alcune fondamentali pronunce della Corte di Giustizia, lo sgravio di gruppo può valere anche per le perdite derivanti da una controllata residente in qualsiasi Paese membro laddove siano esaurite tutte le opportunità per richiedere uno sgravio per le perdite al di fuori del Regno Unito.

Pertanto, le perdite estere realizzate da stabili organizzazioni e da controllate estere, a determinate condizioni, possono cedute ed utilizzate da altri componenti del gruppo residenti nel Regno Unito.

1.4.2.2. Conseguenze del *group relief* sulle perdite

Il *group relief* fa sì che le perdite fiscali di una società del gruppo (*surrendering company*) possano essere cedute ad un'altra (*claimant company*)¹⁵⁰; la sua variante, ovvero il modello del *consortium relief* consente il medesimo trasferimento di perdite, sulla base però di un meccanismo pro-rata, da una società posseduta da un consorzio ai membri del consorzio stesso e viceversa¹⁵¹. Il trasferimento delle perdite è possibile anche tra

¹⁴⁸ La riforma è avvenuta in seguito alla sentenza CGE del 16 luglio 1998, C-264/96, *Ici plc v. Colmer case*. Sul punto, cfr. J. HICKEY, *Worldwide Groups and UK Taxation After the Finance Act 2000*, in *European Taxation*, 2000, p. 466 ss.; L. ANDERSON, *Taxation of UK Branches of Non-UK Companies*, in *European Taxation*, 2003, p. 427 ss.

¹⁴⁹ Capitolo 4, Par. 4.4. e ss.

¹⁵⁰ Pur non essendo prevista alcuna specifica disposizione sull'argomento, è prassi consolidata quella secondo la quale la controllante corrisponde alla controllata una somma di denaro a titolo di indennizzo per i benefici fiscali ottenuti. Si tratta di una somma che non assume rilievo ai fini fiscali, a meno che non risulti assolutamente sproporzionata rispetto al beneficio effettivo ottenuto.

¹⁵¹ Il *consortium relief* è una variante del *group relief*, costituito da società residenti nel Regno Unito che possiedono ciascuna almeno il 5 per cento, ed insieme almeno il 75 per cento, del capitale azionario nominale di un'altra società (residente o non residente) o di una *holding*. In tale contesto, si considerano *holding* le società

una società controllata da un consorzio ad un'altra società appartenente al medesimo gruppo che abbiano in comune fra loro almeno una "società di collegamento", facente parte al contempo del gruppo e del consorzio. Tale disciplina imponeva che tutte le società coinvolte, la cedente, la richiedente e quella di collegamento fossero fiscalmente residenti nel Regno Unito. Di recente, la Corte è però intervenuta dichiarando l'incompatibilità della stessa laddove richiedeva come *condicio sine qua non* la residenza della società di collegamento¹⁵²

Nell'ambito del *group relief* rilevano esclusivamente gli utili e le perdite maturati durante l'applicazione del regime della tassazione di gruppo. Non possono quindi essere «spostate» temporalmente le perdite fiscali dell'anno, sicché, le perdite dovute al meccanismo del *carry forward* o del *carry back* non possono essere utilizzate¹⁵³. Specularmente, la compensazione con i profitti della controllante è ammissibile se gli stessi sono maturati nello stesso periodo d'imposta in cui hanno avuto origine le perdite¹⁵⁴. Laddove i periodi di imposta di controllante e controllata non coincidano, è necessario frazionare il periodo stesso in modo da identificare i profitti e le perdite che si sovrappongono temporalmente¹⁵⁵.

Il vantaggio fiscale conseguibile mediante il *group relief* appartiene dunque all'esercizio di maturazione dei redditi (di segno positivo e negativo), i quali pertanto, non possono essere trasferiti, in avanti o all'indietro, su altri periodi di imposta.

aventi per oggetto specifico la gestione di partecipazioni in società commerciali controllate almeno per il 90 per cento.

¹⁵² CGE del 1° aprile 2014, causa C-80/12, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd*, esaminata al capitolo 4 par. 4.6. e ss.

¹⁵³ Cfr. TCGA, Sez. 177A.

¹⁵⁴ Cfr. Y. RUPAL, *United Kindom*, in *Cahiers de droit fiscal international*, Group Taxation, cit., p. 693 ss.

¹⁵⁵ Le perdite registrate da una società prima di entrare a far parte di un gruppo s'intendono separate ai fini impositivi e non possono essere dedotte dalle plusvalenze di altre società del gruppo, cfr. TCGA, Sez. 177. Ove una società entri in un gruppo durante un esercizio contabile di modo che, per una parte dell'esercizio, esista una relazione di gruppo, le perdite possono essere cedute tra il gruppo e il nuovo membro per un periodo calcolato proporzionalmente. Tuttavia, ove ciò conducesse ad un risultato ingiusto o irragionevole, l'Amministrazione inglese potrebbe richiedere una più accurata distribuzione degli utili e delle perdite. Viceversa, nel caso in cui siano in atto accordi per i quali una società cessa di essere membro di un gruppo durante un esercizio contabile, ai fini della cessione delle perdite, quella società è trattata come estranea al gruppo dalla data in cui gli accordi vengono applicati cfr. Sez. 154-156 e ss. CTA 2010.

1.4.3. Il Modello della *tax consolidation*

La maggior parte dei sistemi fiscali europei, ovverosia da Danimarca, Francia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Spagna hanno scelto come modello di consolidamento la categoria della *tax consolidation*.

Nonostante l'eterogeneità delle discipline nazionali appartenenti a tale categoria, sussistono due caratteristiche comuni alle stesse consistenti nel fatto che il gruppo societario è generalmente considerato come un unico contribuente, titolare di una propria soggettività tributaria, il cui reddito è pari alla somma rettificata dei redditi dei singoli componenti, e, nel fatto che la capogruppo tendenzialmente presenta un'unica dichiarazione e liquida l'imposta per l'intero gruppo.

Per quanto riguarda gli ordinamenti che adottano il modello della *tax consolidation*, si farà riferimento alle esperienze francesi, e spagnole, rilevando, in particolare, le relative regole per la compensazione delle perdite.

Ci si soffermerà poi sul modello adottato dal legislatore italiano, nel quale, sono rinvenibili elementi riconducibili sia al modello del *group relief* che al modello della *consolidation*. Il sistema italiano si avvicina a quest'ultimo per il fatto che il consolidamento avviene mediante la determinazione di un'unica base imponibile in capo alla controllante, calcolata sommando algebricamente i diversi imponibili. Viceversa, come nell'ordinamento inglese, al gruppo non è riconosciuta una soggettività tributaria autonoma ed unitaria. Sostanzialmente, si crea un centro unitario di imputazione del prelievo «*che si rapporta alla pluralità di organizzazioni societarie dotate ciascuna di autonoma soggettività e coordinate da un'unica regia imprenditoriale*»¹⁵⁶. Anche qui, si valorizzeranno gli aspetti rilevanti ai fini della compensazione delle perdite.

1.4.3.1. Régime du *bénéfice intégré* e le perdite

L'imposizione di gruppo, ovverosia il regime dell'integrazione fiscale, è applicabile nei confronti delle società residenti che siano partecipate, direttamente o

¹⁵⁶ Cfr. C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005, p. 1032.

indirettamente¹⁵⁷, per almeno il 95 per cento dalla controllante che, a sua volta, deve essere una società residente che non sia controllata per il 95 per cento da un'altra società residente¹⁵⁸. Il regime del consolidato trova applicazione anche nei confronti delle stabili organizzazioni di società estere localizzate in Francia e soggette all'imposta sulle società francese, a condizione che la società estera sia partecipata per almeno il 95 per cento da una controllante francese. Specularmente, il consolidato è applicabile altresì nei confronti delle società francesi controllate per il 95 per cento da una società estera qualora le partecipazioni della controllata francese siano riferibili ad una stabile organizzazione in Francia della società estera stessa.

Dal 2009, la stessa normativa è applicabile alle controllate indirette residenti che siano detenute tramite una controllata residente in un altro Stato membro¹⁵⁹.

L'ordinamento francese non prevede, tuttavia, la possibilità di includere le filiali situate all'estero nel regime consolidato, non è quindi consentito il consolidamento di gruppo transfrontaliero¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Vale a dire, ove almeno il 95 per cento del capitale sociale e dei diritti di voto della controllata è detenuto, direttamente o indirettamente, dalla società capogruppo. I membri del gruppo devono avere tutti lo stesso esercizio finanziario e devono essere tra loro collegati ininterrottamente nel corso di ciascun esercizio.

¹⁵⁸ Nel calcolo di un collegamento indiretto, le controllate al 95% sono considerate al possedute al 100 per cento. Sul punto cfr. J. RICHARD, *Comparison Between UK and French Taxation of Groups of Companies*, in *Intertax*, 2003, 31, 1, p. 24 *ess.*; J.A. BORRAT – A. BASSIÈRE, *France*, in *Cahiers de droit fiscal international, Group Taxation*, cit., p. 275 e *ss.*

¹⁵⁹ Direttiva 4 H-2-05 del 19 luglio 2005. Precedentemente, il collegamento indiretto poteva essere soddisfatto solo attraverso società assoggettate all'imposta sul reddito delle società. La cd. "catena indiretta" è stata dichiarata ammissibile a seguito di una questione sottoposta ai giudici comunitari che verteva su di un profilo specifico della disciplina francese, in particolare, sulla individuazione delle società controllanti con le quali una società francese poteva esercitare l'opzione ai fini del consolidamento dei rispettivi redditi, cfr. CGE del 27 novembre 2008, causa C-418/17, *Papillon* (cfr. Capitolo 4, paragrafo 4.5. e *ss.*) Sennonché, dal 31 dicembre 2009 la disciplina è stata modificata (mediante la legge n. 2009-1674) consentendo ad una sub-sussidiaria francese, detenuta tramite una controllata estera, di entrare a fare parte del regime consolidato. Inoltre, i contribuenti francesi possono richiedere il rimborso dell'imposta societaria pagata in eccedenza a causa dell'applicazione del vecchio regime per gli anni finanziari tra il 1° settembre 2004 ed il 30 dicembre 2009.

¹⁶⁰ Fino al 5 settembre 2011, esisteva una modalità di consolidamento mondiale (*bénéfice mondial*) in base alla quale, una volta ricevuta l'approvazione del Ministero del Bilancio, la società francese, o un'altra entità soggetta all'imposta sui redditi societari, poteva consolidare tutte le «operazioni dirette» che le «operazioni indirette» sia interne che estere con il proprio reddito ai fini dell'imposta sui redditi societari (cfr. Ann. II, artt. 113-123 CGI). Il Ministero del Bilancio poteva autorizzare il consolidamento delle controllate in cui la partecipazione della società francese era inferiore al 50 per cento nel caso in cui: non fosse consentita una partecipazione superiore al 50 per cento in base alla normativa dello Stato in cui è collocata la controllante; vi fosse uno specifico accordo tra la Francia e lo Stato della controllata in tale direzione; la natura delle attività esercitate dalle controllate richiedesse una partecipazione inferiore a tale soglia. Anche tale regime prevedeva che i profitti e le perdite di

Le società appartenenti al gruppo, rimangono giuridicamente indipendenti, non solo, ciò vale anche per quanto riguarda la disciplina fiscale, ciascuna società aderente al consolidato domestico calcola autonomamente i propri redditi secondo le regole dettate per l'imposta sulle società, per poi imputare i propri redditi alla capogruppo, la quale si limita a sommarli algebricamente per ottenere il reddito aggregato.

L'ordinamento francese non riconosce al gruppo di società autonoma unità economica, giuridica¹⁶¹, ma consente al gruppo di essere trattato come un'unità ai fini dell'imposta sui redditi societari.

L'unità fiscale fa sì che la società madre diventi l'unico ente responsabile per l'imposta, derivante dalla somma di profitti e perdite delle società appartenenti al gruppo, ma, al contempo, ciascun membro del gruppo continua a calcolare i propri redditi imponibili separatamente.

Gli utili e le perdite delle stabili organizzazioni estere devono essere determinati secondo le norme fiscali francesi, altrimenti, non possono essere compensati dai redditi francesi.

Il legislatore francese ha previsto una serie di norme di coordinamento per impedire che la perdita di una controllata venga compensata due volte. La perdita di una società controllata, utilizzata dalla controllante per ridurre il proprio risultato imponibile, non può essere riutilizzata dalla controllata per ridurre il proprio reddito nei periodi di imposta successivi. Con la medesima *ratio*, il legislatore ha previsto che le perdite maturate negli anni precedenti a quelli di consolidamento possono essere utilizzate esclusivamente per abbattere i redditi prodotti negli anni successivi dalla stessa società che ha prodotto le perdite stesse.

Qualora una società controllata decida di uscire dal regime di consolidamento, le rettifiche effettuate in precedenza a livello di conto economico consolidato, devono

ciascuna sede secondaria, controllata fossero ricalcolate in base alle norme fiscali francesi. Sicché i profitti e le perdite del gruppo venivano compensate le une con le altre, determinando il reddito (o la perdita) imponibile del gruppo aggregato.

¹⁶¹ A. LOVISOLO, *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, cit., p. 75; C. DEGLI ABBATI, *La tassazione del reddito delle società di capitali negli Stati membri della Comunità economica europea*, cit., p. 263;

essere adeguate all'interruzione del rapporto. Verranno quindi rideterminati i redditi della società che potrebbero dare luogo ad una tassazione supplementare in capo alla società uscente dal gruppo.

Le perdite conseguite durante il periodo di appartenenza all'unità fiscale vengono trasferite al gruppo, quindi, non possono essere riportate in avanti a livello della società uscente. Per quanto riguarda la questione della compensazione delle perdite cedute al gruppo dall'impresa in uscita, la giurisprudenza amministrativa ha stabilito che il compenso versato dalla società madre costituisce reddito imponibile per la società controllata, di conseguenza, non costituisce spesa deducibile per la società madre¹⁶².

1.4.3.2. Il regime di consolidamento spagnolo e le perdite

Il regime di consolidamento spagnolo è simile al *régime du bénéfice intégré*. Anche nel modello spagnolo il ruolo di controllante è riservato ad una società residente¹⁶³, può esserlo anche una stabile organizzazione di una società estera a condizione che: (i) sia iscritta al registro delle imprese; (ii) sia dotata di strutture logistiche ed organizzative che le consentano di gestire le partecipazioni; la propria sede centrale (iii) non sia una società sussidiaria di una spagnola e (iv) sia localizzata in un Paese che abbia stipulato con la Spagna una Convenzione per evitare le doppie imposizioni che preveda espressamente una clausola di scambio di informazioni. Per quanto concerne le controllate, anch'esse devono essere società residenti sottoposte all'imposta sulle società, con l'applicazione della stessa aliquota prevista per la controllante; non possono essere società in amministrazione controllata o soggette a procedure concorsuali.

In Spagna, si applica il cd. principio dell'*all in all out*, mediante il quale tutte le società che soddisfano il requisito del controllo entrano a far parte del gruppo. Diversamente, negli altri sistemi esaminati, anche se con qualche difformità, è consentito scegliere i diversi componenti tra quelli potenzialmente «eleggibili» secondo le valutazioni di gestione aziendale ritenute più opportune.

¹⁶² CE, 11 dicembre 2009, n. 3.013.410.

¹⁶³ La disciplina generale è contenuta negli art. 78 ss. della L. n. 43/1995 (ley del Impuesto sobre sociedades).

Per l'inclusione nell'area di consolidamento, la società controllante deve detenere, direttamente o indirettamente, il 75 per cento del capitale della controllata per almeno un anno prima della richiesta di tassazione consolidata; occorre inoltre una specifica approvazione da parte dell'assemblea generale dei soci delle società interessate¹⁶⁴.

Quando viene meno il consolidamento, totalmente o parzialmente con riferimento solo ad alcune società del gruppo, le perdite o i crediti residui vengono "ridistribuiti" tra le varie società proporzionalmente al proprio contributo al credito o alla perdita stessa.

Anche in Spagna ciascuna società del gruppo deve calcolare il proprio risultato imponibile e predisporre la propria dichiarazione. Gli utili o le perdite così calcolati vengono compensati tra loro a livello della controllante. Su tale unico profitto netto globale vengono applicate le imposte sui redditi con l'aliquota prevista per il soggetto controllante. Qualora il risultato complessivo di gruppo sia di segno negativo, è possibile compensare detta perdita con i profitti del gruppo generati nei periodi di imposta successivi.

Anche in questo caso, le perdite maturate prima dell'attivazione della tassazione su base consolidata non possono essere trasferite, possono essere compensate esclusivamente con gli utili realizzati dalla medesima società che le ha prodotte.

1.4.3.3. Il consolidato fiscale in Italia

Il fenomeno dei gruppi è stato a lungo trascurato nel sistema delle imposte sui redditi, conseguentemente, ciascuna società era considerata autonomo soggetto d'imposta, tenuta al pagamento del tributo riferibile al proprio reddito, esclusa qualsiasi possibilità di compensazione con i risultati economici delle altre società soggette ad una direzione economica unitaria, finalizzata al perseguimento di un interesse sociale comune¹⁶⁵.

Furono le indicazioni comunitarie e le esperienze fiscali degli altri Stati membri a

¹⁶⁴ Cfr. J.I.G., MUNIOZGUREN, *New Corporate Tax Measures for 2002*, in *European Taxation*, 2002, p. 139.

¹⁶⁵ Sui gruppi societari, e sui relativi aspetti fiscali, cfr. A. FANTOZZI-F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, cit., p. 299 e ss.; M. GREGGI, *La fiscalità dei gruppi di società: profili italiani e comparati*, cit., p. 1953.

spingere il legislatore italiano ad integrarsi alle discipline europee mediante il D.Lgs. n. 344 del 12 dicembre 2003, che ha introdotto il regime di consolidamento¹⁶⁶. Si tratta di un istituto opzionale che opera sul piano della determinazione unitaria della base imponibile ma che preserva l'autonoma soggettività ai fini fiscali di ciascuna società¹⁶⁷.

Secondo il regime della tassazione consolidata, le società residenti, ma anche quelle non residenti (come si vedrà nel prosieguo, nell'ambito del consolidato mondiale), appartenenti al medesimo gruppo possono avvalersi della determinazione unitaria del reddito complessivo, sulla base di una somma algebrica dei redditi delle società appartenenti al gruppo. L'imposizione consolidata viene quindi commisurata al risultato economico di gruppo, assumendolo come grandezza complessiva, con l'evidente vantaggio dell'immediata compensazione degli utili e delle perdite delle società comprese nel perimetro di consolidamento¹⁶⁸.

1.4.3.3.1. Il consolidato nazionale: requisiti di accesso

Sul piano soggettivo il consolidato nazionale richiede che l'opzione – come controllante – possa essere esercitata: i) dalle capogruppo aventi natura di società di capitali o ente commerciale residente in Italia, ii) ovvero dalle società non residenti, purché localizzate in Stati con cui l'Italia abbia stipulato una convenzione contro la

¹⁶⁶ Per un approfondimento sul consolidato nazionale introdotto con il D.Lgs. 12 dicembre 2003 n. 344, cfr. A. SIMONI, *La nuova imposta sulle società*, a cura di E. Longobardi, *I cento giorni e oltre: verso una rifondazione dei rapporti tra fisco ed economia?*, Atti convegno di Bari (15-17 gennaio 2002), Roma, 2002, p. 149 e ss., *Id.*, *Il riconoscimento fiscale dei gruppi di imprese: analisi e confronto dei due modelli previsti dalla riforma Tremonti*, in *Boll. Trib.*, 2003, p. 811 ss., D. STEVANATO, *Il consolidato fiscale nella delega per la riforma tributaria: profili problematici e prospettive di attuazione*, in *Rass. Trib.*, 2002, p. 1191 e ss., R. LUPI, *Prime osservazioni sulla proposta di consolidato fiscale*, in *Giur. Imp. V*, 2003, p. 493 ss., *Id.*, *Interrogativi in tema di consolidato nazionale*, in *AA.VV.*, *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Milano, 2003, p. 23 e ss.; M. BEGHIN, *Le opportunità del consolidato nazionale nella nuova imposta sulle società*, in *Corr. Trib.*, 2003, p. 2280 e ss.; V. FICARI, *Prime osservazioni sul programma imprenditoriale di gruppo e "consolidato fiscale" nel disegno di legge delega per la riforma tributaria*, in *Boll. Trib.*, 2003, p. 486 e ss.; *Id.*, *Gruppo d'impresa e consolidato fiscale all'indomani della riforma tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2005, p. 1587 ss. A. DI PIETRO, *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, in *Riv. Dir. Trib.*, 5, 2004, p. 593 e ss., G. GAFFURI, *Il consolidato domestico nella disciplina dell'imposta riformata sulle società*, in *Tributi impresa*, 2004, p. 1 ss.; M. MICCINESI, *Alcune considerazioni in tema di consolidato nazionale*, in *Giur. Imp.*, 2004, p. 482 ss.; G. ZIZZO, *Osservazioni in tema di consolidato nazionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, p. 625 e ss., G. INGRAO, *In tema di tassazione dei gruppi di imprese ex D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, istitutivo dell'ires*, in *Rass. Trib.*, 2004, p. 537 e ss., F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, Torino, 2005, p. 143 e ss., M. BASILAVECCHIA, *La nuova "imposta sul reddito delle società" (Ires)*, a cura di F. Tesauro, *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, Bologna, 2007, p. 3 e ss., M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, cit., p. 558 e ss.

¹⁶⁷ C. SCALINCI, *Il tributo senza soggetto. Ordinamento e fattispecie*, Padova, 2011, p. 304.

¹⁶⁸ Così, A. FANTOZZI-F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, cit., p. 309.

doppia imposizione ed esercitino sul territorio dello Stato un'attività imprenditoriale per il tramite di una stabile organizzazione, nel cui patrimonio è compresa la partecipazione delle controllate¹⁶⁹.

L'opzione come consolidata può solamente essere esercitata da società di capitali residenti in Italia. Per esercitare l'opzione, si considera controllata quella società al cui capitale ed utile di bilancio partecipi, direttamente o indirettamente, la controllante per più del 50 per cento¹⁷⁰. Riguardo a quest'ultimo calcolo, non si deve tener conto delle azioni prive del diritto di voto nell'assemblea ordinaria e dell'effetto di demoltiplicazione¹⁷¹.

Va però segnalato come di recente lo schema di Decreto Legislativo sull'internazionalizzazione¹⁷², all'art. 6, abbia modificato le condizioni soggettive di accesso al regime di consolidato fiscale. Il Legislatore italiano ha infatti adeguato il suo ordinamento ai principi contenuti nella sentenza della Corte di Giustizia cause riunite C-39/13, C-40/13 e C-41/13, del 12 giugno 2014¹⁷³, modificando le condizioni di accesso al consolidato per le società non residenti, in qualità di controllanti. A tal riguardo, i) ha eliminato il vincolo dell'iscrizione della partecipazione nel patrimonio della stabile organizzazione; ii) ha consentito alle controllate italiane di controllanti europee senza stabile organizza italiana di consolidare le proprie basi imponibili¹⁷⁴, previa indicazione

¹⁶⁹ Il consolidato nazionale è disciplinato dagli artt. 117-129 del Tuir e dal D.M. del 9 giugno 2004.

¹⁷⁰ Cfr. G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Milano, p. 232.

¹⁷¹ Inoltre, il modello del consolidato, non solo richiede requisiti relativi al rapporto di controllo, alla residenza, ma, richiede al contempo l'identità dell'oggetto sociale.

¹⁷² A.S. n. 161, trasmesso dal Governo al Senato il 29 aprile 2015, ora all'esame delle commissioni parlamentari, cfr. nota 111.

¹⁷³ Per una compiuta disamina di tale sentenza, si veda Capitolo 4, par. 4.6.

¹⁷⁴ Lo schema di Decreto richiede però che i soggetti residenti in uno Stato membro abbiano una forma giuridica analoga a quelle previste dall'art. 73, comma 1, lett. a) e b) Tuir. Si deve quindi trattare di entità aventi una forma giuridica corrispondente alle società di capitali italiane o agli enti pubblici e privati aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale. L'analogia dovrebbe presuntivamente sussistere qualora il soggetto non residente rivesta una delle forme giuridiche contemplate dall'Allegato 1, Parte A della Direttiva Fusioni e della Direttiva Madre-Figlia. In linea con quanto affermato in passato dall'Agenzia delle entrate, cfr. risoluzione n. 123/E del 12 agosto 2005 (implicitamente confermata dalla successiva risoluzione n. 409/E del 30 ottobre 2008). Qualora il soggetto controllante non residente rivesta una forma giuridica diversa da quelle previste dalle Direttive, sarà, invece, necessario effettuare un giudizio di equipollenza tra la forma giuridica prevista dall'ordinamento straniero e le forme giuridiche contemplate dall'ordinamento italiano. In tal senso, R. MICHELUTTI-C. SILVANI, *Il consolidato nazionale: l'Europa è un orizzonte obbligato?*, in *Corr. Trib.*, 23, 2015, p. 1765 ss.

da parte del soggetto non residente di una controllata italiana facente le funzioni della consolidante quanto ai relativi adempimenti¹⁷⁵; iii) ha previsto che nel perimetro consolidamento possano rientrare, insieme alle controllate italiane, anche le stabili organizzazioni italiane di società europee controllate dal medesimo soggetto¹⁷⁶, fermo restando che la casa madre deve risiedere in uno Stato cd. «collaborativo». Con l'aggiunta delle stabili organizzazioni di soggetti non residenti, la disciplina italiana si è dunque avvicinata a quella prevista da Spagna, Francia e Germania.

1.4.3.3.2. Il consolidato nazionale e le perdite

L'opzione per la tassazione di gruppo fa sorgere in capo alla controllante l'obbligo di provvedere alla determinazione del reddito complessivo della *fiscal unit* mediante «*somma algebrica*» dei redditi complessivi netti, anche in questo ordinamento, determinati dalle singole società. A tal fine, le perdite maturate dalle controllate vengono attribuite alla consolidante. Sennonché, in tale circostanza, si realizza un «distacco»¹⁷⁷ delle perdite dal soggetto che le ha prodotte detta perdita e il soggetto in grado di realizzare la compensazione, e, eventualmente, il riporto in avanti della stessa¹⁷⁸. Tale distacco viene accentuato dal fatto che nella tassazione del gruppo, il passaggio della perdita dalla controllata al consolidato tende ad assumere le caratteristiche di una vera e propria cessione¹⁷⁹. A fronte dei vantaggi fiscali in termini

¹⁷⁵ La nuova disciplina prevede che la controllante estera designi quale tra le società controllate (o le stabili organizzazioni) residenti assuma la veste di consolidante (con tutti i diritti, obblighi e oneri correlati), conservando comunque una responsabilità sussidiaria in caso di accertamenti che incidono sul reddito complessivo consolidato.

¹⁷⁶ L'impossibilità di consolidare il reddito delle stabili organizzazioni di società europee è stata giudicata in contrasto con la libertà di stabilimento nella sentenza CGE, 6 settembre 2012, causa C- 18/11, *Philips Electronics*, decisione. Anche per le stabili organizzazioni è però prevista una condizione riguardante la forma giuridica, deve trattarsi di società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata.

¹⁷⁷ Si veda P. MINUTOLI, *Considerazioni sistematiche in tema di riporto delle perdite nelle operazioni straordinarie e nella tassazione consolidata*, cit., p. 832.

¹⁷⁸ Di diverso avviso, sembrerebbe M. ANDRIOLA, *Limiti al "commercio delle perdite" nel passaggio dall'Irpeg all'Ires: stabilità e mutamento delle strategie di pianificazione fiscale*, cit., p. 792 e ss. Con riferimento alle perdite sofferte in vigenza del consolidato nazionale l'autore sostiene che il «collegamento genetico» tra le consolidate e le perdite da esse prodotte rimane inalterato.

¹⁷⁹ L'assimilazione degli accordi di consolidato a contratti di cessione del diritto di utilizzo e di riporto delle perdite, deriva dall'autonomia contrattuale riservata alle parti ai fini della quantificazione del beneficio dovuto alla «cessione» delle perdite. Sul punto, P.I. CARDELLA, *la disciplina delle perdite nelle operazioni straordinarie e nei regimi di tassazione per trasparenza e su base consolidata*, a cura di E. Della Valle – V. Ficari G. Marini, *La fiscalità*

di risparmio d'imposta offerti al gruppo, viene infatti riconosciuto un corrispettivo a favore della controllata¹⁸⁰.

Il distacco tra la perdita e il soggetto che realizza la stessa viene ulteriormente accentuato dal fatto che, laddove la tassazione opzionale dovesse venir meno, il ritorno della perdita non utilizzata in capo al soggetto che ha prodotto detta perdita, si pone solo come eventuale, prevedendosi come sistema *ex lege*, la permanenza della stessa nel consolidato anche successivamente alla fuoriuscita dalla tassazione consolidata del soggetto produttore della perdita.

A seguito dello schema di decreto, in caso di interruzione del consolidato cambiano le modalità di attribuzione delle perdite fiscali residue. In tale circostanza, potranno essere attribuite esclusivamente alle controllate che le hanno prodotte¹⁸¹.

Qualora venisse meno il rapporto di controllo nei riguardi della controllata designata, il consolidato potrà proseguire previa indicazione da parte della controllante estera di una "nuova" designata, purché già parte del consolidato. La nuova controllata designata dovrà assumere le responsabilità proprie della consolidante, fermo restando la responsabilità solidale della precedente controllata designata per i periodi di imposta già oggetto di consolidamento.

Anche il modello italiano, dunque, permette il riporto a nuovo delle sole perdite maturate durante la *fiscal unit*, non di quelle maturate dalle singole società in precedenza. Queste ultime possono essere utilizzate solo dalle società a cui si riferiscono¹⁸².

La regola generale sulle perdite è quella secondo la quale i redditi di segno negativo emersi nei periodi d'imposta "coperti" dall'opzione sono immediatamente

delle operazioni straordinarie, Torino, 2009, p. 525 e ss; P. MINUTOLI, *Considerazioni sistematiche in tema di riporto delle perdite nelle operazioni straordinarie e nella tassazione consolidata*, cit., p. 93.

¹⁸⁰ Cfr. art. 118, comma 4 del Tuir, in base al quale detto corrispettivo non concorre alla formazione del reddito imponibile, in quanto escluso.

¹⁸¹ Il provvedimento dovrà prevedere le modalità e i limiti per consentire l'inclusione nei consolidati già in corso, senza causarne interruzione, delle stabili organizzazioni e/o controllate di soggetti esteri del gruppo.

¹⁸² Cfr. art. 124, comma 4 del tuir che stabilisce che «le perdite fiscali risultanti dalla dichiarazione di cui all'art. 122 del Tuir, ... permangono nella esclusiva disponibilità della società o dell'ente controllante»; la stessa norma prevede, nel caso di accordo tra le parti, una restituzione delle perdite «alle società che le hanno prodotte al netto di quelle utilizzate»

spendibili all'interno del gruppo, a beneficio di tutte le società che hanno concorso alla determinazione della base imponibile consolidata.

Occorre però sottolineare, come il gruppo non debba intendersi come un nuovo soggetto d'imposta. Il legislatore italiano ha infatti mantenuto ferma la soggettività tributaria delle società che hanno esercitato l'opzione per il consolidato. La riferibilità fiscale del reddito continua infatti a rimanere in capo al soggetto che ha generato un reddito; è solo ai fini della quantificazione del debito d'imposta che esso si distacca da tale soggetto convogliando nel reddito complessivo.

Laddove la somma algebrica dei redditi distaccati dalle singole società conducesse alla rilevazione di una perdita, viene attribuito alla controllante il diritto di procedere al «riporto» della stessa, secondo le modalità previste dalla disciplina italiana, esaminata nei paragrafi precedenti¹⁸³.

1.4.3.3.3. Il consolidato mondiale e le perdite

A differenza di quello nazionale, il consolidato mondiale¹⁸⁴ tende ad assicurare un regime fiscale unitario per i gruppi aventi società controllate che operano all'estero¹⁸⁵. Di particolare rilievo, il fatto che tale regime prevede l'utilizzo delle perdite delle controllate residenti in Stati membri; segnatamente, il consolidato mondiale attrae alla forza impositiva italiana i redditi (anche di segno negativo) prodotti all'estero, determinando per il gruppo il vantaggio della compensazione degli utili maturati in Italia con le eventuali perdite generate all'estero dalle altre società comprese nel perimetro di consolidamento.

Vengono richiesti diversi requisiti da parte della consolidante, in particolare, deve:

i) essere una società di capitali o un ente che svolge attività commerciale, residente nel

¹⁸³ Cfr. M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, a cura di F. Tesauro, *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, cit., p. 598.

¹⁸⁴ Il consolidato nazionale è disciplinato dagli artt. 130-142 del Tuir.

¹⁸⁵ In argomento, si veda M. MICCINESI-F. DAMI, *Il consolidato mondiale nella riforma del sistema fiscale statale*, in AA.VV., *La nuova imposta sul reddito delle società* (a cura di) R. Esposito, F. Paparella, Napoli, 2003, p. 49 e ss., D. STEVANATO, *Consolidato fiscale internazionale*, in AA. VV., *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Milano, 2004, p. 43; G. ZIZZO, *Prime considerazioni in tema di consolidato*, a cura di G. Marino, *Profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi delle società*, Milano, 2004, p. 155, A. FANTOZZI-F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, cit., p. 315.

territorio dello Stato¹⁸⁶, ii) possedere titoli negoziati in mercati regolamentati; iii) essere controllata esclusivamente dallo Stato, da enti pubblici o da persone fisiche residenti.

Possono invece assumere la qualifica di consolidate le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, anche se localizzate in Stati a regime fiscale privilegiato.

Per quanto riguarda il requisito del controllo, la controllata deve detenere, direttamente o indirettamente, una percentuale superiore al 50 per cento delle azioni o quote, diritti di voto e di partecipazione agli utili della controllata, considerando, nell'ipotesi di controllo indiretto, l'eventuale demoltiplicazione della catena societaria.

A differenza di quello nazionale, il consolidato mondiale, si estende tutte le società appartenenti al gruppo secondo il principio dell'*all in all out*, inoltre, la consolidante è tenuta a presentare un'istanza di interpello all'Agenzia delle Entrate per consentire la verifica degli esposti requisiti¹⁸⁷. L'opzione per il consolidato mondiale vincola i soggetti partecipanti alla tassazione di gruppo per un periodo non inferiore a cinque esercizi, quando il periodo previsto per il consolidato nazionale è pari a tre esercizi. Ulteriori peculiarità del consolidato mondiale sono l'obbligo di revisione del bilancio di tutte le società controllate, al fine di assicurare la veridicità dei dati, e, al contempo, un generico obbligo di collaborazione della consolidante rispetto alle richieste dell'Amministrazione finanziaria.

La determinazione del reddito complessivo è governata dal medesimo criterio previsto per il consolidato nazionale, in quanto assume rilievo la somma algebrica dei redditi, quindi di utili e perdite. I redditi delle consolidate devono però essere rideterminati in base alla disciplina interna, in modo da rendere omogenei i componenti del reddito. Sicché, anche in tale contesto, potrebbe verificarsi il cd. caso

¹⁸⁶ In particolare si deve trattare dei soggetti previsti dall'art. 73, comma 1, lett. a) e b) del Tuir, ovverosia a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato; b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

¹⁸⁷ Cfr. M. BEGHIN, *Note minime a proposito dell'interpello "obbligatorio" nella disciplina del "consolidato mondiale"*, in Boll. Trib., 2003, p. 1285.

limite in cui una perdita di una consolidata estera, non risulti tale secondo la disciplina della consolidante. In base al meccanismo di rideterminazione dei redditi delle consolidate estere, un reddito di segno negativo potrebbe divenire un reddito di segno positivo e viceversa.

Ciò che inoltre caratterizza il consolidato mondiale rispetto a quello nazionale è il fatto che il primo non realizza un consolidamento integrale dei redditi: i redditi delle controllate vengono inclusi nella determinazione complessiva proporzionalmente alla quota di partecipazione. Pertanto, anche le perdite entreranno *pro-quota* nel reddito consolidato.

1.4.4. Risultati della disamina comparata: compensazione territoriale delle perdite vs. libertà di stabilimento

In conclusione al presente capitolo, quello su cui ci preme porre l'accento, è su come i diversi modelli di consolidamento realizzino una vera e propria deroga al divieto di compensazione intersoggettiva, in affermazione di un principio di libera circolazione delle perdite all'interno del gruppo (nazionale). Nel momento in cui la perdita viene imputata alla società controllante, si realizza una sorta di dissociazione tra soggetto produttore della stessa e soggetto a cui essa sarebbe stata riferibile; la perdita viene utilizzata in compensazione di redditi riferibili ad altri soggetti, realizzando conseguentemente un vero e proprio caso di compensazione intersoggettiva¹⁸⁸.

L'introduzione di tali discipline, seppur differenti tra di loro, la si ritrova nella necessità di garantire la neutralità fiscale del gruppo nel suo complesso. Così, un gruppo che si trovasse in una situazione complessiva di perdita, non sarebbe costretto a versare le imposte per quelle sole società, ad esso appartenenti, che presentino un utile. Da ciò deriverebbe una problematica in termini di *cash flow* per il gruppo.

La deroga al divieto di compensazione intersoggettiva vale però solo a livello nazionale. I diversi modelli di consolidamento consentono la circolazione

¹⁸⁸ Cfr. P. MINUTOLI, *Considerazioni sistematiche in tema di riporto delle perdite nelle operazioni straordinarie e nella tassazione consolidata*, cit., p. 833.

intersoggettiva delle perdite solamente a livello territoriale, in quanto, pur con modalità differenti, delimitano i confini del perimetro del gruppo legandolo alla residenza nel territorio di ciascuno Stato interessato.

In alcuni casi è prevista una differenziazione tra i requisiti soggettivo-territoriali stabiliti per i soggetti controllanti e quelli stabiliti per i soggetti controllati. Si tratta di scelte legislative che prevedono requisiti più stringenti ora per i primi ora per i secondi a causa, per lo più, di esigenze pratiche e di coerenza con il resto dell'ordinamento.

Nella generalità dei casi, il perimetro del gruppo non si estende oltre i confini nazionali. Ciò comporta un utilizzo territoriale delle perdite di gruppo. Salvo qualche rara eccezione, il perimetro di consolidamento previsto dai diversi modelli nazionali vale solo a livello nazionale.

L'ordinamento italiano prevede una specifica disciplina per il consolidamento mondiale; anche in questo caso, si tratta di un regime condizionato a determinati presupposti. Anzitutto, si tratta di un regime *cd. all in all out*, senza possibilità di operare un'applicazione parziale, come consentito per il consolidato nazionale. Tale scelta è stata ritenuta necessaria per evitare che le scelte privilegino, a seconda dei casi, società a regimi fiscali più elevati o che giustifichino perdite fiscali. L'opzione il consolidamento mondiale vincola il gruppo per cinque periodi d'imposta, anziché per un triennio come previsto per il consolidato nazionale. A differenza del consolidato nazionale, inoltre, nel mondiale il consolidamento degli imponibili, da determinare in base alle regole vigenti in Italia (con talune rettifiche), avviene in proporzione alla quota di partecipazione riferibile al soggetto controllante, e, a condizione che i bilanci dei soggetti consolidati siano sottoposti a revisione¹⁸⁹.

Ebbene il differente atteggiarsi delle due discipline di consolidamento in punto di requisiti soggettivi, di area di consolidamento, di efficacia temporale dell'opzione, nonché di condizioni cui è subordinata la rispettiva fruizione, chiaramente ha finito con l'ingenerare alcuni dubbi circa la compatibilità della normativa italiana con il diritto

¹⁸⁹ Per la sussistenza dei diversi requisiti la società controllante deve interpellare l'Agenzia delle Entrate a norma dell'articolo 11 della legge n. 212 del 27 luglio 2000.

comunitario. Tali misure differenziali espongono la società residente che intende consolidare controllate estere a costi aggiuntivi rispetto a quelli che assume la residente che consolida controllate nazionali¹⁹⁰.

Date le notevoli difficoltà applicative e le stringenti condizioni, non stupisce il fatto che il consolidato mondiale non abbia avuto successo.

Dalla disamina di tipo comparato svolta nel primo capitolo risulta pertanto che, ad oggi, non è consentita o risulta particolarmente difficoltosa la compensazione degli utili delle società residenti con perdite originare da società estere.

I vincoli territoriali alla compensazione delle perdite vengono confermati dal fatto che, gran parte degli ordinamenti esaminati, ovverosia Francia, Germania e Spagna escludono da imposizione il reddito estero delle stabili organizzazioni¹⁹¹.

La delimitazione territoriale delle perdite stride tuttavia con i principi comunitari, e, segnatamente, con la libertà di stabilimento. La disciplina sancita dagli artt. 49-54 del TFUE, conferisce agli operatori economici la possibilità di svolgere attività commerciali in territori di Stati membri diversi da quello di origine e, la possibilità di farlo scegliendo liberamente la forma giuridica appropriata per l'esercizio di tali attività in un altro Stato membro, per il tramite di una filiale, di una succursale (o di un'agenzia).

In linea di principio, dunque, le discipline nazionali che non acconsentono alla compensazione delle perdite dovrebbero rappresentare una restrizione all'esercizio

¹⁹⁰ Per tali aspetti, si vedano, A. DI PIETRO, *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, cit., p. 599 ss.; E. DELLA VALLE, *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer*, cit., p. 994 ss.; M. MICCINESI, *La fiscalità del gruppo di imprese multinazionale dopo la riforma dell'Ires: alcune riflessioni*, in *Giur. Imp.*, 2005; G. ZIZZO, *Prime considerazioni in tema di consolidato mondiale*, in G. Marino (a cura di), *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi della società*, cit., p. 155 ss.; F. AMATUCCI, *Potenziati violazioni del principio di non discriminazione comunitario da parte di alcune norme sancite dalla delega per la riforma del sistema fiscale*, *ivi*, p. 3 ss.; G. MAISTO, *Profili internazionalistici dell'imposizione delle imprese nella delega per la riforma tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 2003, p. 741; G. BIZIOLI-M. GRANDINETTI, *Imposizione dei gruppi di società e riporto delle perdite: la legittimità della legislazione inglese con la libertà di stabilimento*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2003, p. 980 ss.; C. SACCHETTO, *L'Italia verso una riforma fiscale radicale: gli aspetti internazionali*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2002, p. 357 ss.; D. STEVANATO, *Il consolidato fiscale nella delega per la riforma tributaria: profili problematici e prospettive di attuazione*, cit., p. 1203 ss.

¹⁹¹ L'ordinamento italiano, che, per le stesse prevede un modello di tassazione su base mondiale, non acconsente alla diretta imputazione dei redditi da esse maturati. Sennonché, l'impresa italiana, non solo deve ricalcolare il reddito della stabile organizzazione secondo le leggi italiane, ma deve "portare" il livello di tassazione di tale reddito (anche di segno negativo) a quello italiano.

della libertà di stabilimento, in quanto ostacolano l'insediamento dei gruppi societari in mercati esteri¹⁹². E' infatti evidente come, la mancata deduzione delle perdite transfrontaliere penalizzi i gruppi multinazionali europei rispetto ai gruppi che operano a livello nazionale (potendo dedurre le perdite interne).

Gli Stati membri tentano tuttavia di giustificare detta restrizione in ordine alla ripartizione delle competenze fiscali. Si è infatti rilevato come detta ripartizione abbia comportato diversità in termini di quantificazione delle perdite e di limiti temporali al riporto delle perdite. Si tratta però di disuguaglianze talmente incisive da non consentire la compensazione di perdite straniere e quindi da giustificare una distorsione delle decisioni delle imprese sul mercato interno? A parere degli Stati membri la risposta è certamente positiva. Sicuramente i limiti sul riporto orizzontale possono rappresentare un "freno" per la compensazione di perdite estere, trattandosi di regole per limitare il riporto di redditi di diversa natura; invece le regole sul riporto verticale delle perdite vengono condivise dagli Stati membri, dato che la maggior parte degli stessi prevede il riporto illimitato delle perdite.

In tale contesto, emerge il richiamato dissidio di interessi, tra Stati membri, che non intendono cedere porzioni di sovranità in tema di tassazione dei redditi, e tra ragioni generali (*i.e.* comunitarie), riconducibili al rispetto del principio della libertà di stabilimento.

Come si avrà modo di vedere (nel terzo capitolo), le istituzioni europee hanno tentato di ricomporre tale conflitto con soluzioni mirate. E' infatti necessaria una soluzione che implichi una corretta e puntuale valorizzazione nel riparto delle responsabilità tra Stato della fonte e Stato della residenza.

Tali tentativi, tuttavia, sono rimasti senza seguito, in quanto non hanno ricevuto il consenso unanime da parte degli Stati membri.

Nell'attesa di una soluzione comunitaria, la considerazione delle perdite transfrontaliere dipende da soluzioni in concreto applicabili a ciascuna fattispecie in

¹⁹² Sul tema della fiscalità delle imprese che operano in ambito europeo, cfr. G. MELIS, voce *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in *Enciclopedia del diritto*, 2002, Milano.

ragione delle regole di diritto interno e convenzionale impiegabili (oggetto del secondo capitolo).

CAPITOLO II

LE PERDITE NEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

2.1. Le fonti del trattamento fiscale delle perdite estere: tra diritto comunitario e diritto internazionale

Nel precedente capitolo si è visto come la libertà di stabilimento attribuisca agli operatori economici la possibilità di svolgere attività commerciali oltre i confini nazionali, e, la possibilità di farlo scegliendo liberamente la forma giuridica appropriata per l'esercizio di tali attività in un altro Stato membro, per il tramite di una filiale, di una succursale (o di un'agenzia). Quest'ultimo principio trova la sua collocazione nell'art. 49 TFUE, ma non viene affiancato all'interno dello stesso Trattato da una definizione delle predette forme giuridiche, tanto meno dal relativo trattamento fiscale.

Per quanto attiene al significato da attribuire alle stesse, è comunque possibile fare riferimento all'opera interpretativa della dottrina. In particolare, per il termine di «filiale», si è ritenuto che esso debba essere riferito alle società figlie, quindi alle società controllate, dotate di un'autonoma personalità giuridica, costituite all'estero o ivi acquisite, da un'altra società detta «società madre»¹⁹³. Le succursali sono state identificate, invece, come «*centri operativi del soggetto principale, sforniti di personalità giuridica separata, ma provvisti di un patrimonio e di una certa autonomia di gestione*»¹⁹⁴, e rientrano in quel fondamentale concetto del diritto internazionale tributario, definito come «stabile organizzazione», codificato nell'art. 5 del Modello di Convenzione Ocse¹⁹⁵.

¹⁹³ Tale interpretazione è avvalorata dalla versione tedesca del trattato, dove tale termine è tradotto con il vocabolo *Tochtergesellschaft* a dimostrazione della natura societaria della stessa.

¹⁹⁴ Sul punto si veda A. PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990, p. 101 ss.

¹⁹⁵ In tal senso G. MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, II, 1998, p. 25. Sulla nozione di stabile organizzazione. La letteratura in tema di stabile organizzazione è assai vasta, tra i numerosi contributi dottrinali, senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano, A. FANTOZZI, *La stabile organizzazione*, in Riv. Dir. Trib., 2, 2013, p. 9 ss.; V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, p. 170; Id., *L'evoluzione, con particolare riguardo all'ordinamento italiano, del concetto di «stabile organizzazione» delle imprese operanti nell'ambito di più Stati*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Milano, 1968, p. 260; A. LOVISOLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in Dir. Prat. Trib., I, 1983, p. 1127; F. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di «stabile organizzazione»*

Sotto il profilo del trattamento tributario delle filiali e delle sedi stabili, occorre fare riferimento al diritto nazionale insieme al diritto internazionale tributario. Il diritto interno è stato oggetto del primo capitolo, il diritto internazionale, e più specificatamente, gli effetti del diritto convenzionale sulle perdite, saranno oggetto del presente capitolo.

A tal riguardo, preme precisare come le Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione rappresentino regole di ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati interessati alle fattispecie imponibili transnazionali¹⁹⁶.

In linea generale, il Modello di Convenzione Ocse propone una ripartizione dei poteri impositivi che attribuisce allo Stato della fonte una potestà illimitata e una potestà illimitata allo Stato della residenza. Tuttavia, sono possibili negoziazioni tra autorità nazionali mediante le quali stabilire una serie di redditi classificati a seconda se l'attività economica principale originante il reddito abbia luogo nel Paese della fonte o della residenza, e, ripartire la giurisdizione fiscale tra tali Paesi in ottemperanza a tale distinzione.

Il Modello Ocse ha quindi come intento quello di ripartire il potere impositivo per categorie di reddito, e, per singole componenti di reddito (come i dividendi), con il fine ultimo di rimuovere gli effetti negativi derivanti da fenomeni di doppia imposizione sul reddito¹⁹⁷.

secondo il diritto interno, in Riv. Dir. Fin., I, 1985, p. 385; F. LIZZUL, *La stabile organizzazione nel Modello Ocse*, in Boll. Trib., 1988, p. 1084; F. TUNDO, *In tema di stabile organizzazione ed Iva*, in Dir. Prat. Trib., II, 1992, p. 322; G. TARDELLA, *Stabile organizzazione*, in Riv. Dir. Trib., I, 1998, p. 365; K. VOGEL, *On Double Taxations Conventions*, Deventer, 1997, p. 271 ss.; M. BALDWIN, *Fixed, business and permanent establishments*, in The Tax Journal, n. 400, Aprile 1997, p. 13 ss.; J.F. AVERY JONES-D.A. WARD, *Agents as Permanent Establishment under the OECD Model Tax Conventions*, European Taxation, 1993, p. 154; A.A. SKAAR, *Permanent Establishment*, cit.; C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1998, p. 204 ss.

¹⁹⁶ Le Convenzioni internazionali non stabiliscono dunque obblighi a carico dei contribuenti, ripartiscono invece la potestà impositiva degli Stati interessati dalle fattispecie imponibili transnazionali. In altre parole, non possono introdurre presupposti di imposta differenti da quelli previsti dagli ordinamenti nazionali ovvero modificare o ampliarne l'estensione. Dunque, le norme convenzionali in materia tributaria sono norme di distribuzione o di delimitazione, cfr. A. FANTOZZI-K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, cit, p. 190.

¹⁹⁷ Per un'ampia disamina del fenomeno di doppia imposizione, cfr. K. VOGEL, *On double taxation conventions*, cit.; A-FANTOZZI-K.VOGEL, *op. cit.*, p. 186; P. TARIGO, *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in Riv. Dir. Trib., 10, 2009, p. 902.

Le previsioni contenute nel Modello Ocse hanno quindi ad oggetto solo redditi di segno positivo. Le perdite non sono in alcun modo considerate, solo nel relativo Commentario viene attribuita agli Stati aderenti la possibilità di introdurre specifiche disposizioni sulle perdite nell'ambito delle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

Una tale regolamentazione non sempre è presente, e, talvolta, anche se presente, paradossalmente può determinare fenomeni di doppia deduzione di perdite, o, più verosimilmente, fenomeni di doppia non deduzione di perdite, per i quali il diritto convenzionale non pone rimedio.

Ad oggi, la regolamentazione delle perdite dipende di fatto dal tipo di metodo prescelto per evitare la doppia imposizione, ovverosia il metodo del credito d'imposta o dell'esenzione.

Vedremo nei successivi paragrafi come tale scelta non sia neutrale rispetto alla possibilità di riportare le perdite le perdite generate all'estero; nel quarto capitolo vedremo anche che tale scelta incide sulle decisioni della Corte di Giustizia in tema di perdite transfrontaliere.

Nei prossimi capitoli si avrà la possibilità di mettere in luce come non sia solo la scelta di un determinato meccanismo ad incidere sul trattamento fiscale delle perdite transfrontaliere, esiste infatti un ulteriore effetto che consegue dalle regole del diritto internazionale. Si tratta del diverso trattamento fiscale previsto per le società controllate estere e le stabili organizzazioni che si riflette sulla considerazione delle perdite da queste maturate.

Le regole di ripartizione del potere impositivo previste dall'art. 7 del Modello di Convenzione Ocse fanno sì che le perdite di una società controllata rilevino solamente nello Stato di residenza. Salvo il caso del consolidato mondiale, lo Stato della casa madre non ha quindi diritto di compensare le perdite originate all'estero dalla controllata estera. Diversamente, le perdite di una stabile organizzazione sono

considerate perdite della società che la detiene e possono essere compensate dai redditi di quest'ultima.

Si tratta di un aspetto che pone non poche perplessità in ordine alla relativa compatibilità con il principio della libertà di stabilimento, laddove, come visto, l'art. 49 TFUE, dispone la possibilità di scegliere liberamente la forma giuridica appropriata per esercitare un'attività all'estero.

La ricerca svolta nel presente capitolo prosegue ancora in chiave europea, dal momento che gli effetti dell'applicazione delle convenzioni internazionali sulle perdite vengono valutati alla luce del principio della libertà di stabilimento¹⁹⁸.

2.2. Il principio generale di ripartizione dei redditi tra casa madre, stabili organizzazioni e società controllate

Prima di intraprendere la suddetta indagine, si ritiene opportuna una breve disamina sul principio generale di ripartizione dei redditi enunciato dal Modello di Convenzione Ocse, dal momento che le regole contenute nello schema convenzionale sono state recepite dalla maggioranza dei Trattati stipulati tra vari stati membri appartenenti all'Ocse, e, che le stesse regole vanno ad incidere sul trattamento fiscale delle perdite estere.

In base all'art. 7 dello stesso, in presenza di un'attività d'impresa che presenti elementi di extraterritorialità, la potestà deve essere attribuita in via esclusiva ad uno dei due Stati contraenti e, segnatamente, allo Stato di residenza, ma ciò soltanto nel caso in cui l'impresa non operi nell'altro Stato per il tramite di una stabile organizzazione. Affinché possa operare tale regola, è pertanto necessaria l'esistenza di un'impresa in uno Stato contraente la quale svolga la propria attività anche in un altro Stato, e, contestualmente, l'assenza nell'altro Stato di una stabile organizzazione, come definito dall'art. 5 del Modello di Convenzione Ocse¹⁹⁹.

¹⁹⁸ In riferimento alla mancata considerazione delle perdite nell'ambito del Trattato contro la doppia imposizione ed i suoi riflessi in ambito comunitario, cfr. E. LECHNER, *Implications of EC Law on the "Exemption" of Losses under Tax Treaties*, in *Tax Treaties and EC Law*, W. GASSNER, M. LANG, E. LECHNER, Wien, 1996, p. 75.

¹⁹⁹ Cfr. K. VOGEL, *On double taxation conventions*, cit., p. 402.

Sicché, laddove un'attività d'impresa sia svolta all'estero mediante la costituzione di una filiale, la potestà impositiva viene attribuita allo Stato di residenza di quest'ultima. Mediante l'articolazione dell'impresa su una o più società controllate estere, si determina un gruppo multinazionale composto da società giuridicamente distinte, ciascuna delle quali provvista di propria soggettività tributaria, autonoma e indipendente anche dal punto di vista fiscale rispetto alla casa madre²⁰⁰. Il potenziale concorso tra le potestà tributarie degli Stati coinvolti viene eliminato in radice riconoscendo la prevalenza al criterio di collegamento soggettivo (residenza) della società controllata.

Nonostante l'esistenza di un «legame» oggettivo con il proprio territorio di fatti produttivi di reddito d'impresa, lo Stato della società controllante deve rinunciare a qualsiasi pretesa impositiva sugli utili²⁰¹, e, simmetricamente, alla deduzione delle perdite della controllata.

La descritta regola generale è destinata a non trovare applicazione ove, nell'esercizio di un'attività commerciale al di fuori dei confini territoriali nello Stato nel quale risiede, l'impresa si avvalga di una stabile organizzazione rispondente ai requisiti dell'art. 5 del Modello di Convenzione Ocse. La presenza di una stabile organizzazione consente allo Stato nel cui territorio è situata tale struttura di esercitare lo *ius impositionis* sui redditi ottenuti dall'impresa non residente alla quale appartiene tale stabile organizzazione²⁰². Il concetto di stabile organizzazione si configura infatti come essenziale presupposto territoriale di localizzazione del reddito d'impresa originato dall'esercizio di attività aventi carattere transnazionale²⁰³.

²⁰⁰ In tal senso, R. LUPI-D. STEVANATO, *Il "gruppo multinazionale" come soggetto economico operante nei mercati esteri attraverso società controllate o collegate (subsidiaries)*, in *Il diritto tributario nei rapporti internazionali* (a cura di), L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato, Milano, 2003, p. 254 ss.

²⁰¹ Cfr. F. TUNDO, *I redditi d'impresa nel Modello di Convenzione Ocse (art. 7)*, in *Corso di diritto tributario internazionale* (a cura di), V. Uckmar, Piacenza, 2005, p. 261 ss.

²⁰² Cfr. A.M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., p. 86; A.A. SKAAR, *Permanent Establishment*, cit., p. 9; E. LICCARDI- A. PISTONE, *Diritto tributario internazionale*, cit., p. 9; F. TUNDO, *I redditi d'impresa nel Modello di Convenzione Ocse (art. 7)*, op. cit., p. 265.

²⁰³ Cfr. F. TUNDO, *I redditi d'impresa nel Modello di Convenzione Ocse (art. 7)*, op. cit., p. 261.

Nel Modello di Convenzione Ocse la stabile organizzazione viene quindi concepita come un'impresa autonoma rispetto alla casa madre²⁰⁴; un'impresa autonoma - non anche un soggetto autonomo - idonea a realizzare un reddito tassabile ovvero una perdita, suscettibili di distinta considerazione nello Stato ospitante, ma destinati a rifluire nel reddito dell'unico soggetto passivo, ossia la casa madre²⁰⁵.

La stabile organizzazione, quindi, pur sprovvista di soggettività può produrre una perdita (oltre che un reddito), la cui valorizzazione può essere operata in momenti diversi ed a livelli diversi. Le perdite della stabile organizzazione, possono essere utilizzate, a rigore, sia per compensare verticalmente i redditi della medesima stabile organizzazione prodotti in esercizi differenti, sia per compensare i redditi della casa madre compensazione orizzontale, ovvero entrambi.

La rilevanza delle perdite della stabile organizzazione dipende pertanto da soluzioni in concreto applicabili a ciascuna fattispecie in ragione delle regole impiegabili, di diritto interno, esaminate nel primo capitolo, ovvero convenzionale, oggetto del presente capitolo.

2.3. Modalità di determinazione del reddito della stabile organizzazione

Come visto nel paragrafo precedente, in base alle regole previste dal Modello di Convenzione Ocse la stabile organizzazione assurge a «criterio di collegamento»²⁰⁶ tra il reddito conseguito dall'impresa non residente e il territorio dello Stato in cui è localizzata la stabile organizzazione²⁰⁷. Se tale connessione è il presupposto

²⁰⁴ Cfr. A.M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., p. 86.

²⁰⁵ Così, A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, cit., p. 855. Lo stesso sottolinea che la questione dell'autonomia rilevante della stabile organizzazione prescinde dai criteri in concreto adottati per determinarne il reddito (che vengono esaminati nel paragrafo successivo). Anche nel caso in cui sia impiegato, in luogo del più tradizionale *separate entity approach*, il criterio del *relevant business activity approach*, in ragione del quale il reddito della stabile organizzazione è determinato come quota proporzionale di quello complessivo realizzato dalla casa madre, il presupposto è che la stabile organizzazione è in grado di realizzare un reddito (tassabile) ovvero una perdita. Entrambi i metodi, difatti, pur sottintendendo un diverso grado di autonomia della stabile organizzazione, presuppongono comunque la riferibilità in capo alla medesima di un reddito o di una perdita distinti da quelli della casa madre.

²⁰⁶ Sul punto, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. II, Torino, 1999, p. 41 ss.; E. DE MITA, *Principi di diritto tributario*, Milano, 2000, p. 141 ss.; R. LUPI, *Diritto tributario*, vol. II, Milano, 2000, pag. 47; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, vol. II, Padova, 1997, p. 50 ss.; A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 1998, p. 627 ss.; A.M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., p. 86.

²⁰⁷ Così, F. TUNDO, *I redditi d'impresa nel Modello di Convenzione Ocse (art. 7)*, op. cit., p. 265.

imprescindibile per l'attuazione della pretesa impositiva²⁰⁸, si rende opportuna una breve enunciazione dei criteri fissati al fine di regolamentare le modalità di determinazione del reddito (in particolar modo del reddito di segno negativo) ascrivibile all'attività esercitata dalla stabile organizzazione, grandezza alla quale è commisurato il prelievo fiscale nello Stato ospitante²⁰⁹.

I metodi di determinazione del reddito della stabile organizzazione sono due: il metodo del c.d. *functionally separate entity approach*, in applicazione del quale la stabile organizzazione deve essere trattata, ai fini della determinazione del reddito, come un'impresa separata e distinta dalla casa madre; il metodo del c.d. *relevant business activity approach*, che invece ha carattere sintetico e fa leva sull'appartenenza della stabile organizzazione alla casa madre.

Il secondo metodo pone in evidenza il fatto che il reddito, in senso propriamente giuridico, non è ottenuto dalla stabile organizzazione, ma, dall'impresa madre, alla quale fa capo l'intero apparato aziendale, attraverso la stabile organizzazione²¹⁰. Viene definito il metodo del riparto proporzionale, in quanto, alla stregua di tale metodo di calcolo, si imputa alla stabile organizzazione una frazione del reddito conseguito globalmente dalla casa madre²¹¹. Mediante il *relevant business activity approach*, la stabile organizzazione rimane indissolubilmente legata all'impresa, dunque inidonea a generare un reddito di segno diverso da quello prodotto dall'impresa nel suo complesso²¹².

²⁰⁸ A tal riguardo C. GARBARINO, afferma che l'esistenza della stabile organizzazione «è il momento logicamente primario dell'applicazione della norma complessa per la localizzazione e il trattamento dei redditi d'impresa prodotti su base internazionale», in *La tassazione del reddito transnazionale*, cit., p. 200.

²⁰⁹ Infatti, «*the right to tax does not extend to profits that the enterprise may derive from that State (ovvero quello della fonte) otherwise than through the permanent establishment*» cfr. K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, cit., p. 402.

²¹⁰ H. BECKER, *The Determination of Income of a Permanent Establishment or Branch*, cit., p. 12.

²¹¹ Al fine di effettuare la proporzione reddito complessivo/reddito della stabile organizzazione, i parametri di riferimento generalmente utilizzati sono: il volume di affari, l'ammontare di spese sostenute, il valore di dotazione patrimoniale. Cfr. Commentario al quarto paragrafo dell'art. 7 dello schema di convenzione Ocse, riportato in K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, cit., pag. 441; A.M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., p. 88; F. TUNDO, *I redditi d'impresa nel Modello di Convenzione Ocse (art. 7)*, cit., p. 268.

²¹² In tal senso, G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1488.

Senonché, tornando al tema centrale della tesi, nel caso in cui il risultato complessivo del gruppo sia di segno negativo, mediante il *relevant business activity approach*, una frazione di esso viene imputato alla stabile organizzazione. In tal caso, la problematica della circolazione delle perdite non si presenta in quanto non sussistono utili da compensare.

Con il metodo del *functionally separate entity approach* si possono invece determinare risultati di segno opposto tra stabile organizzazione e casa madre. Secondo tale modello, la stabile organizzazione costituisce un'impresa separata, idonea a realizzare un autonomo risultato. La determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione viene infatti eseguito prendendo in considerazione i singoli costi e proventi attribuibili alla stessa, compresi quelli relativi ad operazioni intercorse con la sede centrale²¹³. Laddove i componenti di segno negativo superino quelli di segno positivo, la perdita che ne consegue deve quindi essere trasferita alla casa madre.

Tra i due metodi appena riportati, il Modello di Convenzione Ocse ritiene preferibile quello del *functionally separate entity approach*²¹⁴. Del resto, solo tale modello consente una stima precisa dell'esito di tutte le operazioni compiute dalla stabile organizzazione, in modo da rappresentare un risultato aderente all'effettiva attività svolta dalla stessa²¹⁵. Pertanto, pur non essendo previsto nel diritto convenzionale alcuno specifico divieto all'opzione per il metodo del *relevant business activity approach* da parte degli Stati contraenti²¹⁶, il *functionally separate entity approach* assurge a principio cardine ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione. Tale modello ha trovato un'applicazione talmente diffusa e uniforme nella prassi

²¹³ Su tale metodo, in generale, si vedano, Commentario al secondo paragrafo dell'art. 7 dello schema di Trattato contro le doppie imposizioni, il cui testo è riportato in K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, op. cit., p. 422; F. TUNDO, *I redditi d'impresa nel modello di convenzione OCSE*, op. cit., p. 268 ss.

²¹⁴ Il commentario all'art. 7, al paragrafo 11, in relazione al comma 2 del medesimo articolo, afferma che esso «contains the central directive on which the allocation of profits to a permanent establishment is intended to be based».

²¹⁵ Cfr. A.M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., p. 89.

²¹⁶ Cfr. J. MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, cit., p. 86; F.A.G. PRATS, *El establecimiento permanente*, Madrid, 1996, p. 261. Ricorda comunque P. GHERARUCCI, *I trattati contro le doppie imposizioni*, Milano, 1984, p. 92, che, una volta compiuta la scelta del sistema di valutazione, il Commentario all'art. 7 dello schema di convenzione contro le doppie imposizioni predisposto dall'Ocse raccomanda di continuare ad usare sempre lo stesso sistema fino a quando non sopravvengano validi motivi per adottarne un altro.

convenzionale, che è stata affermata la sua elevazione a regola obbligatoria per la comunità degli Stati, almeno di quelli aderenti all'Ocse stessa²¹⁷; non solo, è stato dichiarato il suo innalzamento a precetto normativo di natura internazionale consuetudinaria²¹⁸, dotato di un valore vincolante universale e prevalente sulle disposizioni nazionali eventualmente contrarie²¹⁹. Sennonché, la tesi farà riferimento a tale metodo.

Trattandosi di un cd. modello di impresa indipendente, il secondo paragrafo dell'art. 7 del Modello di Convenzione Ocse prevede che alla stabile organizzazione siano imputati gli utili «che si ritiene sarebbero stati da essa conseguiti se si fosse trattato di un'impresa distinta e separata....dall'impresa di cui essa costituisce una stabile organizzazione». Gli elementi attivi e passivi che assumono rilevanza ai fini del calcolo del reddito sono quelli risultanti dalle scritture contabili che la stabile organizzazione è generalmente obbligata a tenere dallo Stato ospitante²²⁰; tali elementi concorrono alla formazione

²¹⁷ Condizione indispensabile affinché possa venire ad esistenza una norma internazionale consuetudinaria; cfr. G. C. CROXATTO, *Le norme di diritto internazionale tributario*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, vol. II, Milano, 1989, p. 2227.

²¹⁸ M. GIULIANO-T. SCOVAZZI-T. TREVES, *Diritto internazionale*, I, Milano, 1983, p. 315, «un buon numero di regole generali di diritto internazionale sono venute originariamente ad esistenza come regole meramente pattizie, per imprimersi successivamente e gradualmente nella coscienza dei membri della società internazionale come regole obbligatorie della loro condotta, anche indipendentemente dall'accordo»; a tal proposito, si veda anche R.R. BAXTER, *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*, in *British Year Book of International Law*, 1965-66, p. 275 ss. *Contra*, J. MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, op. cit., p. 86; F.A.G. PRATS, *El establecimiento permanente*, op. cit., p. 261.

²¹⁹ In tal senso, F. AMATUCCI, *Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, p. 83; R. PISANO, *Il rapporto tra norme interne, diritto convenzionale e diritto comunitario*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali* (a cura di), V. Uckmar-C.Garbarino, Milano, 1995, p. 415 ss.

²²⁰ Al paragrafo 14 relativo al secondo paragrafo dell'art. 7 il Commentario Ocse prevede infatti che, a parte casi particolari, «the general rule should always be that the profits attributed to a permanent establishment should be based on that establishment's accounts». Nel paragrafo 12 del Commentario Ocse relativo all'art. 7, secondo paragrafo, viene precisato che, a prescindere dagli obblighi di legge, un'impresa multinazionale ben organizzata istituisce e mantiene conti separati per le unità operative di cui si compone la sua struttura, se non altro per sapere se dalla loro attività derivino utili o perdite. Secondo alcuni autori, gli obblighi contabili relativi alla stabile organizzazione possono essere soddisfatti secondo tre modalità: la stabile organizzazione redige una contabilità autonoma, con la predisposizione di un bilancio indipendente, che al termine dell'esercizio viene consolidato con quello della sede centrale; la stabile organizzazione estera tiene solamente il libro giornale, provvedendo ad inviare periodicamente i saldi di conto alla sede centrale, che li registrerà nel libro giornale generale; la stabile organizzazione redige solo la «prima-nota», il cui contenuto viene periodicamente trasmesso alla sede centrale, che lo riporta in un registro sezionale intestato alla sede locale o direttamente in contabilità generale, senza riportarlo prima nel libro sezionale, utilizzando una distinta scheda di mastro intestata alla stabile organizzazione stessa; M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 1999, p. 670; E. CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in "Dir. prat. trib.", 1995, I, pag. 726.

della base imponibile dell'imposta dovuta nello Stato dove è collocata la stabile organizzazione, secondo le regole previste dall'ordinamento tributario di detto Stato²²¹

Nell'utilizzare l'espressione utili della stabile organizzazione, così come nel definire le varie componenti che ne concorrono alla formazione, è necessario fare riferimento al significato attribuito a tale termine (utili) nell'ordinamento dello Stato nel quale si trova la stabile organizzazione²²². A tale ordinamento compete l'imposizione del reddito conseguito dalla stabile organizzazione²²³.

2.4. I sistemi contro la doppia imposizione dei redditi

La regola enunciata dall'art. 7, secondo paragrafo, riguarda certamente la stabile organizzazione, ma, al contempo produce effetti vincolanti anche per la determinazione del reddito della casa madre²²⁴. Ciò dipende dal fatto che, ai fini della determinazione del reddito, la stabile organizzazione rileva quale entità distinta rispetto all'impresa di cui fa parte. Inoltre, in base ad un principio consolidato²²⁵, il medesimo fatto impositivo non può riferirsi a due distinti soggetti. Pertanto, il provento attribuito alla stabile organizzazione e, soggetto ad imposizione nello Stato in cui essa risiede, non può essere incluso anche nella base imponibile dell'imposta prelevata in capo alla casa madre nello Stato in cui questa risiede, ne conseguirebbe un fenomeno di doppia imposizione.

Sono state quindi introdotte le Convenzioni per evitare la doppia imposizione internazionale in modo da regolamentare, mediante un accordo tra due Stati, la sovranità tributaria degli stessi. Tali Convenzioni possono prevedere il meccanismo dell'esenzione (*exemption method*) o il meccanismo del credito d'imposta (*foreign tax*

²²¹ Cfr. K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, cit., pag. 404.

²²² Cfr. F. TUNDO, *I redditi d'impresa nel Modello di Convenzione Ocse (art. 7)*, op. cit., p. 271; A.M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., p. 100; F.M. GIULIANI, *La interpretazione delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi*, in AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale*, op. cit., p. 291.

²²³ A.M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., p. 100.

²²⁴ Cfr. K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, cit., pag. 426 precisa che «Art. 7 (2) and the following paragraphs of the article are binding on both the State of the permanent establishment and the State of residence».

²²⁵ Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. I, Torino, 2000, pag. 56; E DE MITA, *Principi di diritto tributario*, Milano, 2011, p. 51.

credit method)²²⁶.

2.4.1. Il funzionamento del metodo dell'esenzione

Il meccanismo dell'esenzione, quale metodo per evitare la doppia imposizione, trova il proprio fondamento nella nozione territoriale di tributo. Il metodo previsto dall'art. 23 A del Modello di Convenzione Ocse non considera tassabili i redditi prodotti all'estero dai soggetti residenti attribuendo unilateralmente l'esercizio esclusivo della potestà impositiva allo Stato della fonte. Dal punto di vista dello Stato della residenza, il metodo dell'esenzione risponde al principio di *Capital Import Neutrality* (CIN), in quanto finalizzato a consentire ai soggetti residenti di competere sui mercati esteri, a parità di condizioni con i soggetti ivi operanti.

Al Paragrafo 39, il Commentario all'art. 23 A del Modello Ocse, dispone che l'importo da esentare dall'imposizione da parte dello Stato della residenza è pari all'importo che lo Stato di residenza assoggetterebbe ad imposizione secondo le proprie leggi interne in mancanza di convenzione. Il reddito esentato può così differire da quello effettivamente assoggettato ad imposta dallo Stato della fonte secondo le proprie leggi interne, in mancanza di esenzione.

Non essendo possibile proporre una soluzione uniforme a tale problematica, il paragrafo 43 del Commentario lascia agli Stati contraenti la facoltà di applicare la propria legislazione interna, risolvendo eventuali problemi nelle trattative bilaterali.

Potrebbe pertanto accadere che il soggetto residente che produce un cd. *foreign income* sostenga un onere tributario superiore o inferiore rispetto a quello che subirebbe per quello stesso reddito, se fosse tassato nello Stato della residenza per il *domestic income*. Possono infatti differire sia le regole di determinazione del reddito, sia l'aliquota applicabile dai rispettivi Stati.

Ad ogni modo, in applicazione del metodo dell'esenzione, lo Stato della residenza esclude dalla base imponibile il reddito localizzato all'estero²²⁷, senza considerare, a

²²⁶ Cfr. V. UCKMAR, *Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization*, in *European Taxation*, 1996, 118.

²²⁷ In argomento si veda C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008, p. 60.

livello globale, la situazione reddituale, quindi l'effettiva capacità contributiva, dei gruppi multinazionali. Sennonché, il metodo dell'«esenzione puro» può essere sostituito con il metodo dell'«esenzione con progressività»²²⁸.

Il paragrafo 3 dell'art. 23 A prevede che lo Stato di residenza possa mantenere il diritto di considerare l'importo del reddito (o del patrimonio), esentato da imposta ai fini della determinazione dell'imposta da prelevare sul restante reddito (o patrimonio).

Il cd. metodo di *exemption with progression*, è applicabile al reddito (e al patrimonio) che è esentato ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 23 A²²⁹, e al reddito o patrimonio che, in base alle disposizioni della Convenzione, sono assoggettati ad imposta nel solo Stato della fonte²³⁰. L'applicazione di tale metodo, fa sì che il reddito estero viene escluso dall'imposizione nello Stato della residenza, e, al contempo, considerato dallo stesso Stato ai fini della determinazione dell'aliquota applicabile²³¹.

Invero, il metodo dell'esenzione con progressività viene tipicamente applicato ai redditi delle persone fisiche, in quanto, data l'aliquota forfettaria che caratterizza l'imposta sui redditi societari, il fatto di tener conto del reddito esente non ha alcuna conseguenza sulla stessa aliquota.

2.4.2. Il funzionamento metodo del credito d'imposta

In alternativa al metodo dell'esenzione, l'art. 23 B del Modello di Convenzione Ocse prevede il metodo del credito d'imposta per evitare le doppie imposizioni. Tale

²²⁸ Sul punto, si veda cfr. P. STIZZA, *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario*, cit., p. 161.

²²⁹ Il paragrafo 2 dell'art. 23 A prevede che qualora un soggetto residente di uno Stato contraente ricavi redditi che, in conformità delle disposizioni di cui agli artt. 10 e 11 del Modello di Convenzione Ocse, possono essere tassati nell'altro Stato contraente, il primo Stato deve concedere una deduzione dall'imposta sui redditi di detto residente per importo uguale all'imposta pagata nell'altro Stato. Tale deduzione, non deve comunque eccedere quella parte dell'imposta calcolata prima di effettuare la deduzione, attribuibile a detti redditi derivati dall'altro Stato.

²³⁰ Cfr. paragrafo 55 del Commentario al Modello Ocse.

²³¹ In altre parole, lo Stato della residenza, da una parte, rinuncia alla considerazione dei redditi esteri ai fini del computo della base imponibile, dall'altra parte, non rinuncia a rilevare gli stessi redditi ai fini dell'applicazione dell'aliquota progressiva sul reddito. Mediante l'applicazione del metodo dell'esenzione con progressività viene pertanto individuata un'aliquota, che tiene conto dei redditi di fonte estera, ma che è applicabile ai soli redditi di fonte interna²³¹. In tal modo, è possibile evitare una discriminazione a favore dei soggetti residenti che operano a livello internazionale..

metodo, denominato anche *foreign tax credit*, è utilizzato tipicamente dai Paesi che informano il proprio sistema impositivo al principio del *world wide principle*. Mediante l'applicazione di tale metodo si attua il principio della *capital export neutrality* (CEN), in base alla quale tutti i redditi ovunque prodotti devono subire la stessa aliquota di prelievo.

La doppia imposizione viene evitata mediante l'adozione di una norma convenzionale – o interna – che permette al contribuente di detrarre dall'imposta sul reddito le imposte versate all'estero sui redditi ivi prodotti attribuendo allo stesso soggetto passivo un credito d'imposta.

La regola generale viene declinata in due differenti metodi: il cd. *full credit*, mediante il quale l'intera imposta versata all'estero viene dedotta dall'imposta applicata nello Stato di residenza; il cd. *ordinary credit*, in base al quale lo Stato della residenza apporta svariate limitazioni alla deduzione del credito.

Mediante il credito d'imposta pieno, lo Stato della residenza consente di portare a credito le imposte estere, qualsiasi sia l'aliquota ad esse applicata. Laddove l'aliquota estera superi quella dello Stato della residenza, quest'ultimo è tenuto a rimborsare la differenza tra l'imposta nazionale e quella estera. L'applicazione piena non viene generalmente prevista dagli ordinamenti tributari.

Ordinariamente, lo Stato della residenza concede solo una parte del credito che eccede l'imposta interna. Mediante il metodo dell'imputazione ordinaria, lo Stato di residenza assoggetta ad imposizione i redditi di fonte estera, concedendo al titolare di tali redditi un credito per le imposte versate all'estero. Tale credito, non può eccedere la quota d'imposta dello Stato di residenza del beneficiario attribuibile ai redditi di fonte estera nella proporzione in cui gli stessi concorrono alla formazione del reddito complessivo.

2.5. La (mancata) rilevanza delle perdite nel Modello di Convenzione Ocse

Come esaminato nei paragrafi precedenti, i meccanismi previsti dal Modello Ocse per evitare la doppia imposizione rappresentano regole di ripartizione dei redditi,

aventi ad oggetto situazioni caratterizzate dalla presenza di redditi di segno positivo, nulla prevedono riguardo alle situazioni di caratterizzate dalla presenza di perdite. L'art. 7, secondo paragrafo, nel riferirsi al termine utili, indica tecnicamente il risultato (positivo) dell'esercizio, costituito dall'eccedenza dei proventi rispetto ai costi.

Tali utili, assumono rilevanza tanto nello Stato ospitante, quanto in quello della casa madre, laddove venga previsto il metodo del credito d'imposta, mentre restano confinati nel solo Stato in cui ha sede la stabile organizzazione, in ordine al meccanismo dell'esenzione.

Pur non essendo menzionato nel Modello Ocse, potrebbe tuttavia verificarsi il caso opposto, quello in cui i componenti negativi superino i componenti positivi, dando luogo ad una perdita.

La tematica delle perdite viene semplicemente "toccata" nel Commentario al Modello Ocse, rimandando la soluzione del problema ai singoli Stati. Nel Commentario si rileva la disomogeneità dei sistemi fiscali nazionali e, al contempo, la perplessità nell'adottare una soluzione univoca che vincoli gli Stati a tenere conto delle perdite transnazionali, ovvero ad escluderne completamente la compensabilità con gli utili prodotti da soggetti residenti²³². La soluzione viene dunque lasciata, oltre che alla disciplina delle legislazioni interne dei singoli Stati, a eventuali specifiche disposizioni contenute nelle Convenzioni bilaterali, oggetto dei successivi paragrafi.

2.5.1. Il metodo dell'esenzione: effetti sulle perdite

Negli ordinamenti che adottano il metodo dell'esenzione, non esiste uniformità nel trattamento delle perdite, come conferma anche la giurisprudenza comparata. Quest'ultima è infatti altalenante; dapprima, aveva sostenuto che, così come il reddito non veniva sottoposto ad imposizione nello Stato della residenza, così la perdita non doveva essere tenuta in alcuna considerazione²³³, poi, si sono registrati orientamenti di

²³² Così, P. STIZZA, *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario*, cit., p. 164.

²³³ Cfr. giurisprudenza tedesca *Reichsfinanzhof*, sentenza del 11 Dicembre 1928 in *Steuer und Wirtschaft II* 1929, n. 466, colonna 874; sentenza del 25 Gennaio 1933, in *Reichssteuerblatt* 1933, p. 478; sentenza dell'11 Ottobre 1933, in *Steuer und Wirtschaft II* 1934, N. 92, colonna 216; sentenza del 26 Giugno 1935, in *Reichssteuerblatt* 1935, p. 1358; BFH, 6 ottobre 1993, in *Bundessteuerblatt II* 1994, p. 113; Lord Russell of Killowen nel caso *Hock Heng Co. v.*

inverso avviso. Alcune Corti hanno ritenuto che le Convenzioni contro la doppia imposizione non impediscono allo Stato di residenza considerare le perdite generatesi nello Stato della fonte. Alla base di tali conclusioni, il fatto che il metodo dell'esenzione attiene esclusivamente alla eliminazione della doppia imposizione sul reddito, e non alle perdite. In particolare, è stato affermato che, le convenzioni contro le doppie imposizioni trovano applicazione solamente in presenza di redditi di segno positivo, per evitare che lo stesso reddito sia tassato, sulla base dello stesso presupposto impositivo, sia nello Stato di residenza, che nello Stato della fonte²³⁴.

In realtà il paragrafo 44 del commentario all'art. 23 al Modello di Convezione Ocse accenna al problema delle perdite, ma si limita ad affermare che *«the solution depends primarily on the domestic laws of the Contracting States and as the laws of the OECD Member countries differ from each other substantially, no solution can be proposed in the Article itself, it being left to the Contracting States, if they find it necessary, to clarify the abovementioned question and other problems connected with losses ... bilaterally, either in the Article itself or by way of a mutual agreement procedure (paragraph 3 of Article 25)»*.

Non potendosi proporre una soluzione uniforme al problema della rilevanza delle perdite, viene lasciata agli Stati contraenti la facoltà di applicare la propria legislazione interna, risolvendo eventuali problematiche nelle trattative bilaterali.

Senonché, alcuni Stati, come ad esempio la Germania, adottano il meccanismo dell'esenzione, senza riconoscere le perdite prodotte nell'altro Stato contraente. Alla base di tale disciplina, il timore che i contribuenti possano dedurre le perdite nello Stato della fonte, nel quale non è possibile quel medesimo grado di controllo consentito

Director-General [1979], *Simon's Tax Cases*, p. 295. Per i commenti della dottrina, cfr. H. DORN, *Das Recht der internationalen Doppelbesteuerung*, *Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht* 1927, p. 189; F. WASSERMEYER, in Debatin, Wassermeyer, *Doppelbesteuerungsabkommen*, loose-leaf, Vol. I, Art. 23, n. 57; V. WEINREICH, *Probleme des Verlustausgleichs über die Grenze*, Frankfurt, 1994, p. 89; O. HEINSEN, *Steuerliche Verlustpolitik bei grenzüberschreitenden Unternehmen*, Berlin, 2001, p. 61; H. HAHN, *Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten?*, *IStR* 2002, p. 681. Per la giurisprudenza francese cfr. Conseil d'État, sent. n. 49054, in *Droit Fiscal* 1988, comm. 1919.

²³⁴ Cfr. Corte Suprema Austriaca, sent. n. 99/14/0217 del 25 settembre 2001, pubblicata in *Internationales Steuerrecht*, 2001, p. 754 e ss.; K. VOGEL, M. LEHNER, *Doppelbesteuerungsabkommen*, Monaco, 2003, commento all'art. 23.

all'interno del territorio nazionale, e, nuovamente, nello Stato della residenza. Inoltre, qualora lo Stato della fonte conceda la facoltà del riporto negli esercizi successivi, il mancato riconoscimento delle perdite non comporta alcuno svantaggio per i soggetti coinvolti. Ciò è vero a condizione che la stabile organizzazione generi redditi negli esercizi futuri. Diversamente, in caso di interruzione dell'attività, le perdite rimarrebbero confinate nello Stato della stabile organizzazione senza alcun possibile utilizzo, causando un cd. fenomeno di doppia non imposizione (delle perdite). Così, la tassazione nello Stato di residenza non verrebbe parametrata all'effettivo reddito imponibile dei soggetti coinvolti (*rectius* del soggetto coinvolto, essendo la stabile organizzazione appartenente alla casa madre).

I singoli Stati possono anche consentire la deduzione delle perdite, pur esentando i redditi, come avviene ad esempio nell'ordinamento austriaco²³⁵. Quindi, a prescindere dal metodo applicato in virtù di una convenzione, le perdite sostenute all'estero possono influire direttamente sulla base imponibile.

A tal riguardo, occorre rilevare che la disciplina austriaca prevede che il calcolo delle perdite estere debba essere effettuato in base alle norme nazionali. Sennonché, possono sorgere alcune problematiche riguardo alla misurazione delle perdite. Come visto, le regole di determinazione del reddito (anche di segno negativo) dello Stato della fonte possono differire da quelle dello Stato della residenza. Conseguentemente, potrebbe accadere che una perdita, determinata in base alle regole dello Stato della fonte, sia pari ad un importo superiore o inferiore rispetto a quello determinabile mediante le regole dello Stato della residenza; ciò, fino al caso limite, in cui una perdita della stabile organizzazione non risulti tale per lo Stato della casa madre o, viceversa, ad un utile della stabile organizzazione, secondo le regole dello Stato ospitante,

²³⁵ Dal 18 giugno 2009, è previsto l'ordinamento austriaco prevede l'obbligo di includere nella dichiarazione dei redditi le perdite estere, cfr. Sez. 2, par. 8 EStG. Ai sensi di una decisione della Suprema Corte Amministrativa austriaca, 25 settembre 2001 (99/14/0217), laddove le perdite estere, compensate con il reddito di fonte interna, vengano nuovamente utilizzate nello Stato della stabile organizzazione, però, devono essere riprese a tassazione.

corrisponda una perdita nello Stato di origine²³⁶.

La questione viene esaminata nel Commentario al modello Ocse (par. 39), dove si evidenzia che la differenza di regole per la misurazione del reddito può determinare una divergenza tra reddito soggetto a tassazione nello Stato della fonte e reddito preso a base per la determinazione del credito accordato nello Stato di residenza della casa madre. Ancora una volta, però, la soluzione viene lasciata agli ordinamenti interni.

I singoli Stati possono rimediare ad una tale asimmetria rideterminando il reddito di segno negativo in base alle regole dell'ordinamento interno; possono quindi dedurre l'ammontare della perdita rinvenibile secondo le regole nazionali, ovvero, assoggettare ad imposizione perdite che nel territorio nazionale corrispondono ad utili.

In altre parole, si conferma ancora una volta quanto ampiamente esaminato nel primo capitolo: in assenza di una regolamentazione uniforme, i singoli ordinamenti prevedono specifiche regole interne, con altrettanto specifici effetti sui redditi di segno negativo.

In un siffatto contesto, caratterizzato dall'assenza di una disciplina positiva, non è un caso che anche la dottrina sia divisa in merito alla necessità di prendere in considerazione le perdite da parte dello Stato della residenza, nel momento in cui sceglie di adottare il metodo dell'esenzione²³⁷.

Parte della dottrina sostiene che la perdita, intesa come un reddito di segno negativo non debba essere presa in considerazione nello Stato di residenza, parimenti a quanto avviene per i redditi di segno positivo²³⁸. La stessa dottrina ritiene che, qualora venga esentato il reddito positivo e preso in considerazione il reddito negativo, si dia origine ad un trattamento asimmetrico, dal quale può scaturire una duplice deduzione delle perdite. Dette perdite possono infatti essere utilizzate, una volta nello Stato di

²³⁶ Rilevano il problema A. CARINCI, op. cit., p. 858; G. MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, in Riv. dir. trib., 1998, III, pag. 33; B. GANGEMI, *I progetti di armonizzazione all'esame del Consiglio CEE: le ritenute su interessi e royalties e le perdite transnazionali*, cit., p. 838.

²³⁷ Cfr. M. SCHILCHER, *Exemption Method and Community Law*, in M. Lang, J. Schuch, C. Staringer, *Tax Treaty Law and EC Law*, Wien, 2007, p. 155; A. CORDEWENER, M. DAHLBERG, P. PISTONE, E. REIMER, C. ROMANO, *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part One)*, cit., p. 140.

²³⁸ In tal senso cfr. M. SCHILCHER, *Exemption Method and Community Law*, cit., p. 155.

residenza, e, successivamente nel caso in cui preveda il meccanismo del *carry forward*, nello Stato della fonte. In altre parole, laddove venga prevista un'imposizione territoriale del reddito mediante l'applicazione del metodo dell'esenzione, una sistematica importazione di perdite maturate in altri ordinamenti rappresenta una deroga al principio generale della tassazione transnazionale, con il rischio di doppia deduzione delle perdite.

Altra parte della dottrina sostiene invece che, il trattamento delle perdite non debba coincidere con quello dei redditi, anche quando venga previsto il metodo dell'esenzione per evitare la doppia imposizione. La stessa dottrina ritiene infatti che, dal momento che la *ratio* delle convenzioni è quella di contrastare i fenomeni di doppia imposizione, nell'ambito oggettivo di applicazione delle stesse convenzioni rientri esclusivamente il reddito, e non anche le perdite. Sennonché, per il diritto convenzionale non rileva il fatto che una stessa perdita possa essere dedotta sia nel Paese di residenza sia in quello della fonte²³⁹.

2.5.2. Il metodo del credito d'imposta: effetti sulle perdite

Come visto nel precedente paragrafo, l'adozione del meccanismo dell'esenzione, in presenza di redditi di segno negativo, porta con sé un duplice rischio: da una parte, può comportare il confinamento, nonché il mancato utilizzo in compensazione delle perdite, dunque, una doppia non deduzione delle perdite; dall'altra parte, il fenomeno opposto, quello della doppia deduzione delle perdite. Segnatamente, una società potrebbe dedurre le perdite, nello Stato in cui ha la propria sede, e, nuovamente nello Stato di stabilimento, in caso del conseguimento di futuri utili, che invece non concorrerebbero alla formazione dell'imponibile della casa madre²⁴⁰.

Si rileva che si tratta di rischi esclusivamente conseguenti all'adozione del sistema dell'esenzione nella tassazione di casa madre e stabile organizzazione, non potendo derivare un siffatto rischio dal meccanismo del credito d'imposta.

²³⁹ A favore di tale orientamento cfr. P. TARIGO, *Il concorso di fatti imponibili nei trattati contro le doppie imposizioni*, Torino, 2008, p. 269 e ss., per un'ampia disamina degli effetti delle convenzioni contro le doppie imposizioni, si veda anche P. STIZZA, op. cit., p. 161 ss.

²⁴⁰ Cfr. G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1494.

Nei casi in cui lo Stato della casa madre contempra la tassazione del reddito mondiale, accordando il credito d'imposta per le imposte assolte all'estero, infatti, la perdita viene direttamente imputata alla casa madre. Nel caso in cui lo Stato della fonte preveda il cd. meccanismo del *carry forward*, la stessa perdita viene ivi riportata nei successivi esercizi, senza comportare alcuna conseguenza per lo Stato della casa madre²⁴¹. Gli utili prodotti nei successivi esercizi dalla stabile organizzazione concorreranno infatti alla formazione del reddito della casa madre, indipendentemente dal riporto della perdita nello Stato della fonte²⁴².

Tuttavia, anche l'adozione del meccanismo del credito di imposta può causare alcune problematiche in presenza di perdite, dovute – ancora una volta – alla coesistenza di differenti metodologie di determinazione del reddito (anche di segno negativo) previste dagli Stati. Come è stato più volte ribadito nel presente lavoro, la concreta quantificazione delle perdite può differire tra Stato ospitante, quello in cui si trova la stabile organizzazione, e Stato di origine (quello della casa madre), nella misura in cui non corrispondono rispettivi i criteri di determinazione del reddito. Ciò può comportare due ordini di conseguenze. Potrebbe verificarsi il caso limite in cui una perdita della stabile organizzazione non risulti tale per lo Stato della casa madre, e, viceversa, il caso in cui il reddito estero, così come rideterminato mediante le regole interne, sia inferiore o pari a zero.

Nel primo caso, quello che è diventato un utile estero viene tassato nello Stato della residenza. Nel secondo caso, per effetto della rideterminazione secondo le regole nazionali, il reddito estero non genera alcuna quota di imposta lorda nazionale; non verificandosi una situazione di doppia imposizione, ciò potrebbe causare la perdita del credito d'imposta. In Italia, ad esempio, non deve essere compilata la sezione della dichiarazione dei redditi relativa all'imposta estera pagata per il reddito della stabile

²⁴¹ Si tratta del cd. meccanismo del *Recapture of loss* di matrice europea, esaminato nel capitolo successivo.

²⁴² Si tratta di un modello ibrido in cui le perdite della stabile organizzazione sono comunque considerate in capo alla casa madre, per essere in seguito "recuperate" mediante la tassazione degli utili futuri della stabile organizzazione, cfr. A. CARINCI, op. cit., p. 857 e ss.; G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1494.

organizzazione, nel caso in cui il reddito estero, come rideterminato con le regole interne, risulti di segno negativo. Ciò, anche in presenza di imposta pagata all'estero²⁴³.

Parimenti, il *foreign tax credit* potrebbe essere definitivamente perso anche laddove il reddito di fonte estera sia positivo, e venga totalmente assorbito dal reddito negativo di fonte interna. Di tali problematiche è consapevole il Commentario all'art. 23 B del Modello OCSE, il quale al paragrafo 62 statuisce che «...it is preferable also for the credit method not to propose an express and uniform solution in the Convention, but to leave each State free to apply its own legislation and technique». Ancora una volta, il diritto convenzionale solleva la problematica delle perdite lasciando gli Stati liberi di individuare eventuali condizioni.

Non ci si può dunque stupire a fronte del fatto che, secondo una logica di tipo utilitaristico, gli Stati che adottano il sistema del credito d'imposta, tendono a riconoscere pienamente tale modello quando permette di attrarre ad imposizione utili nel Paese dove si trova la stabile organizzazione, mentre lo stesso meccanismo è applicato con molta più cautela, o non è applicato affatto, a fronte del riconoscimento di una perdita²⁴⁴.

2.6. La compensazione territoriale delle perdite delle controllate e la deroga prevista dai regimi di consolidamento mondiale

Nei paragrafi precedenti si ha avuto modo di rilevare come, in base all'art. 7 del Modello di Convenzione Ocse, in presenza di un'attività d'impresa che presenti elementi di extraterritorialità, la potestà impositiva debba essere attribuita in via esclusiva allo Stato di residenza, salvo il caso in cui l'impresa non operi nell'altro Stato per il tramite di una stabile organizzazione. Affinché possa operare tale regola, è pertanto necessaria l'esistenza di un'impresa in uno Stato contraente la quale svolga la propria attività anche in un altro Stato, e, contestualmente, l'assenza nell'altro Stato di una stabile organizzazione. Sennonché, laddove un'attività d'impresa venga svolta

²⁴³ In argomento, si veda A. CARINCI, op. cit., p. 858.

²⁴⁴ In argomento, cfr. A. CARINCI, op. cit., p. 855 e ss. G. MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, cit., p. 22 e ss.; G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1488 e ss.; P. STIZZA, op. cit. p. 160 e ss.; M. RUSSO, op. cit. p. 13 e ss.

all'estero mediante la costituzione di una società controllata, la potestà impositiva viene attribuita allo Stato di residenza di quest'ultima. Solamente tale Stato potrà vantare qualsiasi pretesa impositiva sugli utili, e, simmetricamente, sosterrà il «peso» (erariale) della deduzione delle perdite della filiale.

La regola generale del riparto del potere impositivo subisce però una deroga (seppure parziale) laddove i singoli ordinamenti interni prevedano regimi di consolidamento estesi oltre i confini nazionali. Sebbene siano pochi, alcuni Stati prevedono il consolidamento mondiale dei redditi, sicché, pur sottoponendola a specifiche condizioni e limitazioni, prevedono la deducibilità delle perdite transnazionali prodotte dalla controllate non residenti²⁴⁵.

E' evidente come il consolidamento mondiale rappresenti un importante vantaggio fiscale rispetto alla tassazione (ordinaria) che consegue dal riparto di competenze: tale regime costituisce l'unica possibilità per il soggetto controllante di dedurre le perdite subite dalle controllate, oltre che dalle stabili organizzazioni²⁴⁶; ciò, indipendentemente dal livello delle aliquote effettive degli Stati, e dal metodo prescelto dagli Stati coinvolti per evitare la doppia imposizione.

Tali ragioni hanno indotto gli ordinamenti che prevedono il consolidamento mondiale, ad introdurre condizioni "di ingresso" e livelli di deducibilità più critici, rispetto a quelli previsti per i regimi di consolidamento nazionali. Ebbene, le società che appartengono ad un gruppo, che opera entro i confini nazionali, possono compensare utili e perdite come se fossero un'unica entità. Ciò non è possibile per i gruppi transfrontalieri. Le ragioni sono rinvenibili, ancora una volta, nella diversità di determinazione delle basi imponibili. E' infatti difficile estendere il regime nazionale ai redditi transfrontalieri, determinati con discipline differenti rispetto alla disciplina nazionale. Inoltre, la compensazione delle perdite estere con gli utili nazionali,

²⁴⁵ La compensabilità delle perdite transnazionali è prevista ad esempio in Italia e in Gran Bretagna. Le specifiche regole sono state oggetto di ampia disamina nel primo capitolo.

²⁴⁶ Cfr. C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, cit., p. 1311.

comporterebbe un abbattimento della base imponibile nazionale, con una diminuzione delle entrate erariali.

Al contempo, la mancata circolazione transfrontaliera delle perdite può ostacolare le decisioni imprenditoriali dei gruppi societari, impedendo l'accesso ai mercati internazionali. Ciò ha comportato ripetuti interventi da parte della Corte di Giustizia, la quale ha valutato la compatibilità con il diritto comunitario della discriminazione tra perdite appartenenti a controllate residenti e perdite di controllate non residenti. Si tratta pronunce che richiedono un'ampia disamina, in quanto fondamentali ai fini della presente ricerca, saranno pertanto l'oggetto del quarto capitolo.

2.7. Mancata previsione nel diritto convenzionale delle perdite e libertà di stabilimento

Il problema della compensazione transfrontaliera è stata oggetto, sia di numerose pronunce della Corte di Giustizia, sia di ripetuti interventi da parte della Commissione europea. Quest'ultima ha infatti rilevato come il *discrimen* tra i regimi di consolidamento nazionale e mondiale possa interferire con il funzionamento del mercato interno, non solo, la Commissione ha rilevato che, per raggiungere gli obiettivi fissati a Lisbona, occorra un maggior coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri.

Come visto nel presente capitolo, gli Stati hanno cercato di coordinare i propri regimi fiscali attraverso accordi fiscali bilaterali, al fine di ripartire i redditi di segno positivo, senza considerare però i redditi di segno negativo.

Tale mancanza è stata colmata con soluzioni di ordine pratico, segnatamente, laddove gli Stati adottano il meccanismo del credito d'imposta, gli stessi disconoscono la compensazione delle perdite estere, se generate da società controllate non residenti (salvo il caso del consolidato mondiale), mentre ammettono tale compensazione, nel caso di perdite realizzate da stabili organizzazioni; anche per gli Stati che prevedono il metodo dell'esenzione, non è possibile la compensazione delle perdite relative a controllate estere, mentre, non esiste uniformità nel trattamento delle perdite originate

da stabili organizzazioni estere. Può così accadere che, simmetricamente a quanto avviene per gli utili, le perdite restino confinate nel solo Stato in cui ha sede la stabile organizzazione, viceversa, le perdite possono essere svincolate dal meccanismo dell'esenzione, laddove i singoli Stati ammettono la relativa deduzione in capo alla casa madre.

Emerge pertanto un trattamento differente rispetto alle perdite subite da sedi stabili, ed alle perdite realizzate da società controllate estere. Laddove venga previsto il meccanismo del credito d'imposta, ed in taluni casi anche il meccanismo dell'esenzione, le perdite delle stabili organizzazioni possono essere dedotte dal reddito della casa madre. Invece, le perdite delle controllate estere, in base alla regola del riparto del potere impositivo di cui all'art. 7 del Modello di Convenzione Ocse, non possono essere compensate con gli utili delle altre società appartenenti al medesimo gruppo multinazionale.

La regola generale potrebbe subire una deroga, laddove – a livello interno – venga previsto il regime di consolidamento mondiale. Tuttavia, anche in questo caso, sussistono diversi limiti alla deduzione delle perdite subite dalle controllate estere. A livello convenzionale, esistono pochi accordi bilaterali sulla compensazione transfrontaliera delle perdite tra società controllate e capogruppo²⁴⁷; a livello nazionale, tale compensazione, oltre ad essere condizionata alla sussistenza di determinati requisiti, subisce limitazioni quantitative e temporali.

Senonché si rileva come i gruppi societari operanti in più Stati non vengano trattati alla stessa stregua dei gruppi che svolgono la loro attività in un solo Stato.

Tutto ciò non può che distorcere le politiche di investimento nei mercati esteri con ripercussioni sulla scelta della forma giuridica per insediarsi oltre i confini nazionali: la sede stabile potrebbe apparire la scelta più convincente ai fini della possibilità di trasferire le perdite estere alla casa madre. Del resto, la consapevolezza della possibilità

²⁴⁷ Si veda Relazione del Parlamento Europeo sul trattamento delle perdite in situazioni transfrontaliere (2007/2144(INI)) del 28.11.2007.

di generare perdite, soprattutto nella cd. fase di *start up*, e la necessità di dedurle dal reddito complessivo di gruppo, non può che incentivare la scelta della stabile organizzazione come forma giuridica per insediarsi all'estero.

Tuttavia, il principio della libertà di stabilimento conferisce agli operatori la possibilità di svolgere attività commerciali all'estero scegliendo liberamente la forma giuridica ritenuta più appropriata. Proprio tale ultima locuzione, desta alcune perplessità: l'art. 49 del TFUE, nel riferirsi alla «*forma giuridica appropriata*», ha inteso richiamare considerazioni fiscali, quali la compensazione delle perdite, oppure considerazioni economico-aziendali?

Come visto nel paragrafo introduttivo, è il differente livello di autonomia che contraddistingue le società controllate rispetto alle stabili organizzazioni. Le prime, dotate di autonoma personalità giuridica, possono agire indipendentemente dalla controllante. Le seconde rappresentano solamente un «quasi-soggetto», a metà strada tra semplice criterio di collegamento e soggetto passivo d'imposta, la cui presenza nel territorio dello Stato non può che risolversi in un semplice criterio di localizzazione dei redditi²⁴⁸.

Pertanto, alla base della scelta per una determinata forma giuridica, dovrebbero esservi, prioritariamente, considerazioni relative al livello di integrazione che si intende raggiungere in un determinato mercato di insediamento, non certo ragioni fiscali, quali il trattamento delle perdite estere. D'altronde, l'art. 49 del TFUE, nel conferire espressamente agli operatori economici la possibilità di scegliere liberamente la forma giuridica appropriata per l'esercizio delle loro attività in un altro Stato membro, specifica che tale libera scelta non dev'essere limitata da disposizioni tributarie discriminatorie nello Stato di accoglienza²⁴⁹.

²⁴⁸ Cfr. G. MELIS, *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1, 2014, p. 29; F. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di «stabile organizzazione» secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1985, p. 385 ss.

²⁴⁹ In tal senso, cfr. CGE 23 febbraio 2006, C-253/03, CLT-UFA SA, punto 14; CGE 28 gennaio 1986, C-270/83, Commissione/Francia, punto 22.

Peraltro, anche optando per la scelta di una stabile organizzazione, sorgono non poche problematiche circa la compensazione delle perdite, dovute alla disomogeneità nei metodi di determinazione e di riporto delle stesse, previsti dai singoli Stati²⁵⁰.

Si rileva in conclusione come la mancata previsione del trattamento fiscale delle perdite nell'ambito del diritto convenzionale, e, al contempo, la coesistenza di regole nazionali, non possono che incidere negativamente sul mercato unico. La mancata compensazione delle perdite può alterare le scelte imprenditoriali dei gruppi societari, sia per quanto riguarda l'accesso in nuovi mercati, sia per quanto concerne la forma giuridica prescelta.

Tutto ciò è stato oggetto di ripetuti interventi in sede comunitaria. La Commissione ha manifestato una compiuta consapevolezza della centralità del problema per la realizzazione del mercato unico ed ha introdotto diverse iniziative per risolvere detto problema.

Nel capitolo successivo vengono esaminati gli interventi promossi in sede comunitaria sul tema delle perdite, in particolare, il sistema sulla contabilizzazione delle perdite subite dalle stabili organizzazioni e dalle affiliate, che, pur essendo rimasti senza seguito hanno avuto come fine quello di «*introdurre sistemi efficaci di compensazione transfrontaliera delle perdite nell'Unione europea*»²⁵¹.

²⁵⁰ Per un'ampia disamina dei metodi di determinazione, dei limiti quantitativi e temporali delle perdite, si rimanda al primo capitolo.

²⁵¹ Comunicazione della Commissione Com (2006) 824 def.

CAPITOLO III

TENTAVI COMUNITARI PER RISOLVERE IL PROBLEMA DELLE PERDITE TRANSFRONTALIERE

3.1. Introduzione. Tentativi comunitari per contrastare restrizioni alla libertà di stabilimento

Nei primi due capitoli si è rilevata l'assenza di una disciplina specifica riguardante le perdite transfrontaliere nell'ambito del diritto interno e del diritto convenzionale²⁵².

In un siffatto contesto, la circolazione transfrontaliera delle perdite è assai difficoltosa, parimenti, il funzionamento del Mercato unico. La mancata considerazione delle perdite a livello europeo rappresenta un impedimento per le imprese che intendono espandersi sui mercati esteri, anzi, quello delle perdite transnazionali, è stato definito dalla Commissione Europea come uno dei maggiori ostacoli al conseguimento dell'obiettivo di rendere l'Europa una potenza economica competitiva nel panorama mondiale²⁵³.

In ambito europeo, in più occasioni²⁵⁴, si è affermato che l'attività delle imprese che operano a livello comunitario non deve essere svantaggiata rispetto a quelle che operano all'interno di uno Stato membro. Tale esigenza non può essere soddisfatta se le legislazioni nazionali non consentono alle imprese di computare le perdite delle loro stabili organizzazioni e affiliate situate in altri Stati membri.

La Commissione europea è però consapevole che la diffidenza degli Stati membri

²⁵² Sull'assenza di una disciplina riguardante le perdite estere e sull'impatto nella deduzione delle perdite estere, T. RONFEDT, *The Lawfulness of the Restriction of Losses - On the European Union (EU) Law Impact on the Deduction of Losses Incurred Abroad*, in *Intertax*, 6-7, 2013, p. 360 ss.

²⁵³ Cfr. punto 5 delle conclusioni della Presidenza al Consiglio Europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000, COM (2001) 582: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo: Verso un mercato senza ostacoli fiscali – Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società; COM 2003, 726, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo: Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società – risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere.

²⁵⁴ Comunicazione COM (2001) 582; Comunicazione della Commissione COM (2006) 824; Relazione sul trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere (2007/2144(INI)).

nell'ammettere le perdite deriva, non solo da ragioni meramente economiche, traducibili in una diminuzione del gettito erariale, ma, altresì, da ragioni giuridiche.

La compensazione delle perdite estere comporta il confronto di regimi fiscali del tutto differenti: le perdite fiscali vengono trattate in modo asimmetrico da parte degli Stati membri, sia per quanto riguarda la relativa determinazione, sia per quanto riguarda il riporto delle stesse nel tempo. Gli Stati membri hanno tentato di coordinare i propri regimi fiscali attraverso una vasta rete di accordi fiscali bilaterali, che però non considerano il tema della compensazione transfrontaliera delle perdite. L'intento del Modello di Convenzione Ocse è infatti quello di ripartire redditi (di segno positivo) in modo da evitare fenomeni di doppia imposizione.

In sede comunitaria, invece, sono stati promossi diversi tentativi finalizzati a realizzare una disciplina uniforme delle perdite per evitare restrizioni alla libertà di stabilimento.

3.2. La proposta di Direttiva n. 595/90

Negli anni novanta è stata adottata una proposta di direttiva (n. 595/90) sulla contabilizzazione delle perdite subite dalle stabili organizzazioni e dalle affiliate situate in altri Stati membri. A tale proposta gli Stati avrebbero dovuto conformarsi entro il 1° gennaio 1993²⁵⁵, anche se è stata ritirata nel 2004.

La proposta è importante in quanto venivano previsti due distinti metodi per la valorizzazione delle perdite, il metodo della imputazione ed il metodo dell'esenzione con detrazione delle perdite e successiva loro reintegrazione, ai quali alcuni Stati hanno deciso di uniformarsi per consentire alle proprie società residenti la valorizzazione delle perdite delle (sole) stabili organizzazioni localizzate in altri Stati membri.

3.2.1. Il Trattamento previsto per le perdite delle stabili organizzazioni

Per quanto riguarda le stabili organizzazioni, sono previsti due metodi, tra i quali gli Stati membri avrebbero dovuto scegliere.

²⁵⁵ In argomento, cfr. G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 e ss.; T. DI TANNO, *Le direttive comunitarie sulla fiscalità delle imprese: stato di emanazione e di attuazione*, in Riv. Dir. Trib. I, 1993, p. 184 ss.

Il primo metodo è quello della imputazione, mediante il quale l'utile o la perdita della stabile organizzazione concorrono alla formazione della base imponibile casa-madre, beneficiando del riconoscimento del credito per le imposte pagate all'estero²⁵⁶.

Il secondo metodo è quello della detrazione delle perdite con successiva reintegrazione, che consiste nel dedurre dagli utili della casa-madre le perdite subite dalla stabile organizzazione nel medesimo periodo d'imposta, con recupero, nei successivi periodi, degli utili della stabile in quelli della casa-madre fino a concorrenza delle perdite dedotte in precedenza²⁵⁷.

Viene poi precisato che «i risultati delle stabili organizzazioni sono determinati per singoli Stati membri, in base alle norme del diritto dello Stato membro della stabile organizzazione». Su questo preciso aspetto della Direttiva, si rileva come nulla venga previsto riguardo alla rideterminazione dei redditi, applicata da diversi Stati membri, tra i quali l'Italia, che determina il problema dell'asimmetria dei risultati di esercizio. Come esaminato nel primo capitolo²⁵⁸, la rideterminazione dei redditi può condurre al problematico caso in cui una perdita della stabile organizzazione non risulti tale per lo Stato della casa madre²⁵⁹. Applicando alla lettera la Proposta di Direttiva, non si rilevarebbe un siffatto problema. La disciplina comunitaria è infatti chiara laddove si limita a fare riferimento ai risultati esteri, così come determinati secondo le norme del diritto dello Stato della fonte.

Tuttavia, la rideterminazione del reddito secondo la disciplina dello Stato della residenza potrebbe trovare le sue fondamenta nel fatto che nella successiva Comunicazione²⁶⁰, dal riesame della proposta di Direttiva del 1990 è risultato che vi si potrebbero apportare alcuni emendamenti tecnici. Segnatamente, è stato proposto che le perdite siano calcolate secondo le norme dello Stato della società madre anziché della società figlia come invece prevedeva la proposta.

²⁵⁶ Cfr. art. 6 della proposta di Direttiva COM(90) 595.

²⁵⁷ Cfr. art. 7, par. 1 della proposta di Direttiva COM(90) 595.

²⁵⁸ Cfr. Par. 1.6.4., Compensazione delle perdite maturate da stabili organizzazioni estere.

²⁵⁹ In argomento, A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, cit., p. 855.

²⁶⁰ Comunicazione COM (2001)582 def. "Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali - Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensioni Ue delle società, per la cui disamina cfr. par. 3.

Con la scelta per i due descritti metodi, la direttiva (ri)propone il «dilemma» tra il metodo dell'esenzione e credito d'imposta, relativamente ai redditi delle stabili organizzazioni. Difatti, il metodo dell'imputazione è espressione del sistema di tassazione mondiale, la cui applicazione comporta che il reddito, ovunque prodotto, sia incluso nell'imponibile della casa-madre e benefici del credito per le imposte versate all'estero, il regime della detrazione appartiene invece alla sfera dei regimi d'imposizione territoriali. L'esenzione subisce però una prima deroga in caso di perdite: esse vengono infatti attratte nel reddito imponibile della casa-madre, ed un'ulteriore deroga, in caso di successivi utili, resi imponibili fino a concorrenza delle perdite²⁶¹.

3.2.2. Il Trattamento previsto per le perdite delle filiali

Per le perdite relative alle controllate estere viene previsto solamente il metodo della detrazione delle perdite con successiva reintegrazione. La relativa applicazione fa sì che le perdite delle filiali possano essere dedotte dagli utili della società controllante nel periodo di maturazione, con recupero, nei successivi periodi, degli utili della filiale in quelli della controllante fino a concorrenza delle perdite dedotte in precedenza. A differenza di quanto previsto per le perdite delle stabili organizzazioni, la deduzione delle perdite delle filiali deve essere proporzionata alla partecipazione dell'impresa nel capitale della società controllante²⁶².

Come per le sedi stabili, la disciplina prevede che i risultati siano determinati in base alle norme del diritto dello Stato membro dell'affiliata.

La proposta di Direttiva precisa che qualora uno Stato membro scelga il metodo dell'imputazione, l'impresa di detto Stato è obbligata ad applicarlo, mentre quest'ultima potrà scegliere se usufruire o meno del regime della detrazione con successiva reintegrazione laddove lo Stato cui essa appartiene dovesse optare per tale

²⁶¹ In tal senso, G. MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, cit. p. 38 ss.

²⁶² Cfr. art. 9 della proposta di Direttiva COM(90) 595.

regime²⁶³.

La disciplina della detrazione con successiva reintegrazione prevista per le stabili organizzazioni come, quella relativa alle affiliate, ammette che gli Stati membri possano prevedere che le perdite ammesse in detrazione siano reintegrate d'ufficio nei risultati imponibili dell'impresa nei casi in cui, la reintegrazione non sia stata effettuata entro la fine del quinto anno successivo a quello in cui la perdita è stata ammessa in detrazione; la stabile organizzazione (o l'affiliata) sia stata venduta, liquidata o trasformata in un'affiliata (o in una stabile organizzazione). Solo per le perdite relative ad affiliate, è previsto anche il caso in cui la partecipazione dell'impresa nel capitale dell'affiliata sia scesa al di sotto del tasso minimo fissato dallo Stato membro dell'impresa.

3.3. La prima proposta per una base imponibile comune consolidata

Nel 1992, la questione delle perdite transfrontaliere è stata oggetto di una raccomandazione volta a sensibilizzare gli Stati ad affrontare tale problematica, contenuta nella "relazione del comitato di esperti indipendenti ad alto livello", nota come relazione Ruding²⁶⁴. Rispondendo ad un incarico della Commissione, la relazione esaminava il rapporto tra i regimi di tassazione delle imprese e il funzionamento del futuro mercato interno, rilevando il problema della mancata circolazione delle perdite transfrontaliere.

Successivamente al fallimento di diversi tentativi per giungere ad un'armonizzazione delle diverse leggi interne sulla determinazione dei redditi societaria²⁶⁵, assunse particolare interesse la proposta di introdurre un sistema facoltativo di tassazione su basi consolidate, basato - più che su di una Direttiva vincolante per tutti gli Stati membri - su accordi volontari, bilaterali o multilaterali, e sul mutuo riconoscimento tra gli Stati, viene proposto dalla Commissione in una

²⁶³ Cfr. art. 5 della proposta di Direttiva COM(90) 595.

²⁶⁴ *Ruding Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Brussels, 1992.

²⁶⁵ La Commissione ha presentato proposte di direttive intese a raggiungere un certo grado di armonizzazione dei sistemi d'imposizione, della base imponibile e anche delle aliquote nel 1975 e proposte più incentrate sulla compensazione delle perdite nel 1984, 1985 (e nel 1990, v. *supra*), in seguito ritirate. Un progetto di proposta del 1988 per l'armonizzazione della base imponibile delle imprese non è mai stato presentato a causa della riluttanza manifestata dalla maggior parte degli Stati membri.

Comunicazione del 2001²⁶⁶.

Lo studio della Commissione ha individuato una serie di aspetti in cui i regimi d'imposizione delle società contengono o determinano ostacoli agli scambi transfrontalieri, all'insediamento o agli investimenti oppure frenano le attività economiche transfrontaliere nel mercato interno. Gli oneri fiscali dovuti a tali ostacoli, legati allo svolgimento di attività commerciali in più di uno Stato membro, riducono la competitività internazionale delle imprese europee. Tra i vari ostacoli, la Commissione individua le rilevanti restrizioni cui è soggetta la compensazione transfrontaliera delle perdite, che possono determinare una duplice imposizione. In generale, le perdite delle controllate non sono fiscalmente deducibili da parte delle società madri europee, e, le perdite degli stabilimenti permanenti possono solo in particolari circostanze essere compensate dagli utili della sede centrale.

La Commissione ritiene che solo mettendo a disposizione delle società multinazionali un regime fiscale con base imponibile consolidata per le loro attività di dimensioni comunitarie si possono eliminare realmente e sistematicamente, attraverso un unico regime d'imposizione delle imprese, la maggior parte degli ostacoli fiscali alle attività economiche transfrontaliere nel Mercato interno.

In tal modo, le società che svolgono attività transfrontaliere hanno la possibilità di calcolare il reddito dell'intero gruppo in base ad un unico *corpus* normativo, e di tenere una contabilità consolidata a fini impositivi. La Commissione rileva che tale approccio non limita la sovranità degli Stati membri in materia di fissazione delle aliquote dell'imposta sulle società. Difatti, essi applicherebbero l'aliquota dell'imposta nazionale alla loro quota specifica della base imponibile globale, calcolata secondo un meccanismo di ripartizione stabilito di comune accordo.

Secondo la Commissione, una base imponibile consolidata per la tassazione delle attività di dimensioni comunitarie delle società contribuirebbe ad aumentare

²⁶⁶ Comunicazione COM (2001)582 def. "Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali - Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensioni Ue delle società.

l'efficienza, l'efficacia, la semplicità e la trasparenza dei regimi d'imposizione delle società e colmerebbe le discrepanze tra i sistemi fiscali nazionali. Tale consentirebbe alle società multinazionali di profittare pienamente dei vantaggi del Mercato interno, incrementerebbe di conseguenza la competitività delle imprese europee e preparerebbe il terreno al conseguimento degli obiettivi stabiliti dal Consiglio europeo di Lisbona.

La Commissione ritiene pertanto logico indirizzare la sua politica fiscale nei confronti delle società verso il raggiungimento di una soluzione globale per eliminare gli ostacoli fiscali transfrontalieri nel Mercato interno. La Commissione rileva che l'attività futura dovrebbe essere orientata verso la ricerca di modalità per stabilire una base imponibile consolidata per le imprese, con compensazione transfrontaliera delle perdite, e per definire e concordare nel modo migliore il necessario meccanismo di ripartizione²⁶⁷.

A tal fine, la Commissione ha individuato varie possibilità tecniche per definire una base consolidata d'imposizione: *i*) secondo le regole dello Stato di residenza (cd. *Home State Taxation*), *ii*) secondo una base comune consolidata (cd. *Common Consolidated Tax Base CCCTB*), *iii*) mediante un'imposta europea sul reddito delle imprese, *iv*) mediante una base imponibile unica armonizzata europea.

Per quanto riguarda la prima, essendo molto difficile giungere ad una armonizzazione delle diverse leggi statuali sulla determinazione dei redditi societari e d'impresa, ed ancor più alla istituzione di una *corporate tax* europea, la soluzione dell'*Home State Taxation* rappresenta una tecnica in grado di sfruttare i sistemi di tassazione dei redditi societari già oggi vigenti negli Stati membri, senza richiedere alcuna accelerazione nel processo di armonizzazione. La sola condizione per il concreto funzionamento del sistema in questione è che ciascuno Stato membro (interessato ad implementare l'*Home State Taxation*) ammetta, rinunciando ad una porzione della propria sovranità, che la base imponibile delle proprie società residenti venga calcolata

²⁶⁷ Del medesimo avviso, lo Studio SEC(2001)1681, *Tassazione delle società nel mercato interno*.

secondo le regole degli altri Stati membri²⁶⁸.

Il sistema del *CCCTB* prevede, invece, che la base imponibile del gruppo venga individuata sommando i redditi delle singole società del gruppo, determinati secondo le regole proprie del Paese della fonte, con l'applicazione di eventuali correttivi. A tale base imponibile va applicata l'aliquota stabilita nel Paese di residenza della società capogruppo, la quale, tuttavia, può beneficiare del credito per le imposte versate all'estero.

Si tratta, pertanto, di due differenti sistemi di tassazione che presentano vantaggi e svantaggi, in dipendenza, delle differenti aliquote applicate nei Paesi europei, nonché della presenza di perdite.

Per quanto riguarda la compensazione delle perdite, il sistema della *Home State Taxation* è più conveniente, in quanto le perdite possono essere compensate anche con gli utili delle partecipate estere (compensazione orizzontale), mentre il *CCCTB* consente solo la compensazione tra capogruppo e controllate estere (compensazione verticale)²⁶⁹.

Elemento comune a tutte le quattro soluzioni è il consolidamento di gruppo al livello europeo. Questi approcci differiscono però per il grado di armonizzazione europea della base imponibile cui aspirano, per il livello di cambiamento richiesto dalla loro realizzazione e per le circostanze politiche della loro eventuale introduzione.

I due metodi appena descritti offrono soluzioni che sfruttano i sistemi di tassazione dei redditi societari già vigenti negli Stati membri, quindi non richiedono un processo di armonizzazione globale (europea).

Dapprima, assunse un particolare interesse la proposta di introdurre l'*Home State Taxation*, considerata dalla Commissione europea nel suddetto studio sulla tassazione della società nell'Unione europea, ma anche in precedenza²⁷⁰.

²⁶⁸ In tal senso, cfr. D. STEVANATO, *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al Consolidato "mondiale"*, in *Rass. Trib.*, 4, 2003, p. 1248 ss., al quale si rinvia per una disamina completa del modello di imposizione dell'*Home State Taxation*.

²⁶⁹ In tal senso, G. INGRAO, *Profili generali dell'Ires* (a cura di), L. F. Natoli, in *La riforma tributaria e l'Ires*, Milano, 2004, p. 30.

²⁷⁰ La più completa formulazione del sistema della *Home State Taxation* è infatti contenuta in S.O. LODIN-M. GAMMIE, *Home State Taxation*, Amsterdam, 2001, che aggiorna una precedente proposta degli stessi Autori, *The*

3.4. Il sistema dell'*Home State Taxation* e le perdite

L'idea di fondo del sistema dell'*Home State Taxation* è quella di consolidare i risultati dei gruppi aventi consociate localizzate in diversi Stati membri, e, di applicare al risultato complessivo di gruppo le regole fiscali di determinazione dell'imponibile dello Stato della casa- madre.

L'*Home State Taxation* prevede che, una volta determinato un imponibile complessivo del gruppo, lo stesso venga ripartito secondo criteri certi e, riattribuito *pro quota* alle diverse società del gruppo proporzionalmente al contributo fornito da ciascuna di esse al risultato complessivo. Ciascuno Stato membro applicherà poi le proprie aliquote d'imposta alla quota di profitto, ad esso riconosciuta.

In tal modo, non solo vengono superate le frammentazioni della base imponibile dei gruppi europei, ma si evita altresì che la deducibilità delle perdite, appartenenti ad una entità formalmente autonoma rispetto alla casa-madre (*subsidiary*), incontrino il limite del riparto della giurisdizione fiscale. In particolare, l'obiettivo è quello di trovare un rimedio alle situazioni in cui, pur essendovi nel gruppo attività in perdita, vi sono certe altre attività, esercitate in altre giurisdizioni, in relazione alle quali il gruppo è tenuto a subire l'imposizione, non potendo scomputare le perdite prodotte in uno Stato dagli utili prodotti in un diverso Stato da distinte entità giuridiche del gruppo. Come visto nei capitoli precedenti, questa situazione, se riferita a gruppi europei, appare largamente insoddisfacente in quanto in contrasto con l'idea del mercato unico.

La tassazione dei gruppi secondo *Home State Taxation* non introduce di per sé un sistema di consolidamento fiscale di perdite ed utili intragruppo, ma piuttosto presuppone che un tale sistema già operi nelle legislazioni dei singoli Stati membri. Se un tale sistema esiste, l'*Home State Taxation* comporta la determinazione di un aggregato fiscale, calcolato secondo le regole dello Stato della casa-madre²⁷¹.

taxation of the European Company, in *European Taxation*, 1999, p. 286 ss.

²⁷¹ Come osservano S.O. LODIN-M. GAMMIE, in *Home State Taxation*, cit. p. 32, «it would be necessary for each participating Member State to have in place some system for setting losses against profits in the HST group. Every Member State, ..., permits some form of direct or indirect consolidation of profits and losses. Without a domestic system

Differentemente da quanto avviene mediante i metodi di consolidamento, nell'*Home State Taxation*, l'aggregazione e la reciproca compensazione dei risultati delle singole unità del gruppo *precede* il concreto esercizio del prelievo da parte degli Stati in cui risiedono le consociate profittevoli, prevenendo l'insorgere di una pretesa impositiva da parte dei singoli Stati membri, allorché il gruppo nel suo insieme non è profittevole. Lo Stato della società profittevole non può esercitare il prelievo sugli utili prodotti nel suo territorio, deve prima ammettere in deduzione dagli stessi le perdite realizzate da altre società del gruppo. Da ciò consegue che l'*Home State Taxation*, rende possibile la compensazione delle perdite, non soltanto per linee verticali (con l'utilizzo delle perdite della *subsidiary* da parte della casa-madre), ma anche per linee orizzontali (compensazione dei profitti di una *subsidiary* con le perdite realizzate da una diversa *subsidiary*)²⁷².

Si rileva inoltre che nell'*Home State Taxation* il "peso" fiscale delle perdite (ovvero il minor gettito per le tesorerie degli Stati membri) è sopportato da tutti gli Stati in cui l'impresa multinazionale svolge la sua attività. La compensazione di eventuali perdite dai profitti delle altre unità del gruppo riduce la base imponibile aggregata disponibile per la ripartizione tra gli Stati membri in cui il gruppo svolge la sua attività, e questa riduzione riguarda in linea di massima ciascuno di tali Stati membri. Tale metodo si distacca pertanto dal metodo proposto dalla Direttiva del 1990 (cd. *deduction/reintegration approach*), in cui la compensazione iniziale della perdita della *subsidiary* con gli utili della *parent company* esplicherebbe solamente effetti temporanei (giacché la perdita verrebbe reintegrata), in quanto non comporta alcun aggiustamento successivo.

Del resto, mentre con il metodo della reintegrazione delle perdite subite dalle

allowing the consolidation of profits and losses, there is little or no advantage for a Member State to adopt HST. Accordingly, this is likely to be a prerequisite to participation». Per una specifica disamina sulle differenze fiscali tra il metodo di consolidamento e l'*Home State Taxation*, cfr. D. STEVANATO, *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al Consolidato "mondiale"*, cit., p. 1248 ss.

²⁷² Su tale aspetto, D. STEVANATO, in *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al Consolidato "mondiale"*, cit., p. 1248 ss., osserva che l'*Home State Taxation* appare un sistema più efficiente rispetto alla metodologia del consolidamento mondiale.

consociate si intende far coincidere il gettito fiscale di uno Stato con gli effettivi profitti netti derivanti dalle attività esercitate sul suo territorio, mediante l'*Home State Taxation*, avviene una compensazione del gettito dei gruppi europei. Si rileva infatti, come, in base a tale metodo di imposizione, le filiali vengano trattate alla stregua di stabili organizzazioni della casa-madre, giacché i risultati delle stesse, come gli utili di una stabile organizzazione, vengono aggregati al risultato della capogruppo e computati secondo le regole dello Stato di cui quest'ultima è residente.

In conclusione, si rileva il fatto che gli esiti reddituali della *Home State Taxation* dipendano essenzialmente dalla formula utilizzata per la suddivisione del risultato aggregato del gruppo²⁷³. Si tratta di un dato connotato da un elevato grado di indeterminazione, che ha indotto gli Stati sovrani a manifestare un dissenso di fondo sull'intera proposta, per l'incertezza che lo stesso determinerebbe sul calcolo previsionale delle singole entrate erariali.

3.5. La Comunicazione del 2003: l'obiettivo rimane il consolidamento europeo dei redditi (compresi quelli di segno negativo)

Al centro degli esaminati interventi comunitari, vi è sempre il tema della ripartizione della base imponibile, tema da cui non si può prescindere per risolvere l'annoso problema della (mancata) circolazione transfrontaliera delle perdite.

La metodologia della *Home State Taxation* è stata, per l'appunto, un tentativo (mancato) finalizzato a superare detta ripartizione, per mezzo della quale le perdite vengono ripartite secondo un principio territoriale.

Come visto, l'*Home State Taxation* appartiene al più ampio *genus* del progetto per una base imponibile consolidata, iniziativa che è andata avanti, in quanto, su di essa la Commissione è tornata ad insistere nella successiva Comunicazione del 2003²⁷⁴.

²⁷³ A questo riguardo è stato proposto di fare riferimento al "valore aggiunto" prodotto in ogni Stato, calcolato secondo le regole dell'Iva, salvo poi dover proporre una serie di aggiustamenti per depurare il valore aggiunto dalla sua connotazione di grandezza incentrata sul criterio della "destinazione" dei beni e dei servizi prodotti in un certo territorio, cfr. S.O. LODIN-M. GAMMIE, *Home State Taxation*, cit., p. 47.

²⁷⁴ Comunicazione COM(2003)726 def. *Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società: risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere.*

Preso atto che gli Stati membri si mostrano «scettici» all'idea di una base imponibile europea consolidata comune, e, conseguentemente, a consentire il trasferimento comunitario delle perdite, la Commissione ribadisce l'importanza di tale progetto, destinato a migliorare il Mercato interno.

Al contempo, la Commissione riconosce le difficoltà tecniche dell'approccio globale prospettato, rappresentate principalmente dal confronto con (all'epoca) venticinque regimi fiscali differenti. Consapevole di ciò, la Commissione invita gli Stati membri ad assumere un «atteggiamento costruttivo», in quanto solo gli Stati membri possono decidere l'adozione di misure nel campo delle imposte dirette.

Nella Comunicazione del 2003, la Commissione conferma pertanto la sua opinione secondo la quale la è necessaria l'introduzione di una base imponibile consolidata comune per l'insieme delle attività svolte dalle società nell'Unione europea, in quanto unico mezzo per consentire alle società operanti nel mercato interno di superare la "frammentazione" del sistema fiscale europeo e per instaurare le condizioni di un autentico mercato interno nel campo della tassazione delle società. Convinta di ciò, la Commissione ritiene che sull'introduzione di tale disciplina si dovrebbe decidere con una votazione a maggioranza qualificata. Diversamente, la regola dell'unanimità prevista in questo campo verrebbe utilizzata come scusa per evitare di affrontare gli ostacoli creati dalla non esistenza di una base imponibile comune.

Del resto, la Commissione non può essere certamente smentita quando afferma che *«in assenza di un coordinamento politico, gli ostacoli fiscali saranno trattati dalla Corte di giustizia europea»*, e si preoccupa del fatto che *«le decisioni della CGE hanno talvolta effetti asimmetrici»*. Le conseguenze delle decisioni riguardanti la legislazione di un solo paese non sono infatti sempre del tutto chiare per altri Stati membri, con la conseguenza che i singoli Stati tendono a rivedere le proprie regolamentazioni nazionali in modi diversi, non necessariamente favorevoli agli obiettivi del mercato interno.

A conferma di ciò, la copiosa e oscillante giurisprudenza in tema di perdite transfrontaliere (oggetto del successivo capitolo). La Commissione ritiene pertanto che

gli sviluppi giurisprudenziali che si verificano nell'ambito fiscale europeo debbano essere accompagnati da un processo giuridico costruttivo; a tal fine, è necessaria l'introduzione di una norma positiva di diritto comunitario derivato che regolamenti la possibilità di trasferire le perdite, in base a quanto stabilito dal principio della libertà di stabilimento.

3.6. La Comunicazione europea n. 586/2006

La trattazione da parte della Commissione europea del problema delle perdite transfrontaliere continuò nella Comunicazione del 2005²⁷⁵, in cui, la soluzione veniva individuata in una misura mirata, utilizzabile a breve termine²⁷⁶.

Un'azione siffatta risultava particolarmente pertinente alla luce della sentenza *Marks and Spencer*²⁷⁷, a seguito della quale, intervenne nuovamente con la Comunicazione del 2006 concernente il trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere²⁷⁸. La Commissione rileva, ancora una volta, che la maggior parte dei regimi fiscali vigenti in Europa ammettono la sola compensazione nazionale delle perdite, e, che la diversità dei regimi applicati dagli Stati membri incide negativamente sul circolazione transfrontaliera delle perdite. La Commissione ha pertanto ribadito che la *«problematica della compensazione transfrontaliera delle perdite influenza le decisioni imprenditoriali circa l'opportunità e le modalità di penetrazione in nuovi mercati. L'assenza o la limitazione della compensazione transfrontaliera delle perdite ostacola l'ingresso ai mercati esteri, perpetuando la segmentazione artificiale del mercato interno lungo le linee di demarcazione nazionali»*.

Sennonché, dopo avere esposto i problemi basilari attinenti alla compensazione transfrontaliera delle perdite, la Commissione affronta specificatamente la situazione delle perdite subite da sedi stabili estere e la situazione delle perdite subite da

²⁷⁵ Comunicazione COM(2005)532 *Il contributo delle politiche fiscali e doganali alla strategia di Lisbona*, p. 8.,

²⁷⁶ Dello stesso avviso COM(2006)823, *Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno*, p. 3.

²⁷⁷ CGE del 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks and Spencer*, per una disamina di tale sentenza, si veda il capitolo successivo.

²⁷⁸ Comunicazione del 19 dicembre 2006, COM(2006)824, *Trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere*.

controllate estere.

3.6.1. La problematica delle perdite subite da stabili organizzazioni

In via preliminare, la Commissione rileva l'asimmetria nel trattamento delle perdite derivanti da stabili organizzazioni nazionali, automaticamente compensate, ed il trattamento delle perdite subite da stabili organizzazioni non residenti, decisamente più problematico.

Il trattamento delle perdite estere dipende dal metodo adottato per evitare la doppia imposizione. Come visto nel secondo capitolo²⁷⁹, laddove si ricorra al metodo del credito d'imposta, la compensazione delle perdite delle stabili organizzazioni è generalmente ammessa, qualora il metodo prescelto sia quello dell'esenzione, non esiste uniformità nel trattamento delle perdite.

Allora, erano sette Paesi ad applicare, simmetricamente a quanto avviene per i redditi di segno positivo, l'imposizione (*rectius* compensazione) territoriale delle perdite. Conseguentemente non era ammissibile alcuna compensazione transfrontaliera delle perdite. Cinque Stati ammettevano invece la deduzione realizzate dalle sedi stabili estere, distaccandosi dal metodo di esenzione previsto per i redditi di segno positivo. Tali perdite vengono comunque reintegrate nel reddito della casa madre quando la stabile organizzazione diventa redditizia (mediante il cd. meccanismo del recupero).

La Commissione conclude rilevando che laddove le perdite delle stabili organizzazioni estere non possano essere compensate, si verifica una disparità di trattamento rispetto alla medesima situazione esclusivamente nazionale, con evidenti ricadute in termini di mercato interno. Ciò dissuade infatti le imprese ad insediarsi in altri Stati membri, in evidente contrasto con il principio della libertà di stabilimento e con i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁸⁰. Se l'intento di una disciplina in tema di perdite è quello di evitare la doppia contabilizzazione delle

²⁷⁹ Cfr. Par. 2.5.2.

²⁸⁰ Cfr. CGE del 14 dicembre 2000, causa C-141/99, *Amid*, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che una società si trova praticamente nella stessa situazione sia che abbia o che non abbia una sede stabile all'estero.

perdite, a giudizio della Commissione, lo stesso intento può essere realizzato mediante il cd. meccanismo del recupero. La Commissione aggiunge che, se in un contesto nazionale il recupero delle perdite avviene in modo automatico, nelle situazioni transfrontaliere tale meccanismo deve essere appositamente predisposto. Il fatto alcuni Stati membri lo abbiano già adottato dimostra che un sistema di deduzione delle perdite con recupero da profitti futuri è fattibile.

3.6.2. La problematica delle perdite subite da controllate estere, i regimi dei consolidamento, le soluzioni della Commissione europea: l'introduzione di misure mirate

L'insediamento nei mercati esteri per il tramite di filiali determina un «gruppo multinazionale»; si tratta di un soggetto cui sono ascrivibili le scelte imprenditoriali e gli indirizzi della gestione delle attività del gruppo, ma a cui il diritto societario non riconosce personalità giuridica e che non è riconosciuto come soggetto fiscale a sé stante. Pertanto, solo da un punto di vista economico il gruppo societario può essere considerato come un'unica società. Sennonché molti Stati hanno introdotto regimi nazionali di consolidamento di gruppo, in modo da trattare il gruppo come un unico soggetto economico, permettendo allo stesso di compensare utili e perdite, ma solo a livello nazionale.

Pertanto, la Commissione rileva come la mancanza di un regime nazionale di imposizione di gruppo falsi le decisioni in materia di investimenti, in particolare per quanto riguarda la natura giuridica dell'investimento, favorendo la costituzione di sedi stabili. Anche la mancanza di compensazione transfrontaliera delle perdite può falsare le decisioni imprenditoriali riguardo alla natura giuridica ma, al tempo stesso, può incidere sulla scelta stessa dell'investimento estero.

La Commissione procede, quindi, ad una ricognizione della situazione esistente relativamente ai regimi di imposizione di gruppo presenti negli Stati membri. Le

discipline di consolidamento vengono quindi classificate in tre categorie²⁸¹: i) il regime di trasferimento infragruppo delle perdite; ii) il “cumulo” dei risultati fiscali del gruppo; iii) il completo consolidamento fiscale.

La Commissione rileva che quando sono applicati a livello nazionale, tutti i metodi consentono la piena compensazione infragruppo delle perdite in modo immediato ed automatico, impedendo che le perdite rimangano immobilizzate presso entità diverse. Lo sgravio è generalmente temporaneo a causa del recupero automatico, cioè è valido finché la controllata in perdita ridiventa redditizia. Lo sgravio è permanente solo se le perdite sono definitive.

Occorre sottolineare che la Commissione ritiene che tali discipline non siano estendibili a situazioni transfrontaliere, altrimenti «*si dovrebbe introdurre un apposito meccanismo di recupero. Inoltre, potrebbe risultare tecnicamente difficile applicare tutti gli aspetti di un regime nazionale di compensazione delle perdite a un contesto transfrontaliero*».

Segnatamente, la Commissione reputa che, nell’attesa dell’introduzione di una base imponibile consolidata comune, una misura mirata sarebbe più facile da elaborare e da attuare; non richiederebbe alcuna armonizzazione dei regimi fiscali o della base imponibile, potendo essere concepita, in teoria, per essere applicata da un solo Stato membro unilateralmente. Nondimeno, l’approccio più giusto sarebbe un’azione coordinata tra lo Stato di origine e lo Stato in cui è situato l’investimento estero.

3.6.3. Misure mirate per la compensazione transfrontaliera delle perdite

La Commissione definisce una misura mirata in materia di compensazione transfrontaliera delle perdite deve garantire che i gruppi societari operanti in più Stati membri siano trattati, per quanto possibile, alla stessa stregua dei gruppi che svolgono la loro attività in un solo Stato. In particolare, essa deve consentire che le perdite siano detratte dalla base imponibile dell’esercizio nel quale si sono verificate. Una misura mirata deve pertanto: i) permettere la deduzione *una tantum*, effettiva e immediata, delle perdite; ii) autorizzare la contabilizzazione delle perdite a carico della società

²⁸¹ Tali categorie ricalcano *in toto* quelle ampiamente esaminate nel primo capitolo, per una precisa descrizione si rimanda pertanto al capitolo 1, par. 1.7.

capogruppo (cd. compensazione verticale a monte); *ii*) non dare luogo, di norma, ad un trasferimento significativo di reddito da uno Stato membro all'altro, a meno che le perdite siano definitive e non vi sia alcuna possibilità di sgravio nello Stato in cui sono maturate; *iii*) esaurire in primo luogo le possibilità immediate di sgravio esistenti a livello nazionale; *iv*) non prestarsi ad abusi.

A tale fine, la Commissione propone tre possibili (teoriche) alternative che offrirebbero lo stesso livello minimo di compensazione delle perdite. Tali alternative non differiscono sotto il profilo della contabilizzazione delle perdite, bensì per quanto riguarda la disciplina dei profitti futuri della controllata a livello della capogruppo.

3.6.3.1. Trasferimento definitivo della perdita (cd. trasferimento intragruppo delle perdite)

Questa teoria comporterebbe un trasferimento definitivo delle perdite senza recupero, fatta eccezione per il caso in cui vengano introdotte misure di riequilibrio. Segnatamente, per neutralizzare l'effetto sul gettito fiscale dello Stato membro in cui è stabilita l'impresa che assorbe la perdita, può essere introdotto un sistema di compensazione: lo Stato membro della società che cede la perdita compensa lo Stato membro della società che assorbe la perdita. Tale sistema deve tener conto delle disparità sostanziali tra aliquote d'imposta applicabili e delle regole di contabilità fiscale. Si dovrà inoltre prestare particolare attenzione ai problemi di pianificazione fiscale.

3.6.3.2. Trasferimento temporaneo della perdita (cd. metodo di deduzione-reintegro)

Applicando tale regime, la perdita subita da una controllata situata in un altro Stato membro, precedentemente dedotta dai risultati della capogruppo, viene successivamente recuperata una volta che la controllata è tornata ad essere redditizia. Ciò si traduce pertanto in un trasferimento temporaneo delle perdite, che ricalca quello proposto nella Direttiva del 1990.

Tale metodo ha il vantaggio di essere relativamente semplice da applicare.

Dapprima, le perdite vengono dedotte, successivamente, quando la controllata torna a realizzare profitti, vengono recuperate mediante un aggravio fiscale a carico della capogruppo. Ebbene, un siffatto meccanismo consente uno sgravio immediato e temporaneo a livello della capogruppo, evitando così gli scompensi di *cash-flow* che si verificherebbero dalla mancata compensazione delle perdite nell'ambito dell'imposizione di gruppo.

3.6.3.3. Imposizione corrente dei risultati della controllata (cd. regime degli utili consolidati)

Si tratta di un metodo prevede che i profitti e le perdite di un determinato esercizio fiscale, di alcune o di tutte le componenti del gruppo, siano contabilizzati - per un determinato arco temporale - a carico della capogruppo. Applicando tale sistema, le controllate consolidate vengono trattate alla stregua di sedi stabili e, per prevenire la doppia imposizione, si ricorre al credito di imposta. Le imposte versate dalla controllata nel proprio Stato di residenza vengono quindi scomputate dalle imposte dovute nello Stato membro della capogruppo per il reddito percepito dalla controllata. La Commissione non prende però in considerazione la ripartizione degli utili tra le varie società appartenenti al gruppo.

L'applicazione di tale sistema non è condizionata all'esistenza di perdite (benché questa sia la ragione principale della sua applicazione). Una volta che una controllata è stata selezionata per partecipare a questo regime, esso viene applicato per un determinato periodo, di regola 3-5 anni o più.

Si può trattare di un regime selettivo, che si applica ad una o più controllate, selezionate a discrezione del contribuente, oppure di un regime globale, quando richiede la partecipazione di tutte le controllate che fanno parte del gruppo. Tra i due, quello selettivo richiede meno documentazione, ma potrebbe essere vulnerabile alle tecniche di pianificazione fiscale aggressive. Mediante il regime globale, l'intera situazione finanziaria del gruppo è assoggettata ad imposta nello Stato di residenza della capogruppo. Il metodo del credito d'imposta contribuirebbe a eliminare le

occasioni di arbitraggio fiscale in merito al calcolo della base imponibile e delle aliquote d'imposta. Il principale inconveniente sarebbe costituito da un aumento dei costi per gli adempimenti di conformità, dovuto alla necessità di ricalcolare il reddito di tutte le società del gruppo in base alle norme vigenti nello Stato membro della capogruppo.

3.6.4. Soluzione del caso *Marks & Spencer*: il punto di vista della Commissione europea

In conclusione, la Commissione incoraggia gli Stati membri ad introdurre e mantenere in vigore regimi fiscali nazionali per la compensazione intragruppo delle perdite, e, per circolazione transfrontaliera delle perdite, al fine di incentivare lo sviluppo dell'attività economica nell'ambito del mercato unico e a livello mondiale.

A tal fine, la Commissione, non solo propone tre possibili discipline per la compensazione transfrontaliera delle perdite, ma si incentra sul caso *Marks & Spencer*. A seguito di tale pronuncia, la Commissione ritiene che gli Stati membri debbano limitare la compensazione transfrontaliera alla forma verticale a monte. Tale vincolo, unito ad un regime di cd. recupero, e, all'esigenza che la controllata si avvalga di ogni altro sgravio disponibile nell'immediato, dovrebbe ridurre al minimo il rischio di evasione fiscale.

3.7. La Proposta di direttiva sulla CCCTB

Il 16 marzo 2011 è stata introdotta una proposta di direttiva sulla *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)* - COM(2011)121 che costituisce il culmine di un percorso di analisi della tassazione delle società lungo oltre vent'anni, nonché il fondamentale momento per l'individuazione del trattamento fiscale delle perdite transfrontaliere²⁸².

La CCCTB nasce dalla esigenza di superare gli ostacoli e le distorsioni di mercato derivanti dalla presenza di tanti diversi regimi fiscali quanti sono gli Stati dell'Unione,

²⁸² Per un'approfondita disamina della CCCTB e sui effetti relativi effetti nell'ambito dei regimi di consolidamento, cfr. C. GARBARINO, *Tax Design Issues in Respect to Foreign Branches and controlled Companies and the Feasibility of a Consolidation Area in The EU*, in *EC Tax Review*, 1, 2014, p. 16 ss.

ai quali devono far fronte le società che operano nel mercato unico²⁸³. Viene Dunque proposto il metodo *CCCTB*, mediante il quale viene introdotta una normativa fiscale europea unica su base opzionale, diretta a sostituire i regimi fiscali nazionali vigenti nella definizione della base imponibile delle società con attività transnazionale.

Tale metodo implica il calcolo del reddito d'impresa su base consolidata²⁸⁴, in applicazione di regole comuni per tutti gli Stati membri. La base imponibile così calcolata è poi ripartita fra gli Stati interessati, i quali applicano l'aliquota propria.

La disciplina comune proposta garantisce la coerenza dei regimi fiscali nazionali senza armonizzare le aliquote d'imposta, per le quali, la Commissione incoraggia gli Stati membri a comportarsi secondo una leale concorrenza²⁸⁵. Sennonché, da un punto di vista scientifico, la *CCCTB* può essere considerata il risultato della "naturale" convergenza tra i diversi sistemi tributari odierni²⁸⁶.

Data l'ampiezza del contenuto della *CCCTB* regole fiscali, non potendosi soffermare su tutti gli aspetti ad essa connessi, nei successivi paragrafi si intende

²⁸³ Sulla *ratio* della disciplina della *CCCTB*, cfr. P. SELICATO, *The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) between the exigences of harmonization of the corporate tax and the problems of compatibilità with the national sistem*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2009, p. 145 ss.; C. RICCI, *La tassazione consolidata dei gruppi di società. Studi Preliminari*, Bari, 2010, p. 230 ss.; ID., *La proposta di direttiva sulla CCCTB: profili soggettivi, base imponibile, e suo consolidamento*, in Riv. Trim. Dir. Trib., 4, 2012, p. 1019 ss.

²⁸⁴ Il consolidamento «*dovrebbe interessare solo il calcolo della base imponibile e non dovrebbe incidere sulla redazione dei bilanci. Gli Stati membri manterranno pertanto le regole di contabilità nazionali ed il regime della CCCTB introdurrà regole autonome per il calcolo della base imponibile delle società, che non influiranno sulla preparazione dei conti annuali o consolidati*» cfr. Relazione introduttiva alla direttiva. Si tratta quindi di un modello basato sul cd. doppio binario. Sul rapporto intercorrente tra le regole contabili e le regole fiscali, tra il risultato di bilancio e il reddito imponibile, nell'ambito della *CCCTB*, cfr. C. RICCI, *La proposta di direttiva sulla CCCTB: profili soggettivi, base imponibile, e suo consolidamento*, cit., p. 1035 ss.

²⁸⁵ Le differenze tra le aliquote consentono di mantenere un certo grado di concorrenza fiscale nel mercato interno ed una concorrenza fiscale leale basata sulle aliquote offre maggiore trasparenza e consente agli Stati membri di contemperare le loro esigenze di competitività con quelle di bilancio in sede di fissazione delle aliquote. La Commissione è ben consapevole del fatto che l'introduzione di una base imponibile unica potrebbe indurre taluni Stati membri ad adattare le proprie aliquote di conseguenza, ma ha preferito lasciare tale scelta alla libera determinazione di ciascuno di essi. Alcuni autori ritengono invece che, unitamente ad una base imponibile comune, debba essere fissato altresì un livello di aliquota minimo comune, si vedano C. SPENGLER, *Common Corporate Consolidated Tax Base – Don't Forget the Tax Rates*, in *EC Tax Review*, 2007, p. 118 ss.; C. SPENGLER - C. WENDT, *A Common Consolidated Corporate Tax Base for Multinational Companies in the European Union: Some issues and options*, Oxford University Centre for Business Taxation, WP 07/17, 2007.

²⁸⁶ La *CCCTB* ha suscitato grande interesse in ambito accademico. Per alcuni studiosi essa costituisce il portato di un regime fiscale «consuetudinario» già condiviso a livello sovranazionale. V. AVI YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge University Press, 2007. Tra le monografie si segnala M. LANG - P. PISTONE - J. SCHUCH - C. STARINGER, *Common Consolidated Corporate Tax Base*, in *International Tax Law Series* n. 53, Linde, 2008.

fornire, dapprima, un sintetico quadro generale della proposta di Direttiva, per poi esaminare nel dettaglio il tema delle perdite²⁸⁷.

3.7.1. Applicazione della CCCTB: soggetti coinvolti e conseguenze fiscali

Come anticipato, la CCCTB è un regime di regole comuni per calcolare la base imponibile delle società fiscalmente residenti nell'Unione Europea e delle succursali ubicate nell'Unione di società di Paesi terzi²⁸⁸.

La facoltà di optare per il regime di consolidamento è possibile quando all'interno del gruppo sussista il requisito del controllo. A tal fine, la capogruppo europea deve controllare le altre società, anche indirettamente, più del 75 per cento del capitale o più del 50 per cento dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria.

I benefici più rilevanti connessi alla disciplina della CCCTB derivano dal consolidamento e riguardano, da un lato, la possibilità di compensare profitti e perdite, dall'altro, l'eliminazione dei costi di *compliance* alle normative in materia di *transfer pricing*.

La disciplina in esame fa sì che il gruppo sia considerato una entità unitaria (cd. *tax unit*) ai fini del calcolo della base imponibile; ciò significa che (solo) il gruppo, nel suo complesso, ricava profitti e perdite nelle transazioni che avvengono con parti terze. I singoli membri mantengono, invece, la propria soggettività passiva ai fini tributari nei limiti della quota di imposta dovuta da ciascuno²⁸⁹.

In linea di principio, il consolidamento è obbligatorio per tutte le società le quali optano per la disciplina della CCCTB e che possiedono una società controllata o una stabile organizzazione in un altro Stato comunitario, le quali soddisfano i requisiti per essere ammessi al consolidato comunitario (cd. principio dell'*all in, all out*).

²⁸⁷ Per approfondimenti sul contenuto della proposta di direttiva cfr., P. VALENTE, *EU Tax Base: The Evolution of Company Taxation: Supranational Coordination and Interstate Competition*, in *International Tax Law Review*, n. 3/2006; Id., *Base imponibile europea: evoluzione della fiscalità d'impresa tra coordinamento sovranazionale e competizione interstatale*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, n. 3, 2006; P.J. WATTEL, *CCCTB*, B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European tax law*, p. 800.

²⁸⁸ Per il concetto di residenza ai fini della CCCTB, cfr. G. MAISTO, *Il significato di "contribuente residente" e "contribuente non residente" nella Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società*, in *Riv. Dir. Trib.*, 4, 2012, p. 315 ss.

²⁸⁹ Cfr. D. CANE, *La proposta di direttiva per una CCCTB: una analisi per principi*, *Rass. Trib.*, 6, 2012, p. 1511 ss.

Il consolidamento interessa la totalità della base imponibile di ciascuna società ammessa al consolidato, a prescindere dalla quota di controllo detenuta dalla capogruppo.

Ai fini della disciplina del consolidato comunitario, il gruppo comprende la casa madre comunitaria, le sue società controllate e le stabili organizzazioni con sede sul territorio comunitario, a prescindere dal fatto che la casa madre con sede nell'Ue sia a sua volta controllata da una società con sede in uno Stato terzo. Il gruppo, inoltre, può essere costituito da più società con sede nell'Unione europea, le quali si trovino sotto il controllo comune di una casa madre residente in uno Stato terzo. La presenza di una società non comunitaria in posizione intermedia nell'ambito di un gruppo di società comunitarie non determina l'interruzione della catena partecipativa qualificante per l'applicazione del consolidato comunitario.

Costituisce un gruppo anche il soggetto di imposta il quale possiede semplicemente una stabile organizzazione sul territorio comunitario.

Nel quadro appena descritto, i gruppi societari, si devono attenere ad un unico insieme di regole fiscali, interagendo con una sola Amministrazione fiscale in tutta l'Unione. Una società che opti per la *CCCTB*, cessa infatti di essere soggetta alle disposizioni nazionali in materia di imposta sul reddito delle società, diversamente (essendo un regime facoltativo), una società che non opta per il regime stabilito dalla direttiva *CCCTB*, rimane soggetta alle disposizioni nazionali in materia di imposta sul reddito delle società.

Un aspetto controverso che attiene la *CCCTB*, è quello che riguarda la formula di ripartizione della base imponibile consolidata²⁹⁰. Tale ripartizione tra Stati membri dovrebbe avvenire secondo un meccanismo di *allocazione* (cd. *sharing mechanism*), in modo da tener conto dell'attività economica svolta in ciascun territorio; si tratta, inevitabilmente, di una formula matematica, predeterminata, che combina diversi fattori, i quali, a loro volta, esprimono, in termini matematici, il contributo di ciascuna

²⁹⁰ Commissione europea, *Taxation Paper, The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*, di A. Agúndez García, ottobre 2006.

giurisdizione al reddito totale di un dato gruppo. Anche se la formula di ripartizione è stata concepita per essere di semplice applicazione, difficilmente manipolabile, equa ed efficiente nella distribuzione della base imponibile, all'atto pratico il suo bilanciamento non è affatto semplice. Da essa dipende, da un lato, la misura del prelievo fiscale, dall'altro, la misura della ripartizione del reddito globale²⁹¹.

3.7.2. Riflessi della CCCTB sulle perdite

Come visto nel paragrafo precedente, dal consolidamento derivano due principali benefici della CCCTB: la (formale) irrilevanza delle transazioni infra-gruppo ai fini del calcolo del reddito imponibile²⁹²; l'integrale e piena compensazione delle perdite transfrontaliere, oggetto del presente paragrafo.

In applicazione della CCCTB, le perdite subite dalle società appartenenti al gruppo possono essere automaticamente compensate a fronte dei profitti generati da altri membri dello stesso gruppo. In assenza di utili compensabili, le perdite fiscali possono essere dedotte dal reddito imponibile di esercizi fiscali successivi senza limitazioni di ordine temporale o quantitativo, sia in capo alla singola società che a livello di gruppo²⁹³. È inoltre specificato che la deduzione non può produrre un importo negativo, può al massimo azzerare il reddito imponibile²⁹⁴.

Pur non essendo previsti limiti temporali al riporto delle perdite, la CCCTB prevede alcuni vincoli di tipo temporale, per le stesse. Anzitutto per quanto riguarda la deduzione, le perdite più vecchie devono essere utilizzate per prime. Inoltre, non è prevista la possibilità di riporto delle perdite fiscali in deduzione dei redditi di esercizi precedenti (c.d. *losses carry-back*). Sembra che il legislatore comunitario, tenuto

²⁹¹ Cfr. D. CANÈ, *La proposta di direttiva per una CCCTB: una analisi per principi*, cit., p. 1511 ss.

²⁹² Cfr. V. BORGEOIS-VON FRENKELL, *Relation to Tax Payers outside the Group*, in AA.VV. *Common Consolidated Corporate Tax Based*, a cura di M. Lang – P. Pistone – J. Schuch-C. Staringer, Vienna, 2008, p. 835 ss.

²⁹³ Cfr. art. 43 Proposta di Direttiva sulla *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)* - COM(2011)121.

²⁹⁴ Ai sensi dell'articolo 57, par. 2 «Quando la base imponibile consolidata è negativa, la perdita è riportata e compensata a fronte della base imponibile consolidata positiva seguente». La formulazione della norma far propendere per l'obbligatorietà del riporto delle perdite realizzate durante il consolidato. Nel Working document, CCCTB: *Possible elements of a technical outline*, CCCTB/WP/ 57, par. 102, si legge che la previsione intende evitare che in capo a determinate società del gruppo si formino perdite inutilizzate a fronte di profitti tassabili in capo ad altre. Ciò, si verificherebbe nel caso in cui la perdita del gruppo venisse immediatamente ripartita tra le società, così come avviene per i risultati positivi. Non a caso, infatti, la seconda parte dell'art. 57 specifica che solo «Quando la base imponibile consolidata è positiva, - essa - è ripartita conformemente agli articoli da 86 a 102».

conto che si tratta di una disciplina poco diffusa tra gli Stati membri (cfr. cap. 1, par. 1.4.1.2), abbia preferito evitarla, dal momento che avrebbe comportato un'eccessiva complessità dal punto di vista amministrativo. Le perdite sostenute da una società precedentemente all'opzione per il regime previsto dalla Direttiva, e non ancora utilizzate, «*possono essere dedotte dalla base imponibile nella misura prevista dalla legislazione nazionale applicabile*». In questo caso, la normativa dello Stato membro il cui diritto nazionale trovava precedentemente applicazione continua ad applicarsi limitatamente alla quota della base imponibile assegnata a quella società nell'ambito della CCCTB²⁹⁵. Le perdite realizzate prima dell'ingresso nel gruppo e non ancora utilizzate, non possono quindi essere compensate a fronte della base imponibile consolidata. Esse possono tuttavia essere utilizzate dalla medesima società che le ha registrate per ridurre la quota di base imponibile ad essa assegnata secondo la formula di ripartizione. *A contrariis*, alla società che esce dal gruppo non è attribuita alcuna perdita mediante la ripartizione del reddito.

Regole particolari valgono poi per la ripartizione delle perdite a seguito dello scioglimento del gruppo. Il trattamento delle perdite dipende infatti "comportamento" del contribuente a seguito dello scioglimento: *i)* se rimane nel regime previsto dalla direttiva sulla CCCTB, ma al di fuori di un gruppo, le perdite vengono riportate e compensate come in precedenza; *ii)* se aderisce ad un altro gruppo, le perdite vengono riportate e compensate a fronte della percentuale assegnata; *iii)* se lascia il regime, le perdite sono riportate e compensate conformemente alla legislazione nazionale sull'imposizione del reddito delle società che diviene applicabile, come se quelle perdite fossero emerse mentre il contribuente era soggetto a tale legislazione.

La disciplina riguardante la CCCTB prevede anche il trattamento delle perdite in caso di riorganizzazione tra imprese di due o più gruppi. Viene infatti previsto che

²⁹⁵ Quando un contribuente, precedentemente all'opzione per il regime previsto dalla presente direttiva, abbia sostenuto perdite che potevano essere riportate a norma della legislazione nazionale applicabile, ma non ancora compensate a fronte dei profitti tassabili, può dedurre tali perdite dalla quota della base imponibile soggetta a imposizione nello Stato membro di residenza, entro i limiti previsti da tale diritto nazionale.

eventuali perdite non compensate del gruppo, o di gruppi preesistenti, siano allocate a ciascuno dei relativi membri sulla base dei fattori applicabili all'esercizio fiscale nel quale ha luogo la riorganizzazione e, riportate ad esercizi successivi.

3.7.3. Lo Stato dell'arte sulla CCCTB e l'armonizzazione fiscale

Il regime CCCTB consentirebbe alle società residenti nell'Unione, comprese le stabili organizzazioni situate nell'Unione, di poter scegliere di calcolare la loro base imponibile secondo un insieme di norme comuni a tutto il territorio dell'Unione, anziché ricorrere a uno dei differenti (ventotto) regimi nazionali di tassazione delle società, dai quali conseguono rilevanti problemi per quanto attiene la compensazione delle perdite. La CCCTB rappresenta un importante vantaggio, che si traduce in maggiori investimenti transfrontalieri sul territorio dell'Unione, sia da parte di società multinazionali europee ed estere che da nuovi investimenti in altri Stati membri da parte di società operanti solo sul mercato nazionale. Ebbene, l'eliminazione di costi supplementari²⁹⁶, derivanti dall'obbligo di rispettare regimi fiscali diversi all'interno dell'Unione, contribuirebbe ad una maggiore capacità di espansione transfrontaliera da parte delle società. Tutto ciò, nell'ottica dei soggetti operanti nel mercato unico.

Dal punto di vista dei singoli Stati membri, l'impatto dell'introduzione della CCCTB si traduce in termini di gettito fiscale (nazionale)²⁹⁷. Quest'ultimo, non dipende solamente dagli effetti del consolidamento della base imponibile europea, ma, anche dalle scelte politiche nazionali riguardanti, i metodi di ripartizione, e, le aliquote applicate. E' pertanto difficile prevedere con esattezza gli effetti della CCCTB su ciascuno Stato membro.

Non stupisce pertanto il fatto che diversi Stati membri abbiano espresso parere contrario alla proposta in più di una occasione. Il 18 maggio 2011 ben nove paesi hanno

²⁹⁶ In argomento, L. KOVÁCS, *Le prospettive della CCCTB*, in *Rass. Trib.* 3, 2008, p. 699.

²⁹⁷ Per una disamina sui possibili impatti in termini di gettito fiscale per gli Stati membri, cfr. L.M. FARGAS MAS, *Consequences of the Implementation of the CCCTB Regime on EU Member States Tax Collection: Will CCCTB Have a Dramatic or Only a Severe Effect on Public Finances?*, in *Intertax*, 38, 2010, p. 394 ss.; N. MUNIN, *Tax in Troubled Times: Is It the Time for a Common Corporate Tax Base in the EU?*, in *EC Tax Review*, 3, 2011, p.121 ss.

votato contro la proposta di Direttiva²⁹⁸. Inoltre, Germania e Francia, tra i principali sostenitori dell'iniziativa, hanno successivamente espresso perplessità circa il consolidamento dei risultati e l'adozione (solo) su base opzionale²⁹⁹.

Un tale risultato costituisce, ancora una volta, la prova della perdurante ritrosia degli Stati membri a cedere porzioni di sovranità in tema di tassazione dei redditi, nonostante l'auspicio della Commissione che gli tutti Stati membri (e gli *stakeholders*) potessero convergere unanimemente sul suo contenuto.

La proposta di Direttiva elaborata dalla Commissione Europea trova le sue fondamenta giuridiche nell'articolo 115 del TFUE, il quale autorizza il Consiglio a porre in essere gli interventi necessari per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali «*che abbiano una incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno*», rispettando comunque determinate forme sostanziali e procedurali.

Tale disposizione permette al Consiglio Europeo di intervenire nell'area della fiscalità diretta laddove si presenti un reale ostacolo al funzionamento del mercato comune. In tale contesto la distorsione è causata dalla coesistenza di differenti regimi fiscali, che, come oramai riconosciuto dalla Commissione europea, costituisce un ostacolo al buon funzionamento del Mercato interno³⁰⁰.

²⁹⁸ Le Camere Parlamentari nazionali che hanno espresso parere negativo sulla proposta, sostenendone la non conformità al principio di sussidiarietà, sono quelle di Olanda, Svezia, Regno Unito, Irlanda, Polonia, Romania, Slovenia, Bulgaria. Le principali riserve riguardano però il consolidamento obbligatorio e la formula di distribuzione della base imponibile. I più critici sono gli Stati membri caratterizzati da un regime fiscale particolarmente vantaggioso, come l'Irlanda, i quali lamentando che la CCCTB minerebbe la competitività del proprio regime fiscale, rendendolo meno attrattivo per le imprese estere. V. *The Post IE, Threat to Irish Policy as Common Tax Base is Back on EU Agenda*, 30 Gennaio 2010. Anche per i paesi con aliquote di imposta fisse, come la Slovacchia, ritengono che il nuovo sistema abbia impatti negativi sul gettito fiscale. Si segnala inoltre l'opposizione manifestata dall'ex primo ministro lussemburghese, Jean-Claude Juncker. V. *Luxemburger Wort* del 12 maggio 2011.

²⁹⁹ In una lettera inviata al Presidente del Consiglio Europeo il 18 Agosto 2011 il Cancelliere tedesco Merkel ed l'ex Presidente francese Sarkozy hanno annunciato la volontà di procedere ad una maggiore armonizzazione dei rispettivi sistemi fiscali. Il 6 febbraio 2012 i Ministeri delle finanze francese e tedesco hanno pubblicato il *Green Paper on tax convergence*, cfr. Report in 2102 WTD 27-19, nel quale vengono proposte alcune soluzioni, tese ad eliminare le differenze presenti nelle rispettive legislazioni. Sul punto si veda A. PERDELWITZ-N. GAOUA, *France/Germany - Green Paper on Convergence in the Field of Corporate Taxation*, in *European Taxation*, 52, 2012, p. 428.

³⁰⁰ Come visto nel primo capitolo, par. 1.2., quella delle imposte dirette, per lungo tempo, è stata ritenuta una prerogativa esclusiva degli Stati membri. Per giungere alla conclusione che la coesistenza di regole fiscali rappresenta un ostacolo al mercato ci sono voluti molti anni e, tuttora, è difficile trovare un bilanciamento tra

Inoltre, l'articolo 115 del TFUE vincola il Consiglio ad adottare esclusivamente direttive, da approvarsi all'unanimità, secondo una procedura legislativa speciale e, previa consultazione del Parlamento Europeo

La regola dell'unanimità rappresenta il principale ostacolo giuridico all'approvazione definitiva della proposta, in quanto attribuisce *de facto* a ciascuno Stato membro un potere di veto assoluto. Per tale motivo, l'opera interpretativa della Corte rappresenta la fonte dell'integrazione dell'ordinamento europeo in quelli nazionali³⁰¹: grazie all'opera della Corte il settore delle imposte dirette ha assunto la funzione di fiscalità strumentale al mercato³⁰². La Corte di Giustizia, con una serie di importanti pronunce, ha infatti sindacato la compatibilità con il diritto comunitario dei vari regimi nazionali, fissando importanti direttive cui debbono oggi conformarsi le discipline nazionali.

ripartizione del potere impositivo e Mercato unico. Tali considerazioni sono frutto di un'approfondita disamina della pronunce giurisprudenziali, per le quali si rimanda al quarto capitolo.

³⁰¹ M. AUJEAN, *Le fonti europee e la loro efficacia in materia tributaria*, in *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008, p. 9.

³⁰² Cfr. A. DI PIETRO, *Per una costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 439 ss.; Id., *Giusto processo, giustizia tributaria e giurisprudenza comunitaria*, in *Rass. Trib.*, 2, 2013, p. 407; nonché, la giurisprudenza in argomento, cfr. punti 21 e 26, CGE del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, punto 16, CGE dell'11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*, Racc. pag. I-2493; punto 36, CGE del 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, punto 32, CGE del 6 giugno 2000, C-35/98, *Verkooijen*; punto 37, CGE sentenze dell'8 marzo 2000, C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft e.a.*; punto 29, CGE *Marks & Spencer*, cit.; punto 28 CGE del 23 febbraio 2006, C-471/04, *Keller Holding*; punto 36 CGE del 12 dicembre 2006, C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*; punto 34, CGE del 17 settembre 2009, C-182/08, *Glaxo Wellcome*.

CAPITOLO IV

LA CIRCOLAZIONE DELLE PERDITE TRANSFRONTALIERE: L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DELLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

4.1. Introduzione. Mancata armonizzazione della disciplina delle perdite transfrontaliere: l'interpretazione della Corte di Giustizia alla luce del principio della libertà di stabilimento

Il presente lavoro ha finora messo in luce come le normative interne, unitamente al diritto convenzionale, non siano in grado di disciplinare la circolazione transfrontaliera delle perdite. Le discipline nazionali sono infatti concentrate nel difendere i singoli interessi erariali, mentre, il diritto convenzionale, è volto ad evitare la doppia imposizione dei redditi di segno positivo.

Dal canto loro, le istituzioni comunitarie hanno dimostrato un elevato livello di sensibilità a fronte del tema relativo alle perdite transfrontaliere: sono state diverse le iniziative per fronteggiare il problema ma nessuna di queste giunta a buon fine.

In questo scenario, è determinante il ruolo della Corte di Giustizia. Con la propria opera interpretativa, la Corte ha fatto ricorso ai principi generali del Trattato come orientamento per fornire le linee guida della disciplina nazionale e limitare le restrizioni rispetto alla rilevanza fiscale delle perdite transfrontaliere.

Talora, la Corte di Giustizia ha ritenuto incompatibile con l'ordinamento comunitario la legislazione domestica che impedisce di utilizzare le perdite controllante casa madre ritenendo che le esigenze di protezione dell'interesse nazionale possano essere tutelate con altri sistemi normativi meno restrittivi delle libertà comunitarie³⁰³.

In altre occasioni, la Corte di Giustizia ha riconosciuto la legittimità di misure nazionali che escludono il riporto delle perdite a condizione che tale divieto non renda

³⁰³ Cfr. CGE del 7 settembre 2006, causa C-470/2004, *N/Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantor Almelo*.

effettivamente perduto il diritto all'utilizzo della perdita³⁰⁴. In particolare, la Corte ha introdotto la regola delle perdite definitive (cd. *final losses*), affermando che, qualora le perdite non siano più utilizzabili nello Stato della fonte, deve essere ammessa la compensazione con gli utili prodotti dalla società controllante residente in altro Stato membro.

In altre decisioni ancora, i giudici comunitari hanno riconosciuto che le misure fiscali adottate da uno Stato membro per escludere l'utilizzabilità delle perdite costituiscono soluzioni adeguate e proporzionate rispetto alle finalità perseguite e, dunque, compatibili con l'ordinamento comunitario.

Anche se tutte le richiamate decisioni sono orientate da un filo conduttore costituito dal tentativo di preservare il principio di libertà di stabilimento, non è possibile rilevare una regola generale per la compensazione delle perdite estere. Le sentenze in tema di perdite transfrontaliere sono infatti fortemente condizionate dalle circostanze del caso concreto e dall'apprezzamento del grado di proporzionalità delle norme nazionali nella compressione dei valori comunitari.

L'obiettivo che ci si pone nel presente capitolo, e che rappresenta il fine ultimo del presente lavoro, è quello di delineare i filoni interpretativi tracciati dalla Corte di Giustizia in modo da individuare le circostanze che acconsentono ad un utilizzo transfrontaliero delle perdite, e, al contrario, quelle che la impediscono.

A tal riguardo, si rileva in via preliminare come da un'attenta disamina delle sentenze sul tema, emerge che la scelta tra le differenti forme giuridiche per insediarsi oltre i confini nazionali, ovvero sia la stabile organizzazione o la società controllata, rappresenti una variabile fondamentale ai fini del trattamento fiscale delle perdite estere. Ciò dipende dalla non confrontabilità delle stesse sotto il profilo della ripartizione del potere impositivo³⁰⁵.

La società controllata, persona giuridica autonoma, è interamente soggetta ad

³⁰⁴ Cfr. CGE del 13 dicembre 2005, causa C-446/2003, *Marks & Spencer*, CGE del 15 maggio 2008, causa C-414/2006, *Lidl*.

³⁰⁵ CGE del 25 febbraio 2010, C-337/08, *X Holding*, punto 38.

imposizione nello Stato in cui essa ha la propria sede. Salvo il caso della previsione di un modello di consolidamento su base mondiale, lo Stato della casa madre non ha alcun diritto di compensare le perdite originate all'estero tramite una controllata estera. I modelli di consolidamento su base nazionale non ammettono infatti la compensabilità delle perdite estere dal reddito globale.

La stabile organizzazione, invece, rimane soggetta alla competenza fiscale dello Stato membro di origine³⁰⁶. Le perdite di una stabile organizzazione sono quindi considerate perdite della società madre che la detiene, e, in via di principio, possono essere compensate dai redditi di quest'ultima³⁰⁷. Ciò dipende dalle regole di diritto convenzionale impiegabili³⁰⁸.

Uno Stato membro deve tener conto delle perdite di un'attività estera quando assoggetta tale attività a tassazione mediante il meccanismo del credito d'imposta. Laddove venga previsto il metodo dell'esenzione, le perdite, in via generale, possono essere utilizzate solo a livello territoriale.

La tutela della territorialità cede però nel momento in cui la società estera non possa più utilizzare la perdita pregressa, rendendo così necessaria quale *extrema ratio* una sua considerazione nello Stato della casa madre³⁰⁹. Si tratta della cd. eccezione delle *final losses*, valevole sia per le perdite maturate da stabili organizzazioni, sia per le

³⁰⁶ Ciò corrisponde alle regole di ripartizione dei redditi contenute nel Modello di Convenzione Ocse. In base all'art. 7, in presenza di un'attività d'impresa che presenti elementi di extraterritorialità, la potestà deve essere attribuita in via esclusiva ad uno dei due Stati contraenti e, segnatamente, allo Stato di residenza, ma ciò soltanto nel caso in cui l'impresa non operi nell'altro Stato per il tramite di una stabile organizzazione. In argomento, cfr. A. M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., p. 86; G. FRANSONI, *La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni*, in *Rass. Trib.*, 2005, p. 73 ss.

³⁰⁷ Per un'attenta e compiuta disamina del trattamento fiscale relativo alle perdite maturate da stabili organizzazioni non residenti, cfr. A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, cit., 2014, p. 855 ss.

³⁰⁸ Recentemente, sentenza CGE del 17 luglio 2014, C-48/13, *Nordea*, punto 24, la Corte ha infatti affermato che gli Stati membri che assoggettano gli utili delle stabili organizzazioni estere ad imposizione (mediante il meccanismo del credito d'imposta), assimilano queste ultime alle stabili organizzazioni residenti anche per quanto riguarda la deduzione delle perdite. Tale principio si risolve nel sostenere che uno Stato membro deve tener conto delle perdite di un'attività estera solo quando assoggetti tale attività a tassazione. Ciò si pone in linea sia con la sentenza CGE del 15 maggio 1997, C-250/95, *Futura Participations*, in cui aveva assunto rilievo il solo utilizzo territoriale delle perdite.

³⁰⁹ In tal senso, G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 ss.

perdite delle controllate estere.

Segnatamente, la Corte ha affermato che, laddove risulti impossibile la compensazione perdite estere, la limitazione consistente nel diniego al riporto delle stesse perdite in capo alla casa madre risulta sproporzionata rispetto ad obiettivi quali, la tutela di un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra Stati membri, l'esigenza di evitare il rischio di doppia deduzione delle perdite, di elusione e di evasione fiscale³¹⁰.

Ebbene, la scelta di una determinata forma giuridica per insediarsi all'estero e l'eventuale presenza di *final losses* rappresentano le variabili dalle quali dipendono le decisioni della Corte di Giustizia.

Per tale ragione, nel presente capitolo si è deciso di esaminare separatamente le sentenze riguardanti le perdite di stabili organizzazioni e le sentenze riguardanti le perdite delle controllate estere, per poi approfondire a parte il concetto di *final losses*.

Per quanto riguarda le prime, vengono distinte le sentenze riguardanti la disciplina dello Stato della fonte (d'investimento, cd. *inbound*) da quelle riguardanti la disciplina dello Stato di origine (cd. *outbound*). Inoltre, vengono distinte le situazioni in cui gli Stati membri coinvolti abbiano applicato il meccanismo del credito d'imposta per evitare la doppia imposizione da quelle in cui viene invece previsto il metodo dell'esenzione.

Vengono poi esaminate le sentenze riguardanti le perdite realizzate da consociate estere nell'ambito della tassazione di gruppo. In queste, la Corte si è trovata a "bilanciare" due logiche del tutto contrapposte. Da una parte, vi sono ragioni generali (*i.e.* comunitarie), riconducibili al rispetto del principio della libertà di stabilimento. Dall'altra parte, vi sono gli Stati membri che rivendicano il diritto di esercitare il proprio potere impositivo³¹¹. E' in tale contesto che la Corte ha introdotto per la prima

³¹⁰ CGE del 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*.

³¹¹ Cfr. F. DAMI, *Un nuovo (ed interessante) intervento della corte di giustizia su libertà di stabilimento e regimi di consolidamento fiscale*, in Riv. Dir. Trib., IV, 2009, p. 133 ss.; C. RICCI, *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, *cit.*, p. 51 ss.

volta il concetto di *final losses*.

Nella sentenza *Marks & Spencer*, la Corte di Giustizia ha affermato che è contraria al principio della libertà di stabilimento una normativa che comporti il diniego al riporto delle perdite estere in capo alla casa madre laddove la controllata non residente abbia «*esaurito le possibilità di presa in considerazione delle perdite esistenti nel suo Stato di residenza*»³¹².

Per circa un decennio la Corte continuò ad applicare l'eccezione delle *final losses* senza però chiarire le circostanze che denotano la presenza delle perdite finali.

Senonché, per lungo tempo, l'interprete si è trovato ad indagare il significato da attribuire alla definitività delle perdite transfrontaliere senza però giungere ad una soluzione univoca. Solo di recente la Corte ha chiarito, una volta per tutte, il significato da attribuire alle *final losses*³¹³.

Nella sentenza *Marks and Spencer II*, la Corte ha infatti stabilito che è possibile riferirsi a perdite definitive nelle ipotesi in cui la controllata non residente non percepisca più ricavi nello Stato di residenza. I Giudici comunitari hanno infatti affermato che «*fintantoché tale controllata continui a percepire ricavi, ancorché minimi, sussiste la possibilità che le perdite subite possano essere poi compensate con utili futuri realizzati nello Stato membro di sua residenza*».

Infine, vengono richiamate alcune sentenze in cui è stata valutata la legittimità di discipline nazionali che limitano il riporto delle perdite in relazione alla residenza delle strutture intermedie (e di collegamento) nell'ambito dei rapporti di controllo societario. Vengono pertanto valutati gli effetti di tali pronunce sulle discipline previste a livello interno e, eventualmente, sulla circolazione delle perdite.

4.2. Le origini della questione (il caso *Futura*): il trattamento fiscale delle perdite nello Stato ospitante

La prima decisione in tema di perdite risale al 1997, si tratta della sentenza *Futura*

³¹² Cfr. sentenza *Marks & Spencer*, cit., punti 55-56.

³¹³ Cfr. CGE sentenza del 3 febbraio 2015, C-172/13, Commissione Europea v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

*Participations SA*³¹⁴. Prima di addentrarsi nel contenuto della sentenza, si rileva che in tale occasione la Corte era stata chiamata a giudicare una disciplina dello Stato di investimento, ovverosia la disciplina lussemburghese.

Segnatamente, la questione era stata sollevata nell'ambito di una controversia insorta tra la società *Futura*, con sede a Parigi e succursale in Lussemburgo (*Singer*), e l'Amministrazione finanziaria dello Stato sede di quest'ultima.

Secondo quanto stabilito dall'ordinamento interno del Lussemburgo il riporto delle perdite subite da stabili organizzazioni era subordinato alla connessione economica con i ricavi prodotti nel territorio dello Stato. Per quanto riguarda la determinazione del reddito delle stabili organizzazioni non residenti, tale ordinamento prevedeva la determinazione analitica di tale reddito, e, al contempo, il riporto analitico delle perdite (purché abbiano un rapporto economico con i redditi soggetti ad imposizione). Alternativamente, in mancanza di tale contabilità, veniva prevista una determinazione forfettaria del reddito, basata su una ripartizione pro-rata del reddito tra stabile organizzazione e casa madre. Quest'ultima metodologia non consentiva il riporto delle perdite, neanche secondo la ripartizione proporzionale.

La *Singer*, non avendo tenuto una contabilità regolare, procedeva a determinare il proprio reddito imponibile in base ad una ripartizione del reddito complessivo della casa madre. Inoltre, la stessa società chiedeva all'amministrazione tributaria lussemburghese di portare in detrazione del proprio reddito le perdite globalmente subite nel quinquennio precedente.

La richiesta avanzata dalla *Singer* fu rifiutata. L'amministrazione tributaria rilevava come il diritto lussemburghese consentisse ad un contribuente non residente di portare a nuovo le perdite solo a condizione che fosse dimostrata l'esistenza di un rapporto economico tra le stesse e i redditi ottenuti dal medesimo contribuente in Lussemburgo. Un contribuente non residente non poteva portare in deduzione le

³¹⁴Cfr. sentenza *Futura Participations*, cit., con commento di G. MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, cit., p. 22. ss.

perdite in base ad una ripartizione del reddito.

Nel corso del giudizio instaurato dal contribuente, il giudice nazionale aveva rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale riguardante la compatibilità con il principio della libertà di stabilimento della normativa lussemburghese.

Ebbene, il giudizio aveva ad oggetto una normativa che subordinava il riporto di perdite subite negli esercizi precedenti da stabili organizzazioni di soggetti non residenti alla condizione del rapporto economico con i redditi ottenuti dal contribuente in detto Stato, e, in presenza di una contabilità tenuta regolarmente.

La Corte di Giustizia ha fatto salva la condizione relativa all'«inerenza» della perdita, ma non anche la seconda, di carattere puramente formale, in quanto considerata sproporzionata rispetto allo scopo perseguito. La Corte ha infatti ritenuto che l'ammontare effettivo delle perdite subite avrebbe potuto essere dimostrato anche mediante mezzi diversi da quella regolare contabilità richiesta dalla legislazione lussemburghese per consentirne il riporto³¹⁵.

Con la sua interpretazione, la Corte ha ammesso la compatibilità con il Trattato di una norma interna in base alla quale per il riporto delle perdite subite da stabili organizzazioni di soggetti non residenti era necessario un collegamento territoriale con gli utili prodotti in tale Stato membro³¹⁶.

4.2.1. Il principio di territorialità come interpretazione isolata: prevalenza delle ragioni del Mercato interno

³¹⁵La Corte di Giustizia affermava infatti che non sussisterebbe una violazione della libertà di stabilimento ove l'imposizione di una contabilità «*perseguisse uno scopo legittimo compatibile con il Trattato e fosse giustificata da motivi imperativi di interesse generale*», purché idonea a conseguirlo e non eccedente quanto necessario per farlo. Tra i motivi di interesse generale, la Corte ricomprende l'efficacia dei controlli fiscali, rientrando nei diritti di ciascuno Stato membro quello di verificare con esattezza i redditi imponibili e le perdite riportate a nuovo da soggetti non residenti. Tale decisione è stata ampiamente influenzata dalla legislazione lussemburghese, laddove, diversamente da quanto previsto dagli altri ordinamenti, non prevede come necessaria la contabilità della stabile organizzazione. Sicché, limitare l'utilizzo delle scritture alla sola verifica dell'esatto importo delle perdite, avrebbe costituito un'inutile limitazione dei mezzi di prova, contraria ai principi del Trattato. Il contribuente può difatti dimostrare l'ammontare delle perdite in considerazione della possibilità concessa dalla Direttiva 77/799 agli Stati membri di chiedere alle Autorità competenti di un altro Stato membro ogni informazione idonea a consentire loro di determinare correttamente detta perdita; cfr. G. MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, cit., p. 22. ss.

³¹⁶Al punto 22 della sentenza *Futura*, cit., si legge infatti «*such a system which is conformity with the fiscal principle of territoriality cannot be regarded as entailing any discrimination, overt or covert prohibited by the treaty*».

Nel caso *Futura* veniva ammessa una disciplina che prevedeva il riporto per le sole perdite derivanti da attività esercitate nel territorio nazionale, ed escludeva la circolazione transfrontaliera delle perdite.

Si tratta però di un caso isolato. Nelle successive pronunce in tema di perdite, l'opera interpretativa della Corte è passata dall'accogliere *tout court* il principio di territorialità ad individuare soluzioni finalizzate alla realizzazione del Mercato unico.

La differente interpretazione era però il frutto di una differente prospettiva. Mentre nel caso *Futura* la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla disciplina dello Stato di investimento, nelle successive sentenze la disciplina in questione era quella dello Stato di origine. La Corte per diversi anni è stata chiamata a pronunciarsi sul trattamento fiscale delle perdite maturate all'estero da stabili organizzazioni e controllate non residenti. In particolare, veniva valutata la compatibilità comunitaria di normative che ammettevano regole di compensazione tra utili e perdite solo a livello nazionale, e, che, di fatto impedivano l'utilizzo di perdite subite in un altro Stato membro.

In tale contesto, la Corte rilevava che se «*le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento mirano ad assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato membro d'origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di una società costituita conformemente alla propria legislazione, in particolare tramite una stabile organizzazione*»³¹⁷.

Il criterio di territorialità non poteva certamente rappresentare una soluzione. La Corte affermava come la mancata tassazione dei redditi delle società estere non vale, di per sé, a giustificare una corrispondente limitazione nella deduzione delle perdite; in particolar modo, laddove la medesima deduzione veniva prevista a livello interno. Altrimenti, il mancato utilizzo delle perdite estere avrebbe come effetto quello di rendere meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento mediante una stabile organizzazione.

³¹⁷ In tal senso, CGE del 15 maggio 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, punto 47; CGE del 17 luglio 2014, C-48/13, *Nordea*, punto 18.

Tale interpretazione è stata fatta propria nella sentenza *Philips*³¹⁸ ove i giudici comunitari dopo oltre quindici anni sono tornati a pronunciarsi sulla disciplina dello Stato d'investimento.

4.2.2. L'evoluzione del percorso giurisprudenziale: il caso *Philips*

Nel caso *Philips* veniva valutata la compatibilità con il principio della libertà di stabilimento del regime di sgravio di gruppo, cd. *group relief* previsto dal Regno Unito. La disciplina in esame sottoponeva ad una determinata condizione la possibilità di trasferire ad una società residente le perdite subite dalla stabile organizzazione in tale Stato membro di una società non residente. Detta stabile organizzazione doveva essere impossibilitata a dedurre le perdite nello Stato della casa madre (cd. eccezione delle *final losses*).

Diversamente, il trasferimento delle perdite subite in tale Stato membro da parte di una società residente non era soggetto ad alcuna condizione equivalente. Una simile disparità di trattamento rendeva meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento mediante una stabile organizzazione per le società aventi sede in altri Stati membri. Tale disparità, a giudizio della Corte, «*limita la libertà di scegliere la forma giuridica idonea all'esercizio di attività in un altro Stato membro*»³¹⁹.

Come nei precedenti riguardanti la disciplina dello Stato di origine, la Corte affermava che affinché una siffatta disparità di trattamento sia compatibile con le disposizioni del Trattato, essa deve riguardare situazioni non oggettivamente comparabili o essere giustificata da un motivo imperativo di interesse generale³²⁰.

Riguardo alla prima circostanza, la Corte affermava che la situazione di una società non residente che possiede una stabile organizzazione nel territorio nazionale e quella di una società residente sono «*oggettivamente comparabili nella misura in cui si tratti della possibilità di trasferire, mediante sgravio di gruppo, perdite subite nel Regno Unito ad*

³¹⁸ CGE del 6 settembre 2012, C-18/11, *Philips Electronics*.

³¹⁹ CGE del 6 settembre 2012, C-18/11, *Philips Electronics*, punti 15-16.

³²⁰ In tal senso, CGE del 12 dicembre 2006, C 446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Racc. p. I 11753, punto 167. La comparabilità di una situazione comunitaria con una situazione interna dev'essere esaminata tenendo conto dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali in questione, CGE del 25 febbraio 2010, *X Holding*, C 337/08, Racc. p. I 1215, punto 22.

un'altra società di tale gruppo».

La Corte poi valutato l'esistenza di eventuali motivi di interesse generale, quali, in primo luogo, il mantenimento della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, in secondo luogo, l'obiettivo volto ad impedire la doppia utilizzazione delle perdite.

Come si avrà modo di rilevare nel prosieguo, il primo obiettivo ha ad oggetto il mantenimento della simmetria tra il diritto di tassare gli utili e la possibilità di dedurre le perdite³²¹. Tale giustificazione viene in considerazione laddove una disciplina impedisca la possibilità di utilizzare perdite subite in un altro Stato membro, in quanto riconducibili al potere impositivo di quest'ultimo. Si tratta pertanto di ipotesi in cui viene valutata la compatibilità con il principio della libertà di stabilimento della normativa dello Stato di origine.

E' in tale contesto che va mantenuta la simmetria tra il diritto di tassare gli utili e la possibilità di dedurre le perdite, come accade nei casi in cui lo Stato di origine contempra la tassazione del reddito mondiale accordando il credito d'imposta per le imposte assolute all'estero. Viceversa, le perdite restano confinate nel solo Stato in cui ha sede la stabile organizzazione, nel caso in cui lo Stato della casa madre ricorra, per evitare la doppia imposizione, al meccanismo dell'esenzione³²². Laddove tale simmetria venga meno è pregiudicato il potere impositivo tra gli Stati coinvolti.

Tuttavia, in una situazione come quella di cui al caso *Philips*, «*il potere impositivo dello Stato membro ospitante, nel cui territorio si esercita l'attività economica all'origine delle perdite della stabile organizzazione, non è in alcun modo pregiudicato*».

Dal momento che vengono trasferite ad una società residente le perdite subite da una stabile organizzazione situata nel territorio dello stesso Stato membro, «*non viene pregiudicato il potere impositivo di quest'ultimo sugli eventuali utili risultanti dall'attività della stabile organizzazione nel suo territorio*».

³²¹ CGE del 15 maggio 2008, *Lidl Belgium*, C-414/06, Racc. p. I 3601, punto 33.

³²² Salvo il caso in cui sia previsto un modello ibrido in cui le perdite della stabile organizzazione sono comunque considerate in capo alla casa madre, per essere in seguito "recuperate" mediante la tassazione degli utili futuri della stabile organizzazione.

La Corte ha dunque concluso che lo Stato membro ospitante non può invocare l'obiettivo di mantenere la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri per giustificare il la propria normativa.

Lo stesso vale per la seconda giustificazione. In una fattispecie siffatta, il rischio che tali perdite siano utilizzate nello Stato membro ospitante, e, che lo siano parimenti nello Stato di origine non influisce sul potere impositivo dello Stato membro in cui è situata la stabile organizzazione.

Come rilevato dall'Avvocato Generale Juliane Kokott³²³, le perdite trasferite dalla stabile organizzazione sono comunque riconducibili al potere impositivo nel Regno Unito. Tale potere impositivo non è in alcun modo messo in discussione dal fatto che le perdite trasferite possano, se del caso, essere utilizzate anche nei Paesi Bassi.

In circostanze come quelle di cui al procedimento principale, l'obiettivo diretto ad evitare il rischio di doppia utilizzazione delle perdite non può pertanto autorizzare lo Stato membro in cui è situata la stabile organizzazione ad escludere l'utilizzazione delle perdite per il fatto che esse possano anche essere utilizzate nello Stato membro in cui ha sede la società non residente.

La disciplina del Regno Unito ha dato quindi luogo ad una restrizione della libertà di stabilimento che non poteva essere giustificata da ragioni imperative di interesse generale finalizzate all'obiettivo di impedire la doppia utilizzazione delle perdite, al mantenimento di un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri o alla combinazione di entrambi i motivi.

Ebbene, il percorso interpretativo svolto nel caso *Philips* è del tutto differente rispetto a quello che ha caratterizzato il caso *Futura*, nonostante per entrambi l'oggetto del giudizio riguardasse la disciplina dello Stato d'investimento.

Ciò non significa che le soluzioni della Corte siano contraddittorie. Il fatto è che i casi sottoposti alla valutazione dei giudici comunitari in realtà erano differenti. Nel

³²³ Cfr. paragrafi 49 e ss. delle conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 19 aprile 2012, causa C-18/11, *Philips Electronics*.

caso *Futura*, la disciplina in esame subordinava il riporto delle perdite ad un nesso economico con il territorio, in assenza del quale, impediva il riporto al di fuori del territorio nazionale. Nel caso *Philips*, invece, non veniva valutata la compatibilità di un ordinamento che di fatto impediva l'utilizzo transfrontaliero delle perdite prodotte da stabili organizzazioni di soggetti non residenti. Il *group relief* veniva sottoposto al giudizio dei giudici comunitari in quanto impediva il trasferimento delle perdite di stabili organizzazioni di soggetti non residenti a società residenti.

Come nei giudizi riguardanti le discipline dello Stato di origine, nel caso *Philips* la Corte rilevava una disparità nel trattamento delle perdite tra soggetti residenti e non soggetti residenti. Per decidere sulla questione, la Corte ha pertanto seguito l'interpretazione svolta nelle richiamate pronunce, che rappresentano l'oggetto dei successivi paragrafi.

4.3. Le perdite realizzate all'estero mediante stabili organizzazioni: l'interpretazione della Corte alla luce del principio della libertà di stabilimento

L'evoluzione del principio della libertà di stabilimento da divieto di *host State restriction* a quello di *home State restriction* è riscontrabile nelle pronunce riferibili agli ordinamenti dello Stato di origine. In esse, la Corte di Giustizia ha avuto modo di valutare la compatibilità con il principio della libertà di stabilimento delle normative interne che vietano la deduzione da parte della casa madre delle perdite maturate dalle stabili organizzazioni (e dalle società controllate) estere.

La libertà di stabilimento di una società comprende infatti il diritto di svolgere la propria attività in altri Stati membri mediante succursali e filiali. Pertanto, anche allo Stato membro d'origine di una società è vietato ostacolare lo stabilimento di tale società in un altro Stato membro. Ricorre un ostacolo di tal genere qualora sia ravvisabile una disparità nel trattamento delle perdite tra una società estera rispetto ad una società meramente nazionale.

Come spesso sottolineato dalla Corte, la disparità nel trattamento delle società straniere non costituisce però una violazione della libertà di stabilimento quando sia

giustificata da uno o più motivi imperativi di interesse generale.

I motivi di giustificazione invocati dagli Stati membri attengono principalmente alla tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri ed alla salvaguardia della coerenza di un regime fiscale.

Nel caso delle stabili organizzazioni, tali obiettivi sono fortemente condizionati dai differenti metodi adottati nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Uno Stato membro che decida di tener conto degli utili derivanti da un'attività estera mediante il meccanismo del credito d'imposta, verosimilmente, non potrà invocare i suddetti obiettivi al fine di giustificare una restrizione del principio della libertà di stabilimento. In tal caso le stabili organizzazioni non residenti vengono di fatto equiparate a soggetti residenti³²⁴. Diversamente, laddove si preveda il metodo dell'esenzione, tali giustificazioni, in linea generale, risultano ammissibili.

Ciò premesso, resta da verificare se il regime fiscale di cui trattasi non ecceda quanto necessario per raggiungere gli obiettivi perseguiti; la sua applicazione deve infatti essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccedere quanto necessario per raggiungerlo³²⁵

E' in tale contesto che la Corte ha affermato come l'eventualità per il contribuente di non potere più utilizzare le perdite (in quanto *final losses*), imponga agli Stati di ammetterne, in ogni caso, la deduzione. Altrimenti detto, se per svariate ragioni le perdite della stabile organizzazione non possono più essere utilizzate nello Stato in cui questa ha sede, lo Stato di origine, deve consentirne la valorizzazione nella determinazione del reddito della casa madre³²⁶.

Ebbene, le pronunce in ordine alla compatibilità dei limiti con cui gli ordinamenti nazionali acconsentono ad importare perdite maturate in altri ordinamenti per il tramite di stabili organizzazioni sono condizionate, oltre che dalla presenza di *final losses*, dai differenti meccanismi previsti nelle Convenzioni. Da qui la scelta di

³²⁴ Cfr. *Nordea Bank Danmark*, cit., punto 24.

³²⁵ V. sentenza *Lidl Belgium*, cit., punto 27.

³²⁶ CGE del 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, punto 56; CGE del 15 maggio 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, punto 47; CGE del 21 febbraio 2013, C-123/11, *A Oy*, punto 49.

suddividere nei paragrafi che seguono l'esame delle pronunce sulla base del metodo prescelto per evitare la doppia imposizione.

4.3.1. La circolazione transfrontaliera delle perdite in presenza dell'esenzione come metodo per evitare la doppia imposizione: il caso *Lidl*

La sentenza rappresenta la prima controversia sorta davanti ai giudici comunitari avente ad oggetto il mancato riconoscimento in capo alla casa madre tedesca, la *Lidl*³²⁷, di perdite prodotte da una sua stabile organizzazione situata in un altro Stato membro, il Granducato del Lussemburgo.

La sentenza *Lidl* riprende, per la gran parte, il percorso argomentativo svolto in precedenza nella sentenza *Marks & Spencer*; per tale ragione, viene considerato dalla più autorevole dottrina la trasposizione del caso *Marks & Spencer* sul piano dei rapporti tra casa madre e stabile organizzazione³²⁸.

Ciò che contraddistingue le richiamate sentenze è fondamentalmente il soggetto che aveva generato le perdite: nel caso *Marks & Spencer* si trattava di una filiale, nel caso *Lidl* di una stabile organizzazione. Per tale ragione, nella seconda assume particolare rilievo la presenza di una Convenzione tra i due Stati interessati.

A parte ciò, nel decidere sul caso *Lidl* la Corte ripercorre per la gran parte il contenuto della sentenza *Marks & Spencer*.

4.3.1.1. Il percorso argomentativo sulla scia del caso *Marks & Spencer*

Con la sentenza *Lidl* la Corte ha verificato se la normativa tedesca comportasse un potenziale ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento. A tal riguardo, rilevava come la deduzione delle perdite di una stabile organizzazione rappresenti un vantaggio di natura fiscale³²⁹. Di conseguenza, l'esclusione di un tale beneficio per le perdite delle stabili organizzazioni situate in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la

³²⁷ CGE del 15 maggio 2008, C-414/06, *Lidl*, con commento di G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 ss.; G.T.K. MEUSSEN, *Cross-border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 2008, p. 233 ss.; W. R. KESSLER-EICKE, *Lidl Belgium: Revisiting Marks & Spencer on the Branch Level*, in *Tax Notes int.*, 2008, 1131 ss.

³²⁸ G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 ss.

³²⁹ Cfr. *Lidl*, cit., punto 23; *Marks & Spencer*, cit., punto 33.

società principale si traduce in un ostacolo alla libertà di stabilimento, inteso come «restrizione in uscita» prevista dalla legislazione nazionale³³⁰.

Sono infatti incompatibili con la libertà di stabilimento sia le disposizioni interne che discriminano tra residenti e non residenti, sia di quelle che abbiano l'effetto di ostacolare o disincentivare l'esercizio del diritto di stabilimento in un altro Stato membro³³¹.

L'esistenza di una restrizione (o di una discriminazione) costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, ai fini dell'operatività della tutela offerta dal diritto comunitario. Difatti, le restrizioni (come le misure discriminatorie) possono essere giustificate, quindi mantenute, in presenza di ragioni imperative di interesse generale.

La Corte procedeva dunque, in ossequio alla *rule of reason*³³², a verificare la presenza di motivi imperativi di interesse generale, idonei a giustificare misure fiscali discriminatorie o restrittive.

In tale contesto, la Corte ha valutato due cause di giustificazione, la tutela dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo, e, l'esigenza di evitare un duplice utilizzo delle perdite³³³.

La Corte, in diverse occasioni, ha infatti riconosciuto come la tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri possa rendere necessaria

³³⁰ Cfr. punti 22-26, in cui la Corte afferma che le perdite di una "stabile organizzazione" tedesca possono essere incluse nell'imponibile della casa-madre, altrettanto non è consentito per le stabili organizzazioni estere. Ciò che si risolve, dunque, in una restrizione alla libertà di stabilimento, per l'evidente effetto dissuasivo che ne consegue.

³³¹ Cfr. *Lidl*, cit., punti 18-19.

³³² La *rule of reason* è stata introdotta dalla giurisprudenza comunitaria, cfr. CGE del 31 marzo 1993, C-19/92, *Kraus*, punto 32; CGE del 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard*, punto 37.

³³³ Nella sentenza *Marks & Spencer* la Corte aveva richiamato tre cause di giustificazione considerate «nel loro insieme»: l'esigenza di garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, l'esigenza di evitare un duplice utilizzo delle perdite e la necessità di impedire forme di evasione o di elusione fiscale, connessa alla possibilità di organizzare un cd. «traffico delle perdite» verso gli Stati con aliquote più elevate e in cui, conseguentemente, è maggiore il «peso fiscale delle perdite». La Corte al punto della sentenza *Lidl* ha però affermato che «considerata la diversità delle situazioni in cui uno Stato membro può invocare tali ragioni, non si può richiedere che ricorrano tutti gli elementi di giustificazione enunciati al punto 51 della citata sentenza *Marks & Spencer* affinché una normativa fiscale nazionale restrittiva della libertà di stabilimento sancita dall'art. 43 CE possa, in linea di principio, essere giustificata». Sull'argomento delle giustificazioni in caso di restrizione alla libertà di stabilimento, si veda C. RICCI, *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, cit., p. 57.

L'applicazione alle attività economiche delle società stabilite in uno dei detti Stati delle sole norme tributarie di quest'ultimo, sia per i profitti sia per le perdite. Concedere alle società la possibilità di optare per la deduzione delle loro perdite nello Stato membro in cui sono stabilite o in un altro Stato membro comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che la base imponibile risulterebbe aumentata nel primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite³³⁴.

Appurata la natura restrittiva della misura e verificata con esito positivo la sussistenza delle cause di giustificazione, rimaneva la valutazione sulla proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti.

La Corte ha quindi ribadito la regola delle *final losses*, così come enunciata nel precedente caso *Marks & Spencer*. In quell'occasione, aveva affermato che è contraria al principio della libertà di stabilimento una normativa che comporti il diniego al riporto delle perdite estere in capo alla casa madre laddove risulti impossibile la compensazione delle medesime nello Stato della controllata (cd. eccezione delle *final losses*)³³⁵.

La regola generale rimane pertanto quella dell'utilizzo territoriale delle perdite; però, questa cede nel momento in cui la stabile organizzazione estera non possa più utilizzare la perdita pregressa. In tal caso, si rende necessaria la considerazione delle perdite nello Stato della casa madre³³⁶.

4.3.1.2. L'esigenza dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo a fronte del metodo dell'esenzione: la simmetria tra l'imposizione degli utili e la deduzione delle perdite

L'esigenza dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo è di fondamentale rilievo nella misura in cui incide profondamente sulle decisioni della Corte di Giustizia. Sono state diverse le occasioni in cui la Corte ha affermato che la tutela dell'equilibrata

³³⁴ Cfr. citate sentenze *Lidl*, punti 31-32 e *Marks & Spencer*, punto 45- 46.

³³⁵ Cfr. sentenza *Marks & Spencer*, cit., punti 55-56.

³³⁶ In tal senso, G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 ss.

ripartizione del potere impositivo «può rendere necessaria l'applicazione, alle attività economiche delle società residenti in uno degli Stati, delle sole norme tributarie di quest'ultimo, per quanto riguarda tanto i profitti quanto le perdite».

Tale principio è stato affermato la prima volta nel caso *Marks & Spencer*³³⁷, ove la Corte è stata chiamata a valutare il trattamento delle perdite realizzate da società controllate estere, quindi da soggetti giuridicamente autonomi nell'ambito del regime di sgravio di gruppo. In tali circostanze, gli Stati membri in cui si trova la casa madre (*rectius* controllante) "soffrono" della carenza di potestà impositiva degli Stati nei confronti dei non residenti. La controllante non ha pertanto alcun diritto sulle perdite estere.

Diverso è il caso delle perdite maturate da stabili organizzazioni: queste sono riferibili alla casa madre. Come visto nel secondo capitolo, però, la possibilità di parlare di perdite della stabile organizzazione consegue alla presa d'atto che nella prassi, recepita e promossa dal modello di Convenzione Ocse, la stabile organizzazione è concepita come un'impresa autonoma rispetto alla casa madre³³⁸. La rilevanza delle perdite della stabile organizzazione dipende pertanto dalle soluzioni in concreto applicabili a ciascuna fattispecie in ragione delle regole di diritto convenzionale impiegabili.

Nel caso *Lidl*, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi riguardo al mancato riconoscimento in caso alla casa madre di perdite di stabili organizzazioni estere in base ad una convenzione internazionale che assegnava il diritto di imposizione sui redditi della stabile organizzazione allo Stato in cui è situata, secondo un sistema di esenzione.

In sede giurisdizionale nazionale, la *Lidl* aveva tentato di sostenere un'interpretazione restrittiva del termine convenzionale «redditi», tale da non includervi anche le perdite.

³³⁷ Cfr. sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 45.

³³⁸ Un'impresa autonoma - non anche un soggetto autonomo - idonea a realizzare un reddito tassabile ovvero una perdita, suscettibili di distinta considerazione nello Stato ospitante ed (idealmente) destinati a rifluire nel reddito dell'unico soggetto passivo, ossia la casa madre, come rileva A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, cit., 2014, p. 855 ss. In argomento si veda anche A. M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., pag. 86.

Di diverso avviso, il giudizio della Corte di Giustizia laddove rilevava come «concedere alla società la possibilità di optare per la deduzione delle loro perdite nello Stato membro in cui sono stabilite o in un altro Stato membro, comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che la base imponibile risulterebbe aumentata nel primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite».

Salvo il caso di *final losses*, la Corte ha ritenuto necessario conservare la simmetria «tra il diritto di tassare gli utili e la possibilità di dedurre le perdite».

Diversamente, potrebbero presentarsi fenomeni di duplice utilizzo delle perdite. Le stesse, potrebbero essere dedotte, prima, nello Stato di residenza della casa madre, poi, nello Stato di stabilimento in caso del conseguimento di futuri utili. Questi, però, non concorrerebbero alla formazione dell'imponibile della casa madre.

La seconda giustificazione è pertanto una conseguenza dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo.

4.3.2. Il caso *Krankenheim*: il metodo della deduzione con successivo reintegro

Nella sentenza *Krankenheim* la Corte ha riconosciuto nuovamente il valore di canone fondamentale alla regola sulla simmetria tra reddito tassabile e perdite deducibili³³⁹.

Il caso riguardava una società tedesca, la *Krankenheim*, con stabile organizzazione in Austria. Tra i due Stati vigeva una convenzione che prevedeva il metodo dell'esenzione con detrazione delle perdite e successiva loro reintegrazione³⁴⁰. In forza

³³⁹ CGE del 23 ottobre 2008, causa C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz Wannsee-Seniorenheimstatt*. In relazione a questa pronuncia: F. CAR, *Cross-border losses*, in *Irish Tax Review*, vol. XXII, 2009, p. 29 ss.; A. CRAZZOLARA, *Il metodo dell'esenzione e le perdite della stabile organizzazione a fronte dei principi di diritto europeo in particolare con riferimento alle sentenze Lidl Belgium e Krankenheim Ruhesitz Wannsee*, in *Dir. Prat. Trib. Internaz.*, 2011, p. 559 ss.; G.T.K. MEUSSEN, *The ECJ's judgment in Krankenheim: the last piece in the cross-border loss relief puzzle?*, in *European Taxation*, 2009, p. 361 ss.; J.H. MULLER, *ECJ case relating to the recapture of cross border loss incurred by a foreign PE*, in *European Tax Service*, 2008, p. 22 ss.; T. O'SHEA, *German Loss Deduction and Reintegration Rules and the ECJ*, in *Tax Notes International*, 2009, p. 967 ss.; H. STOLL - S. SKULESCH, *Use of foreign branch losses*, in *International Tax Review*, 2008/09, p. 66 ss.; C. SOZZI, *Corte di giustizia e perdite transfrontaliere: il principio di capacità contributiva prevale su quello di territorialità quando si tratta di persone fisiche*, in *Rass. Trib.*, 2, 2009, p. 549 ss.

³⁴⁰ Si trattava di un metodo previsto dalla proposta di direttiva (n. 595/90) sulla contabilizzazione delle perdite subite dalle stabili organizzazioni e dalle affiliate situate in altri Stati membri, per la sua disamina, cfr. capitolo 3, par. 3.2.1.

di tale convenzione, la società aveva prima potuto dedurre dal proprio imponibile le perdite originate dalla stabile organizzazione austriaca, per poi vedersela riprendere a tassazione fino a concorrenza dell'importo dedotto all'atto della produzione di utili da parte della stessa.

La revoca del beneficio in Germania non era però stata compensata dall'attribuzione del medesimo beneficio - quello della deduzione delle perdite - in Austria, causa il decorso del termine per il riporto in avanti delle stesse³⁴¹. La *Krankenheim* aveva quindi chiesto all'Amministrazione fiscale tedesca di poter nuovamente dedurre gli importi reintegrati ai fini della determinazione dell'imposta dovuta in Germania.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione, richiamava il contenuto della sentenza *Lidl* ribadendo che la concessione della deducibilità delle perdite di una stabile organizzazione in uno Stato membro diverso da quello ove la suddetta società è stabilita rappresenta un «vantaggio fiscale». Pertanto, la concessione o il diniego di tale agevolazione doveva essere «*considerato quale elemento atto a mettere a repentaglio la libertà di stabilimento*».

La Corte rilevava tuttavia come la questione, per certi versi, era diversa rispetto a quella prospettata nel caso *Lidl*. Il regime fiscale tedesco prevedeva la presa in considerazione delle perdite subite dalla stabile organizzazione situata in Austria nell'ambito dei redditi della casa madre tedesca. Si trattava però di una deduzione temporanea, seguita dal successivo reintegro nella base imponibile della casa madre, laddove la stabile organizzazione realizzasse utili. Il beneficio costituito da detta agevolazione fiscale veniva così revocato.

Il fatto che detto reintegro venisse previsto solo per le stabili organizzazioni di soggetti non residenti, e non per le sedi stabili di soggetti residenti rappresentava, a giudizio della Corte, una restrizione al principio della libertà di stabilimento.

³⁴¹ Così, C. SOZZI, *Corte di giustizia e perdite transfrontaliere: il principio di capacità contributiva prevale su quello di territorialità quando si tratta di persone fisiche*, cit., p. 549 ss.

Tuttavia, la Corte ha giustificato la diversità di trattamento in base alla necessità di garantire la coerenza del regime fiscale nazionale.

Ricorre infatti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia l'insegnamento secondo cui il riparto della responsabilità tra Stato della fonte (quello della stabile organizzazione) e Stato della residenza (quello della casa madre) in merito alla rilevanza alle perdite va tracciato all'insegna della coerenza fiscale, integrata qui dall'esigenza di assicurare una corrispondenza di trattamento tra reddito e perdite della stabile organizzazione.

In forza della salvaguardia della coerenza di un regime fiscale, affinché la restrizione di una libertà fondamentale sia giustificata, occorre un nesso diretto tra un beneficio fiscale e la compensazione di tale beneficio con un determinato prelievo fiscale³⁴². La Corte ha avuto quindi modo di rilevare che sussiste in tal senso un nesso diretto fra la rilevanza fiscale degli utili e delle perdite di un'attività in uno Stato membro³⁴³.

Conseguentemente, laddove venga previsto un regime di imposizione degli utili a livello mondiale, ad esso deve accompagnarsi il riconoscimento (mondiale) delle perdite. Altrimenti detto, se uno Stato pretende di tassare il reddito di una stabile organizzazione, sia esso lo Stato ospitante ovvero quello della casa madre, deve consentire la contabilizzazione delle perdite.

Ciò vale anche in senso speculare: laddove uno Stato non vanti alcuna pretesa impositiva sui redditi della stabile organizzazione, allora non è del pari tenuto a dare rilevanza alle perdite della stessa. Così, se per effetto di una convenzione contro le doppie imposizioni lo Stato della casa madre esenta il reddito prodotto dalla stabile organizzazione, in via generale, non è tenuto a prendere in carico le perdite della stessa a decurtazione del reddito della casa madre³⁴⁴.

Nel caso di specie, i redditi prodotti dalla stabile organizzazione situata non

³⁴² *Ex multis*, CGE del 27 novembre 2008, C-418/07, *Papillon*, punto 44.

³⁴³ CGE del 7 novembre 2012, C-322/11, *K*, punto 69.

³⁴⁴ CGE del 15 maggio 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, punto 54; in argomento, cfr. A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, cit., 2014, p. 855 ss.

venivano assoggettati ad imposta in Germania, nello Stato della casa madre, bensì in Austria. In forza della convenzione, lo Stato della casa madre aveva rinunciato a tassare i risultati originati all'estero dalla stabile organizzazione, attribuendo all'altra parte contraente (l'Austria) detta facoltà.

Per quanto riguardava le perdite, il reintegro delle stesse rappresentava una misura necessaria al fine di mantenere una simmetria tra l'esenzione degli utili e l'esclusione (il reintegro) delle perdite per le attività svolte all'estero. Pertanto la restrizione causata dalla disciplina interna veniva giudicata *«del tutto proporzionata all'obiettivo perseguito»*.

Rimaneva tuttavia dubbio se a diversa conclusione si debba pervenire allorché le perdite non erano più utilizzabili nello Stato della fonte (cd. eccezione delle *final losses*), a causa dello scadere del termine per il cd. *carry forward*.

La Corte, però, ha ritenuto irrilevante il fatto che il diritto tributario austriaco non ammettesse più la deducibilità delle perdite, ha infatti affermato che *«uno Stato membro non può essere tenuto a prendere in considerazione... le conseguenze eventualmente sfavorevoli derivanti dalla specificità di una normativa di un altro Stato membro applicabile ad un immobile situato sul territorio di quest'ultimo Stato e appartenente ad un contribuente residente sul territorio del primo Stato»*.

Pertanto, la Corte ha concluso che *«la libertà di stabilimento non può essere intesa nel senso che uno Stato membro è obbligato a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di un altro Stato membro, al fine di garantire, una tassazione che elimini qualsivoglia disparità derivante dalle normative tributarie di altri Stati membri»*³⁴⁵.

4.3.3. Il metodo dell'imputazione: la (non) comparabilità tra stabili organizzazioni residenti e stabili organizzazioni non residenti (il caso Nordea)

³⁴⁵ Cfr. sentenza, C-157-07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, cit., punti 49-50; nello stesso senso, CGE del 28 febbraio 2008, C-293/06, *Deutsche Shell GmbH*, punti 42-43.

Nel caso *Nordea Bank* la Corte è tornata a pronunciarsi in merito al trattamento fiscale delle perdite conseguite da una stabile organizzazione estera di un soggetto residente³⁴⁶.

La *Nordea Bank*, con sede in Danimarca, aveva esercitato la propria attività in Finlandia, in Svezia e in Norvegia per il tramite stabili organizzazioni. Queste avevano realizzato risultati negativi che erano stati dedotti dal reddito imponibile della casa madre.

Vigeva tra gli stati coinvolti la Convenzione dei Paesi nordici che prevedeva l'imputazione come metodo per evitare la doppia imposizione. A tale titolo, lo Stato di residenza dell'impresa accordava uno sgravio di un importo pari all'imposta sul reddito pagata nello Stato della fonte. Simmetricamente, le perdite realizzate dalla stabile organizzazione potevano essere dedotte dalla casa madre.

La questione non era legata al "classico" problema dell'utilizzo transfrontaliero delle perdite ma al fatto che talune stabili organizzazioni erano state oggetto di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale, considerate dall'Amministrazione finanziaria danese come una cessione della stessa stabile organizzazione. Per tale operazione, l'ordinamento danese prevedeva il reintegro nel reddito della casa madre delle perdite in precedenza dedotte, se non compensate da utili successivi.

La domanda di pronuncia pregiudiziale riguardava pertanto la disciplina riguardante le cessioni delle stabili organizzazioni estere ad una società appartenente al medesimo gruppo, laddove stabiliva nel calcolo della base imponibile della casa madre il reintegro delle perdite relative a precedenti esercizi.

L'oggetto della questione era solo in parte differente rispetto ai precedenti casi nei quali la Corte era stata chiamata a pronunciarsi in tema di perdite. Nel caso in esame, la circolazione transnazionale delle perdite era consentita ma veniva interrotta a fronte della cessione delle sedi stabilite in un altro Stato membro.

Come nelle precedenti pronunce, la disciplina in oggetto aveva come effetto

³⁴⁶ Cfr., *Nordea Bank Danmark*, cit.

quello di disincentivare i gruppi ad insediarsi in altri Stati membri. Pertanto, la Corte aveva rilevato una restrizione al principio della libertà di stabilimento.

Ai fini del presente lavoro, la sentenza *Nordea* presenta profili di interesse non tanto limitati alle specifiche disposizioni in ordine alla cessione delle stabili organizzazioni, quanto ad alcuni aspetti legati alla circolazione transfrontaliera delle perdite. Con la sua opera interpretativa, la Corte ha infatti definitivamente chiarito alcuni concetti essenziali, legati, fondamentalmente alla comparabilità tra soggetti residenti e non residenti ed al principio di simmetria tra utili e perdite.

Preliminarmente, i giudici europei hanno ribadito quanto emerso nel corso dei passati procedimenti, ovverosia che una normativa nazionale che prevede la possibilità per una società residente di poter computare nel calcolo della base imponibile le perdite di una stabile organizzazione estera genera un vantaggio fiscale³⁴⁷.

Orbene, le disposizioni previste dall'ordinamento danese portavano a privare di un siffatto vantaggio le società residenti che detenevano stabili organizzazioni all'estero rispetto a quelle che detengono stabili organizzazioni in Danimarca. La regola di reintegrazione delle perdite non si applicava infatti al caso di cessione di stabili organizzazioni residenti in Danimarca.

Una siffatta disparità di trattamento inevitabilmente poteva dissuadere una società danese dallo svolgere le proprie attività per il tramite di una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro.

Pertanto, rilevata una restrizione in linea di principio vietata dalle norme del Trattato relative alla libertà di stabilimento, la Corte verificava se detta restrizione potesse essere ammessa a causa di situazioni oggettivamente non comparabili o se potesse essere giustificata da un motivo imperativo di interesse generale. E' in tale contesto che emergono considerazioni di rilievo.

Anzitutto, la Corte ha rilevato che solo in linea di principio le stabili

³⁴⁷ Come di consueto, la Corte sottolineava fin da principio che le disposizioni del Trattato sono volte a consentire il libero esercizio di un'attività economica nell'intero territorio dei Paesi membri, e ad impedire qualsiasi disposizione nazionale che ostacoli tale libertà, cfr. punti 17-19 della sentenza *Nordea*, cit.

organizzazioni situate in un altro Stato membro non si trovano in una situazione comparabile a quella delle stabili organizzazioni residenti. Difatti, assoggettando ad imposta gli utili delle stabili organizzazioni estere, queste devono essere assimilate alle stabili organizzazioni residenti, anche per quanto riguarda la deduzione delle perdite³⁴⁸.

Preclusa la non comparabilità delle situazioni, la restrizione in esame poteva risultare giustificata soltanto dall'esistenza di motivi imperativi di interesse generale, sempre se idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e senza eccedere quanto necessario per raggiungerlo.

A tale riguardo, il governo danese rilevava la necessità di garantire un'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi tra gli Stati membri, in relazione, in particolare, alla prevenzione del rischio di elusione fiscale. La regola della reintegrazione delle perdite mirava «*ad impedire, ad esempio, che una società danese deduca perdite provenienti da una succursale estera e poi venda tale succursale, quando comincia a generare utili, ad una società estera dello stesso gruppo, in modo tale che non possa verificarsi in Danimarca alcuna effettiva reintegrazione nel reddito imponibile delle perdite portate in deduzione*».

L'obiettivo della legislazione danese era pertanto quello di prevenire fenomeni elusivi, in particolare, il caso in cui un gruppo organizzi le proprie attività in modo da dedurre dal proprio reddito imponibile le perdite di stabili organizzazioni situate in uno o più dei Paesi nordici, per poi trasferirne le attività in una controllata residente negli stessi una volta che tale stabile organizzazione sia diventata redditizia.

Una siffatta costruzione avrebbe come effetto quello di «erodere artificialmente» la base imponibile danese e, pertanto, di pregiudicare la ripartizione del potere impositivo risultante dalla Convenzione dei paesi nordici.

Ebbene, la Corte ha riconosciuto che la salvaguardia della ripartizione equilibrata del potere impositivo costituisce un motivo imperativo, ma non in questo caso.

³⁴⁸ Si veda, per analogia, CGE del 14 settembre 2006, C-170/05, *Denkavit Internationaal e Denkavit France*, punti 34-35.

Come visto, l'obiettivo della ripartizione equilibrata del potere impositivo mira a salvaguardare la simmetria tra il diritto di imposizione degli utili e la facoltà di deduzione delle perdite. Nel caso di specie, la Convenzione faceva sì che gli utili di una stabile organizzazione appartenente a una società residente, realizzati prima della cessione, erano imponibili in Danimarca. Parimenti, qualsiasi eventuale plusvalenza realizzata in occasione della cessione sarebbe stata successivamente soggetta a tassazione in Danimarca. Il trattamento fiscale delle perdite doveva essere equivalente. Le perdite, come gli utili dovevano essere dedotte in capo alla casa madre.

La ripresa a tassazione delle perdite in precedenza dedotte e maturate in relazione alla cessione di una stabile organizzazione situata all'estero pertanto contrastava con il principio di simmetria.

Conseguentemente, la Corte ha ritenuto che l'ordinamento danese andasse oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo della tutela dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo.

Con la sentenza *Nordea Bank* la Corte ha definitivamente chiarito come, una volta scelto l'imputazione come metodo per evitare la doppia imposizione, le stabili organizzazioni estere debbano equiparate a soggetti non residenti, anche per quanto riguarda il trattamento fiscale delle perdite. Come gli utili, queste devono essere trasferite alla casa madre, senza subire alcuna successiva reintegrazione.

4.4. La compensazione di perdite relative a società controllate estere: il caso ICI e l'estensione della tutela accordata dal diritto comunitario alle disposizioni discriminatorie adottate dallo Stato di provenienza

Dai paragrafi precedenti si è rilevata la presenza di una costante giurisprudenza che vede l'estensione della tutela accordata dal diritto comunitario alle disposizioni discriminatorie adottate dallo Stato di provenienza.

In materia di libertà di stabilimento, questo passaggio dalla tutela della cd. *market equality* a quella del cd. *market access* fa sì che le libertà fondamentali tutelate dal trattato investano, tra l'altro, la scelta di operare all'estero mediante una filiale o una

stabile organizzazione, cui le suddette libertà proibiscono l'apposizione di ostacoli nello Stato di origine³⁴⁹.

Si tratta di un passaggio particolarmente significativo, che trova spazio anche nel caso di perdite maturate da società controllate estere. Queste ultime, a differenza delle sedi stabili, rappresentano soggetti giuridici distinti e dunque giuridicamente autonomi. L'introduzione di limiti alla deduzione di perdite maturate da filiali estere - in linea teorica - potrebbe essere pertanto giustificabile dalla carenza di potestà impositiva degli Stati nei confronti dei non residenti.

Tale giustificazione è stata però superata dall'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, anzitutto nella sentenza *Ici*³⁵⁰ in cui è stata affermata l'inadeguatezza del criterio di territorialità nel giustificare una restrizione vietata dal Trattato sulla base dell'assunto secondo cui la mancata tassazione dei redditi delle controllate non residenti non vale, di per sé, a giustificare una corrispondente limitazione dell'ambito applicativo del regime di consolidamento delle perdite.

Si tratta di un'interpretazione di assoluto rilievo che è stata fatta propria dalla Corte anche nei successivi casi, a partire dalla sentenza *Marks & Spencer*, in cui ha avuto modo di pronunciarsi sulla compatibilità o meno dei regimi di consolidamento nazionali che di fatto escludevano la deducibilità di perdite maturate da società controllate non residenti.

4.4.1. Il caso ICI: l'inadeguatezza del criterio di territorialità nel giustificare una restrizione vietata dal Trattato

Il caso *ICI* riguardava una serie di società facenti parte di un consorzio, attraverso il quale possedevano una *holding* avente come attività principale la detenzione di azioni o titoli di società da essa controllate.

³⁴⁹ In tal senso, G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 ss.

³⁵⁰ CGE del 16 luglio 1998, C-264/96, *ICI*, 1999, con nota di E. NUZZO, *Libertà di stabilimento e perdite fiscali il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, in *Rass. Trib.*, 1999, p. 1826 ss.; G. BIZIOLI, *Il rapporto tra libertà di stabilimento e principio di non discriminazione in materia fiscale: una applicazione nel recente caso Imperial Chemical Industries*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999, p. 313 ss.; G. BIZIOLI-M.GRANDINETTI, *Imposizione dei gruppi di società e riporto delle perdite: la legittimità della legislazione inglese con la libertà di stabilimento*, cit., p. 980 ss.

La questione nasceva dal fatto che l'Amministrazione britannica aveva rifiutato lo sgravio fiscale richiesto dalla ricorrente, non riscontrando per la *holding* di cui alla controversia in parola, i requisiti richiesti per poter accedere al beneficio fiscale consistente nella possibilità di dedurre perdite sofferte dalle controllate³⁵¹. Simile conclusione si fondava sulla considerazione che la maggior parte delle società da essa controllate erano residenti fuori dal territorio britannico.

La Corte doveva quindi pronunciarsi sulla compatibilità o meno di una normativa nazionale che, ai fini della deducibilità di perdite di società controllate da parte di una *holding*, subordinava la concessione dello sgravio alla circostanza che le consociate controllate fossero residenti nello territorio dello Stato. Di conseguenza, lo sgravio veniva negato quando la *holding*, avvalendosi della libertà di stabilimento garantita dal Trattato, controllava prevalentemente o in via esclusiva consociate non residenti.

L'Amministrazione fiscale britannica cercava di giustificare la normativa interna sulla base di due motivazioni, una riguardante il fine antielusivo insito nella stessa, l'altra, attinente alla necessità di evitare una costante erosione della base imponibile della controllante.

Per quanto riguardava la prima giustificazione, il rischio era legato alla possibilità di trasferire all'estero i redditi imponibili attraverso la creazione di controllate estere. La seconda giustificazione si basava sul fatto che la deduzione delle perdite maturate da soggetti non residenti avrebbe avuto come conseguenza una costante perdita di gettito per l'Erario a causa dell'impossibilità di sottoporre a tassazione nel proprio Stato i redditi futuri degli stessi.

Per decidere, la Corte ha preliminarmente richiamato il proprio orientamento in base al quale, se la materia della fiscalità diretta rientra nella competenza degli Stati membri, questi devono altresì esercitarla nel rispetto dei principi e delle regole sancite

³⁵¹ Per inciso, il rifiuto della *Inland Revenue* venne motivato adducendo che l'art. 258 dell'ICTA prescrive che l'attività della società *holding* deve consistere, *esclusivamente o principalmente*, nel detenere partecipazioni in società aventi sede nel Regno Unito mentre, nel caso di specie, la maggior parte delle società controllate (19 su 23) risultavano avere sede in altri Paesi.

dal diritto comunitario³⁵².

Poi, è stato rilevato che la libertà di stabilimento comprende il diritto di svolgere la propria attività in altri Stati membri mediante succursali e filiali. Di conseguenza, allo Stato membro d'origine è vietato ostacolare lo stabilimento all'estero delle società per il tramite di entrambe le forme giuridiche.

Un siffatto ostacolo si presentava nel caso di specie in quanto la normativa del Regno Unito riservava la concessione di un vantaggio fiscale come lo sgravio di gruppo alle sole società che controllavano esclusivamente o principalmente consociate aventi sede nel territorio nazionale.

Detta disciplina utilizzava quindi il criterio della sede delle società controllate per instaurare un trattamento fiscale differenziato per le società facenti parte di un consorzio residenti e quelle non residenti.

Pertanto, nel caso *ICI* la Corte ha ritenuto che la normativa nazionale del Regno Unito era contraria al principio della libertà di stabilimento nella parte in cui subordinava il diritto alla deducibilità delle perdite alla condizione che l'attività della *holding* consistesse nel detenere esclusivamente o principalmente le azioni di consociate aventi sede nello Stato membro interessato.

Nel fare ciò, la Corte ha disatteso le motivazioni addotte dell'Amministrazione finanziaria britannica a tutela del suo operato. Quanto alla giustificazione fondata sul rischio di evasione, la Corte ha osservato come la norma britannica non avesse l'esclusiva funzione di prevenire le costruzioni puramente artificiose. Sarebbe infatti bastata anche una sola controllata non residente perché il rischio elusivo potesse comunque verificarsi. L'infondatezza dell'eccezione è quindi discesa dalla relativa inidoneità a perseguire tale finalità. Inoltre, la Corte si è espressa per l'irrelevanza della circostanza che il reddito perduto per effetto della utilizzazione delle perdite sofferte dalle controllate residenti non possa essere recuperato per il tramite della tassazione dei

³⁵² Cfr. CGE del 14 febbraio 1995, C-279/93, *Schumacker*, punto 21; CGE dell'11 agosto 1995, C-80/94, *Wielockx*, punto 16; CGE del 27 giugno 1996, C-107/94, *Asscher*, punto 36; CGE del 15 maggio 1997, C-250/95, *Futura Participations*, punto 19.

profitti delle consociate non residenti³⁵³.

Le stesse argomentazioni enunciate per la prima volta nel caso *ICI*, hanno trovato applicazione in tutte le successive pronunce riguardanti il trattamento delle perdite previste dallo Stato di origine. Come si avrà modo di rilevare nei successivi paragrafi, tale sentenza costituisce l'*incipit* di un filone giurisprudenziale che vede l'estensione della tutela accordata dal diritto comunitario a fronte delle disposizioni discriminatorie adottate dallo Stato di provenienza (o di origine).

4.4.2. Il caso *Marks & Spencer*, sentenza *leading case* per la compensazione delle perdite transfrontaliere

Nel caso *Marks & Spencer*³⁵⁴ la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità della disciplina del *group relief* britannico per il fatto che non permetteva la deduzione delle perdite realizzate dalle controllate estere del gruppo.

Il *group relief* consentiva ad una società appartenente ad un gruppo (cd. società cedente) di trasferire le proprie perdite ad una società del medesimo gruppo in attivo (cd. società richiedente), riducendone, di conseguenza, il reddito imponibile. Tale meccanismo veniva riservato alle sole controllate residenti ed alle stabili organizzazioni britanniche di controllate non residenti³⁵⁵. La *ratio* di tale misura era quella di

³⁵³ Si rileva che in taluni casi la Corte aveva ritenuto che la necessità di garantire la coerenza di un regime fiscale poteva giustificare una normativa tale da restringere le libertà fondamentali, cfr. CGE del 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*, Racc. pag. I-249. Ciò non poteva valere nel caso di specie. La disciplina britannica non prevedeva alcun nesso diretto tra lo sgravio fiscale in capo alla società facente parte di un consorzio delle perdite subite da una delle sue controllate residenti nel Regno Unito e l'assoggettamento ad imposta degli utili delle controllate aventi sede fuori dal Regno Unito.

³⁵⁴ Cfr. *Marks & Spencer*, cit.. Per una compiuta disamina della sentenza *Marks & Spencer*, si vedano i commenti di con commento di E. DELLA VALLE, *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer*, cit., p. 994; C. RICCI, *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, cit., p. 51; M. LANG, *The Marks & Spencer Case - The Open Issues Following the ECJ's Final Word*, in, p. 59; D. STEVANATO, *Libertà di stabilimento e consolidato fiscale "europeo"*, cit., p. 285 ss.; M. RUSSO, *Tassazione di gruppo e deduzione delle perdite delle società controllate estere: un ostacolo fiscale alla libertà di stabilimento in attesa di una soluzione?*, cit., p. 13 ss.; A. DEIDDA, *Stabili organizzazioni e controllate UE. La normativa italiana contrasta con il diritto comunitario*, cit., 148 ss.; C. ROMANO, *La deduzione transfrontaliera delle perdite: Marks & Spencer e oltre*, cit., p. 191.

³⁵⁵ Ai sensi dell'art 402 dell'ICTA, infatti, il beneficio del *group relief* può essere accordato a condizione che la società cedente e quella richiedente siano «società (...) (aventi) sede nel Regno Unito ovvero (...) società non aventi sede nel Regno Unito e che svolgono nel Regno Unito un'attività commerciale tramite una succursale o un'agenzia». L'estensione del regime del *group relief* anche alle perdite realizzate da società non residenti che esercitino un'attività commerciale nel Regno Unito mediante una stabile organizzazione è stata introdotta dal *Finance Act*

riconoscere la deducibilità delle perdite della controllata soltanto qualora queste possano, in futuro, corrispondere ad utili tassabili nel Regno Unito³⁵⁶.

Nella fattispecie, la società *Marks & Spencer* (la società capogruppo) aveva chiesto in via amministrativa di portare in deduzione dall'imponibile mediante lo sgravio di gruppo le perdite realizzate dalle proprie filiali (società controllate) in Belgio, Germania e Francia. A tal fine, la capogruppo rilevava la cessione a terzi della filiale francese e la cessazione dell'attività delle filiali tedesca e belga. Tale proposta non fu però accolta.

A seguito dell'impugnazione da parte della *Marks & Spencer*, la Corte di Giustizia è stata chiamata a verificare la conformità di tale disciplina al principio della libertà di stabilimento. Per decidere, la Corte ha seguito quel percorso argomentativo caratterizzante molti suoi precedenti esaminati nei precedenti paragrafi. In principio, ha ribadito la competenza esclusiva degli Stati membri in materia di imposizione diretta ed il contestuale obbligo, per gli stessi, di esercitarla nel rispetto del diritto comunitario³⁵⁷, poi, ha rilevato la sussistenza di un potenziale ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento³⁵⁸. Dalla disciplina inglese sullo sgravio di gruppo conseguiva infatti un vantaggio di natura fiscale per le controllate residenti, dal quale erano escluse le controllate non residenti³⁵⁹. Tale discriminazione si traduceva inevitabilmente in un limite all'esercizio della libertà di stabilimento³⁶⁰. L'effetto che ne deriva era infatti quello di disincentivare i gruppi ad estendere i confini della propria attività oltre quelli nazionali.

del 2000, a seguito dell'orientamento assunto dalla Corte di giustizia nel caso *Imperial Chemical Industries (Ici)*, cit.incentrato sull'affine regime del *consortium relief*.

³⁵⁶ In tal senso, C. RICCI, *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, cit., p. 52.

³⁵⁷ Cfr. per tutte, CGE del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, in *Racc.*, 1990, I-225, punto 21.

³⁵⁸ Cfr. C. RICCI, *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, cit., p. 53.

³⁵⁹ Al punto 32 della sentenza *Marks & Spencer*, la Corte sottolinea infatti come «*accelerando lo smaltimento delle perdite di società in deficit mediante la loro imputazione immediata ai redditi di un'altra società del gruppo, esso conferisce a quest'ultimo un vantaggio di cassa*».

³⁶⁰ Trattasi di una cd. «restrizione in uscita», ovvero sia, nella logica interpretativa della Corte di Giustizia, di un trattamento fiscale sfavorevole riservato da uno Stato membro alle società che intendano insediarsi in altri Stati membri per il tramite di filiali, cfr. le Conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesaurò nella causa *Ici, cit.* alla nota 8 (paragrafo 18).

Una volta accertata l'esistenza di una restrizione, la Corte procedeva in ossequio alla *rule of reason* a verificare la presenza di motivi imperativi di interesse generale, idonei a giustificare la restrizione.

Venivano così prese in considerazione tre cause di giustificazione, considerate «nel loro insieme». La prima, riguardava l'esigenza di garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, intesa nel senso di attribuire a ciascuno Stato membro l'esercizio del suo esclusivo potere impositivo sulle fattispecie rientranti nella propria giurisdizione. A questa, venivano collegate altre due cause di giustificazione: l'esigenza di evitare un duplice utilizzo delle perdite³⁶¹, e, la necessità di impedire forme di evasione o di elusione fiscale³⁶².

Una volta «giustificata» la disciplina britannica alla luce dei tre elementi di giustificazione, i giudici comunitari ne hanno valutato la proporzionalità rispetto agli scopi perseguiti³⁶³.

In tale contesto, la Corte di Giustizia ha affermato che è contraria al principio della libertà di stabilimento una normativa che comporti il diniego al riporto delle perdite estere in capo alla casa madre laddove risulti impossibile la compensazione delle medesime nello Stato della controllata (cd. eccezione delle *final losses*)³⁶⁴.

In presenza di perdite finali, la limitazione consistente nel diniego al riporto delle perdite delle controllate estere è stata pertanto giudicata sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti.

La sentenza *Marks & Spencer* viene considerata *leading case* in materia di perdite

³⁶¹ Tale causa di giustificazione riguarda un eventuale doppio vantaggio fiscale collegato alla presa in considerazione del beneficio fiscale (dovuto alla compensazione delle perdite) in due Paesi differenti.

³⁶² La terza causa di giustificazione, quella di prevenire l'evasione fiscale o l'elusione fiscale, è invece connessa alla possibilità di organizzare un cd. «traffico delle perdite» verso gli Stati con aliquote più elevate e ove, conseguentemente, rileva maggiormente il peso fiscale delle perdite.

³⁶³ Si tratta di una fase volta a stabilire se le ragioni imperative di interesse generale risultino adeguate rispetto allo scopo perseguito, in quanto idonee a garantirne il conseguimento (idoneità), e proporzionate, non andando oltre quanto necessario per il suo conseguimento, cfr. G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486; C. RICCI, *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, cit., p. 57. In generale, per una compiuta disamina sulla proporzionalità, cfr. A. MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'Iva europea*, Pisa, 2012, *passim*.

³⁶⁴ Cfr. sentenza *Marks & Spencer*, cit., punti 55-56.

estere poiché ha introdotto una regola in base alla quale le perdite delle controllate estere possono essere trasferite alla casa madre in presenza di *final losses*. La circolazione delle perdite transfrontaliere viene quindi condizionata al fatto che la società controllata estera abbia esaurito ogni possibilità di utilizzo delle stesse nel suo stato di residenza. Al di là di tale eccezione, la mancata compensazione transfrontaliera delle perdite non è considerata incompatibile con il principio della libertà di stabilimento in quanto necessaria al conseguimento di obiettivi legittimi. Pertanto, in assenza di *final losses*, l'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra i diversi Stati membri richiede la presa in considerazione delle perdite nello Stato membro in cui sono maturate.

4.4.2.1. L'introduzione e l'evoluzione dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo nella giurisprudenza comunitaria

Il riconoscimento dell'esimente dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo rappresenta la continuazione dell'interpretazione svolta nel caso *ICI*. Nel caso *Marks & Spencer* la Corte ha affermato che la mancata imposizione dei redditi delle controllate non residenti non giustifica, di per sé, una corrispondente limitazione dell'ambito applicativo del perimetro di consolidamento delle perdite³⁶⁵.

Così facendo, la Corte ha fatto propri i principi contenuti nel caso *ICI* in cui respingeva il principio di territorialità fiscale³⁶⁶. Come visto (al par.4.2), quest'ultimo contraddistingueva la prima decisione in materia di perdite transfrontaliere, la sentenza *Futura Participations*³⁶⁷. In essa, facendo leva sul principio di territorialità la Corte aveva ammesso la compatibilità con il principio della libertà di stabilimento di un ordinamento che richiedeva la sussistenza di un legame tra gli utili e le perdite, ai fini della deducibilità di queste ultime.

Occorre però sottolineare come quella esaminata nel caso *Futura* sia una situazione parzialmente differente rispetto al caso *Marks & Spencer*: anzitutto

³⁶⁵ Cfr. *Marks & Spencer*, cit., punto 40.

³⁶⁶ Sul rapporto tra principio di territorialità e perdite transfrontaliere, O. MARRES, *The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation*, in *Intertax*, 3, 2011, p. 112 ss.

³⁶⁷ Cfr., *Futura Participations SA*, cit..

riguardava le perdite di stabili organizzazioni di soggetti non residenti (e non di controllate non residenti), inoltre, prendeva in considerazione la disciplina dello stato d'investimento (non la disciplina dello Stato di origine).

Nell'accogliere la tesi del collegamento territoriale delle perdite, sembrerebbe che la Corte abbia inteso tener conto dei vincoli derivanti dalla coesistenza della sovranità fiscale degli Stati membri³⁶⁸. Alla base di tale decisione, vi sarebbe quindi stata la necessità di evitare che gli Stati nei quali risiede la casa madre vengano danneggiati in termini di minori entrate a causa di perdite subite da società estere.

Il suddetto approccio è stato del tutto superato nel caso *ICI*, ove la Corte ha messo fine alle giustificazioni legate ad esigenze di gettito. Come visto, il caso *ICI* riveste un particolare rilievo poiché costituisce la prima di una costante giurisprudenza che vede l'estensione della tutela accordata dal diritto comunitario alle disposizioni discriminatorie adottate dallo Stato di provenienza. Nella pronuncia è stata affermata l'inadeguatezza del criterio di territorialità per giustificare una restrizione vietata dal Trattato, sulla base dell'assunto secondo cui la mancata tassazione dei redditi delle controllate non residenti non vale, di per sé, a giustificare una corrispondente limitazione dell'ambito applicativo del regime inglese del *consortium relief*.

Gli stessi concetti sono stati ribaditi nella sentenza *Marks & Spencer*³⁶⁹. In tale occasione i giudici comunitari hanno infatti affermato come la concessione di un beneficio fiscale non debba necessariamente essere subordinata all'esistenza di un corrispondente potere impositivo. Il criterio della territorialità fiscale è pertanto fuoriuscita dal percorso argomentativo della Corte e, al suo posto, è stata riconosciuta la tutela della ripartizione del potere impositivo. Quest'ultima potrebbe rendere necessaria «l'applicazione, alle attività economiche delle società residenti in uno degli Stati, delle sole norme tributarie di quest'ultimo, per quanto riguarda tanto i profitti quanto le

³⁶⁸ P. MINUTOLI, *Utilizzo transfrontaliero delle perdite d'impresa: l'orientamento della Corte di Giustizia*, cit., p. 120 ss.

³⁶⁹ Si rileva che la normativa esaminata nella sentenza *Ici* è in parte differente rispetto a quella oggetto della sentenza *Marks & Spencer*, in quanto riguarda la deducibilità delle perdite subite da una società residente controllata da una *holding*, anch'essa residente. Tale compensazione veniva negata per il fatto che la holding deteneva principalmente controllate non residenti.

*perdite»*³⁷⁰.

In sostanza, la Corte ha riconosciuto priorità alla normativa dello Stato di stabilimento in considerazione del fatto che, laddove si concedesse alle società «*la possibilità di optare per la deducibilità delle loro perdite nello Stato membro in cui sono registrate o in un altro Stato membro*», si otterrebbe l'effetto di «*compromettere sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che le basi imponibili risulterebbero modificate in questi due Stati, in misura corrispondente alle perdite trasferite*»³⁷¹.

Le ragioni che hanno spinto la Corte a salvaguardare un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra i diversi Stati interessati sono state ricondotte alla volontà di evitare la nascita di possibili conflitti (sulla ripartizione del potere impositivo) tra gli stessi³⁷².

La stessa prospettiva è stata confermata nelle successive pronunce in tema di perdite transfrontaliere.

Nel caso *Lidl*, la Corte ha rilevato una restrizione al principio della libertà di stabilimento, ma, al contempo ha riconosciuto quali elementi idonei a legittimare la restrizione, l'esigenza di tutelare la ripartizione del potere impositivo, e, la necessità di prevenire la doppia deduzione delle perdite³⁷³.

Lo stesso approccio è stato confermato nella successiva sentenza *X Holding*³⁷⁴, nella quale la Corte è stata chiamata a giudicare la disciplina del regime di consolidamento olandese. Sebbene ritenuta *prima facie* discriminatoria, tale disciplina è stata considerata compatibile con il diritto comunitario, in quanto volta a garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri. A tal riguardo la Corte ha affermato che «*la possibilità di includere nell'entità fiscale unica una controllata non*

³⁷⁰ Cfr. sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 45.

³⁷¹ Cfr. sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 46.

³⁷² In tal senso, MINUTOLI, *Utilizzo transfrontaliero delle perdite d'impresa: l'orientamento della Corte di Giustizia*, cit., p. 120 ss.; C. RICCI, *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, cit., p. 51.

³⁷³ CGE del 15 maggio 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, in *Racc.* p. I-3601, con commento di G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicum suum?*, cit. p. 1486 ss.

³⁷⁴ CGE del 25 febbraio 2010, C-337/08, *X Holding*, con commento di P. MINUTOLI, *Utilizzo transfrontaliero delle perdite d'impresa: l'orientamento della Corte di Giustizia*, cit., p. 120 ss.; S. V. THIEL-M. VASCEGA, *X-Holding: Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren*, in *European Taxation*, 2010, p. 334.

residente finirebbe col lasciarle la libertà di scegliere il regime fiscale applicabile alle perdite di tale controllata ed il luogo di imputazione delle stesse»³⁷⁵. La società controllante potrebbe infatti decidere a proprio piacimento di costituire un'entità fiscale con la propria controllata, e, altrettanto liberamente, di sciogliere tale entità da un anno all'altro.

Nel caso *X Holding* la giustificazione connessa alla necessità di garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri è stata accolta dalla Corte come unica causa di giustificazione alla suddetta discriminazione. La Corte non ha quindi preso in considerazione gli elementi aggiuntivi emersi nel caso *M&S*³⁷⁶; orientando il proprio giudizio sulla proporzionalità degli scopi perseguiti dalla normativa, ha sostenuto che «non è suscettibile di integrare violazione al principio fondamentale di stabilimento».

Enunciata per la prima volta nella sentenza *Marks & Spencer*, la giustificazione fondata sul garantire l'equilibrata ripartizione del potere impositivo ha quindi assunto progressivo rilievo nelle successive decisioni della Corte di Giustizia. Ciò non solo in tema di perdite transfrontaliere, ma, in generale, in materia d'imposte dirette. La Corte è giunta a concludere che, la questione di come il potere impositivo venga ripartito fra gli Stati membri, incombe agli Stati membri stessi. In mancanza di disposizioni a livello europeo riguardanti l'armonizzazione in materia d'imposte dirette, gli Stati membri sono competenti a definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri per ripartire il proprio potere impositivo³⁷⁷.

³⁷⁵ Cfr. *X Holding*, cit., punto 31.

³⁷⁶ Nel caso *X Holding*, i giudici comunitari non hanno valutato se fosse o meno soddisfatta l'eccezione delle *final losses* emersa nel caso *Marks & Spencer*. Da ciò, si è ritenuto che l'interpretazione della Corte sia passata dall'ammettere un legame utili-perdite visto in prospettiva comunitaria ad un legame utili-perdite riferito al territorio del singolo Paese membro, cfr. P. MINUTOLI, *Utilizzo transfrontaliero delle perdite d'impresa: l'orientamento della Corte di Giustizia*, cit., p. 120 ss. In realtà, nel caso *X Holding* l'oggetto della questione non era l'utilizzabilità delle perdite al di fuori dello Stato membro in cui le stesse erano state utilizzate, bensì l'esclusione dalla possibilità di costituire un'entità fiscale unica per le controllate non residenti. La Corte si è pertanto incentrata sulla ripartizione del potere impositivo per risolvere tale aspetto, ma, con ciò non ha disatteso il precedente orientamento espresso nella sentenza *Marks & Spencer*; si è solamente espressa su due questioni differenti: l'una riguardante la compensabilità transfrontaliera delle perdite, l'altra, i confini del consolidamento fiscale.

³⁷⁷ Cfr. CGE del 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus BV*, punto 45. Con una pronuncia in merito al regime olandese di *exit tax*, la Corte di Giustizia ha affermato che la previsione della tassazione immediata delle plusvalenze latenti alla data del trasferimento della sede in un altro Stato membro costituisce,

4.4.2.2. L'origine delle *final losses*

Con la sentenza *Marks & Spencer* la Corte ha introdotto il concetto delle *final losses* affermando che la misura restrittiva prevista dalla disciplina britannica risulta eccessiva rispetto a quanto necessario per il perseguimento degli obiettivi perseguiti in una situazione in cui «*la controllata non residente non abbia in assoluto o abbia esaurito la possibilità di far valere le perdite nel suo Stato di residenza, trasferendole a terzi o scomputandole dagli utili degli anni successivi*»³⁷⁸.

In presenza di perdite finali, la limitazione consistente nel diniego al riporto delle perdite delle controllate estere è stata giudicata sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti. Quella delle *final losses* è un'eccezione valida per le perdite maturate da società estere che non sono state, né potranno essere, in futuro, dedotte nel rispettivo Stato di residenza.

La Corte non si è però soffermata sulle circostanze che ne determinano la presenza. Sennonché, la dottrina è intervenuta nel tentativo di individuare le specifiche circostanze che caratterizzano la presenza di *final losses*. Sul punto, le opinioni si sono divise. Da una parte, si è fatto riferimento alle cd. *legal reasons*³⁷⁹, quindi ad eventuali limiti temporali al riporto in avanti o indietro (cd. *carry back* e *carry forward*) delle perdite previsti nello Stato della controllata estera. Dall'altra parte, sono state prese in

in via generale, una restrizione del principio della libertà di stabilimento. Siffatta tassazione comporta infatti «uno svantaggio finanziario» per le società olandesi che intendono trasferire la propria sede amministrativa effettiva al di fuori del territorio dello Stato rispetto ad una società analoga che mantenga la propria sede amministrativa effettiva nei Paesi Bassi. Ancora una volta, però, la Corte di Giustizia ha affermato che siffatta restrizione può essere ammessa in quanto giustificata dalla necessità di garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri. Conseguentemente, il trasferimento della sede amministrativa di una società da uno Stato membro ad un altro non comporta che lo Stato membro di provenienza debba rinunciare al suo diritto di assoggettare ad imposta una plusvalenza generata nell'ambito della sua competenza fiscale prima del suddetto trasferimento. In argomento, cfr. C. DE PIETRO, *Exit tax societaria e le garanzie della proporzionalità: una questione rimessa agli stati membri*, in *Rass. Trib.*, 2012, p. 1356 ss.; C. SALLUSTIO, *Il trasferimento della sede e della residenza fiscale all'estero e dall'estero in Italia. Profili sistematici*, in *Riv. Dir. Trib.*, 3, 2014, p. 353 ss.; G. BIZIOLI, *Aporie e contraddizioni della giurisprudenza europea in materia di exit taxation*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 3, 2014, p. 381 ss. A. CRAZZOLARA, *National grid indus: divieto di tassazione immediata nel caso del trasferimento della sede all'estero*, cit., p. 349 ss. Si vedano anche le Conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott, presentate il 13 marzo 2014, causa C- 48/13, *Nordea Bank Danmark*, punti 35-37.

³⁷⁸ Cfr. *Marks & Spencer*, cit., punto 55.

³⁷⁹ In tal senso, Cfr. E. DELLA VALLE, *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer*, cit., p. 994.

considerazione le cd. *de facto reasons*, quali la liquidazione della società controllata, la cessazione dell'attività, e tutte le situazioni che rendono in concreto impossibile un effettivo rischio di duplice deduzione della perdita³⁸⁰.

In assenza di una definizione univoca, in fattispecie analoghe a quella di cui al caso *Marks & Spencer*, sarebbe pertanto spettato al giudice interno valutare - caso per caso - la definitività delle perdite nello Stato della società controllata.

Di recente, la Corte è intervenuta agevolando l'interprete ad individuare il significato da attribuire alle perdite finali. Con la sentenza cd. *Marks & Spencer II*³⁸¹, la Corte, dopo aver riaffermato la regola delle *final losses*, ha indicato quali circostanze denotano la presenza di tali perdite. A tal fine, ha riportato alcune considerazioni svolte in precedenti pronunce.

Per giungere alla definizione delle *final losses*, la Corte ha quindi svolto un percorso interpretativo durato quasi dieci anni. Del resto, il concetto della definitività delle perdite rappresenta una circostanza di fondamentale importanza: da questa dipende la circolazione transfrontaliera di tali perdite. I successivi paragrafi saranno pertanto dedicati al tema delle *final losses*.

4.5. Il percorso interpretativo per giungere alla definizione di *final losses*

Nella sentenza *Marks & Spencer* la Corte di Giustizia ha affermato che è contraria al principio della libertà di stabilimento una normativa che comporti il diniego al riporto delle perdite estere in capo alla casa madre laddove risulti impossibile la compensazione delle medesime nello Stato della controllata.

Nella successiva sentenza *Lidl*³⁸², la Corte ha ribadito la regola delle *final losses*, così come enunciata nel precedente caso *Marks & Spencer*, senza nulla aggiungere. Un primo chiarimento lo si ritrova nella sentenza *A Oy*³⁸³. La pronuncia aveva ad oggetto

³⁸⁰ Cfr. R. GEBHARDT-C. QUILITZSCH, *Cross-border Loss Relief in the EU: Implications of Recent Developments in Germany Regarding Outbound Permanent Establishments*, in *Ec-Tax Review*, 6, 2011, p. 263 ss.

³⁸¹ Si tratta dalla CGE sentenza del 3 febbraio 2015, C-172/13, Commissione Europea v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

³⁸² CGE del 15 maggio 2008, C-416/06, *Lidl*, con commento di G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 ss.

³⁸³ Nello specifico, la Corte ha esaminato la normativa finlandese sulle fusioni in base alla quale era prevista la

una disciplina per certi aspetti differente rispetto a quella sottoposta ai giudici nel caso *Marks & Spencer*, riguardava infatti le fusioni transfrontaliere. Per altri aspetti, il caso era simile: la società incorporante (A) pretendeva di portare in deduzione le perdite dell'incorporata (controllata) non residente. A tal riguardo A, faceva valere che, una volta attuata l'operazione di fusione, la società controllata sarebbe stata liquidata e non avrebbe più disposto di una un'organizzazione stabile nello Stato di residenza.

Per decidere sulla questione, la Corte ha «ricalcato» il contenuto della sentenza *Marks & Spencer*, e, in conclusione, si è soffermata sulle condizioni che caratterizzano la presenza di *final losses*. La Corte ha ritenuto che la volontà di liquidare una società controllata, anche a seguito della cessazione dell'attività d'impresa, non è di per sé sufficiente a dimostrare l'assenza di alcuna possibilità di utilizzo delle perdite nello Stato di residenza della stessa³⁸⁴. Laddove non ancora liquidata, la società controllata potrebbe conseguire entrate, seppure minime, potenzialmente compensabili con le perdite in questione.

In base a tale pronuncia, neppure la successiva perdita della personalità giuridica della controllata non residente costituisce una circostanza valevole ai fini dell'eccezione delle *final losses*. A tal fine, è necessaria una prova da parte della società incorporante dalla quale sia desumibile l'effettiva impossibilità di utilizzo delle perdite nello Stato di residenza della società controllata. Si potrebbe pertanto ritenere valevole qualsiasi forma di certificazione rilasciata dallo Stato di residenza della filiale, oppure ogni altro mezzo mediante il quale attestare la non utilizzabilità delle perdite³⁸⁵.

possibilità per una società controllante residente di dedurre dal suo reddito imponibile le perdite di una controllata residente, mentre, nulla stabiliva circa la compensabilità delle perdite di una propria controllata stabilita in un altro Stato membro; CGE del 21 febbraio 2013, C-123/11, *A Oy*, per la quale si consenta un rinvio al commento di G. BELTRAMELLI, *Fusioni transfrontaliere e compensazioni delle perdite: è ancora una questione di final losses*, cit., 2014. In argomento si veda anche M. HELMINEN, *Must the Losses of a merging Company be Deductible in the State of Residence of Receiving Company in Eu?*, in *EC Tax Review*, 4, 2011, p. 172 ss.; J. CALLEJA BORG, *Non exhausted Losses and the Merger Directive: What it Fails to Say*, in *Intertax*, 11, 2011, p. 557 ss.

³⁸⁴ Pertanto, la Corte, ancora una volta, ha applicato la regola delle *final losses*, nonostante gli auspici dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston nelle Conclusioni presentate il 14 febbraio 2008, C-414/06, *Lidl*, punti 1-2. In particolare, l'Avvocato generale sottolineava come la condizione delle *final losses*, introdotta per risolvere giusto un «caso estremo» come accaduto con la sentenza *Marks & Spencer*, sia sinonimo di «caos e sconforto», pertanto non replicabile.

³⁸⁵ Si pensi ad esempio allo specifico quadro delle perdite nelle dichiarazioni dei redditi dal quale è riscontrabile

Con la sentenza *A Oy*, la Corte, pur avendo offerto un notevole contributo interpretativo, non ha preso posizione in merito al dibattito circa le condizioni per la sussistenza delle *final losses*. La Corte ha richiesto l'assenza di qualsiasi possibile entrata da cui dedurre le perdite. Verosimilmente ciò potrebbe tradursi in una cd. *de facto reason*³⁸⁶. Non sono però state escluse le circostanze legate alle cd. *legal reasons*, quali il concreto impossibile riporto in avanti o indietro delle perdite nello Stato della società controllata.

Tale esclusione è avvenuta nella sentenza *Marks & Spencer II*³⁸⁷, ove la Corte ha affermato che la definitività delle perdite subite dalla controllata, così come intesa nella sentenza *Marks & Spencer*, «non può risultare dal fatto che lo Stato membro di residenza della controllata stessa escluda qualsiasi possibilità di riporto delle perdite»³⁸⁸.

4.5.1. Il caso *Marks & Spencer II*

La sentenza *Marks & Spencer II* trae origine da una contestazione della Commissione Europea nei confronti del Regno Unito. In particolare, la Commissione aveva riscontrato una restrizione alla libertà di stabilimento in seno alla normativa sullo sgravio di gruppo britannico. A suo avviso, la disciplina del Regno Unito avrebbe impedito ogni possibilità di compensazione transfrontaliera delle perdite.

Conformemente al contenuto della sentenza *Marks & Spencer*, il legislatore del Regno Unito aveva modificato il regime di sgravio di gruppo, cd. *group relief* introducendo la possibilità di compensare le perdite delle controllate non residenti in presenza di determinate condizioni³⁸⁹. Fra queste, in particolare, che la società non residente abbia «esaurito» ogni possibilità di utilizzare le perdite nel corso dell'esercizio fiscale durante il quale le stesse sono sorte, sia negli esercizi fiscali precedenti, sia in

il relativo utilizzo nel corso degli anni.

³⁸⁶ Cfr. par. 4.4.2.2.

³⁸⁷ CGE del 3 febbraio 2015, C-172/13, Commissione Europea v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord. Per un commento a tale sentenza si veda anche, Y. BRAUNER, A. P. DOURADO, E. TRAVERSA, *Ten Years of Marks & Spencer*, in *Intertax*, 2015, p. 306 ss.; B. DENORA, Nota di commento in *Giurisprudenza delle Imposte*, 2015.

³⁸⁸ Cfr. punto 33 della sentenza *Marks & Spencer II*.

³⁸⁹ Sul regime di consolidamento inglese (*group relief*) cfr. S. MORATTI, *Il consolidato nazionale: profili di diritto comparato*, cit., p. 241 ss.; B. ALOISI-P. CARABELLESE, *Il consolidato fiscale in Germania, Olanda, Spagna e Regno Unito*, in *Corr. Trib.*, 45, 2002, p. 4099 ss.

quelli futuri³⁹⁰. Siffatta verifica doveva essere effettuata al termine dell'esercizio fiscale nel corso del quale le perdite erano state subite³⁹¹.

Detto vincolo temporale, a giudizio della Commissione, implicava un ostacolo per la prova della sussistenza delle *final losses*. A suo avviso, in tale momento, le uniche dimostrazioni possibili sarebbero risultate la liquidazione della società controllata e la ricorrenza delle *legal reasons*, vale a dire la situazione in cui «*lo Stato di sede della società controllata non consenta alcun riporto delle perdite*».

Sarebbe stata quindi esclusa ogni possibilità di compensazione delle perdite laddove la cessazione dell'attività della società controllata (e la liquidazione della stessa) fosse stata successiva all'anno di maturazione della perdita. Lo sgravio sarebbe stato peraltro limitato alle perdite subite nel corso di un solo esercizio fiscale.

La Commissione riteneva che, per garantire il rispetto della regola delle *final losses*, la possibilità di beneficiare dello sgravio di gruppo dovesse essere valutata alla data di presentazione di tale richiesta e andasse esaminata sulla base di fatti concreti. Per impedire lo sgravio, non sarebbe pertanto corretto fondarsi sulla teorica possibilità di successiva rilevanza fiscale delle perdite subite dalla controllata non ancora posta in liquidazione.

A fronte di ciò, il Regno Unito replicava che lo sgravio di gruppo transfrontaliero non era di fatto impossibile. Certamente le relative condizioni erano restrittive, ma, rappresentavano la conseguenza della giurisprudenza della Corte. In particolare, in base alla sentenza *Marks & Spencer*, la possibilità di riportare le perdite dovrebbe essere valutata proprio al termine dell'esercizio fiscale nel corso del quale le perdite sono sorte. Ciò non escludeva che, valutando la presenza di *final losses*, si potesse tener conto della cessazione dell'attività della società o dell'intenzione di procedere (a breve) alla

³⁹⁰ In particolare, l'art. 118 del CTA 2010 (*Corporation Tax Act 2010*) esige che la società non residente abbia esaurito le possibilità di far valere le perdite nel corso dell'esercizio fiscale durante il quale le perdite sono sorte e negli esercizi fiscali precedenti, mentre l'art. 119, paragrafi da 1 a 3, del CTA 2010 impone che non sussista alcuna possibilità di far valere perdite nel corso degli esercizi fiscali futuri.

³⁹¹ Ai sensi dell'art. 119, paragrafo 4, del CTA 2010, l'accertamento della questione se le perdite possano essere prese in considerazione nel corso degli esercizi fiscali futuri dev'essere effettuata «*con riferimento alla situazione quale sussiste immediatamente alla scadenza*» dell'esercizio fiscale nel corso del quale le perdite sono state subite.

liquidazione. Tale verifica, se effettuata nel momento della presentazione della domanda di sgravio di gruppo, avrebbe permesso al gruppo di scegliere liberamente in quale Stato membro prendere in considerazione le proprie perdite.

Sicché, data la discordanza di opinioni tra la Commissione Europea e il Regno Unito, la Corte di Giustizia si è trovata «costretta» a fornire chiarimenti in merito al concetto di *final losses*.

Per la propria decisione, la Corte ha seguito l'oramai consolidato percorso argomentativo. Dapprima, ha ribadito la natura restrittiva della disciplina dello sgravio di gruppo inglese, in quanto applicabile al solo caso delle perdite sofferte da controllate residenti. Poi, dopo aver congiuntamente considerato i tre motivi di interesse generale³⁹², la Corte ha valutato la proporzionalità della disciplina del Regno Unito rispetto agli obiettivi perseguiti.

In merito al giudizio di proporzionalità, nelle sue conclusioni l'Avvocato Julianne Kokott aveva auspicato l'abbandono dell'eccezione delle *final losses*³⁹³. A suo parere, tale eccezione non si è dimostrata praticabile in quanto non tutela gli interessi del mercato interno e non costituisce un mezzo per garantire la potestà impositiva degli Stati membri. In definitiva, questa non agevolava «*l'attività dei gruppi di impresa transfrontalieri, ma costituisce invece una fonte pressoché inesauribile di controversie tra i contribuenti e l'amministrazione finanziaria degli Stati membri*».

Per la sua decisione, la Corte ha però tralasciato le conclusioni dell'Avvocato generale riconfermando la «regola» delle *final losses*. I giudici comunitari hanno ribadito che la disparità nel trattamento delle perdite transfrontaliere va al di là di quanto necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti laddove «*la controllata non residente abbia esaurito le possibilità di far fiscalmente valere le perdite esistenti nel proprio Stato di residenza*», nell'esercizio fiscale oggetto della domanda, negli esercizi fiscali anteriori, nonché negli esercizi futuri. A tal fine, riteneva dovessero essere prese in

³⁹² Vale a dire la necessità di preservare l'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, nonché la necessità di prevenire i rischi di doppia utilizzazione delle perdite e di evasione fiscale.

³⁹³ Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Julianne Kokott, presentate il 23 ottobre 2014, punti 44-53.

considerazione eventuali ipotesi di trasferimento delle perdite ad un terzo o di cessione della controllata (che ha maturato le perdite) ad un terzo³⁹⁴.

4.5.2. L'esclusione delle cd. *legal reasons* al fine della definitività delle perdite

Dopo aver giudicato la proporzionalità della normativa britannica relativa al regime di sgravio di gruppo, la Corte ha verificato quelle uniche circostanze, che, a giudizio delle Commissioni, acconsentivano alla circolazione transfrontaliera delle perdite. In tale contesto, sono emersi aspetti di fondamentale importanza in merito al significato da attribuire alle *final losses*.

Anzitutto, la Commissione ha escluso la rilevanza di eventuali limiti temporali al riporto in avanti o indietro delle perdite (cd. *legal reasons*), previsti nello Stato della controllata residente³⁹⁵.

Nell'escludere tale circostanza, la Corte ha fatto riferimento al caso *K*³⁹⁶, avente ad oggetto un caso differente rispetto a quello in esame. I giudici comunitari dovevano infatti giudicare la disciplina fiscale finlandese riguardante la cessione di beni immobili situati in Francia da parte di una persona fisica³⁹⁷. In particolare, si trattava di verificare la compatibilità con il principio della libera circolazione di capitali di una normativa interna che escludeva la compensabilità delle perdite (*rectius* minusvalenze) subite a seguito della cessione dell'immobile situato in un territorio estero dal reddito di un soggetto residente³⁹⁸.

³⁹⁴ Parimenti, sentenze, *Lidl Belgium*, cit., punto 47, e *A Oy*, punto 49.

³⁹⁵ Sulla disciplina del riporto in avanti e all'indietro delle perdite, cfr. G. ZIZZO, *Considerazioni sistemiche in tema di utilizzo delle perdite fiscali*, cit., p. 930 ss.; F. TESAURO, *Riporto delle perdite e la incostituzionalità della sua esclusione dall'imponibile dell'ILOR*, in *Boll. Trib.*, 1988, p. 5 ss., e, in generale, sul tema del riporto delle perdite, senza pretesa di esaustività, M. BEGHIN, *L'accertamento di un maggior reddito d'impresa in presenza di perdite fiscali inutilizzate, l'irrogazione delle sanzioni tributarie e l'imposta "double-face"*, in *Riv. Dir. Trib.*, II, 2012, p. 629 ss. P. STIZZA, *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario. Contributo allo studio*, Padova, 2011; P. STIZZA, *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario. Contributo allo studio*, cit.

³⁹⁶ CGE del 7 novembre 2013, C-322/11, K.

³⁹⁷ A differenza del regime fiscale italiano, in cui vengono classificati come redditi diversi, in base alla disciplina finlandese ed alla disciplina francese, i redditi derivanti dalla cessione di beni immobili vengono classificati come redditi di capitale.

³⁹⁸ In applicazione delle regole di diritto interno e convenzionale, i redditi provenienti dalla cessione di beni immobili sono imponibili unicamente nello Stato contraente in cui gli stessi sono situati. Simmetricamente, le perdite (*rectius* minusvalenze) derivanti dalla cessione di immobili siti in Francia non sono deducibili in Finlandia.

Per decidere sulla questione³⁹⁹, la Corte ha ritenuto irrilevante il fatto che il diritto tributario francese non ammettesse la deducibilità della minusvalenza né dal reddito complessivo, né dalla plusvalenza realizzata con la vendita di un altro bene. La Corte ha affermato che «*uno Stato membro non può essere tenuto a prendere in considerazione... le conseguenze eventualmente sfavorevoli derivanti dalla specificità di una normativa di un altro Stato membro applicabile ad un immobile situato sul territorio di quest'ultimo Stato e appartenente ad un contribuente residente sul territorio del primo Stato*».

Lo stesso concetto era stato affermato nella precedente sentenza *Krankenheim*⁴⁰⁰, questa volta, in merito alla fiscalità dei gruppi societari. La disciplina tedesca in esame prevedeva la deduzione delle perdite relative alle stabili organizzazioni estere in capo alla casa madre, ma, poi, imponeva il reintegro a seguito di utili successivamente prodotti dalla stabile organizzazione⁴⁰¹. Il metodo della deduzione con successivo reintegro non era previsto per le perdite maturate da stabili organizzazioni situate nel territorio dello Stato.

Per valutare la compatibilità della disciplina tedesca con il diritto europeo, la Corte non ha tenuto conto del fatto che, a seguito del reintegro, la disciplina austriaca non ammettesse il riporto delle perdite⁴⁰². E' stato infatti affermato che «*la libertà di*

³⁹⁹ I giudici comunitari rilevavano una restrizione alla libera circolazione dei capitali dovuta al trattamento discriminatorio riservato ai beni immobili situati all'estero. Infatti, in base al regime tributario finlandese, per i medesimi beni immobili situati nel territorio dello Stato, erano ammesse in deduzione le perdite subite in occasione della relativa cessione dalla plusvalenza realizzata con la cessione di un altro bene immobile. Tuttavia, la Corte giustificava la suddetta restrizione in base alle necessità di salvaguardare l'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri e di garantire la coerenza del regime fiscale finlandese. D'altronde, l'applicazione combinata della convenzione franco-finlandese e delle normative tributarie interne fa sì che la competenza fiscale sui redditi derivanti dalla cessione di beni immobili situati in Francia spetti a quest'ultimo Stato membro, sia per quanto riguarda le plusvalenze, sia per quanto riguarda le minusvalenze. Verificando la proporzionalità della disciplina finlandese, la Corte, ha tenuto conto della regola enunciata nella sentenza *Marks & Spencer*, pertanto ha verificato la presenza di perdite divenute definitive (*final losses*): in tale contesto ha escluso la rilevanza delle *legal reasons*.

⁴⁰⁰ CGE del 23 ottobre 2008, C-157-07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, in *G. U. Com.*, n. 129, del 6 giugno 2007, 5 ss., esaminata al precedente paragrafo 4.3.2.

⁴⁰¹ La Corte ravvisava pertanto una restrizione alla libertà di stabilimento ma giustificava tale disciplina alla luce della necessità di garantire la coerenza del regime fiscale tedesco. Passando al giudizio di proporzionalità, la disciplina tedesca veniva giudicata proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito: le perdite venivano infatti reintegrate nell'imponibile solo fino a concorrenza dell'importo dei profitti realizzati.

⁴⁰² Dette perdite non potevano più essere utilizzate in Austria dalla stabile organizzazione. La disciplina austriaca consentiva la deduzione delle perdite a titolo sussidiario soltanto nel caso in cui non fosse possibile

stabilimento non può essere intesa nel senso che uno Stato membro è obbligato a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di un altro Stato membro, al fine di garantire, una tassazione che elimini qualsivoglia disparità derivante dalle normative tributarie di altri Stati membri»⁴⁰³

Nelle richiamate sentenze, la Corte ha sempre espresso il medesimo concetto: la definitività delle perdite subite dalla controllata non residente non può risultare dal fatto che l'ordinamento dello Stato membro di residenza della controllata stessa escluda qualsiasi possibilità di riporto delle perdite. Il che rappresenta una conseguenza del riconoscimento, quale esimente, della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri⁴⁰⁴.

Una volta esclusa la rilevanza delle *legal reasons*, la Corte ha esaminato la seconda ipotesi considerata valevole dalla Commissione ai fini della definitività delle perdite. Trattasi della necessità che la controllata non residente sia posta in liquidazione prima della fine dell'esercizio fiscale nel corso del quale le perdite sono maturate. Anche tale circostanza, non è stata ritenuta significativa ai fini della definitività delle perdite.

La Corte ha invece ritenuto possibile riferirsi a perdite definitive nelle ipotesi in cui la controllata non residente non percepisca più ricavi nello Stato di residenza. Richiamando il contenuto della sentenza *A Oy*, la Corte ha affermato che, «*fintantoché tale controllata continui a percepire ricavi, ancorché minimi, sussiste la possibilità che le perdite subite possano essere poi compensate con utili futuri realizzati nello Stato membro di sua residenza*».

Al termine dell'esercizio fiscale nel corso del quale hanno avuto origine le perdite,

tener conto delle stesse nello Stato ove era stabilita la società dalla quale dipendeva la stabile organizzazione. Pertanto, dal momento che la *KR Wannsee* aveva realizzato profitti in Germania, in Austria veniva negata la compensazione delle suddette perdite.

⁴⁰³ Cfr. sentenza, C-157-07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, cit., punti 49-50; nello stesso senso, CDG del 28 febbraio 2008, C-293/06, *Deutsche Shell GmbH*, punti 42-43.

⁴⁰⁴ La giustificazione fondata sul garantire l'equilibrata ripartizione del potere impositivo, enunciata per la prima volta nella sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 46, ha assunto un progressivo rilievo nelle successive decisioni della Corte di Giustizia, cfr. caso *Lidl*, cit., punti 31-32, CGE del 25 febbraio 2010, C-337/08, *X Holding*, punti 28-33. Per una compiuta disamina dell'esimente della tutela dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo, cfr. P. MINUTOLI, *Utilizzo transfrontaliero delle perdite d'impresa: l'orientamento della Corte di Giustizia*, cit., p. 120 ss.

la società controllante deve essere in grado di dimostrare l'impossibilità di conseguire ogni tipo di ricavi nello Stato della società controllata. Da ciò, la conferma di quanto rilevato dalla Commissione: la prova di definitività riguarda le perdite subite nel corso di un solo esercizio fiscale.

Dopo avere rigettato tutte le eccezioni sollevate dalla Commissione, la Corte ha respinto il ricorso dichiarando che il regime di sgravio di gruppo previsto dal Regno Unito non contrasta con il principio della libertà di stabilimento.

4.5.3. Applicazione della regola delle *final losses* alle stabili organizzazioni

Nei precedenti paragrafi si è osservato come la scelta tra le differenti forme giuridiche per insediarsi oltre i confini nazionali, ovverosia la stabile organizzazione o la società controllata, rappresenti una variabile fondamentale ai fini del trattamento fiscale delle perdite estere. Ciò dipende dalla non confrontabilità delle stesse sotto il profilo della ripartizione del potere impositivo⁴⁰⁵.

La controllata, persona giuridica autonoma, è interamente soggetta ad imposizione nello Stato in cui essa ha la propria sede. Salvo il caso del consolidato mondiale, lo Stato della casa madre non ha alcun diritto di compensare le perdite originate all'estero tramite la controllata estera. Laddove venga previsto un regime di consolidamento nazionale, le perdite estere non possono essere considerate nella determinazione del reddito globale, fatta eccezione per le *final losses*.

La stabile organizzazione rimane invece soggetta alla competenza fiscale dello Stato membro di origine⁴⁰⁶. Le perdite di una stabile organizzazione sono considerate perdite della società madre che la detiene, e, in via di principio, possono essere compensate dai redditi di quest'ultima⁴⁰⁷. Ciò dipende dalle regole di diritto

⁴⁰⁵ CGE del 25 febbraio 2010, C-337/08, *X Holding*, cit., punto 38.

⁴⁰⁶ Ciò corrisponde alle regole di ripartizione dei redditi contenute nel Modello di Convenzione Ocse. In base all'art. 7, in presenza di un'attività d'impresa che presenti elementi di extraterritorialità, la potestà deve essere attribuita in via esclusiva ad uno dei due Stati contraenti e, segnatamente, allo Stato di residenza, ma ciò soltanto nel caso in cui l'impresa non operi nell'altro Stato per il tramite di una stabile organizzazione. In argomento, cfr. A. M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., pag. 86; G. FRANSONI, *La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni*, cit., p. 73 ss.

⁴⁰⁷ Per un'attenta e compiuta disamina del trattamento fiscale relativo alle perdite maturate da stabili organizzazioni non residenti di soggetti italiani, cfr. A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale*

convenzionale impiegabili⁴⁰⁸.

Uno Stato membro deve tener conto delle perdite di un'attività estera quando assoggetta tale attività a tassazione mediante il meccanismo del credito d'imposta, indipendentemente dalla definitività delle perdite. Laddove, venga previsto il metodo dell'esenzione, le perdite, *prima facie*, possono essere utilizzate solo a livello territoriale. Così si è espressa la Corte nel caso *Lidl*, ove ha affermato la legittimità di una normativa che impedisce il consolidamento di perdite maturate da stabili organizzazioni estere. Ciò dipende tuttavia dall'assenza di *final losses*. La tutela della territorialità cede nel momento in cui la stabile organizzazione estera non possa più utilizzare la perdita pregressa, rendendo così necessaria, quale *extrema ratio*, una sua considerazione nello Stato della casa madre⁴⁰⁹.

Anche in tal caso, per verificare la definitività delle perdite, è necessario applicare il contenuto della sentenza *Marks & Spencer II*: la stabile organizzazione non residente non deve quindi più percepire ricavi nello Stato di localizzazione.

4.6. Effetti della residenza delle società cd. "intermedie" sui regimi di consolidamento dei redditi

Per completare il capitolo riguardante le decisioni della Corte di Giustizia in merito ai regimi di consolidamento fiscale previsti a livello interno, si riportano alcune decisioni aventi ad oggetto discipline in cui l'opzione per il regime fiscale di gruppo era impedito in presenza di società intermedie non residenti.

Sono state diverse le occasioni in cui la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in merito a discipline interne che non ammettevano la possibilità di

delle perdite, cit., p. 855 ss.; per l'ordinamento tedesco, cfr. R. GEBHARDT-C. QUILTZSCH, *Cross-Border Loss Relief in the EU: Implications of Recent Developments in Germany Regarding Outbound Permanent Establishments*, cit., p. 263 ss.; A. PERDELWITZ, *Recent Developments on the Deductibility of Foreign Permanent Establishment Losses in Germany*, in *European Taxation*, 11, 2011, p. 31 ss.

⁴⁰⁸ Cfr. *Nordea*, cit., punto 24, in cui la Corte ha affermato che gli Stati membri che assoggettano gli utili delle stabili organizzazioni estere ad imposizione (mediante il meccanismo del credito d'imposta), assimilano queste ultime alle stabili organizzazioni residenti anche per quanto riguarda la deduzione delle perdite. Tale principio si risolve nel sostenere che uno Stato membro deve tener conto delle perdite di un'attività estera solo quando assoggetta tale attività a tassazione. Ciò si pone in linea sia con la sentenza *Futura Participations*, cit., in cui aveva assunto rilievo il solo utilizzo territoriale delle perdite.

⁴⁰⁹ In tal senso, G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 ss.

aderire al regime di gruppo in presenza di società estere che si frapponessero nella catena di controllo.

Ciò è avvenuto, dapprima, con la sentenza *Papillon*⁴¹⁰. Il regime francese della cd. *intégration fiscale* riconosceva il beneficio del regime di consolidamento alla controllante francese che deteneva le proprie partecipazioni per il tramite di una controllata intermedia residente e lo negava se quest'ultima fosse invece residente in un altro Stato membro.

Poi, di recente, la Corte si è pronunciata con la sentenza *Felixstowe Dock and Railway Company*⁴¹¹ sul regime britannico del cd. "sgravio di gruppo" e con la sentenza *SCA Group Holding BV*⁴¹² sul regime olandese delle ccdd. entità fiscali.

La disciplina prevista dal Regno Unito consentiva la commercializzazione delle perdite fra due società appartenenti ad uno stesso gruppo o ad uno stesso consorzio ovvero fra due società partecipate l'una da un gruppo e l'altra da un consorzio che abbiano in comune fra loro almeno una "società di collegamento". La stessa disciplina imponeva che tutte le società coinvolte, la cedente, la richiedente e quella di collegamento fossero residenti nel Regno Unito.

Similmente, la disciplina olandese rendeva impossibile dare vita ad un'«entità fiscale» fra società residenti qualora lungo la catena partecipativa si collocassero delle *sub-holding* residenti in Stati membri diversi e prive di uno stabilimento fisso nei Paesi Bassi. Lo stesso regime veniva impedito qualora la comune controllante fosse residente in un altro Stato membro e non fosse dotata di uno stabilimento fisso nei Paesi Bassi.

Ebbene, con le domande pregiudiziali formulate alla Corte da parte dei Giudici nazionali veniva chiesto se configurasse una illegittima restrizione alla libertà di

⁴¹⁰ CGE 27 del novembre 2008, causa C-418/07, *Papillon*, con nota di F. DAMI, *Un nuovo (ed interessante) intervento della corte di giustizia su libertà di stabilimento e regimi di consolidamento fiscale*, cit., p. 133 ss.

⁴¹¹ CGE del 1° aprile 2014, causa C-80/12, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd.*

⁴¹² CGE del 12 giugno 2014, cause riunite C-39/13, C-40/13 e C-41/13, *SCA Group Holding BV*, con commento di S. OLIVIERI, *Sull'impossibilità per una società controllante residente di costituire un'entità fiscale unica con una controllata di secondo livello residente qualora detenga detta controllata tramite società non residenti che non dispongono di una sede stabile in detto Stato membro*, in *Le Società*, 7, 2014, p. 898 ss.

stabilimento una limitazione sulla residenza delle strutture intermedie nelle catene di controllo societario nell'ambito di regimi di gruppo.

Le questioni si distaccano dalle precedenti finora esaminate. Queste ultime, infatti, riguardavano il problema della utilizzazione delle perdite insorte in uno Stato membro diverso da quello del soggetto passivo che poi, per il tramite del regime di gruppo, le utilizzava per abbattere la propria base imponibile.

Le tre cause ora in esame avevano un distinto e peculiare connotato, attestandosi sulla valutazione circa l'impossibilità per una società residente in uno Stato membro di beneficiare del consolidamento dei risultati prodotti dalle proprie controllate del pari residenti in tale Stato, data la presenza di una controllata intermedia, ovvero di una società intermedia, ovvero di una controllante, stabilita in un altro Stato membro.

Ad una prima vista, non la circolazione transfrontaliera delle perdite entrava in gioco. Come osservato dalla Corte, i redditi coinvolti nella quantificazione del prelievo unitario avevano origine nello stesso Stato⁴¹³. Sennonché, le limitazioni previste dall'ordinamento francese, britannico e olandese avevano come specifico effetto quello di impedire la compensazione dei redditi negativi a livello interno.

Tuttavia, se viste "ad ampio raggio", le stesse limitazioni avevano come effetto quello di disincentivare i gruppi multinazionali ad espandersi oltre i confini nazionali, quindi ad accedere ad una eventuale compensazione intersoggettiva di imponibili di segno opposto. E' per tale ragione che, nel presente lavoro, si è deciso di prendere in considerazione i principi contenuti nelle richiamate pronunce.

4.6.1. Le (possibili) giustificazioni della restrizione alla libertà di stabilimento

Nelle tre sentenze, per giungere alla propria decisione, la Corte ha seguito l'oramai consolidato percorso argomentativo mediante il quale ha ribadito il generale divieto per gli Stati membri di discriminare tra articolazioni transnazionali (*i.e.*

⁴¹³ Cfr. punto 40 della sentenza *Papillon*, cit.; punto 30 della sentenza *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd.*, cit.

comunitarie)⁴¹⁴ e nazionali dei gruppi di imprese, riservando solo ai secondi "vantaggi" che ai primi vengono invece negati.

All'immediata verifica che le (censurate) misure nazionali realizzavano una restrizione alla libertà di stabilimento è seguita la valutazione delle cause di giustificazione addotte dai governi intervenuti e, (nel caso *Papillon*) il correlato giudizio di proporzionalità.

Per quanto riguardava le cause di giustificazione, non poteva essere presa in considerazione la ripartizione del potere impositivo tra Stati membri. La mancata giurisdizione nazionale non poteva giustificare la restrizione in quanto l'aggregazione dei redditi avveniva solo a livello nazionale.

Nelle sentenze *Papillon* e *SCA Group Holding BV* il giudizio della Corte si è pertanto attestato sulla necessità di garantire la coerenza del regime fiscale in questione.

In tale contesto la Corte ha valutato i profili applicativi dei singoli sistemi di imposizione, rispetto ai quali la frapposizione di una struttura non residente poteva (secondo anche il giudice del rinvio) generare specifiche "tensioni".

Si trattava di valutare l'effettiva operatività delle norme francesi e olandesi. In particolare, la disciplina dell'*intégration fiscale* prevedeva uno specifico meccanismo di neutralizzazione delle componenti reddituali derivanti da alcune operazioni intervenute tra le società partecipanti all'opzione⁴¹⁵, funzionale ad evitare una duplicazione nella considerazione delle perdite maturate dai soggetti partecipanti al regime di gruppo.

⁴¹⁴ Per inciso, nel caso *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd* la società che faceva da collegamento tra la "società richiedente" e la "società di cedente" non era residente, inoltre la controllante ultima del gruppo e del consorzio, così come altre controllate intermedie presenti nella catena di controllo erano fiscalmente residenti in Stati non appartenenti all'Unione europea e neanche allo Spazio economico europeo. Nell'affrontare il tema dell'eventuale rilevanza del fatto che la controllante ultima sia fiscalmente residente in Stati terzi, la Corte ha precisato che il fatto che gli azionisti di una società siano residenti al di fuori dell'Unione europea non compromette in alcun modo la libertà di stabilimento delle società controllate, cfr. punti 38-40.

⁴¹⁵ La normativa francese prevedeva che, qualora una società controllata indiretta subisse una perdita, la sua diretta controllante doveva procedere ad un accantonamento per il deprezzamento subito e lo stesso doveva fare la casa madre (controllante indiretta) a causa della diminuzione di valore subita dalla propria controllata.

L'inserimento tra le maglie di tale articolato tessuto normativo di un soggetto estero, per il quale fosse possibile un simile meccanismo, poteva provocare una doppia considerazione delle perdite.

La Corte ha ritenuto che l'esclusione dall'*intégration fiscale* di una società controllata indiretta costituisse una legittima causa di giustificazione alla restrizione della libertà di stabilimento.

I giudici comunitari si sono pertanto incentrati sul giudizio di proporzionalità della misura interna. Quest'ultimo si è concluso con un giudizio negativo. La Corte ha infatti affermato che il medesimo obiettivo (quello di evitare la doppia imposizione delle perdite) sarebbe potuto essere perseguito mediante lo scambio di informazioni e la collaborazione tra gli Stati membri, così come prevista dalla Direttiva 2011/16/UE.

Nella causa *SCA Group Holding BV*, invece, il motivo della coerenza del sistema fiscale non è stato accolto come giustificazione alla restrizione dalla normativa olandese. Quest'ultima prevedeva l'esenzione. Tale meccanismo era concepito in modo tale che una società controllante residente non poteva prendere in considerazione una perdita collegata ad una partecipazione in una delle sue controllate, residenti e non. Non erano quindi possibili fenomeni di doppia imposizione.

Tale rischio si poteva verificare nell'ordinamento francese, pertanto, era stato contrastato con un determinato meccanismo che garantiva la coerenza di tale sistema fiscale.

La Corte ha infatti sempre ripetuto come l'esigenza di salvaguardare la coerenza di un sistema fiscale possa giustificare una restrizione quando sia dimostrata l'esistenza di un nesso diretto tra la concessione del vantaggio fiscale e la compensazione di tale vantaggio con un determinato prelievo fiscale. Ebbene detto nesso, in linea di principio, sussisteva nella disciplina francese. Era quello che legava, da una parte, la possibilità di trasferire le perdite tra le società di un gruppo e, dall'altra, il meccanismo per la neutralizzazione di talune operazioni tra le società controllate.

Infine, le condizioni poste dagli ordinamenti interni non hanno trovato giustificazione nelle finalità anti-elusive⁴¹⁶. A giudizio della Corte, le normative in esame non perseguivano in alcun modo un obiettivo specifico di contrasto delle costruzioni puramente artificiose, in quanto dirette a concedere un'agevolazione fiscale alle società che fanno parte di un gruppo⁴¹⁷.

4.6.2. Riflessi sulle discipline nazionali

Dalle richiamate pronunce discende che la residenza delle controllate intermedie è ininfluente. Gli effetti sulle discipline in questione sono stati immediati. Peraltro, a seguito della sentenza *Papillon*, non solo è stata modificata la disciplina consentendo ad una "sub-sussidiaria" francese, detenuta tramite una controllata estera, di entrare a fare far parte del regime consolidato⁴¹⁸, ma è stata prevista la possibilità di richiedere il rimborso dell'imposta societaria versata in eccedenza a causa dell'applicazione del regime discriminatorio⁴¹⁹.

Inoltre, è del tutto evidente come le richiamate sentenze comportino conseguenze anche per tutti gli ordinamenti europei. In particolare, la sentenza sulle cause riunite C-39/13, C-40/13 e C-41/13 potrebbe avere riflessi in diversi ordinamenti europei. La disciplina oggetto del procedimento è infatti simile a quella prevista da diversi ordinamenti, tra cui, quello italiano.

In tale sentenza è stata valutata la compatibilità dei requisiti soggettivi previsti dalla legislazione tributaria olandese per accedere al regime di consolidamento nazionale con la libertà di stabilimento. Come nel caso *Papillon*, il giudice comunitario ha ritenuto di ostacolo alle libertà comunitarie la previsione interna che considerava la

⁴¹⁶ In particolare, è nelle sentenze *Papillon* e *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd* che non è stato accolto come motivo imperativo di interesse generale quello volto a prevenire la costituzione di soggetti di diritto meramente artificiosi, privi di effettività economica e finalizzati a eludere la normale imposizione sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale.

⁴¹⁷ Cfr. *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd*, cit., punto 14. Sul punto si richiama la sentenza *Cadbury Schweppes* in cui la Corte di Giustizia ha affermato che un ostacolo ad una libertà di circolazione garantita dal Trattato può essere giustificato dalla lotta all'evasione fiscale solo se la legislazione in causa ha l'oggetto specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiose intese ad eludere la normativa nazionale, cfr. CGE del 2 maggio 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, punto 87.

⁴¹⁸ La modifica è stata introdotta mediante la Legge n. 2009-1674 ed è entrata in vigore dal 31 dicembre 2009.

⁴¹⁹ Segnatamente, per gli esercizi compresi tra il 1° settembre 2004 ed il 30 dicembre 2009.

residenza della società controllante, ovvero di altra società che intermedia il controllo, requisito essenziale per accedere al regime di consolidato. In aggiunta, la Corte ha stabilito che la medesima disposizione è incompatibile con la libertà di stabilimento se richiede la presenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato in presenza della controllante o di una società intermedia non residente.

Conseguentemente, tutti i regimi fiscali sui gruppi di imprese, equivalenti a quello olandese, potrebbero essere ritenuti discriminatori; per evitare una procedura d'infrazione, gli stessi sono tenuti a modificare la propria disciplina. A partire dal legislatore francese⁴²⁰, già intervenuto al fine di allineare la propria disciplina ai principi enunciati dalla Corte nella sentenza *Papillon*, alcuni ordinamenti devono essere modificati.

Nell'ordinamento italiano sono ammesse al regime di consolidato (nazionale) anche le società di diritto estero a condizione che le stesse siano residenti in un Paese in cui vige una Convenzione contro la doppia imposizione e che abbiano in Italia una stabile organizzazione nel cui patrimonio sia compresa la partecipazione in ciascuna controllata⁴²¹. Tale seconda limitazione è però in procinto di essere eliminata.

A seguito della pronuncia della Corte, il legislatore italiano è intervenuto con lo Schema di Decreto Legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese⁴²². Viene qui previsto l'ampliamento del perimetro di consolidamento

⁴²⁰ Il regime francese della *intégration fiscale* trova infatti applicazione nei confronti delle società francesi controllate da una società estera quando le partecipazioni della controllata francese sono riferibili ad una stabile organizzazione in Francia della società estera stessa.

⁴²¹ Cfr. art. 117 comma 2 del Tuir. Sugli eventuali profili discriminatori della disciplina italiana, cfr. S. C. VALZ, L. LA PIETRA, G. COLOMBAIONI, *Consolidato nazionale italiano e giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in Boll. Trib., 9, 2015, p. 652 ss.; S. TRETTEL, *Il consolidato fiscale nazionale al vaglio della Corte di Giustizia Ue e i suoi riflessi sulla legislazione interna*, in Cor. Trib., 34, 2014, p. 2636.

⁴²² Tale modifica, come le altre previste dallo Schema di Decreto Legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, in attuazione dell'articolo 12 della Legge 11 marzo 2014, n. 23, deliberato dal Consiglio dei Ministri il 21 aprile 2015 e ora all'esame delle commissioni parlamentari si pone nell'ottica di incentivare l'ingresso di capitali nel territorio italiano, consentendo agli investitori esteri di rendere più efficienti i piani di investimento, riconoscendo loro l'accesso al regime del consolidato nazionale anche in assenza di una holding italiana. La nuova disciplina prevede che la controllante estera designi quale tra le società controllate (o le stabili organizzazioni) residenti assuma la veste di consolidante (con tutti i diritti, obblighi e oneri correlati), conservando comunque una responsabilità sussidiaria in caso di accertamenti che incidono sul reddito complessivo consolidato. In ipotesi di interruzione di questo "nuovo" regime, lo schema di decreto prevede inoltre che le eventuali perdite residue risultanti dal consolidato vengano attribuite

anche alle società “sorelle” residenti in Italia e alle stabili organizzazioni italiane di società “sorelle” non residenti, controllate dalla medesima società non residente. Il provvedimento, varato del Consiglio dei ministri del 21 aprile e ora all’esame delle commissioni parlamentari, ha quindi allineato la disciplina del consolidato nazionale ai contenuti della sentenza *SCA Group Holding BV*.

Qualora le modifiche proposte dovessero entrare in vigore, si potrebbe «aprire la strada» alle istanze di rimborso per gli esercizi nei quali non è stato possibile accedere al consolidato fiscale cd. orizzontale⁴²³.

esclusivamente alla società residente (o alla stabile organizzazione) che le ha prodotte. Qualora venga meno il rapporto di controllo nei riguardi della controllata designata, il consolidato potrà proseguire previa indicazione da parte della controllante estera di una “nuova” designata, purché già parte del consolidato. La nuova controllata designata assumerà le responsabilità proprie della consolidante, fermo restando la responsabilità solidale della precedente controllata designata per i periodi di imposta già oggetto di consolidamento. Queste novità troveranno applicazione dal periodo d’imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

⁴²³ Cfr. art. 38 del 29 settembre 1973, n. 602.

CAPITOLO V

RISULTATI E PROSPETTIVE

Nel presente lavoro il tema della fiscalità delle perdite transnazionali è stato affrontato in tre distinte fasi. Nella prima, è stata svolta un'analisi comparata sul trattamento fiscale delle perdite maturate da persone giuridiche nell'ordinamento britannico, tedesco, francese, spagnolo e italiano. Nella seconda fase, sono stati valutati gli effetti delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sulle perdite. Nella terza fase, è stato affrontato il tema delle perdite transfrontaliere in chiave europea. Appurata la centralità della questione per la realizzazione del Mercato unico, sono stati esaminati i tentativi promossi in sede comunitaria per risolvere il problema della mancata circolazione delle perdite transfrontaliere. Riscontrata l'assenza di qualsiasi riferimento normativo, si è fatto riferimento alla giurisprudenza comunitaria. Il ruolo della Corte di Giustizia è stato infatti determinante. Con la propria opera interpretativa, i giudici comunitari hanno fatto ricorso ai principi generali del Trattato come orientamento per fornire le linee guida della disciplina nazionale e limitare le restrizioni rispetto alla rilevanza fiscale delle perdite transfrontaliere. E' infatti assolutamente pacifico come la conformità con il diritto comunitario dei regimi nazionali sulle perdite vada apprezzata alla stregua della libertà di stabilimento⁴²⁴.

5.1. Le perdite nella tassazione di gruppo: concorrenza fiscale vs. libertà di stabilimento

Dalla disamina comparata svolta nel primo capitolo, è emerso come le regole che contraddistinguono il riporto delle perdite, in orizzontale, in verticale, possono divergere tra i vari Stati membri. Al contempo, si è rilevata una prospettiva condivisa da parte di tutti gli Stati membri presi in considerazione: seppur con determinate limitazioni, tutti gli ordinamenti esaminati prevedono solo compensazioni cd.

⁴²⁴ Cfr. *Marks & Spencer*, cit., punto 30; *Lidl. Belgium*, cit., punto 18; CGE del 25 febbraio 2010, C-337/08, *X Holding*, punto 17; CGE del 6 settembre 2012, C-18/11, *Philips Electronics UK*, punto 12; CGE del 21 febbraio 2013, C-123/11, *A Oy*, punto 30.

intrasoggettive delle perdite. Anche se riferibili a diversi periodi di imposta, le perdite vengono imputate ed attribuite al soggetto che le ha generate.

Di riflesso, gli Stati membri concordano nel negare le cd. compensazioni intersoggettive, ovverosia le compensazioni di utili e perdite tra soggetti differenti⁴²⁵.

In tale contesto, i regimi di consolidamento rappresentano una deroga alla regola generale della compensazione monosoggettiva delle perdite, che, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia viene definita come un «vantaggio fiscale»⁴²⁶. Solo mediante tali discipline è possibile conseguire una compensazione di utili e perdite tra differenti società appartenenti ad un gruppo, ottenendo un'imposizione su base aggregata.

L'introduzione di tali discipline la si ritrova nella necessità di garantire la neutralità fiscale del gruppo nel suo complesso. Così, un gruppo che si trovasse in una situazione complessiva di perdita, non sarebbe costretto a versare le imposte per quelle sole società, ad esso appartenenti, che presentino un utile. Da ciò deriverebbe una problematica in termini di *cash flow* per il gruppo.

Tale necessità è però prevista solo a livello interno. Salvo casi particolari, gli Stati membri hanno previsto un perimetro di consolidamento nazionale, richiedendo, quale presupposto soggettivo, un requisito di carattere territoriale⁴²⁷.

Alla regola generale fanno eccezione il Regno Unito e l'Italia. Tali ordinamenti hanno previsto un modello di consolidamento su base allargata, anche se lo hanno condizionato a requisiti piuttosto stringenti.

A seguito dell'ormai nota sentenza *Marks & Spencer*, il legislatore britannico ha previsto che il *group relief* possa valere anche per le perdite realizzate da una controllata residente in qualsiasi Paese membro. Si deve però trattare di *final losses*, ovverosia di perdite che non possono più essere utilizzate al di fuori del Regno Unito.

L'ordinamento italiano prevede una disciplina per il consolidamento mondiale,

⁴²⁵ In tal senso, C. GARBARINO, *Riporto delle perdite ed elusione*, cit., p. 930 ss.

⁴²⁶ *Ex multis*, CGE C-446/03, *Marks & Spencer*, cit., punto 32; CGE C-414/06, *Lidl Belgium*, cit. punto 24; CGE del 31 aprile 2014, C-89/12, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd*, punto 19.

⁴²⁷ Salva la possibilità di ammettere (in qualità di consolidante) una società estera con stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

caratterizzato però da notevoli difficoltà applicative e da stringenti condizioni “di ingresso”.

Dalla disamina comparata dei modelli di consolidamento nazionale emergono diversità nelle soluzioni di gruppo adottate, con la caratteristica comune di non consentire, o di rendere particolarmente difficoltosa, la compensazione degli utili delle società residenti con perdite maturate da società estere.

In relazione all’obiettivo prioritario cui l’imposizione di gruppo tende, la possibilità di compensare utili e perdite tra le società componenti, si rilevano pertanto forti restrizioni cui è soggetta la compensazione transfrontaliera delle perdite.

I diversi Stati membri hanno introdotto regimi generosi nell’accogliere utili e perdite ma ne hanno limitato l’accesso ai soli soggetti residenti, in modo da garantire forza attrattiva d’insediamenti e di capitale nel territorio nazionale.

E’ quindi un interesse fiscale concorrenziale che accomuna le scelte interne volte a differenziare il regime dei soggetti non residenti. Nella stessa prospettiva va vista la decisione di massimizzare la tassazione territoriale limitando l’importazione delle perdite.

Nell’ottica di ogni singolo Stato membro, concedere la compensazione transfrontaliera dei redditi, ovvero sia l’abbattimento dei redditi nazionali mediante l’assorbimento di perdite realizzate da soggetti non residenti, significa rinunciare ad imposte prelevabili.

Il risultato è discriminatorio, con conseguente alterazione delle posizioni concorrenziali. L’applicazione del principio di territorialità, come regola categorica per la compensazione delle perdite, ha come effetto quello di disincentivare i soggetti economici ad insediarsi oltre i confini nazionali. Senza la circolazione delle perdite, i gruppi multinazionali subirebbero infatti una tassazione al lordo.

Gli Stati membri giustificano tale discriminazione alla luce della riserva di competenza tributaria ad essi riconosciuta dall’ordinamento europeo in materia delle imposte dirette. Tale competenza ha fatto sì che gli Stati membri, liberi di definire la

configurazione e l'organizzazione del proprio sistema fiscale, abbiano ripartito tra di loro il potere impositivo.

5.2. Il diritto tributario internazionale e la ripartizione dei redditi di stabili organizzazioni e filiali

Nel primo capitolo si è appurato come il problema della mancata circolazione transfrontaliera delle perdite non possa essere risolto a livello nazionale. Gli Stati membri sono ancora troppo determinati nel difendere i propri interessi erariali. Nel secondo capitolo ci si è pertanto rivolti al diritto internazionale tributario, per verificare se le Convenzioni possano incidere positivamente sul trattamento fiscale delle perdite estere⁴²⁸. Sono stati quindi valutati gli effetti delle Convenzioni sul riporto delle perdite transfrontaliere.

Dalla disamina è emerso che laddove sia previsto il meccanismo del credito d'imposta come metodo per evitare la doppia imposizione, le perdite maturate dalle stabili organizzazioni possono essere sempre dedotte dal reddito della casa madre.

Per gli Stati che invece contemplano il meccanismo dell'esenzione, non esiste uniformità nel trattamento delle perdite originate da stabili organizzazioni estere. Può così accadere che, simmetricamente a quanto avviene per gli utili, le perdite restino confinate nel solo Stato in cui ha sede la stabile organizzazione, viceversa, le perdite possono essere svincolate dal meccanismo dell'esenzione, laddove i singoli Stati ammettono la relativa deduzione in capo alla casa madre.

Le perdite delle filiali estere non possono essere dedotte dal reddito della società controllante, salvo il caso del consolidato mondiale. Anche qui, però, come visto nel primo capitolo, sussistono diversi limiti alla deduzione delle perdite subite dalle controllate estere. L'opzione per tale regime è infatti condizionata alla sussistenza di

⁴²⁸ Non menzionata nel Modello Ocse, la tematica delle perdite viene semplicemente "toccata" nel relativo Commentario in cui la relativa allocazione viene rimandata, oltre che alla disciplina delle legislazioni interne dei singoli Stati, ad eventuali specifiche disposizioni contenute nelle Convenzioni bilaterali. Nel Commentario viene infatti rilevata la disomogeneità dei sistemi fiscali nazionali, dalla quale consegue una certa perplessità ad adottare una soluzione univoca che vincoli gli Stati a tenere conto delle predite transnazionali, ovvero ad escluderne completamente la compensabilità con gli utili prodotti da soggetti residenti. Così, P. STIZZA, *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario*, cit., p. 164.

requisiti talmente specifici e gravosi da renderne impossibile l'accesso. Inoltre, a livello convenzionale, esistono pochi accordi bilaterali sulla compensazione transfrontaliera delle perdite tra società controllate e capogruppo⁴²⁹.

Senonché, la scelta per una determinata forma giuridica, anche se dovrebbe essere prioritariamente determinata in base a considerazioni relative al livello di integrazione che si intende raggiungere in un determinato mercato di insediamento, potrebbe essere influenzata da ragioni fiscali, quindi dall'eventualità di dedurre perdite estere.

Peraltro, anche scegliendo la stabile organizzazione come forma giuridica per insediarsi oltre i confini nazionali, la deduzione delle relative perdite potrebbe incontrare alcuni ostacoli, per quegli ordinamenti (come quello italiano) che prevedono la rideterminazione del reddito estero. Data la coesistenza di metodologie per la determinazione del reddito, una perdita della stabile organizzazione potrebbe non risultare tale per lo Stato della casa madre, e, viceversa, il reddito estero, così come rideterminato mediante le regole interne, potrebbe essere inferiore o pari a zero.

La questione viene esaminata nel Commentario al modello Ocse (par. 39), ove si rileva come la differenza di regole per la misurazione del reddito possa determinare una divergenza tra reddito soggetto a tassazione nello Stato della fonte e reddito preso a base per la determinazione del credito accordato nello Stato di residenza della casa madre. La soluzione, lasciata agli ordinamenti interni, è rimasta senza seguito.

Si è quindi concluso che le regole previste nel Modello di Convenzione Ocse non possono certamente rappresentare una soluzione alla (mancata) circolazione transfrontaliera delle perdite, introdotte per impedire la doppia imposizione dei redditi (di segno positivo), queste rappresentano metodi di ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati interessati alle fattispecie imponibili transnazionali⁴³⁰.

⁴²⁹ Si veda Relazione del Parlamento Europeo sul trattamento delle perdite in situazioni transfrontaliere (2007/2144(INI)) del 28.11.2007.

⁴³⁰ Le Convenzioni internazionali non stabiliscono dunque obblighi a carico dei contribuenti, ripartiscono invece la potestà impositiva degli Stati interessati dalle fattispecie imponibili transnazionali. In altre parole, non possono introdurre presupposti di imposta differenti da quelli previsti dagli ordinamenti nazionali ovvero modificare o ampliarne l'estensione. Dunque, le norme convenzionali in materia tributaria sono norme di distribuzione o di delimitazione, cfr. A. FANTOZZI-K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, cit, p. 190.

5.3. La risposta comunitaria al problema delle perdite transfrontaliere

La ricerca svolta in ambito internazionale ha confermato il risultato emerso dalla disamina comparata: attualmente, la competenza tributaria riconosciuta agli Stati membri in materia di imposte dirette, tradotta in termini di equilibrata ripartizione del potere impositivo, prevale sulle ragioni del Mercato.

Consapevole delle conseguenze negative per le imprese multinazionali⁴³¹, la Commissione Europea ha affermato che *«in mancanza di una compensazione transfrontaliera delle perdite, queste sono generalmente compensate solo nei limiti degli utili realizzati negli Stati membri in cui sono effettuati gli investimenti. Ne consegue una distorsione delle decisioni delle imprese sul mercato interno»*. Per tale ragione, sono stati diversi i tentativi promossi in sede comunitaria al fine di *«introdurre sistemi efficaci di compensazione transfrontaliera delle perdite nell'Unione europea»*⁴³².

Tali soluzioni prevedono una disciplina uniforme per le perdite transfrontaliere di filiali e sedi stabili in modo da garantire la relativa circolazione all'interno del Mercato unico; queste sono però rimaste senza seguito a causa della ritrosia degli Stati membri a cedere porzioni della propria sovranità impositiva.

In tale contesto, l'opera interpretativa della Corte di Giustizia è stata determinante. Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario dei diversi regimi di gruppo, la Corte si è trovata a dare un giudizio di prevalenza tra le ragioni nazionali, incentrate sul riparto del potere impositivo, e ragioni comunitarie, volte a garantire l'esercizio della libertà di stabilimento.

5.4. Il ruolo dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo nella giurisprudenza comunitaria: il mantenimento della simmetria tra l'imponibilità degli utili e deducibilità delle perdite

Nelle decisioni della Corte ricorre un percorso argomentativo in base al quale viene anzitutto verificato se la disciplina in questione determini una disparità di

⁴³¹ Comunicazione COM (2001) 582; Comunicazione della Commissione COM (2006) 824; Relazione sul trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere (2007/2144(INI)).

⁴³² Comunicazione della Commissione Com (2006) 824 def.

trattamento tra situazioni “domestiche” e situazioni transnazionali. Appurata una siffatta disparità di trattamento, la Corte prosegue in ossequio alla *rule of reason* a verificare la presenza di motivi imperativi di interesse generale, idonei a giustificare la restrizione.

In tale contesto, l’esigenza di garantire un’equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, intesa nel senso di attribuire a ciascuno Stato membro l’esercizio del suo esclusivo potere impositivo sulle fattispecie rientranti nella propria giurisdizione, ha assunto un particolare rilievo.

In una giurisprudenza costante, la Corte ha infatti affermato che la questione di *come* il potere impositivo venga ripartito fra gli Stati membri incombe agli stessi. In mancanza di disposizioni di armonizzazione a livello dell’Unione, gli Stati membri rimangono competenti a definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri per ripartire il proprio potere impositivo⁴³³.

Quanto alle modalità con cui gli Stati membri possono esercitare e salvaguardare i rispettivi poteri impositivi, emerge come gli Stati membri non debbano riconoscere rilevanza fiscale alle perdite di un’attività tassata non da essi stessi, bensì da un altro Stato membro. Il motivo di giustificazione ha quindi ad oggetto il mantenimento della simmetria tra l’imponibilità degli utili e deducibilità delle perdite⁴³⁴. Il Mercato interno non conferisce ai soggetti passivi la facoltà di scegliere in quale Stato membro debbano essere fiscalmente considerate le loro perdite⁴³⁵. L’idea è che la rilevanza fiscale degli utili e delle perdite di un’attività non possa essere separata.

Chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di consolidare delle controllate non residenti nell’ambito di un regime di consolidamento nazionale come quello del Regno Unito, la Corte ha infatti affermato che laddove si concedesse alle società «*la possibilità di optare per la deducibilità delle loro perdite nello Stato membro in cui sono registrate o in un altro Stato membro*», si otterrebbe l’effetto di «*compromettere sensibilmente un’equilibrata*

⁴³³ Fra tutte, CGE del 29 novembre 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, punto 45.

⁴³⁴ Cfr. sentenza *Philips Electronics*, cit., punto 24.

⁴³⁵ Cfr. Sentenze *X Holding*, cit., punto 29, *A Oy*, cit., punto 43.

ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che le basi imponibili risulterebbero modificate in questi due Stati, in misura corrispondente alle perdite trasferite»⁴³⁶.

Lo stesso orientamento è stato confermato in una successiva giurisprudenza⁴³⁷, in cui la Corte ha affermato che *«la possibilità di includere nell'entità fiscale unica una controllata non residente finirebbe col lasciarle la libertà di scegliere il regime fiscale applicabile alle perdite di tale controllata ed il luogo di imputazione delle stesse»⁴³⁸*. La società controllante potrebbe decidere a proprio piacimento di costituire un'entità fiscale con la propria controllata, e, altrettanto liberamente, di sciogliere tale entità da un anno all'altro, dando luogo a veri e propri fenomeni elusivi.

In sostanza, la Corte ha giustificato gli ordinamenti che non ammettono la compensazione di perdite maturate da società controllate non residenti nell'ambito dei regimi di consolidamento nazionali. Tali perdite devono infatti essere riconosciute entro i confini nazionali, diversamente, potrebbero riscontrarsi fenomeni elusivi o di doppia imposizione.

La questione cambia quando si tratta di perdite maturate da stabili organizzazioni estere. Come confermato dalla Corte, le stabili organizzazioni non sono infatti confrontabili sotto il profilo della ripartizione del potere impositivo alle filiali estere⁴³⁹.

Come visto, le filiali rappresentano persone giuridiche autonome, interamente soggette ad imposizione nello Stato in cui esse hanno la propria sede, le stabili organizzazioni, invece, rimangono soggette alla competenza fiscale dello Stato membro di origine⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Cfr. sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 46.

⁴³⁷ CGE del 25 febbraio 2010, C-337/08, *X Holding*, con commento di P. MINUTOLI, *Utilizzo transfrontaliero delle perdite d'impresa: l'orientamento della Corte di Giustizia*, cit., p. 120 ss.

⁴³⁸ Cfr. *X Holding*, cit., punto 31.

⁴³⁹ CGE del 25 febbraio 2010, C-337/08, *X Holding*, punto 38.

⁴⁴⁰ Ciò corrisponde alle regole di ripartizione dei redditi contenute nel Modello di Convenzione Ocse. In base all'art. 7, in presenza di un'attività d'impresa che presenti elementi di extraterritorialità, la potestà deve essere attribuita in via esclusiva ad uno dei due Stati contraenti e, segnatamente, allo Stato di residenza, ma ciò soltanto nel caso in cui l'impresa non operi nell'altro Stato per il tramite di una stabile organizzazione. In argomento, cfr. A. M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, cit., 2002, pag. 86; G. FRANSONI, *La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni*, cit., 2005, p. 73 ss.

Le perdite di una stabile organizzazione sono considerate perdite della società madre che la detiene, e, in via di principio, possono essere compensate dai redditi di quest'ultima. Ciò dipende dalle regole di diritto convenzionale impiegabili.

Di recente, infatti, la Corte ha affermato che gli Stati membri che assoggettano gli utili delle stabili organizzazioni estere ad imposizione (mediante il meccanismo del credito d'imposta), assimilano queste ultime alle stabili organizzazioni residenti anche per quanto riguarda la deduzione delle perdite⁴⁴¹. Tale principio si risolve nel sostenere che uno Stato membro deve tener conto delle perdite di un'attività estera qualora assoggetti tale attività a tassazione mediante il meccanismo del credito d'imposta. In tal caso, infatti, la ripartizione del potere impositivo viene meno.

Laddove, venga previsto il metodo dell'esenzione, la ripartizione del poter impositivo torna in considerazione. Come gli utili, anche le perdite devono rilevare fiscalmente nello Stato di stabilimento; in presenza di tale meccanismo, le perdite possono essere utilizzate solo a livello territoriale.

Ciò non è che l'espressione del motivo di giustificazione attinente alla salvaguardia della coerenza di un regime fiscale. In forza di quest'ultimo, affinché la restrizione di una libertà fondamentale sia giustificata, occorre un nesso diretto tra un beneficio fiscale e la compensazione di tale beneficio con un determinato prelievo fiscale⁴⁴². Nell'ambito dell'esame di tale motivo di giustificazione, la Corte ha avuto modo di rilevare che sussiste un nesso diretto fra la rilevanza fiscale degli utili e delle perdite di un'attività in uno Stato membro⁴⁴³.

Con riferimento alla disciplina dello Stato di investimento, non è invece possibile richiamarsi all'equilibrata ripartizione del potere impositivo. Questa non viene in alcun modo pregiudicata dalla possibilità di trasferire ad una società residente le perdite realizzate da una stabile organizzazione situata nello stesso Stato membro⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Cfr. *Nordea*, cit., punto 24,

⁴⁴² *Ex multis*, sentenza *Papillon*, cit., punto 44.

⁴⁴³ Sentenza *K*, cit., punto 69.

⁴⁴⁴ Cfr. caso *Philips*, cit., punti 25-27.

La Corte ha affermato che stabili organizzazioni di soggetti non residenti e società controllate residenti si trovano in situazioni comparabili, di conseguenza, devono avere pari accesso al regime di tassazione di gruppo.

Le perdite attribuibili ad una stabile organizzazione di un soggetto non residente possono dunque essere utilizzate in compensazione nello Stato di stabilimento, diversamente, si determinerebbe una discriminazione a danno dei soggetti non residenti. Per loro, sarebbe infatti meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento tramite la creazione di una succursale nel paese di destinazione⁴⁴⁵.

La Corte ha ritenuto comparabili a situazioni puramente interne anche le situazioni di una società controllante che controlla la propria controllata indiretta residente per il tramite di controllate intermedie residenti in un altro Stato membro⁴⁴⁶, e, di due società sorelle residenti nel medesimo Stato ma controllate da una società non residente.

In altre parole, la Corte ha affermato l'incompatibilità delle normative che impediscono il consolidamento di gruppo (quindi delle perdite di gruppo), data la presenza di una controllante o di una controllata intermedia. La libertà di stabilimento consiste infatti nell'obbligo per lo Stato ospitante di garantire alla società che ha esercitato tale libertà il «*beneficio del trattamento nazionale*», indipendentemente dalla presenza di società residenti in altri Stati membri, o in Stati terzi⁴⁴⁷, nella catena di controllo.

Tali situazioni non sono caratterizzate dal trasferimento transfrontaliero di redditi, pertanto non è possibile richiamarsi all'equilibrata ripartizione del potere impositivo.

5.5. La regola delle *final losses*: il complicato equilibrio tra territorialità dell'imposizione e libertà di stabilimento

⁴⁴⁵ Cfr. Caso *Philips*, cit., punto 19.

⁴⁴⁶ Cfr. caso *Papillon*, cit. punto 30, caso *Sca Holding*, cit., punto 31.

⁴⁴⁷ Cfr. caso *Felixstowe Dock and Railway Company*, cit.

Le sentenze in tema di perdite transfrontaliere si sono rivelate fortemente condizionate dalle circostanze del caso concreto e dall'apprezzamento del grado di proporzionalità delle norme nazionali nella compressione dei valori comunitari. Quando giustificata dalla ripartizione del potere impositivo, o da altri obiettivi di carattere generale, una disciplina deve essere comunque proporzionata rispetto agli scopi perseguiti.

Tra le decisioni aventi ad oggetto il riconoscimento di perdite estere, la sentenza *Marks & Spencer* è sicuramente la più nota, tanto che viene considerata *leading case* per ciò che concerne la circolazione transfrontaliera delle perdite.

Chiamata a pronunciarsi sull'esclusione dal regime di consolidamento britannico delle controllate non residenti, la Corte di Giustizia, ha identificato per la prima volta la tutela della ripartizione del potere impositivo quale motivo imperativo di interesse generale, per mezzo del quale si rende necessaria «l'applicazione, alle attività economiche delle società residenti in uno degli Stati, delle sole norme tributarie di quest'ultimo, per quanto riguarda tanto i profitti quanto le perdite»⁴⁴⁸.

Così facendo, i giudici comunitari hanno riconosciuto il mancato riconoscimento delle perdite estere meritevole di tutela in virtù dell'esigenza di garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, ma non hanno mancato di considerare la medesima disciplina non proporzionata rispetto allo scopo da essa perseguito.

Questa è stata infatti dichiarata contraria alla libertà di stabilimento in quanto non prendeva in considerazione che, nel caso specifico, le società controllate estere avessero ormai esaurito, nel proprio Stato di residenza, il diritto di utilizzare le perdite prodotte. Di conseguenza, una loro imputazione alla controllante situata in un altro Stato membro doveva essere riconosciuta poiché essa non avrebbe mai potuto dare luogo ad un doppio utilizzo delle perdite.

La Corte ha quindi introdotto il concetto delle *final losses* affermando che la

⁴⁴⁸ Cfr. sentenza *Marks & Spencer*, cit., punto 45.

misura restrittiva prevista dalla disciplina britannica risultava eccessiva rispetto a quanto necessario per il perseguimento degli obiettivi perseguiti in una situazione in cui «*la controllata non residente non abbia in assoluto o abbia esaurito la possibilità di far valere le perdite nel suo Stato di residenza, trasferendole a terzi o scomputandole dagli utili degli anni successivi*».

Quella delle *final losses* rimane comunque un'eccezione, valida per le perdite che non sono state, né potranno essere, in futuro, dedotte nel rispettivo Stato di residenza. In via generale, le perdite rimangono nella competenza dello Stato in cui sono maturate (ovverosia nello Stato di residenza). Solo sussidiariamente, in presenza di *final losses*, le perdite possono essere fatte valere nello Stato della società controllante.

Tale regola trova spazio sia per le perdite realizzate da controllate non residenti che per le perdite realizzate da stabili organizzazioni estere. Di queste ultime si deve sempre tener conto quando si assoggetta a tassazione l'attività estera mediante il meccanismo del credito d'imposta. Laddove venga previsto il metodo dell'esenzione, le perdite, in via generale, vengono valorizzate a livello territoriale. In presenza di *final losses*, però la tutela della territorialità cede rendendo necessaria quale *extrema ratio* la considerazione delle perdite nello Stato della casa madre⁴⁴⁹.

5.6. Considerazioni in merito alla regola delle *final losses* e relativi effetti sui regimi interni di consolidamento

La regola delle *final losses* postula la necessità di una non agevole verifica, da effettuarsi caso per caso, in ordine alla definitività delle perdite nella giurisdizione fiscale della società controllata estera. Spetta alla controllante dimostrare che la controllata è impossibilitata a far valere le perdite nello Stato di residenza. Tale prova deve riguardare esclusivamente ragioni di fatto, dalle quali sia desumibile l'assenza di redditi imponibili da cui dedurre le perdite.

Da qui, emergono alcune perplessità. Anzitutto, la Corte ha affermato come la definitività delle perdite non possa essere subordinata alla presenza di eventuali limiti

⁴⁴⁹ In tal senso, G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, cit., p. 1486 ss.

temporali al riporto in avanti o indietro delle stesse. Ciascuno Stato non è tenuto a prendere in considerazione le conseguenze sfavorevoli dipendenti dalle specificità della normativa di un altro Stato.

Allo stesso tempo, però, ammettere la regola delle *final losses*, e quindi la compensazione delle perdite transfrontaliere, non significa altro che invadere la riserva di competenza tributaria attribuita ad ognuno degli Stati membri. Allora perché distinguere le *legal reasons* dalle *de facto reasons*?

In presenza di limiti temporali, decorso il termine per il riporto, l'utilizzo delle perdite viene impedito. Ai fini della definitività delle perdite, ci si domanda che cosa contraddistingua questa situazione da quella citata come esempio dalla Corte, ovvero sia il caso in cui la controllata non residente abbia «cessato le proprie attività commerciali cedendo o eliminando tutti i propri attivi produttivi di ricavi». In entrambe le circostanze le perdite non sono più utilizzabili nello Stato in cui hanno avuto origine.

Un'ulteriore perplessità è quella legata al limite temporale del giudizio di definitività delle perdite, dal momento che può riguardare le perdite di un solo esercizio fiscale.

Nella sentenza *Marks & Spencer II*, la disciplina del Regno Unito è stata giudicata compatibile con il diritto comunitario anche se prevede la dimostrazione della definitività delle perdite al termine dell'esercizio fiscale nel corso del quale esse sono maturate. Per quale ragione le perdite maturate negli esercizi precedenti non vengono prese in considerazione? Si tratta di perdite che non trovano alcun utilizzo, e che pertanto potrebbero essere anch'esse ricomprese nella definizione di *final losses* così come delineata dalla Corte di Giustizia.

L'intento che ha perseguito la Corte introducendo il concetto di *final losses* è senz'altro meritevole, corrisponde alla volontà di superare il principio di territorialità come regola generale per la compensazione delle perdite. Nondimeno, l'ambito di applicazione e il significato dell'eccezione *Marks & Spencer* rimangono poco chiari. Si tratta di una regola che può trovare giustificazione come soluzione temporanea, in

attesa di una corretta e puntuale valorizzazione delle perdite nel riparto delle responsabilità tra Stato della fonte e Stato della residenza. A tal fine è necessario che gli Stati s'impegnino a perseguire una tendenziale uniformità nel trattamento e nei criteri di determinazione delle perdite. Solo così è possibile assicurare il corretto funzionamento del mercato interno, conseguendo la piena neutralità nei modelli organizzativi e d'insediamento.

Nel frattempo, la regola delle *final losses* vale per tutti gli ordinamenti che ammettono il consolidato entro il solo perimetro nazionale impedendo di fatto la circolazione transfrontaliera delle perdite.

Ma, come visto nel primo capitolo, l'ordinamento italiano prevede un modello di consolidamento dei redditi su base nazionale, e, al contempo, un modello di consolidamento dei redditi su base mondiale.

L'esclusione delle controllate non residenti dal consolidato nazionale fa sì che le relative perdite non possano essere computate nel reddito di gruppo.

Si dubita però che dalla mancata considerazione di tali perdite consegua la possibilità di invocare l'eccezione delle *final losses*. L'esclusione espressa per le controllate non residenti si giustifica con l'esigenza di rendere efficace l'alternativa del consolidato mondiale⁴⁵⁰. In seguito all'esercizio dell'opzione per il consolidato mondiale, le perdite delle controllate possono essere imputate dalla consolidante mondiale *pro-quota*, in proporzione alla quota di partecipazione al capitale delle controllate non residenti, eventualmente demoltiplicata⁴⁵¹.

L'imputazione *pro-quota* è giustificabile dalla circostanza che l'ordinamento italiano non esercita alcuna potestà impositiva sulle controllate non residenti.

L'ordinamento italiano consente l'imputazione delle perdite estere in capo alla controllante residente per quanto di sua competenza. Non verificandosi problemi legati

⁴⁵⁰ In tal senso, A. DI PIETRO, *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, cit., p. 599 ss.

⁴⁵¹ Nel caso del consolidato nazionale l'imputazione è invece integrale. Su tale differenza di trattamento, unitamente ad altre, fondamentalmente legate ai requisiti per l'accesso, è intervenuta la più autorevole dottrina rilevando alcuni profili di possibile incompatibilità con il diritto comunitario.

alla mancata circolazione transfrontaliera delle perdite, la regola delle *final losses* non trova spazio all'interno della disciplina interna.

L'introduzione della regola delle perdite finali è invece indirizzata a tutti quegli ordinamenti, come quello del Regno Unito, che prevedono la sola compensazione territoriale delle perdite. Del resto, la maggior parte degli Stati membri, pur con modalità differenti, prevede regimi di consolidamento legati alla residenza nel territorio⁴⁵². In tali situazioni, la circolazione transfrontaliera delle perdite è resa ammissibile dalla sussistenza delle *final losses*.

5.7. Conclusioni

Il lavoro di «ravvicinamento»⁴⁵³ svolto dalla Corte di Giustizia è di assoluto rilievo, ad esso si deve l'eliminazione di taluni degli ostacoli fiscali alla creazione di un Mercato unico.

Lo testimonia il fatto che, la recente sentenza in cui la Corte si è pronunciata sull'incompatibilità dei regimi di gruppo dei Paesi Bassi, ponendo in evidenza analoghe violazioni del Trattato da parte dell'ordinamento italiano, ha immediatamente influenzato quest'ultimo. Con il recente schema di Decreto Legislativo sull'internazionalizzazione⁴⁵⁴, il Legislatore italiano ha infatti adeguato il nostro ordinamento ai principi contenuti nella sentenza della Corte di Giustizia cause riunite C-39/13, C-40/13 e C-41/13, del 12 giugno 2014.

L'art. 6 dello Schema di decreto va infatti a modificare l'art. 117 del Tuir ammettendo il consolidato fiscale nazionale anche tra due o più società ("sorelle") controllate da una società non residente, anche senza stabile organizzazione in Italia, purché la società controllante sia residente in un Paese Ue o dello Spazio economico

⁴⁵² Nella relazione governativa al D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 ("Relazione allo schema di Decreto Legislativo recante riforma dell'imposizione sul reddito delle società in attuazione dell'articolo 4, lettere da a) ad o), della legge 7 aprile 2003, n. 80") che ha introdotto all'interno del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, in aggiunta al consolidato nazionale, il consolidato mondiale, si legge infatti che, al momento dell'emanazione del decreto, in ambito europeo il metodo di consolidamento dei redditi a livello mondiale, viene esplicitamente previsto solo dalla Danimarca e dalla Francia.

⁴⁵³ Così, C. RICCI, *La tassazione consolidata dei gruppi di società. Studi Preliminari*, cit., p. 233.

⁴⁵⁴ A.S. n. 161. Schema di Decreto Legislativo recante misure per la crescita e la internazionalizzazione delle imprese (Parere ai sensi degli articoli 1 e 12 della legge 11 marzo 2014, n. 23). Lo schema di decreto legislativo è stato trasmesso dal Governo al Senato il 29 aprile 2015.

europeo con il quale esiste un accordo su un effettivo scambio di informazioni⁴⁵⁵

E' del tutto evidente, quindi, come gli Stati membri abbiano riconosciuto la supremazia dei principi comunitari, così come interpretati dalla Corte di Giustizia, nel senso di eliminare gli ostacoli al buon funzionamento del Mercato unico.

Tuttavia, il lavoro di ravvicinamento svolto dalla Corte di Giustizia, sebbene abbia contribuito ad eliminare taluni degli ostacoli fiscali alla creazione del Mercato unico, non si è rivelato del tutto risolutivo a risolvere il problema della circolazione transfrontaliera delle perdite.

Con l'eccezione delle *final losses*, la Corte ha introdotto un criterio di «precedenza territoriale» nello scomputo delle perdite: queste devono prioritariamente essere fatte valere nello Stato in cui sono maturate (ovverosia nello Stato di residenza), e, solo subsidiariamente, nello Stato della capogruppo⁴⁵⁶; la Corte non è però riuscita ad affermare la circolazione transfrontaliera delle perdite transfrontaliere. Le ragioni vanno ricercate nella carenza di potestà impositiva degli Stati nei confronti dei non residenti.

Nella sentenza *Marks & Spencer*, la Corte ha evidenziato i limiti del processo di integrazione, che vede affidato essenzialmente alla giurisprudenza comunitaria il compito di eliminare le distorsioni e gli ostacoli al buon funzionamento del Mercato interno, ma che non può invadere le competenze esercitate dagli Stati membri. Questi rimangono «liberi di definire la configurazione e l'organizzazione del proprio sistema fiscale, nonché di stabilire la necessità di ripartire tra loro il potere impositivo»⁴⁵⁷.

I principi comunitari contenuti nel Trattato non arrivano dunque a prevalere sulla ripartizione del potere impositivo. La Corte non ha potuto precludere agli Stati membri la possibilità di prevedere regimi che restringono il perimetro di consolidamento ai soli

⁴⁵⁵ Attualmente, ai fini del consolidato nazionale, la società controllante deve essere residente in Italia e, nel caso di una controllante estera (residente in un Paese con accordo per evitare la doppia imposizione), essa deve esercitare in Italia un'attività d'impresa attraverso la stabile organizzazione nel cui patrimonio sia compresa la partecipazione in ciascuna società controllata italiana. Proprio tale limitazione è stata considerata in contrasto con la libertà di stabilimento nelle sentenze della Corte di Giustizia, *SCA Group Holding BV*, cit.

⁴⁵⁶ D. STEVANATO, *Libertà di stabilimento e consolidato fiscale "europeo"*, cit., p. 289 ss.

⁴⁵⁷ Cfr. Punto 23 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro presentate il 7 aprile 2005.

confini nazionali, ma, con un ammirevole intento *pro* Mercato ha tentato di garantire la circolazione transfrontaliera delle perdite (almeno) nell'ipotesi di *final losses*.

Per risolvere alla radice il problema delle perdite transfrontaliere, sono quindi necessarie regole di determinazione del reddito armonizzate che prevedano meccanismi di consolidamento a livello europeo. Si rende pertanto indispensabile un approccio politico europeo. Solo così è possibile eliminare gli ostacoli transfrontalieri alla compensazione delle perdite. Solo un regime d'imposizione per i gruppi europei riuscirebbe a risolvere una volta per tutte il problema della compatibilità comunitaria dei regimi nazionali di tassazione consolidata.

I paesi europei non possono più essere messi nelle condizioni di poter invocare l'equilibrata ripartizione del potere impositivo, devono invece essere soggetti ad imposizione secondo formule di ripartizione del reddito concordate. In tal modo, gli Stati non avrebbero più occasione di lottare per sottrarsi reciprocamente basi imponibili, dovendo sostituire la competizione interna con la competizione collettiva⁴⁵⁸.

In tale contesto la *CCCTB* parrebbe la soluzione ideale. Tale modello consentirebbe infatti di superare la differenze nella determinazione del reddito previste dagli ordinamenti interni mediante la determinazione di un imponibile consolidato secondo regole uniformi condivise da tutti gli Stati membri, con una profonda limitazione dei poteri impositivi degli Stati membri.

La compensazione di utili e perdite transnazionali sarebbe finalmente possibile, senza la necessità di dimostrare la presenza di *final losses*, e, senza distinguere tra perdite maturate da filiali o sedi stabili.

Anche se la fase di stallo che ha caratterizzato i negoziati sulla proposta del 2011 della Commissione europea relativa alla *CCCTB* è durata diversi anni, esiste tuttora un consenso generale sulla necessità di riprenderli, dati i notevoli vantaggi che la *CCCTB* offre. Consapevole di ciò, la Commissione ha appena presentato un piano d'azione per una profonda riforma della tassazione societaria nell'Unione europea, anche per

⁴⁵⁸ In tal senso, S. BIASCO, *I danni della concorrenza fiscale in Europa*, Rass. Trib., 2015, p. 119 ss.

rilanciare la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, come soluzione globale per la riforma della tassazione societaria⁴⁵⁹.

Inizieranno quindi a breve i lavori per elaborare una nuova proposta sull'introduzione di una *CCCTB*⁴⁶⁰, questa volta obbligatoria (non più opzionale), che verrà presentata nel 2016.

Per gli Stati membri si tratterà di decidere, se far prevalere ancora l'interesse finanziario interno, o, se decidere di eliminare, nel lungo termine, molti degli ostacoli alla tassazione societaria che le società europee incontrano nell'operare nel Mercato unico europeo, tra cui la compensazione delle perdite transfrontaliere.

Si auspica che siano le ragioni del Mercato interno a prevalere, in quanto *«l'immediato consolidamento dei profitti e delle perdite ai fini del calcolo delle basi imponibili a livello UE è un passo avanti per ridurre la sovratassazione in situazioni transfrontaliere e garantire una maggiore neutralità fiscale tra attività puramente nazionali e attività transfrontaliere, così da sfruttare maggiormente il potenziale del mercato interno»*⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ La Commissione Europea ha infatti presentato il 17 giugno 2015 un piano d'azione.

⁴⁶⁰ La Commissione presenterà questa nuova proposta, appena possibile, nel 2016.

⁴⁶¹ Cfr. Proposta di Direttiva COM(2011) 121 del 16 marzo 2011.

Indice bibliografico

Dottrina

AA.VV. *Lo Stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, vol. I e II, coordinato da A. Di Pietro, Roma, 2003.

V. R. ALMENDRAL, *An Ever Different Distant Union: The Cross-Border loss Relief Cunundrum in EU Law*, in *Intertax*, 10, 2010.

B. ALOISI-P. CARABELLESE, *Il consolidato fiscale in Germania, Olanda, Spagna e Regno Unito*, in *Corr. Trib.*, 45, 2002.

R. AMANN, *Summary of Changes in German International Tax Law in 2003*, in *Intertax*, 2003.

F. AMATUCCI, *Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997.

F. AMATUCCI, *Potenziali violazioni del principio di non discriminazione comunitario da parte di alcune norme sancite dalla delega per la riforma del sistema fiscale*, in *Profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi delle società*, a cura di G. Marino, Milano, 2004.

L. ANDERSON, *Taxation of UK Branches of Non-UK Companies*, in *European Taxation*, 2003.

M. ANDRIOLA, *Limiti al "commercio delle perdite" nel passaggio dall'Irpeg all'Ires: stabilità e mutamento delle strategie di pianificazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2005.

M. AUJEAN, *Le fonti europee e la loro efficacia in materia tributaria*, in *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008.

J.F. AVERY JONES-D.A. WARD, *Agents as Permanent Establishment under the OECD Model Tax Conventions*, *European Taxation*, 1993.

V. AVI YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge University Press, 2007.

M. BALDWIN, *Fixed, business and permanent establishments*, in *The Tax Journal*, n. 400, Aprile 1997.

- M. BASILAVECCHIA, *La nuova "imposta sul reddito delle società" (Ires)*, in *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, a cura di F. Tesauro, Bologna, 2007.
- R.R. BAXTER, *Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law*, in *British Year Book of International Law*, 1965-66.
- H. BECKER, *The Determination of Income of a Permanent Establishment or Branch*, in *Intertax*, 1989.
- M. BEGHIN, *Le opportunità del consolidato nazionale nella nuova imposta sulle società*, in *Corr. Trib.*, 2003.
- M. BEGHIN, *Note minime a proposito dell'interpello "obbligatorio" nella disciplina del "consolidato mondiale"*, in *Boll. Trib.*, 2003.
- M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, in *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, a cura di F. Tesauro, Bologna, 2007.
- M. BEGHIN, *L'accertamento di un maggior reddito d'impresa in presenza di perdite fiscali inutilizzate, l'irrogazione delle sanzioni tributarie e l'imposta "double-face"*, in *Riv. Dir. Trib.*, II, 2012.
- G. BELTRAMELLI, *Il sottile confine tra lecito riporto delle perdite ed elusione tributaria nelle fusioni: una questione di preponderanza dei vantaggi*, *Giur. Imp.*, 2013.
- G. BELTRAMELLI, *Fusioni transfrontaliere e compensazioni delle perdite: è ancora una questione di final losses*, in *Giur. Imp.*, I, 2014.
- S. BIASCO, *I danni della concorrenza fiscale in Europa*, *Rass. Trib.*, 2015.
- D. BIRK, *Diritto tributario tedesco*, traduzione a cura di E. De Mita, Milano, 2006.
- G. BIZIOLI, *Il rapporto tra libertà di stabilimento e principio di non discriminazione in materia fiscale: una applicazione nel recente caso Imperial Chemical Industries*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999.
- G. BIZIOLI-M. GRANDINETTI, *Imposizione dei gruppi di società e riporto delle perdite: la legittimità della legislazione inglese con la libertà di stabilimento*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2003.
- G. BIZIOLI, *Aporie e contraddizioni della giurisprudenza europea in materia di exit taxation*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 3, 2014.

V. BORGEOIS-VON FRENKELL, *Relation to Tax Payers outside the Group*, in AA.VV. *Common Consolidated Corporate Tax Based*, a cura di M. Lang – P. Pistone – J. Schuch-C. Staringer, Vienna, 2008.

J.A. BORRAT – A. BASSIÈRE, *France*, in *Cahiers de droit fiscal international*, Group Taxation, in vol. 89 b, 2005.

F. BOSCHI, *Libertà di stabilimento e libera circolazione delle “perdite” infragruppo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, 2010.

Y. BRAUNER-A. P. DOURADO-E. TRAVERSA, *Ten Years of Marks & Spencer*, in *Intertax*, 2015.

J. CALLEJA BORG, *Non exhausted Losses and the Merger Directive: What it Fails to Say*, in *Intertax*, 11, 2011.

D. CANÈ, *La proposta di direttiva per una CCCTB: una analisi per principi*, *Rass. Trib.*, 6, 2012.

F. CAR, *Cross-border losses*, in *Irish Tax Review*, vol. XXII, 2009.

A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, V, *Dir. Prat. Trib.*, 2014.

P.I. CARDELLA, *la disciplina delle perdite nelle operazioni straordinarie e nei regimi di tassazione per trasparenza e su base consolidata*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, a cura di E. Della Valle – V. Ficari G. Marini, Torino, 2009.

A. CORDEWENER M. DAHLBERG, P. PISTONE, E. REIMER, C. ROMANO, *The tax treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way ahead*, in *European Taxation*, 2004.

A. CRAZZOLARA, *Il metodo dell’esonazione e le perdite della stabile organizzazione a fronte dei principi di diritto europeo in particolare con riferimento alle sentenze Lidl Belgium e Krankenhaus Ruhesitz Wannsee*, in *Dir. Prat. Trib. Internaz.*, 2011.

F. CROVATO, *Riporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, in AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d’impresa*, Milano, 2002.

F. CROVATO, *L’imputazione a periodo nelle imposte sui redditi. La pianificazione fiscale del contribuente tra competenza, cassa, e pluriennalità*, Padova, 1996.

G. C. CROXATTO, *Le norme di diritto internazionale tributario*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, vol. II, Milano, 1989.

F. DAMI, *Un nuovo (ed interessante) intervento della corte di giustizia su libertà di stabilimento e regimi di consolidamento fiscale*, in Riv. Dir. Trib., IV, 2009.

F. DAMI, *I rapporti di gruppo nel diritto tributario*, Milano, 2011.

E DE MITA, *Principi di diritto tributario*, Milano, 2011.

B. DENORA, Nota di commento in *Giurisprudenza delle Imposte*, 2015.

C. DE PIETRO, *Exit tax societaria e le garanzie della proporzionalità: una questione rimessa agli stati membri*, in Rass. Trib., 2012.

C. DEGLI ABBATI, *La tassazione del reddito delle società di capitali negli Stati membri della Comunità economica europea*, Padova, 1973.

A. DEIDDA, *Stabili organizzazioni e controllate UE. La normativa italiana contrasta con il diritto comunitario*, in *Fiscalità Int.*, 2, 2008.

E. DELLA VALLE, *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer*, in Rass. trib., 2006.

E. DELLA VALLE, *La nuova fiscalità cross-border per le imprese e gli investitori*, in *Il fisco*, 20, 2015.

A. DI PIETRO, *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, in Riv. Dir. Trib., 5, 2004.

A. DI PIETRO, *Per una costituzione fiscale europea*, Padova, 2008.

A. DI PIETRO, *Giusto processo, giustizia tributaria e giurisprudenza comunitaria*, in Rass. Trib., 2, 2013.

T. DI TANNO, *Le direttive comunitarie sulla fiscalità delle imprese: stato di emanazione e di attuazione*, in Riv. Dir. Trib. I, 1993.

H.M. ECKSTEIN, *Germany*, in *Cahiers de droit fiscal international, Group Taxation*, vol. 89 b, 2005.

L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1940,

A. FANTOZZI, *L'ordinamento tributario della Repubblica federale tedesca*, vol. XXXIII dei Quaderni dell'Associazione fra le società italiane per azioni, Roma, 1965.

- A. FANTOZZI, K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, in Dig. disc. Priv., sez. comm., V, 1990.
- A. FANTOZZI, *La stabile organizzazione*, in Riv. Dir. Trib., 2, 2013.
- A. FANTOZZI, F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, Padova, 2014.
- L.M. FARGAS MAS, *Consequences of the Implementation of the CCCTB Regime on EU Member States Tax Collection: Will CCCTB Have a Dramatic or Only a Severe Effect on Public Finances?*, in Intertax, 38, 2010.
- V. FICARI, *Prime osservazioni sul programma imprenditoriale di gruppo e "consolidato fiscale" nel disegno di legge delega per la riforma tributaria*, in Boll. Trib., 2003.
- V. FICARI, *Profili applicativi e questioni sistematiche sull'imposizione "per trasparenza" delle società di capitali*, in Rass. Trib., 2005.
- V. FICARI, *Gruppo d'impresa e consolidato fiscale all'indomani della riforma tributaria*, in Rass. Trib., 2005.
- G. FRANSONI, *La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni*, in Rass. Trib., 2005.
- G. FRANSONI, *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite*, in Riv. Dir. Trib., 7-8, 2008.
- A. M. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, in Rass. trib., 2002.
- G. GAFFURI, *Il consolidato domestico nella disciplina dell'imposta riformata sulle società*, in Tributi impresa, 2004.
- F. GALGANO, *Qual è l'oggetto della Holding*, in Contr. e Impr., 1986.
- F. GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale, III, L'impresa e le società*, Bologna, 1990.
- F. GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in Contr. e Impr. 1990.
- F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001.
- F. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di «stabile organizzazione» secondo il diritto interno*, in Riv. Dir. Fin., I, 1985.

- F. GALLO, *La soggettività ai fini Irpeg*, in AA.VV., in *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, a cura di V. Uckmar, C. Magnani, G. Marongiu, Padova, 1988.
- F. GALLO, *I gruppi d'impresa e il fisco*, in AA.VV., *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1992.
- B. GANGEMI, *I progetti di armonizzazione all'esame del Consiglio CEE: le ritenute su interessi e royalties e le perdite transnazionali*, in Riv. Dir. Trib., I, 1993.
- C. GARBARINO, *Impresa multinazionale nel diritto tributario*, in Dig. disc. Priv., sez. comm., VII, 1993.
- C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1998.
- C. GARBARINO, *Riporto delle perdite ed elusione*, Riv. Dir. Trib., I, 2001.
- C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2008.
- C. GARBARINO, *Tax Design Issues in Respect to Foreign Branches and controlled Companies and the Feasibility of a Consolidation Area in The EU*, in EC Tax Review, 1, 2014.
- R. GEBHARDT-C. QUILITZSCH, *Cross-border Loss Relief in the EU: Implications of Recent Developments in Germany Regarding Outbound Permanent Establishments*, in Ec-Tax Review, 6, 2011.
- P. GHERARDUCCI, *I trattati contro le doppie imposizioni*, Milano, 1984.
- A. GIOVANARDI, *Il riporto delle perdite*, in *Giurisprudenza sistemica di diritto tributario. Imposta sul reddito delle persone giuridiche*, a cura di F. Tesauro, Torino, 1996.
- A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996.
- A. GIOVANNINI, *Gruppo di società e capacità contributiva*, a cura di L. Perrone-C. Berliri, *Diritto tributario e Corte Costituzionale, Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, Napoli, 2006.
- F.M. GIULIANI, *La interpretazione delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi*, in AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 1999.
- M. GIULIANO-T. SCOVAZZI-T. TREVES, *Diritto internazionale*, I, Milano, 1983.

- O.F. GRAF KERSSENBROCK, *German Fiscal Unity 2003*, in *Intertax*, 2004.
- M. GREGGI, *La fiscalità dei gruppi di società: profili tributari e comparati*, in *Rass. Trib.*, 2002.
- J. GROSCLAUDE, P. MARCHESSOU, *Diritto tributario francese, Le imposte-Le procedure*, traduzione a cura di E. de Mita, Milano, 2006, p. 176.
- H. HAHN, *Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten?*, *IStR* 2002.
- O. HEINSEN, *Steuerliche Verlustpolitik bei grenzüberschreitenden Unternehmen*, Berlin, 2001.
- M. HELMINEN, *Must the Losses of a merging Company be Deductible in the State of Residence of Receiving Company in Eu?*, in *EC Tax Review*, 4, 2011.
- J. HICKEY, *Worldwide Groups and UK Taxation After the Finance Act 2000*, in *European Taxation*, 2000.
- G. INGRAO, *In tema di tassazione dei gruppi di imprese ex D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, istitutivo dell'ires*, in *Rass. Trib.*, 2004.
- G. INGRAO, *Profili generali dell'Ires* (a cura di), L. F. Natoli, in *La riforma tributaria e l'Ires*, Milano, 2004.
- W. R. KESSLER-EICKE, *Lidl Belgium: Revisiting Marks & Spencer on the Branch Level*, in *Tax Notes int.*, 2008.
- L. KOVÁCS, *Le prospettive della CCCTB*, in *Rass. Trib.* 3, 2008.
- L. LA PIETRA, G. COLOMBAIONI, *Consolidato nazionale italiano e giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Boll. Trib.*, 9, 2015.
- M. LANG, *The Marks & Spencer Case - The Open Issues Following the ECJ's Final Word*, in *European Taxation*, 2, 2006.
- M. LANG – P. PISTONE – J. SCHUCH - C. STARINGER, *Common Consolidated Corporate Tax Base*, in *International Tax Law Series* n. 53, Linde, 2008.
- S. LA ROSA, *I gruppi di società nel diritto tributario*, in *I gruppi di società: Ricerche per uno studio critico*, a cura di A. Pavone La Rosa, Bologna, 1982.

E. LECHNER, *Implications of EC Law on the "Exemption" of Losses under Tax Treaties*, in *Tax Treaties and EC Law*, W. Gassner, M. Lang, E. Lechner, Wien, 1996.

E. LICCARDI- A. PISTONE, *Diritto tributario internazionale*, in A. Pistone (a cura di), *L'ordinamento tributario*, vol. III, Padova, 1986.

F. LIZZUL, *La stabile organizzazione nel Modello Ocse*, in *Boll. Trib.*, 1988.

S.O. LODIN-M. GAMMIE, *Home State Taxation*, Amsterdam, 2001.

A. LOVISOLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, 1983.

A. LOVISOLO, *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, Padova, 1985.

R. LUPI, *Prime osservazioni sulla proposta di consolidato fiscale*, in *Giur. Imp.*, V, 2003.

R. LUPI, *Interrogativi in tema di consolidato nazionale*, in AA.VV., *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Milano, 2003.

R. LUPI-D. STEVANATO, *Il "gruppo multinazionale" come soggetto economico operante nei mercati esteri attraverso società controllate o collegate (subsidiaries)*, in *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, a cura di L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato, Milano, 2003.

M. LUTTER, *Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo*, in *Riv. Soc.*, I, 1974.

G. MAISTO, *Profili internazionalistici dell'imposizione delle imprese nella delega per la riforma tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 2003.

G. MAISTO, *Il significato di "contribuente residente" e "contribuente non residente" nella Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società*, in *Riv. Dir. Trib.*, IV, 2012.

G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Milano, p. 232.

P. MARONGIU, *L'istituto del consolidato fiscale nell'esperienza tedesca dell'Organschaft*, in *Riv. Dir. Trib.*, IV, 2004.

O. MARRES, *The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation*, in *Intertax*, 3, 2011.

R.S. J. MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law: Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, in Series on International Taxation, 9, Deventer, 1989.

P. MASI, *Articolazione dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985.

Y. MASU, *The European Union's Longer-Term Plans for introducing a common consolidated Tax Base for the EU-wide Activities of Company*, in Cahiers de droit fiscal international, Group Taxation, vol. 89 b, 2005.

S. MAYR, *Prime osservazioni sul decreto sull'internazionalizzazione delle imprese*, in Boll. Trib., 9, 2015.

G. MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, II, 1998.

G. MELIS, voce *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in *Enciclopedia del diritto*, 2002, Milano.

G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, in Rass. Trib., 2008.

G.T.K. MEUSSEN, *Cross-border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 2008.

G.T.K. MEUSSEN, *The ECJ's judgment in Krankenheim: the last piece in the cross-border loss relief puzzle?*, in *European Taxation*, 2009.

M. MICCINESI-F. DAMI, *Il consolidato mondiale nella riforma del sistema fiscale statale*, in AA.VV., *La nuova imposta sul reddito delle società*, a cura di R. Esposito, F. Paparella, Napoli, 2003,

M. MICCINESI, *Alcune considerazioni in tema di consolidato nazionale*, in *Giur. Imp.*, 2004.

M. MICCINESI, *La fiscalità del gruppo di imprese multinazionale dopo la riforma dell'Ires: alcune riflessioni*, in *Giurisprudenza delle Imposte*, 2005.

G. A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. Dir. Fin.*, I, 1977.

R. MICHELUTTI, *Riflessioni a margine della nuova disciplina in tema di riporto di perdite*, in *Riv. Dir. Trib.*, VI, 1998.

- R. MICHELUTTI-C. SILVANI, *Il consolidato nazionale: l'Europa è un orizzonte obbligato?*, in *Corr. Trib.*, 23, 2015.
- P. MINUTOLI, *Considerazioni sistematiche in tema di riporto delle perdite nelle operazioni straordinarie e nella tassazione consolidata*, in *Boll. Trib.*, 11, 2011.
- P. MINUTOLI, *Utilizzo transfrontaliero delle perdite d'impresa: l'orientamento della Corte di giustizia*, in *Rass. Trib.*, 2012.
- A. MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'Iva europea*, Pisa, 2012.
- S. MORATTI, *Il consolidato nazionale: profili di diritto comparato*, in *Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2, 2008.
- S. MORATTI, *Il consolidato fiscale nazionale*, Torino, 2013.
- G. MORSE, D. WILLIAMS, *Principles of Tax law*, London, 2006.
- J.H. MULLER, *ECJ case relating to the recapture of cross border loss incurred by a foreign PE*, in *European Tax Service*, 2008.
- N. MUNIN, *Tax in Troubled Times: Is It the Time for a Common Corporate Tax Base in the EU?*, in *EC Tax Review*, 3, 2011.
- J.I.G., MUNIOZGUREN, *New Corporate Tax Measures for 2002*, in *European Taxation*, 2002.
- E. NUZZO, *La tassazione del reddito delle imprese bancarie nella prospettiva dell'armonizzazione fiscale nella CEE*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 1991.
- E. NUZZO, *In tema di tassazione multinazionale*, in *Giur. Comm.*, 1992.
- E. NUZZO, *Riflessioni in margine ai rapporti tra trattati contro le doppie imposizioni e talune regole impositive del diritto comunitario e del diritto interno*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 1993, p. 739.
- E. NUZZO, *Libertà di stabilimento e perdite fiscali il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, in *Rass. Trib.*, 1999.
- S. OLIVIERI, *Sull'impossibilità per una società controllante residente di costituire un'entità fiscale unica con una controllata di secondo livello residente qualora detenga detta controllata tramite società non residenti che non dispongono di una sede stabile in detto Stato membro*, in *Le Società*, 7, 2014.

- P. ONIDA, *Il Bilancio d'esercizio delle imprese*, Milano, 1951.
- T. O'SHEA, *German Loss Deduction and Reintegration Rules and the ECJ*, in *Tax Notes International*, 2009.
- A. PAVONE LA ROSA, *I gruppi di società*, 1982, Bologna.
- A. PERDELWITZ, *Recent Developments on the Deductibility of Foreign Permanent Establishment Losses in Germany*, in *European Taxation*, 11, 2011.
- A. PERDELWITZ-N. GAOUA, *France/Germany - Green Paper on Convergence in the Field of Corporate Taxation*, in *European Taxation*, 52, 2012.
- A. PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990.
- R. PISANO, *Il rapporto tra norme interne, diritto convenzionale e diritto comunitario*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali* (a cura di), V. Uckmar-C.Garbarino, Milano, 1995.
- P. PISTONE, *Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice*, in *EC-Tax Review*, 2003.
- D. R. POST, *The Tax Treatment of Corporate Losses: A Comparative Study*, in *Intertax*, 4, 2012.
- F.A.G. PRATS, *El establecimiento permanente*, Madrid, 1996.
- F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria. Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, Padova, 2012.
- C. RICCI, *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, in *Riv. Dir. Sc. Fin.*, 2006.
- C. RICCI, *La tassazione consolidata dei gruppi di società. Studi Preliminari*, Bari, 2010, p. 230 ss.; ID., *La proposta di direttiva sulla CCCTB: profili soggettivi, base imponibile, e suo consolidamento*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 4, 2012.
- J. RICHARD, *Comparison Between UK and French Taxation of Groups of Companies*, in *Intertax*, 2003.

C. ROMANO, *La deduzione transfrontaliera delle perdite: Marks & Spencer e oltre*, in Riv. Dir. Trib. Int., 3, 2005.

T. RONFEDT, *The Lawfulness of the Restriction of Losses – On the European Union (EU) Law Impact on the Deduction of Losses Incurred Abroad*, in Intertax, 6-7, 2013.

E. RONGE, *German Tax Reform 2003*, in Intertax, 8/9, 2003.

Y. RUPAL, *United Kindom*, in Cahiers de droit fiscal international, Group Taxation, vol. 89 b, 2005.

M. RUSSO, *Tassazione di gruppo e deduzione delle perdite delle società controllate estere: un ostacolo fiscale alla libertà di stabilimento in attesa di una soluzione?*, in Riv. Dir. Trib., III, 2006.

C. SACCHETTO, *L'Italia verso una riforma fiscale radicale: gli aspetti internazionali*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2002.

C. SACCHETTO, voce *Diritto tributario (convenzioni internazionali)*, in Enc. Dir.

L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, in Rass. Trib., 2003.

C. SALLUSTIO, *Il trasferimento della sede e della residenza fiscale all'estero e dall'estero in Italia. Profili sistematici*, in Riv. Dir. Trib., 3, 2014.

C. SCALINCI, *Il tributo senza soggetto. Ordinamento e fattispecie*, Padova, 2011, p. 304.

M. SCHILCHER, *Exemption Method and Community Law*, in M. Lang, J. Schuch, C. Staringer, *Tax Treaty Law and EC Law*, Wien, 2007.

P. SELICATO, *The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) between the exigences of harmonization of the corporate tax and the problems of compatibilità with the national sistem*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2009.

A. SIMONI, *La nuova imposta sulle società*, a cura di E. Longobardi, *I cento giorni e oltre: verso una rifondazione dei rapporti tra fisco ed economia?*, Atti convegno di Bari (15-17 gennaio 2002), Roma, 2002.

A. SIMONI, *Il riconoscimento fiscale dei gruppi di imprese: analisi e confronto dei due modelli previsti dalla riforma Tremonti*, in Boll. Trib., 2003,

A.A. SKAAR, *Permanent Establishment*, Deventer-Boston, 1991.

- C. SOZZI, *Corte di giustizia e perdite transfrontaliere: il principio di capacità contributiva prevale su quello di territorialità quando si tratta di persone fisiche*, in *Rass. Trib.*, 2, 2009.
- C. SPENGLER, *Common Corporate Consolidated Tax Base – Don't Forget the Tax Rates*, in *EC Tax Review*, 2007.
- C. SPENGLER-C. WENDT, *A Common Consolidated Corporate Tax Base for Multinational Companies in the European Union: Some issues and options*, Oxford University Centre for Business Taxation, WP 07/17, 2007.
- D. STEVANATO, *Il riporto delle perdite ed elusione tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 2000.
- D. STEVANATO, *Il consolidato fiscale nella delega per la riforma tributaria: profili problematici e prospettive di attuazione*, in *Rass. Trib.*, 2002.
- D. STEVANATO, *L'Impresa Multinazionale*, in *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, a cura di L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato, Milano, 2003.
- D. STEVANATO, *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al Consolidato "mondiale"*, in *Rass. Trib.*, 4, 2003.
- D. STEVANATO, *Consolidato fiscale internazionale*, in AA. VV., *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Milano, 2004.
- D. STEVANATO, *Libertà di stabilimento e consolidato fiscale "europeo"*, in *Corr. Trib.*, 4, 2006.
- P. STIZZA, *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario – Contributo allo studio*, Padova, 2012.
- H. STOLL - S. SKULESCH, *Use of foreign branch losses*, in *International Tax Review*, 2008/09.
- B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European Tax Law*, Deventer, 2012.
- F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, parte speciale*, Torino, 2005.
- S. V. THIEL-M. VASCEGA, *X-Holding: Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren*, in *European Taxation*, 2010.
- L. TOSI, R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Milano, 2011.
- G. TARDELLA, *Stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 1998.

P. TARIGO, *Il concorso di fatti imponibili nei trattati contro le doppie imposizioni*, Torino, 2008.

P. TARIGO, *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in Riv. Dir. Trib., 10, 2009.

F. TESAURO, *Riporto delle perdite e la incostituzionalità della sua esclusione dall'imponibile dell'Ilor*, in Boll. Trib., 1, 1988.

F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. I, Torino, 2000.

F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. I, Torino, 2000.

S. TRETTEL, *Il consolidato fiscale nazionale al vaglio della Corte di Giustizia Ue e i suoi riflessi sulla legislazione interna*, in Cor. Trib., 34, 2014.

F. TUNDO, *In tema di stabile organizzazione ed Iva*, in Dir. Prat. Trib., II, 1992.

F. TUNDO, *I redditi d'impresa nel modello di convenzione OCSE*, in AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da Uckmar, Padova, 1999.

TUNDO, *I redditi d'impresa nel Modello di Convenzione Ocse (art. 7)*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, a cura di V. Uckmar, Piacenza, 2005.

V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955.

V. UCKMAR, *L'evoluzione, con particolare riguardo all'ordinamento italiano, del concetto di «stabile organizzazione» delle imprese operanti nell'ambito di più Stati*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Milano, 1968.

V. UCKMAR, *Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization*, in *European Taxation*, 1996.

V. UCKMAR, *L'eliminazione delle doppie imposizioni e le disposizioni speciali nel modello OCSE*, in *Diritto tributario internazionale - Manuale*, a cura di V. Uckmar, G. Corasaniti, P. De' Capitani Da Vimercate, Padova, 2009.

P. VALENTE, *EU Tax Base: The Evolution of Company Taxation: Supranational Coordination and Interstate Competition*, in *International Tax Law Review*, n. 3/2006.

P. VALENTE, *Base imponibile europea: evoluzione della fiscalità d'impresa tra coordinamento sovranazionale e competizione interstatuale*, in Riv. Dir. Trib. Int., n. 3, 2006.

K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, London, 1996.

K. VOGEL, *On Double Taxations Conventions*, Deventer, 1997.

K. VOGEL, M. LEHNER, *Doppelbesteuerungsabkommen*, Monaco, 2003.

H. WURDINGER, *Les groupes de sociétés en Droit Allemand*, in *Les groupes de sociétés*, La Haye, 1973.

G. ZAPPA, *La determinazione del reddito delle imprese commerciali*, Roma, 1920-1929.

G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996.

G. ZIZZO, *Prime considerazioni in tema di consolidato*, a cura di G. Marino, *Profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi delle società*, Milano, 2004.

G. ZIZZO, *Osservazioni in tema di consolidato nazionale*, in Riv. Dir. Trib., 2004.

G. ZIZZO, *Considerazioni sistemiche in tema di utilizzo delle perdite fiscali*, in Rass. Trib., 2008.

Giurisprudenza della Corte di Giustizia (in ordine cronologico)

CGE del 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*.

CGE del 31 marzo 1993, C-19/92, *Kraus*.

CGE del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*.

CGE dell'11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*.

CGE del 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard*.

CGE del 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*.

CGE del 16 luglio 1998, C-264/96, *ICI*.

CGE del 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint-Gobain*.

CGE del 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*.

CGE del 2 maggio 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

CGE del 7 settembre 2006, causa C-470/2004, *N/Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantor Almelo*.

CGE del 14 settembre 2006, C-170/05, *Denkavit Internationaal e Denkavit France*.

CGE del 12 dicembre 2006, C 446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

CGE del 28 febbraio 2008, C-293/06, *Deutsche Shell GmbH*.

CGE del 15 maggio 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*.

CGE del 23 ottobre 2008, causa C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz Wannsee-Seniorenheimstatt*.

CGE del 27 novembre 2008, C-418/07, *Papillon*.

CGE del 25 febbraio 2010, C-337/08, *X Holding*.

CGE del 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus BV*.

CGE, del 6 settembre 2012, causa C- 18/11, *Philips Electronics*.

CGE del 21 febbraio 2013, C-123/11, *A Oy*.

CGE del 7 novembre 2013, C-322/11, *K*.

CGE del 1° aprile 2014, causa C-80/12, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd*.

CGE del 12 giugno 2014, cause riunite C-39/13, C-40/13 e C-41/13, *SCA Group Holding BV*.

CGE del 17 luglio 2014, C-48/13, *Nordea*.

CGE del 3 febbraio 2015, C-172/13, *Commissione Europea v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*.

Conclusioni di Avvocati generali presso la Corte di Giustizia (in ordine cronologico)

Conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesauro nella causa *Ici*, presentate il 16 novembre 1997, C-264/96, *ICI*.

Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, presentate il 7 aprile 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston, presentate il 14 febbraio 2008, C-414/06, *Lidl*.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 19 aprile 2012, causa C-18/11, *Philips Electronics*.

Conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott, presentate il 13 marzo 2014, causa C-48/13, *Nordea Bank Danmark*.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Julianne Kokott, presentate il 23 ottobre 2014, C-172/13, Commissione Europea v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.