

**a cura di Piera Filippi**

CORTE DI GIUSTIZIA Ce, Grande Sezione, 13 dicembre 2005, causa C-446/03; Marks & Spencer plc ./ David Halsey, (Her Majesty Inspector of Taxes)

**Artt. 43 Ce e 48 Ce - Imposta sul reddito delle società - Gruppi di società - Perdite della società controllata residente - Loro deduzione dal reddito della società controllante - Ammessa - Perdite della società controllata non residente - Loro deduzione dal reddito della società controllante - Esclusione - Incompatibile**

*Gli artt. 43 Ce e 48 Ce non ostano alla normativa di uno Stato membro che esclude in modo generalizzato la possibilità, per una controllante residente, di dedurre dal suo reddito imponibile le perdite subite da una controllata residente in un altro Stato membro, riconoscendo invece la deducibilità delle perdite subite da una controllata residente. Tuttavia, è contrario agli artt. 43 Ce e 48 Ce escludere una siffatta possibilità quando la controllata non residente non può dedurre tali perdite nel suo Stato di residenza (1)\*.*

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 43 Ce e 48 Ce.

2. Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia pendente tra la Marks & Spencer plc (in prosieguo: la "Marks & Spencer") e l'amministrazione tributaria britannica in merito al rigetto opposto da quest'ultima ad una domanda di sgravio fiscale presentata dalla Marks & Spencer per dedurre dal suo reddito imponibile nel Regno Unito talune perdite sofferte dalle sue controllate aventi sede in Belgio, Germania e Francia.

#### **Contesto normativo nazionale**

3. Le disposizioni nazionali applicabili nella causa principale sono contenute nella legge del 1988 relativa alle imposte sui redditi e sulle società (Income and Corporation Tax Act 1988; in prosieguo: l'"ICTA") e verranno di seguito riportate, sulla base delle informazioni contenute nella decisione di rinvio.

---

(\*) Segue nota firmata.

*Soggetti passivi dell'imposta sulle società*

4. Conformemente agli artt. 6, n. 1, e 11, n. 1, dell'ICTA, l'imposta sulle società è calcolata sui redditi delle società aventi sede nel Regno Unito, ovvero che vi svolgono un'attività commerciale per il tramite di una succursale o di un'agenzia.

5. L'art. 8, n. 1, dell'ICTA assoggetta le società residenti all'imposta sulle società sui loro redditi mondiali. L'art. 11, n. 1, assoggetta le società non residenti all'imposta sulle società sui soli redditi realizzati dalle loro succursali e agenzie aventi sede nel Regno Unito.

6. In forza di convenzioni in materia tributaria concluse dal Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in particolare, con il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania e la Repubblica francese, le controllate estere di società residenti, in quanto società non residenti, sono assoggettate all'imposta sulle società nel Regno Unito solo per le attività commerciali svolte in tale Stato membro mediante una sede stabile ai sensi delle dette convenzioni.

7. Il Regno Unito prevede un sistema di credito d'imposta per prevenire le doppie imposizioni.

8. Tale sistema presenta, in particolare, i due aspetti seguenti.

9. In primo luogo, una società con sede nel Regno Unito che svolge un'attività commerciale in un altro Stato membro mediante una succursale con sede in quest'ultimo viene tassata nel Regno Unito sui redditi di tale succursale e deduce dall'imposta dovuta l'imposta versata nell'altro Stato membro, ovvero è autorizzata a dedurre tale ultima imposta nell'ambito della determinazione del risultato fiscale della succursale nel Regno Unito. Il reddito d'esercizio della succursale viene determinato secondo le norme tributarie del Regno Unito. Una perdita d'esercizio può essere dedotta dai redditi della società avente sede nel Regno Unito. Le perdite non dedotte possono essere riportate ad esercizi successivi. Il fatto che la perdita possa essere dedotta nell'altro Stato membro dai redditi futuri della succursale non osta alla sua deduzione dai redditi realizzati nel Regno Unito.

10. In secondo luogo, una società con sede nel Regno Unito che svolge un'attività commerciale in un altro Stato membro mediante una succursale con sede in quest'ultimo è tassata nel Regno Unito sui dividendi versati da tale succursale e beneficia di un credito d'imposta corrispondente all'imposta assolta nell'altro Stato membro sui redditi sulla base dei quali sono distribuiti i dividendi, nonché, eventualmente, a qualsiasi ritenuta alla fonte effettuata.

11. In applicazione dell'art. 208 dell'ICTA, i dividendi versati ad una controllante con sede nel Regno Unito da parte di una controllata avente sede nello stesso Stato membro non sono tassati, a differenza di quelli versati da una controllata con sede in un altro Stato membro.

*Regime speciale delle perdite nell'ambito dei gruppi di società (sgravio di gruppo)*

12. Nel Regno Unito, un regime di sgravio di gruppo consente alle società

residenti di un gruppo di procedere tra loro ad una compensazione dei loro profitti e delle loro perdite.

13. L'art. 402 dell'ICTA dispone quanto segue:

"1. Salvo le disposizioni del presente titolo e l'art. 492, n. 8, gli sgravi per perdite commerciali ed altri importi detraibili dall'imposta sulle società possono essere ceduti, nei casi precisati ai nn. 2 e 3 [...], da una società (denominata "società cedente") che fa parte di un gruppo di società ed essere attribuita, su domanda di un'altra società (denominata "società richiedente") facente parte dello stesso gruppo, alla società richiedente sotto forma di uno sgravio detto "di gruppo", accordato nell'ambito dell'imposta sulle società.

2. Lo sgravio di gruppo può essere ottenuto se la società cedente e la società richiedente fanno parte dello stesso gruppo di società [...]"

14. L'art. 403 dell'ICTA recita:

"1. Se, durante un esercizio contabile (l'"esercizio di riferimento"), la società cedente subisce:

a) perdite d'esercizio [...], l'importo della perdita può essere dedotto ai fini dell'imposta sulle società dai profitti totali della società richiedente per il suo periodo contabile corrispondente, salvo le disposizioni del presente titolo".

15. Per quanto riguarda gli esercizi conclusi entro il 1° aprile 2000, l'art. 413, n. 5, dell'ICTA precisa quanto segue:

"Nel presente titolo, il vocabolo "società" designa solo le persone giuridiche registrate nel Regno Unito [...]"

16. In seguito ad una modifica legislativa adottata dopo la sentenza della Corte 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI (Racc. pag. I-4695), a partire dall'esercizio 2000, il regime di sgravio di gruppo è applicabile ai profitti e alle perdite che rientrano nella sfera di applicazione del diritto tributario del Regno Unito.

17. Come conseguenza di tale modifica legislativa:

– le perdite di una succursale con sede nel Regno Unito di una società non residente possono essere trasferite ad un'altra società del gruppo per essere dedotte dai redditi di quest'ultima imponibili nel Regno Unito;

– le perdite di una società del gruppo con sede nel Regno Unito possono essere trasferite alla succursale per essere dedotte dai redditi di quest'ultima nel Regno Unito.

**Causa principale e questioni pregiudiziali**

18. La Marks & Spencer è una società costituita e registrata in Inghilterra e in Galles e controlla talune società aventi sede nel Regno Unito e in altri Stati. È uno dei dettaglianti più importanti del Regno Unito nei settori dell'abbigliamento, dei prodotti alimentari e domestici e dei servizi finanziari.

19. A partire dal 1975, essa ha cominciato a stabilirsi in altri Stati, con l'apertura di un negozio in Francia. Alla fine degli anni '90, disponeva di punti vendita in più di 26 Paesi, nell'ambito di una rete di controllate e di un sistema di franchising.

20. Alla metà degli anni '90 si è manifestata una tendenza all'aumento delle perdite.

21. Nel marzo 2001, la Marks & Spencer ha annunciato la cessazione delle sue attività nell'Europa continentale. Il 31 dicembre 2001 la controllata francese è stata ceduta a terzi, mentre altre controllate, comprese quella belga e quella tedesca, avevano cessato qualsiasi attività commerciale.

22. Nel Regno Unito, la Marks & Spencer ha chiesto, in applicazione dell'art. 6 dell'allegato 17 A dell'ICTA, uno sgravio fiscale di gruppo per perdite subite dalle sue controllate registrate in Belgio, Germania e Francia durante i quattro esercizi conclusi il 31 marzo 1998, il 31 marzo 1999, il 31 marzo 2000 e il 31 marzo 2001. Dal fascicolo presentato alla Corte risulta che le parti nella causa principale si sono accordate sul fatto che le perdite devono essere determinate sulla base delle norme tributarie del Regno Unito. Su domanda dell'amministrazione tributaria, la Marks & Spencer ha quindi ricalcolato le perdite su tale base.

23. Le dette controllate avevano svolto le loro attività economiche negli Stati membri in cui erano registrate. Esse non avevano sedi stabili nel Regno Unito, e non vi avevano svolto alcuna attività economica.

24. Le domande di sgravio sono state respinte, in quanto uno sgravio di gruppo potrebbe essere accordato solo per perdite occorse nel Regno Unito.

25. La Marks & Spencer ha contestato tale rifiuto dinanzi agli Special Commissioners of Income Tax, che hanno respinto il ricorso.

26. La Marks & Spencer ha interposto appello dinanzi alla High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, che ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1). Se sussista una restrizione ai sensi dell'art. 43 Ce, in combinato disposto con l'art. 48 CE e, in caso affermativo, se essa sia giustificata ai sensi del diritto comunitario, laddove, in una situazione in cui

– disposizioni di uno Stato membro, come le disposizioni britanniche sullo sgravio di gruppo, vietano ad una società controllante registrata fiscalmente nel detto Stato di ridurre i suoi redditi imponibili deducendone le perdite occorse in altri Stati membri a società controllate ivi registrate ai fini fiscali, mentre una siffatta deduzione sarebbe possibile qualora le perdite fossero occorse a società controllate registrate nello Stato della società controllante;

– lo Stato membro della società controllante

– assoggetti una società registrata nel suo territorio all'imposta sulle persone giuridiche sull'insieme dei suoi profitti, compresi i profitti delle succursali stabilite in altri Stati membri, con accordi sulla disponibilità di sgravio della doppia imposizione per le imposte già riscosse in un altro Stato membro e per le quali sono già state prese in considerazione le perdite sofferte dalla succursale;

– non assoggetti all'imposta sulle persone giuridiche i profitti non distribuiti dalle controllate registrate in altri Stati membri;

– assoggetti la società controllante all'imposta sulle persone giuridiche su

tutto quanto le viene distribuito per via di dividendi dalle controllate registrate in altri Stati membri, mentre non assoggetta la società controllante all'imposta sulle persone giuridiche su quanto le viene distribuito per via di dividendi dalle società controllate registrate nello Stato della controllante;

– garantisca lo sgravio della doppia imposizione alla società controllante mediante un credito nei confronti della ritenuta alla fonte sui dividendi e sulle imposte estere versate sui profitti sulla base dei quali sono stati distribuiti i dividendi dalle società controllate registrate in altri Stati membri.

2) a) Se la soluzione della questione sub 1) possa eventualmente essere diversa qualora, sulla base dell'ordinamento dello Stato membro della controllata, sia possibile, in certe circostanze, ottenere uno sgravio per talune o tutte le perdite occorse alla controllata nei confronti dei profitti imponibili nello Stato della controllata.

b) Se possa modificare la soluzione l'importanza eventualmente da ricollegare al fatto che:

– una controllata registrata in un altro Stato membro ha cessato il commercio e, sebbene una disposizione di tale Stato conceda, a determinate condizioni, lo sgravio delle perdite, non risulta che tale sgravio sia stato ottenuto;

– una controllata registrata in un altro Stato membro è stata venduta a un terzo e, sebbene una disposizione di tale Stato conceda all'acquirente, a determinate condizioni, il diritto di avvalersi delle perdite, non è certo che esso se ne sia avvalso nel caso di specie;

– gli accordi ai sensi dei quali lo Stato membro della società controllante prende in considerazione le perdite delle società registrate nel Regno Unito trovano applicazione indipendentemente dal fatto che le perdite siano state dedotte o meno in un altro Stato membro.

c) Se la soluzione sia diversa qualora risulti che lo sgravio è stato ottenuto per le perdite nello Stato membro in cui la controllata è registrata e, in questo caso, se rilevi il fatto che lo sgravio è stato ottenuto da un gruppo non collegato di società al quale è stata venduta la controllata".

### Sulla prima questione

27. Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se gli artt. 43 Ce e 48 Ce ostino ad una normativa di uno Stato membro che esclude la possibilità, per una società controllante residente, di dedurre dal suo reddito imponibile perdite occorse in un altro Stato membro ad una controllata registrata sul territorio di quest'ultimo, sebbene accordi tale possibilità per perdite subite da una controllata residente.

28. In altri termini, si pone il problema di sapere se una normativa siffatta costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento contraria agli artt. 43 Ce e 48 Ce.

29. Al riguardo, si deve rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competen-

za degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, Metallgesellschaft e a., Racc. pag. I-1727, punto 37, e la giurisprudenza ivi citata).

30. La libertà di stabilimento, che l'art. 43 Ce attribuisce ai cittadini della Comunità e che implica per essi l'accesso alle attività non subordinate ed il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese, alle stesse condizioni previste dalle leggi dello Stato membro di stabilimento per i cittadini di questo, comprende, ai sensi dell'art. 48 Ce, per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nel territorio della Comunità europea, il diritto di svolgere la loro attività nello Stato membro di cui trattasi mediante una controllata, una succursale o un'agenzia (v., in particolare, sentenza 21 settembre 1999, causa C-307/97, Saint-Gobain ZN, Racc. pag. I-6161, punto 34).

31. Sebbene, così come formulate, le norme relative alla libertà di stabilimento mirino ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione (v., in particolare, sentenza Ici, cit., punto 21).

32. Uno sgravio di gruppo come quello di cui trattasi nella causa principale costituisce un vantaggio di natura fiscale per le società interessate. 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.

33. L'esclusione di un tale vantaggio per quanto riguarda perdite subite da una controllata registrata in un altro Stato membro che non svolge alcuna attività economica nello Stato membro della società controllante può ostacolare il suo esercizio della libertà di stabilimento, dissuadendola dalla creazione di controllate in altri Stati membri.

34. Essa rappresenta quindi una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 43 Ce e 48 Ce, in quanto introduce un diverso trattamento fiscale tra le perdite subite da una controllata residente e quelle subite da una controllata non residente.

35. Una restrizione del genere può essere ammessa solo se persegue uno scopo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale. Anche in tale ipotesi, però, la sua applicazione dev'essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo (v., in tal senso, sentenze 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura Participations e Singer, Racc. pag. I-2471, punto 26, e 11 marzo 2004, causa C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, Racc. pag. I-2409, punto 49).

36. Il Regno Unito e gli altri Stati membri che hanno presentato osservazioni nell'ambito del procedimento fanno valere che le controllate residenti e le

controllate non residenti non si trovano in una situazione paragonabile da un punto di vista tributario, rispetto ad un regime di sgravio di gruppo come quello di cui trattasi nella causa principale. Conformemente al principio di territorialità applicabile in diritto internazionale e in diritto comunitario, lo Stato membro in cui è registrata la società controllante non è competente in materia fiscale nei confronti delle controllate non residenti. Per queste ultime, la competenza in materia fiscale spetta in linea di principio, conformemente alla ripartizione normale, agli Stati sul cui territorio esse sono registrate e svolgono attività economiche.

37. Al riguardo, occorre constatare che nel diritto tributario la residenza del contribuente può rappresentare un fattore che può giustificare norme nazionali che comportano un diverso trattamento tra contribuenti residenti e non residenti. Tuttavia, la residenza non è sempre un fattore di distinzione giustificato. Infatti, ammettere che lo Stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro Stato membro svuoterebbe di contenuto l'art. 43 Ce (v. sentenza 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia, Racc. pag. 273, punto 18).

38. In ciascuna situazione concreta occorre esaminare se la limitazione dell'applicazione di un vantaggio fiscale ai contribuenti residenti sia motivato da elementi oggettivi pertinenti tali da giustificare la disparità di trattamento.

39. In una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, si deve ammettere che lo Stato membro di stabilimento della controllante, tassando le società residenti sui loro redditi mondiali e le società non residenti esclusivamente sui redditi derivanti dalla loro attività nel detto Stato, agisce conformemente al principio di territorialità sancito dal diritto tributario internazionale e riconosciuto dal diritto comunitario (v., in particolare, sentenza Futura Participations e Singer, cit., punto 22).

40. Tuttavia, il fatto che esso non tassa i redditi delle controllate non residenti di una controllante registrata sul suo territorio non giustifica, di per sé, una limitazione dello sgravio di gruppo alle perdite subite dalle società residenti.

41. Per valutare se una siffatta limitazione sia giustificata, occorre esaminare le conseguenze di un'estensione incondizionata di un vantaggio come quello di cui trattasi nella causa principale.

42. Su tale punto, il Regno Unito e gli altri Stati membri che hanno presentato osservazioni fanno valere tre elementi di giustificazione.

43. In primo luogo, in primo luogo, in materia tributaria, i profitti e le perdite sarebbero due facce della stessa medaglia, che dovrebbero essere trattate simmetricamente nell'ambito dello stesso sistema fiscale, per salvaguardare un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra i diversi Stati membri interessati. In secondo luogo, se le perdite fossero prese in considerazione nello Stato membro della controllante, sussisterebbe un rischio che esse formino oggetto di un duplice uso. Infine, in terzo luogo, se le perdite non fossero prese in considerazione nello Stato membro di stabilimento della controllata, sussisterebbe un rischio di evasione fiscale.

44. Quanto al primo elemento di giustificazione, si deve ricordare che la riduzione delle entrate tributarie non può essere considerata un motivo imperativo di interesse generale che possa essere fatto valere per giustificare un provvedimento che sia, in linea di principio, in contrasto con una libertà fondamentale (v., in particolare, sentenza 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen, Racc. pag. I-7477, punto 49, e la giurisprudenza ivi citata).

45. Tuttavia, come giustamente sottolineato dal Regno Unito, la tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri potrebbe rendere necessaria l'applicazione, alle attività economiche delle società residenti in uno di tali Stati, delle sole norme tributarie di quest'ultimo, per quanto riguarda tanto i profitti quanto le perdite.

46. Infatti, concedere alle società la possibilità di optare per la presa in considerazione delle loro perdite nello Stato membro in cui sono registrate o in un altro Stato membro comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che la base imponibile si troverebbe aumentata per il primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite.

47. Per quanto riguarda il secondo elemento di giustificazione, relativo al rischio del duplice uso delle perdite, si deve ammettere che gli Stati membri devono potersi opporre.

48. Un siffatto rischio potrebbe effettivamente presentarsi qualora lo sgravio di gruppo fosse esteso alle perdite di controllate non residenti. Esso è invece evitato da una regola che esclude uno sgravio per tali perdite.

49. Quanto, infine, al terzo elemento di giustificazione, relativo al rischio di evasione fiscale, si deve ammettere che la possibilità di trasferire le perdite di una controllata non residente a una società residente comporta il rischio che all'interno di un gruppo di società vengano organizzati trasferimenti di perdite in direzione di società registrate negli Stati membri che applicano i tassi di imposizione più elevati ed in cui, di conseguenza, è maggiore il valore fiscale delle perdite.

50. Un'esclusione dello sgravio di gruppo per le perdite subite da controllate non residenti osta a tali pratiche, che possono essere ispirate dalla constatazione di differenze sensibili tra i tassi di imposizione applicati nei diversi Stati membri.

51. Alla luce di questi tre elementi di giustificazione, considerati nel loro insieme, si deve rilevare che una normativa restrittiva come quella in esame nella causa principale, da un lato, persegue obiettivi legittimi compatibili con il Trattato e rientranti tra i motivi imperativi di interesse generale e, dall'altro, è idoneo a garantire la realizzazione dei detti obiettivi.

52. Tale analisi non è inficiata dalle indicazioni, contenute nella seconda parte della prima questione, relative ai regimi applicabili nel Regno Unito:

- ai profitti e alle perdite di una succursale estera di una società registrata nel detto Stato membro;

- ai dividendi distribuiti ad una società registrata in quest'ultimo da parte

di una controllata registrata in un altro Stato membro.

53. Occorre tuttavia verificare se la misura restrittiva non ecceda quanto necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti.

54. Infatti, la Marks & Spencer e la Commissione hanno sostenuto che ci si potrebbe immaginare misure meno restrittive di un'esclusione generale del beneficio dello sgravio di gruppo. Ad esempio, esse hanno fatto riferimento alla possibilità di subordinare il beneficio dello sgravio alla condizione che controllata estera abbia pienamente profittato delle possibilità di presa in considerazione delle perdite concesse nel suo Stato membro di residenza. Esse hanno fatto altresì riferimento alla possibilità di subordinare il beneficio dello sgravio ad una condizione di reintegro, nei redditi imponibili della società che ha beneficiato dello sgravio di gruppo, dei redditi ulteriori della controllata non residente, fino all'ammontare dell'importo delle perdite precedentemente calcolate.

55. Al riguardo, la Corte ritiene che la misura restrittiva di cui trattasi nella causa principale ecceda quanto necessario per il conseguimento sostanziale degli scopi perseguiti in una situazione in cui:

- la controllata non residente ha esaurito le possibilità di presa in considerazione delle perdite esistenti nel suo Stato di residenza per l'esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio, nonché degli esercizi fiscali precedenti, eventualmente mediante un trasferimento di tali perdite ad un terzo, oppure l'imputazione delle dette perdite ai profitti realizzati dalla controllata durante gli esercizi precedenti, e

- le perdite della controllata estera non possano essere prese in considerazione nel suo Stato di residenza per gli esercizi fiscali futuri né da essa stessa, né da un terzo, in particolare in caso di cessione a quest'ultimo della controllata.

56. Nel momento in cui, in uno Stato membro, la controllante residente dimostra alle autorità tributarie che tali condizioni sono soddisfatte, è contrario agli artt. 43 Ce e 48 Ce escludere la possibilità per quest'ultima di dedurre dal suo reddito imponibile in tale Stato membro le perdite subite dalla sua controllata non residente.

57. In tale contesto si deve ancora precisare che gli Stati membri restano liberi di adottare o mantenere in vigore norme aventi l'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiali il cui scopo sia quello di eludere la normativa fiscale nazionale (v., in tal senso, sentenze cit. Ici, punto 26 e de Lasteyrie du Saillant, punto 50).

58. Inoltre, per quanto sia possibile identificare altre misure meno restrittive, misure siffatte necessitano comunque di regole di armonizzazione adottate dal legislatore comunitario.

59. Occorre quindi risolvere la prima questione dichiarando che, allo stato attuale del diritto comunitario, gli artt. 43 Ce e 48 Ce non ostano alla normativa di uno Stato membro che esclude in modo generalizzato la possibilità, per una controllante residente, di dedurre dal suo reddito imponibile perdite subite in un altro Stato membro da una controllata registrata sul territorio di quest'ul-

timo, mentre riconosce tale possibilità per le perdite subite da una controllata residente. Tuttavia, è contrario agli artt. 43 Ce e 48 Ce escludere una siffatta possibilità per la controllante residente in una situazione in cui, da un lato, la controllata non residente ha esaurito le possibilità di presa in considerazione delle perdite esistenti nel suo Stato di residenza per l'esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio, nonché degli esercizi fiscali precedenti ed in cui, dall'altro, tali perdite non possano essere prese in considerazione nel suo Stato di residenza per gli esercizi fiscali futuri né da essa stessa, né da un terzo, in particolare in caso di cessione a quest'ultimo della controllata.

### Sulla seconda questione

60. Alla luce della soluzione della prima questione, non occorre risolvere la seconda questione.

### Sulle spese

61. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle delle dette parti, non possono dar luogo a rifusione.

P.Q.M. - La Corte (Grande Sezione) dichiara:

Gli artt. 43 Ce e 48 Ce non ostano alla normativa di uno Stato membro che esclude in modo generalizzato la possibilità, per una controllante residente, di dedurre dal suo reddito imponibile perdite subite in un altro Stato membro da una controllata registrata sul territorio di quest'ultimo, mentre riconosce tale possibilità per le perdite subite da una controllata residente. Tuttavia, è contrario agli artt. 43 Ce e 48 Ce escludere una siffatta possibilità per la controllante residente in una situazione in cui, da un lato, la controllata non residente ha esaurito le possibilità di presa in considerazione delle perdite esistenti nel suo Stato di residenza per l'esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio, nonché degli esercizi fiscali precedenti ed in cui, dall'altro, tali perdite non possano essere prese in considerazione nel suo Stato di residenza per gli esercizi fiscali futuri né da essa stessa, né da un terzo, in particolare in caso di cessione a quest'ultimo della controllata

### (1) Tassazione di gruppo e deduzione delle perdite delle società controllate estere: un ostacolo fiscale alla libertà di stabilimento ancora in attesa di una soluzione?

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I precedenti sul tema delle perdite e l'approccio della Corte. - 3. I problemi connessi alle perdite intra-gruppo in ambito comunitario: il cash flow. - 4. Il caso Marks & Spencer: restrizione alla libertà di stabilimento, giustificazioni e mancata proporzionalità. - 5. Il regime delle perdite transnazionali in ambito internazionale. - 6. Il consolidato fiscale in Italia e i problemi di proporzionalità. - 7. Conclusioni.

1. *Premessa.* - Con la sentenza che si annota, la Corte di Giustizia torna ad occuparsi del trattamento tributario delle perdite transnazionali. Per la prima volta lo fa però affrontando il tema della loro deducibilità dal reddito della società controllante residente in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la società controllata.

Tale problematica è stata in passato oggetto di particolare attenzione nel panorama europeo mediante una proposta di Direttiva (1). Sebbene mai adottata per mancanza di unanimità di voti, il tentativo di armonizzazione contenuto nella proposta di Direttiva, su questo delicato e complesso aspetto del regime fiscale della circolazione dei componenti negativi di reddito, rimane di grande attualità e, alla luce della sentenza in commento, conserva indubbi profili di utilità in prospettiva *de iure condendo*. Con la proposta di Direttiva, infatti, la Commissione sollecitava il Consiglio a disciplinare in maniera uniforme per gli Stati membri il trattamento delle perdite transnazionali, indicando alcune modalità per ammetterne la compensazione (2), in ipotesi di perdite provenienti sia da loro stabili organizzazioni, sia da società controllate situate in altri Stati membri.

Più di recente la Commissione, nelle sue Comunicazioni (3) al Consiglio e al Parlamento, ha sottolineato che il trattamento fiscale delle perdite transnazionali rappresenta uno degli ostacoli maggiori al conseguimento dell'obiettivo di rendere l'Europa una potenza economica competitiva nel panorama mondiale. In tali occasioni, la Commissione, ha da un lato ribadito il suo impegno per identificare possibili soluzioni e contrastare le inefficienze che possono derivare dall'assenza di uniformità legislativa in tale settore all'economia del mercato europeo, e dall'altro rivolto la sua attenzione alla Corte di Giustizia, restando in attesa della sentenza in commento.

La pronuncia sul caso Marks & Spencer (4) aggiunge un nuovo tassello all'evoluzione giurisprudenziale comunitaria sul tema delle perdite

transnazionali. A prima vista potrebbe deludere le aspettative di quanti attendevano da parte della Corte la statuizione di un principio generale di compensabilità delle perdite intragruppo tra società residenti in Stati membri diversi. L'affermazione di tale principio manca, infatti, nella massima e nel corpo della sentenza. Si potrebbe dunque condividere l'opinione di chi sostiene che l'impatto di questa sentenza sui sistemi di consolidato fiscale di gruppo previsti attualmente negli Stati membri sarà limitata (5).

La sentenza offre però interessanti spunti di riflessione e suggerisce la possibilità di modifiche legislative in tutti gli Stati membri che adottano forme di consolidato in qualche modo assimilabili a quella adottata nel Regno Unito (6). Non è, infatti, improbabile pensare che la Corte possa tornare a formulare ulteriori possibili censure di incompatibilità con la libertà di stabilimento in tema di consolidato di gruppo nel panorama delle attuali legislazioni europee per carenza del requisito di proporzionalità (7), così come avvenuto nella sentenza in commento.

*2. I precedenti sul tema delle perdite e l'approccio della Corte.* - L'esistenza di numerose sentenze della Corte di Giustizia in tema di trattamento delle perdite rende opportuna una breve ricostruzione dei precedenti di rilievo, che hanno investito i seguenti profili (8):

i) compatibilità con la libertà di stabilimento (art. 43-48 del Trattato Ce) di una disciplina dello "Stato membro di investimento" che imponeva alle società non residenti condizioni per la riportabilità delle perdite - originate nello Stato d'investimento (Lussemburgo) per il tramite di stabili organizzazioni - più onerose di quelle previste per i residenti (9);

ii) compatibilità con la libertà di stabilimento (art. 43-48 del Trattato Ce) di una disciplina dello "Stato membro di residenza" (o cd. Stato d'origine) della società ricorrente che impediva il riporto all'anno successivo delle perdite da essa generate (10). In tale ipotesi le autorità fiscali dello Stato membro interessato (Belgio) negavano il riporto delle perdite ritenendo necessario che queste venissero compensate dagli utili prodotti da una stabile organizzazione della ricorrente in altro Stato membro malgrado la stessa legislazione ammettesse detto riporto nel caso in cui la stessa società avesse avuto una sede secondaria nel solo stato di residenza (o origine);

iii) compatibilità con la libertà di stabilimento (art. 43-48 del Trattato Ce) di una disciplina di consolidato fiscale che impediva lo "sgravio fiscale di gruppo" (11) per le perdite generate da una società controllata

con sede nello Stato di residenza della controllante poiché la maggior parte delle società controllate del gruppo era residente in altri Stati membri (12);

iv) compatibilità con la libertà di stabilimento (art. 43-48 del Trattato Ce) di una disciplina dello "Stato di residenza o origine" che pur ammettendo la compensazione delle perdite intra-gruppo tra società residenti, impediva la compensazione delle perdite intra-gruppo in caso di cessione della società che generava dette perdite ad altra società controllata del gruppo non residente (13).

Nei casi sub i) e ii) la Corte ha affrontato problematiche di compatibilità con la libertà di stabilimento di normative degli Stati membri (Belgio e Lussemburgo) che disciplinavano il trattamento delle perdite con riferimento allo stesso soggetto giuridico, società con stabili organizzazioni in altri Stati membri. Nei due casi variava la prospettiva adottata dalla Corte per verificare il rispetto del principio di non-discriminazione o restrizione (14), il confronto tra situazioni con elementi internazionali e la situazione puramente interna veniva effettuato adottando nel primo caso la prospettiva dello stato d'investimento (cd. *inbound perspective*) e nel secondo caso la prospettiva dello stato di residenza o origine (cd. *outbound perspective*).

Nei precedenti sub iii) e iv) la Corte di Giustizia ha affrontato la problematica delle perdite nell'ambito di discipline di consolidamento di gruppo, tra soggetti giuridici diversi, adottando la prospettiva dello stato di residenza (outbound) per perdite subite da società ivi residenti.

Dalla sentenza Futura a quella sul caso X AB & Y AB è già possibile individuare un'evoluzione dell'approccio della Corte di Giustizia. In una prima fase occorreva chiarire se il perimetro di applicazione del principio di non discriminazione estendesse la sua portata allo "stato dell'origine" oltre che allo "stato dell'investimento" (15). In seguito, la Corte ha superato la prospettiva *inbound* (16), estendendo i principi anche ai flussi di tipo *outbound*, affiancando un approccio ben più ampio di quello di non discriminazione, basato sul concetto del divieto di restrizione (17) e sulla necessità del rispetto del principio di proporzionalità.

La sentenza in commento si inserisce in questo secondo filone giurisprudenziale e si caratterizza per la novità dei fatti dedotti in giudizio: si tratta infatti del primo caso a sottoporre ai giudici europei la problematica della compatibilità con la libertà di stabilimento di un sistema di sgravio fiscale di gruppo (il *group relief system* del Regno Unito) in cui il contribuente richiede la compensazione intragruppo di una perdita su-

bita da società controllate non residenti.

Pur accogliendo i rilievi del ricorrente, la sentenza in esame non ha dichiarato *tout court* l'incompatibilità con l'art. 43 Trattato Ce di un sistema che impedisce la compensazione delle perdite transnazionali. La pronuncia si è limitata a censurare la norma vigente nel Regno Unito per il mancato rispetto del principio di proporzionalità aprendo lo spiraglio per un numero ristretto di ipotesi di circolazione delle perdite transnazionali. La Corte lascia così ancora una volta irrisolte problematiche di non secondaria importanza in considerazione della diversità di trattamento delle perdite nelle legislazioni degli Stati membri dell'UE e ribadisce, in modo ancor più evidente rispetto alle precedenti pronunzie in tema di perdite, la necessità, per la delicatezza di certe scelte, di ricorrere ad una forma di integrazione a livello di legislazione comunitaria (18) per una disciplina comune delle perdite transnazionali.

**3. I problemi connessi alle perdite intra-gruppo in ambito comunitario: il *cash flow*.** - Prima di entrare nel merito di alcune delle statuizioni contenute nella sentenza in commento, occorre analizzare una criticità essenziale, in considerazione della compatibilità con le libertà fondamentali garantite dal Trattato Ce, del sistema di sgravio di gruppo del Regno Unito. Tale criticità, comune a quei sistemi di consolidato attualmente vigenti nei paesi europei che ammettono la compensazione delle perdite intra-gruppo per le sole società controllate residenti negandola per le non residenti, va individuata nella problematica del *cash flow*.

In tale analisi occorre muovere dal rapporto esistente tra le legislazioni domestiche degli Stati membri e le regole fondamentali tipizzate dalla "normativa primaria comunitaria" (il Trattato). I principi fondamentali delineati nella Parte Prima del Trattato Ce per il raggiungimento degli obiettivi del mercato unico e dell'unione economica e monetaria richiedono l'abolizione tra gli Stati membri di tutti gli ostacoli alla libertà di movimento di beni, persone, servizi e capitali (art. 2 e 3 Trattato Ce).

Malgrado sussista una riserva di competenza tributaria riconosciuta agli Stati membri in materia di imposizione interna, ogni Stato membro è libero di istituire il sistema fiscale più idoneo – si pensi nel caso in analisi alle normative in tema di consolidamento – purché ciò avvenga nel pieno rispetto dei limiti comunitari sopra citati. In altri termini, un mercato unico caratterizzato da un'economia libera tra gli Stati membri non può subire condizionamenti derivanti da legislazioni interne, anche se di natura fiscale, qualora queste ostacolino le attività economiche tran-

sfrontaliere. Nell'analisi della problematica *cash flow*, costituisce una premessa necessaria, allora, stabilire che è compito di ciascuno Stato membro rimuovere le norme che ostacolano le condizioni di parità di trattamento e neutralità nella tassazione delle seguenti due ipotesi:

i) Gruppi societari che svolgono la propria attività economica in situazioni puramente interne e

ii) Gruppi societari che esercitano la libertà di stabilimento collocando le proprie società controllate in altri paesi dell'Ue.

A questo punto è possibile individuare in quali circostanze il sistema di sgravio di gruppo del Regno Unito così come i sistemi di consolidato fiscale di altri Stati membri (si pensi in Olanda alla *fiscale eenheid*, alla *Organschaft* in Germania, al consolidato nazionale in Italia) possono creare un problema di *cash flow* ai gruppi societari e in che modo tale problematica rileva in un'ottica di compatibilità delle normative fiscali interne con le libertà garantite dal Trattato.

In termini generici, si può affermare che la finalità dei sistemi di consolidato fiscale è quella di garantire la neutralità nel trattamento fiscale del gruppo nel suo complesso. Tale strumento, diffusamente adottato nelle legislazioni degli Stati membri, consente il pagamento delle imposte su base aggregata.

In tal modo il regime del consolidato si pone l'obiettivo di impedire, ad un gruppo che si trovi in una situazione complessiva di perdita, di pagare imposte relativamente alla sola società o alle società del gruppo che siano in utile, con le conseguenti problematiche di *cash flow* che ne deriverebbero in tali ipotesi.

Se questo è l'obiettivo che viene perseguito dalle normative sul consolidato vigenti per i gruppi societari che svolgono le loro attività all'interno di un singolo Stato membro, non si comprende perché tale regime di neutralità debba subire un diverso trattamento qualora il gruppo di società si estenda oltre i confini del singolo stato. Le evidenziate difficoltà di *cash flow* che i sistemi di consolidato mirano a neutralizzare nelle singole giurisdizioni tornano in gioco in una prospettiva transnazionale: è in questo contesto che il tessuto normativo dei singoli Stati membri si scontra con la normativa primaria del trattato, creando i problemi di compatibilità quali quelli affrontati nella sentenza in commento.

**4. Il caso *Marks & Spencer*: restrizione alla libertà di stabilimento, giustificazioni e mancata proporzionalità.** - Il gruppo Marks & Spencer aveva costituito delle società operative in Germania, Francia e Belgio per il tramite di una holding olandese. Dette società producevano delle per-

dite negli esercizi dal '98 al '01 che la controllante residente nel Regno Unito cercava di dedurre dal reddito di gruppo sfruttando lo strumento del *group relief*. Tale regime, come detto, permette alle società del gruppo di cedere le proprie perdite fiscali ad altre società del medesimo gruppo a condizione che le società cedenti siano residenti nel Regno Unito o stabili organizzazioni britanniche di società non residenti e che i soggetti cedenti non possano utilizzare le perdite cedute in futuro.

Malgrado le perdite prodotte dalle controllate del gruppo Marks & Spencer potessero ritenersi non utilizzabili nel futuro nei paesi di residenza delle rispettive società (poiché le stesse venivano liquidate o cedute a terzi), le autorità fiscali britanniche negavano comunque al gruppo la possibilità di utilizzare le perdite in compensazione poiché generate ed eventualmente cedute da società non residenti. Il sistema dello sgravio fiscale di gruppo poteva essere accordato solo per perdite occorse nel Regno Unito (20).

In esito al rifiuto delle autorità fiscali il contribuente faceva valere le sue contestazioni dapprima innanzi agli Special Commissioners (21) poi innanzi alla High Court che sospendeva il procedimento per sottoporre le questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia.

Le questioni pregiudiziali erano volte a stabilire se il sistema di sgravio fiscale di gruppo previsto dalla legislazione del Regno Unito costituisse una restrizione alla libertà di stabilimento. Tale restrizione deriverebbe dal fatto che lo sgravio fiscale di gruppo non ammette la possibilità di compensare nell'ambito del gruppo le perdite di una società non residente, laddove invece tale possibilità è prevista per le perdite occorse a società controllate residenti nello stesso stato della società controllante. Con l'altra questione alla Corte veniva richiesto se su tale regime potesse avere influenza il trattamento accordato negli stati ove sono presenti le società non residenti controllate che hanno subito le perdite (22).

Secondo le affermazioni contenute nelle conclusioni (23) dell'Avvocato Generale Poires Maduro sul caso, entrambe le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte andavano accolte (24). Il sistema di sgravio fiscale del Regno Unito conferisce, come detto, un vantaggio fiscale ai gruppi formati da società residenti nello stato britannico concedendo la possibilità di ridurre l'imponibile fiscale del gruppo per l'importo delle perdite generate dalle società residenti. Tale vantaggio non viene però riconosciuto per i gruppi che spostano i propri investimenti in altri Stati membri esercitando il proprio diritto alla libertà di stabilimento. Questi presupposti sono sufficienti, in un primo stadio dell'analisi di compatibilità con le libertà fondamentali, per caratterizzare il sistema dello sgra-

vio fiscale di gruppo come una forma di restrizione (25) alla libertà di stabilimento, un ostacolo tale da dissuadere le società a capo di un gruppo dalla creazione di società controllate in altri Stati membri (26).

L'approccio dell'Avvocato Generale Maduro per stabilire che sussiste una forma di *home State restriction* è quello della cd. "*vertical comparison*" (27), adottata cioè dalla prospettiva dello stato d'origine o residenza della società controllante. Nel valutare l'esistenza di un trattamento discriminatorio o restrittivo, infatti, l'Avvocato Generale boccia una forma di comparazione basata sulla diversa forma legale dello stabilimento secondario di società residenti nel Regno Unito. In altri termini, non viene analizzata in modo comparato la differenza nel trattamento tributario, in questo caso delle perdite, a seconda che sia coinvolta una stabile organizzazione o una società controllata in un diverso Stato membro (cd. "*horizontal comparison*") e la ragione di tale esclusione deriva dalla diversità di trattamento tributario complessivo delle due forme legali di stabilimento, stabile organizzazione e società controllata (28).

L'approccio suggerito nell'Opinion che porta a censurare la natura restrittiva del sistema dello sgravio fiscale di gruppo è dunque quello di comparare le due situazioni di perdite subite da società controllate residenti e società controllate non residenti. Tale approccio è stato accolto dalla Corte di Giustizia nella sentenza (29) per qualificare come "restrizione" un sistema che garantisce un diverso trattamento tra queste due situazioni.

Per costante giurisprudenza della Corte (30) una restrizione di tal genere non necessariamente costituisce una misura incompatibile con il Trattato. Infatti, è opportuno altresì accertare se la misura restrittiva sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale e quand'anche ricorresse tale ipotesi, se la sua applicazione sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non ecceda quanto necessario per raggiungerlo.

Nel delicato percorso di verifica della compatibilità di una normativa interna di uno Stato membro con le libertà fondamentali previste dal Trattato, occorrerà allora muoversi dal piano dell'accertamento della sussistenza di una discriminazione o restrizione a quello della verifica dell'esistenza di giustificazioni di interesse generale e del rispetto del principio di proporzionalità.

Gli elementi di giustificazione fatti valere dagli stati che hanno presentato le loro osservazioni nella causa principale sono ben noti nel panorama delle pronunzie della Corte. Singolare è tuttavia l'approccio che nel caso Marks & Spencer viene utilizzato dalla Corte nell'affrontarli.

Il Regno Unito ha allora innanzitutto avanzato una giustificazione al regime di restrizione basata sulla diversità della residenza tra la società controllante e le società controllate e su un principio di territorialità. Secondo il governo britannico la diversità di tassazione tra i residenti e i non residenti avviene conformemente al principio di territorialità in base al quale i residenti sono tassati sui redditi ovunque prodotti mentre i non residenti sono tassati nel Regno Unito solamente per i redditi da questi prodotti su detto territorio. Conseguentemente, le perdite prodotte da società non residenti non possono essere utilizzate nel sistema di sgravio fiscale applicato ad una controllante residente.

Detto principio già analizzato in altre occasioni dalla Corte (31), conformemente ai suggerimenti contenuti nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, non è stato ritenuto in questa occasione sufficiente per limitare lo sgravio di gruppo alle perdite subite dalle sole società residenti nel Regno Unito (32).

Nel prosieguo dell'analisi delle cause di giustificazione indicate dai vari Stati intervenuti, la Corte effettua una valutazione del tutto innovativa rispetto all'approccio sin qui mostrato nelle precedenti decisioni. Vengono, infatti, valutate tre delle cause di giustificazione avanzate dai governi intervenuti nel giudizio nel loro complesso e non ciascuna separatamente (33) come di consueto. L'esito di tale approccio in questa fase dell'analisi nel corpo della sentenza, tenuto conto della valutazione complessiva delle tre cause di giustificazione nell'economia del caso, è quello di riabilitare il sistema di sgravio fiscale di gruppo del Regno Unito. Il *group relief* da norma di restrizione alla libertà di stabilimento diviene così una norma che "...da un lato persegue obiettivi legittimi compatibili con il Trattato e rientranti tra i motivi imperativi di interesse generale e, dall'altro, è idonea a garantire la realizzazione dei detti obiettivi" (34).

Le cause di giustificazione considerate nel loro insieme sono in particolare: la coerenza o simmetria dei sistemi fiscali per la salvaguardia di un'equilibrata ripartizione del potere impositivo degli stati, il possibile duplice uso delle perdite, il rischio di evasione fiscale (35). Vale la pena di effettuare alcune considerazioni su di esse, essendo non del tutto coerente il procedimento adottato dalla Corte nella loro analisi rispetto al risultato da essa raggiunto in merito alla legittimità e compatibilità con il Trattato del sistema dello sgravio fiscale di gruppo.

Sulla coerenza dei sistemi fiscali la Corte si è già espressa in precedenza, anche se spesso non in termini univoci (36), accettando tale causa di giustificazione implicante un nesso diretto tra beneficio fiscale da

un lato e prelievo compensatorio dall'altro e purché tale meccanismo si verificasse con riferimento allo stesso contribuente e per la stessa imposta (37). In quest'ottica, nei confronti delle società non residenti l'assenza di tale nesso diretto rispetto alle società controllanti del Regno Unito viene utilizzata dal Governo britannico per supportare la legittimità della normativa e giustificare così il sistema attuale. Infatti, se da un lato non vengono attratti a tassazione i redditi delle società controllate non residenti è coerente dall'altro non consentire la deduzione delle loro perdite.

A tale ragionamento si opporrebbe tuttavia la più recente teoria fatta valere sul significato da dare al concetto di "coerenza" nelle conclusioni presentate dagli avvocati generali Kokott (nel caso *Manninen*) e Maduro (nel caso *Marks & Spencer*). Secondo tale teoria, la giustificazione volta a preservare la coerenza di un sistema fiscale andrebbe accertata alla luce dello scopo e della logica perseguiti dalla norma analizzata.

Seguendo tale orientamento, se la logica e lo scopo del sistema di sgravio fiscale di gruppo è quella di consentire la compensazione dei risultati economici del gruppo a livello aggregato e la possibilità di trasferire le perdite dalle società controllate, una limitazione alla trasferibilità delle perdite da parte di società facenti parte del gruppo e non residenti non sarebbe coerente con la finalità e gli obiettivi della norma.

La Corte ha seguito, tuttavia, un diverso ragionamento e ha tralasciato i suggerimenti dell'Avvocato generale Maduro sul tema della coerenza che avrebbero condotto probabilmente ad un rigetto della causa di giustificazione basata sulle esigenze di coerenza del sistema del Regno Unito.

Nell'analisi della sentenza a questo punto si nota che la Corte valuta e dà maggiore peso alle esigenze di ripartizione del potere impositivo dei diversi stati coinvolti in ipotesi di perdite transnazionali (38). È qui che si avverte un'inversione di tendenza, in quanto la preoccupazione di riduzione delle entrate tributarie non era mai stata considerata nei precedenti della Corte come motivo di interesse generale idoneo a giustificare una normativa incompatibile con il Trattato (39). In questo caso, tuttavia, la posta in gioco è forse troppo alta e al problema della simmetria o coerenza si aggiungono altre problematiche che rischiano di pregiudicare eccessivamente il sistema fiscale del Regno Unito. Una pronuncia di ammissibilità incondizionata della compensazione delle perdite tra società residenti e non residenti si abbatterebbe come una scure su diversi sistemi fiscali europei e la Corte è costretta a trovare un *éscamotage* per

salvaguardare un insieme di interessi garantiti dal sistema attuale di sgravio fiscale di gruppo e dagli analoghi sistemi di consolidato nel mercato interno.

Le esigenze di ripartizione del gettito fiscale unitamente al il rischio di un duplice utilizzo delle perdite nello stato della fonte dalla società controllata e nello stato di residenza della società controllante, il rischio di evasione fiscale connesso al trasferimento delle perdite negli stati in cui le aliquote sono più elevate, hanno portato la Corte a effettuare una valutazione complessiva delle cause di giustificazione e a ritenere legittimo un sistema di consolidato che prevenga queste ipotesi.

Malgrado il sistema di sgravio fiscale di gruppo risulti, in questa fase del ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza, legittimo e in grado di soddisfare le esigenze di cautela del gettito fiscale degli stati, resta pur sempre da valutare se detto sistema sia altresì conforme al principio di proporzionalità, al fine di esaurire il vaglio sulla compatibilità della normativa UK con la libertà di stabilimento.

È in questa sede che il sistema di sgravio fiscale di gruppo mostra carenze sulle quali il giudizio della Corte non può transigere. Il rifiuto sistematico di trasferimento delle perdite da parte di società non residenti facenti parte di un gruppo stabilito nel Regno Unito costituirebbe una misura eccessiva rispetto agli obiettivi di neutralità perseguiti dallo sgravio fiscale di gruppo e come tale la norma non rispetta il principio di proporzionalità. Anche in questa occasione, tuttavia, i risultati raggiunti dalla Corte non sono coerenti con le premesse. Una norma che non rispetta il principio di proporzionalità dovrebbe essere dichiarata incompatibile *in toto*; invece, nel caso di specie, le stesse necessità di salvaguardare gli interessi evidenziati nell'esame delle cause di giustificazione portano la Corte ad affermare che il sistema dello sgravio fiscale di gruppo è una misura restrittiva che "...eccede quanto necessario per il conseguimento sostanziale degli scopi perseguiti..." (40) soltanto al ricorrere di limitate ipotesi. Si tratta delle situazioni in cui le perdite non possano più essere recuperate nel paese di residenza della controllata, ed in particolare i) se la controllata non residente ha esaurito la possibilità di utilizzo delle perdite nello stesso esercizio in cui si sono manifestate o in esercizi precedenti o mediante trasferimento delle perdite ad un terzo e ii) se le perdite della controllata estera non possono essere utilizzate nel suo stato di residenza negli esercizi futuri da essa o dal soggetto terzo a cui la controllata viene eventualmente ceduta. Il risultato di tale approccio è quello di ritenere il sistema di sgravio fiscale di gruppo compatibile con la libertà di stabilimento in genere affermandone, tuttavia, la

non proporzionalità rispetto agli obiettivi conseguiti dalla norma in limitate ipotesi.

Secondo il giudizio della Corte, allora, la possibilità di assorbire le perdite da società non residenti, impone al contribuente che voglia operare la compensazione transnazionale di verificare preventivamente se la legge dello stato dove la controllata non residente in perdita è stabilita impedisca il *carry back* o *carry forward* e impedisca altresì la trasferibilità delle perdite ad altri soggetti che acquistino eventualmente la società controllata o sfruttino le sue perdite grazie ad un sistema di consolidato.

A ben vedere i casi di compensabilità delle perdite transnazionali a queste condizioni diventano limitati ai soli casi di liquidazione della società che subisce le perdite. La Corte tace, infatti, sull'ipotesi in cui pur essendo presente un sistema di riporto in avanti (*carry forward*) nello stato di residenza della controllata in perdita non sia possibile sfruttare il meccanismo per ragioni di fatto, ad esempio perché il periodo di *carry forward* è scaduto (42) o perché non sono prodotti utili nell'anno successivo rispetto a quello in cui le perdite sono prodotte.

Il primo quesito da porsi alla luce di tale pronuncia è, dunque, se per potere utilizzare le perdite di società non residenti in un sistema di consolidato occorra che esse non siano più utilizzabili nello stato di residenza della controllata per circostanze di fatto o per ragioni di diritto. L'orientamento della Corte non si esprime sul punto e il distinguo sembra essenziale nell'attuale panorama dei consolidati domestici in Europa (43).

**5. Il regime delle perdite transnazionali in ambito internazionale.** - Prescindendo adesso dai limiti specifici imposti dal diritto comunitario, ed in particolare dal rispetto del principio di non discriminazione, è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sugli aspetti di fiscalità internazionale che interessano il regime delle perdite transnazionali e sull'approccio contenuto nel modello di convenzione Ocse diffusamente riconosciuto e utilizzato come riferimento per la stipula delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni tra gli Stati membri in Europa incluso il Regno Unito.

Come già evidenziato da alcuni autori (44), gli art. 23 A e B del modello di convenzione Ocse e i relativi commentari disciplinanti i sistemi adottati dagli Stati membri per impedire il fenomeno della doppia imposizione giuridica (credito d'imposta e esenzione) affrontano la problematica delle perdite transnazionali proponendo una soluzione pratica frutto delle diversità esistenti tra i sistemi fiscali dei vari stati aderenti all'Oc-

se. In assenza di uniformità di trattamento non è possibile adottare un'unica soluzione che vincoli gli stati di residenza a tenere in considerazione le perdite transnazionali (derivanti da componenti negativi di reddito generati nello stato della fonte) o a escluderne completamente la compensabilità con gli utili prodotti dai soggetti residenti. La soluzione in questi casi è lasciata alla disciplina delle legislazioni interne dei singoli stati oltre che a eventuali specifiche previsioni contenute nelle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni o alle cd. procedure amichevoli (45).

Nella pratica degli Stati membri, mentre per i sistemi che adottano il credito d'imposta il trattamento delle perdite sofferte fuori dal paese di residenza è disconosciuto nel caso di perdite generate da società non residenti controllate e ammesso come facente parte del reddito complessivo dei residenti nel caso di perdite generate da stabili organizzazioni, nei paesi che adottano il regime di esenzione non esiste uniformità e anche la giurisprudenza comparata offre diverse prospettive (49). Non è possibile affermare che l'esenzione degli utili riguardi anche le perdite e resta dubbio se il calcolo delle perdite possa essere fatto ai soli fini della progressione negativa per ridurre l'aliquota d'imposta sul reddito complessivo dei residenti per eventuali perdite subite tramite stabili organizzazioni.

**6. Il consolidato fiscale in Italia e i problemi di proporzionalità.** - I principi pronunziati dalla Corte di Giustizia in esito alla valutazione della compatibilità con la libertà di stabilimento del sistema di sgravio fiscale di gruppo nel Regno Unito inducono ad alcune riflessioni sui sistemi di consolidato fiscale introdotti in Italia ed in particolare con riferimento alle modalità di trattamento delle perdite.

Il tema già affrontato da alcuni autori (47) evidenzia profili di incompatibilità con la libertà di stabilimento per entrambe le tipologie del consolidato domestico e mondiale. Ciascuno dei sistemi introdotti con la riforma in vigore dal 1° gennaio 2004 conterrebbe, infatti, una disciplina che per taluni aspetti ostacola lo sviluppo nel mercato interno di gruppi di imprese Italiani dissuadendo la società controllante residente dall'investire in stati diversi da quello d'origine tramite la costituzione di società figlie non residenti.

Ci si limita ad analizzare alcuni di tali profili tentando di evidenziare le possibili censure che la Corte di Giustizia muoverebbe al regime italiano di consolidamento nazionale, adottando lo stesso approccio seguito nel caso Marks & Spencer.

Diversamente dal *group relief system* del Regno Unito – secondo il quale il regime tributario comune applicato alle società facenti parte del gruppo consente il solo trasferimento delle perdite dalla cd. “*surrendering*” company controllata alla cd. “*claimant*” company controllante – il consolidato domestico italiano consente la determinazione di un'unica base imponibile in capo alla società controllante come somma algebrica degli utili e delle perdite delle società facenti parte del gruppo a condizione che le società controllate facenti parte del gruppo siano residenti nello stato Italiano (49). L'esclusione della possibilità di consolidare le perdite di una controllata non residente rischia di essere censurata come una restrizione del sistema incompatibile con la libertà di stabilimento poiché idonea a dissuadere i gruppi italiani dalla costituzione di società controllate non residenti. È, infatti, innegabile che il trattamento di favore, in termini di vantaggio di cassa, generato dall'adozione del sistema per le società del gruppo ad esso aderenti e residenti in Italia non potrebbe essere goduto con riferimento alle società controllate non residenti per le quali l'opzione non è esercitabile.

Occorre allora valutare se sul piano delle giustificazioni di interesse generale che motivano il permanere in un ordinamento di tali misure restrittive ve ne sia alcuna che possa essere fatta valere con successo dal governo italiano. Tra queste è possibile che il governo italiano faccia ricorso alla coerenza o simmetria del sistema fiscale e per tale ragione ritenga immotivato l'assorbimento di perdite prodotte da società non residenti non essendo attratti a tassazione in Italia i componenti positivi di reddito da esse prodotte. Potrebbero, poi, essere fatte valere ragioni di integrità delle entrate erariali e prudenza nei confronti dei possibili fenomeni di evasione fiscale riconducibili alla circolazione delle perdite infragruppo sfruttando il cd. arbitraggio fiscale tra stati aventi aliquote diverse per la tassazione del reddito d'impresa.

Un'ulteriore giustificazione mai adottata in precedenza, così come è avvenuto del resto nel caso Marks & Spencer con riferimento al possibile doppio utilizzo delle perdite, può basarsi sul fatto che l'esclusione delle perdite derivanti da società non residenti nel consolidato domestico è compensata dalle previsioni in tema di consolidato mondiale che ammettono tale possibilità (50).

Singolarmente considerate tali giustificazioni dovrebbero essere rigettate alla luce dei precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia (51), una loro considerazione complessiva, invece, come dimostrato nella sentenza in commento, potrebbe portare la Corte a ritenere legittimo il sistema italiano. In tale ultimo caso, tuttavia, resterebbe pur sempre da

verificare l'adeguatezza del consolidato domestico rispetto allo scopo da esso perseguito al fine di potersi pronunciare definitivamente sulla sua compatibilità con le libertà garantite dal Trattato Ce. In altri termini, un ultimo test da soddisfare per il regime di consolidato domestico riguarderebbe il requisito necessario della proporzionalità.

Orbene, è legittimo ritenere che il rifiuto sistematico di trasferimento delle perdite da parte di società non residenti nell'ambito del consolidato domestico impedisca che il predetto test sia superato con successo. Sicuramente il difetto di proporzionalità rileverebbe almeno nelle due ipotesi prospettate nel caso Marks & Spencer e in specie nei casi in cui la controllata non residente in perdita è posta in liquidazione o si trova nell'impossibilità di effettuare il *carry forward* o *back* delle perdite nello stato di residenza. Ad una più attenta valutazione, ogni qualvolta sia possibile individuare una soluzione meno coercitiva rispetto alla normativa vigente in un dato Stato membro in tema di trasferimento delle perdite nell'ambito del consolidato, il principio di proporzionalità non verrebbe soddisfatto. Ciò premesso, a prescindere dalle due ipotesi considerate nella sentenza in commento è possibile ritenere che il principio di proporzionalità richieda che le norme sul consolidato domestico consentano comunque il trasferimento di perdite generate da società facenti parte del gruppo non residenti, indipendentemente dal regime accordato a tali perdite secondo la legislazione dello stato dove dette controllate risiedono. I suggerimenti della proposta di Direttiva in tema di perdite (52) con il metodo di deduzione e reincorporazione mostrano certamente la possibilità di utilizzare nel consolidato di gruppo misure da un lato meno coercitive rispetto ad un'esclusione sistematica alla deducibilità di perdite provenienti da società non residenti, e per altro verso misure che garantiscano piena coerenza con gli obiettivi di assicurare il vantaggio di cassa concesso alle residenti facenti parte del consolidato anche alle società non residenti facenti parte del gruppo. Così facendo si verrebbe a creare una sorta di coerenza all'interno di un sistema fiscale transnazionale sostituendo al concetto di coerenza nell'ambito di un sistema fiscale interno di un singolo Stato membro un concetto più ampio e valido anche in situazioni transnazionali. L'impatto di un tale approccio potrebbe essere altresì vantaggioso nella valutazione della compatibilità con le libertà fondamentali del Trattato Ce nelle ipotesi di *exit taxes* e sistemi pensionistici tenute in considerazione le criticità evidenziate in passato in questi settori.

Al suggerimento di estendere il trattamento delle perdite intragruppo previsto dall'attuale consolidato domestico in Italia anche alle con-

trollate non residenti per sfuggire alle possibili censure di compatibilità con la libertà di stabilimento, si potrebbe eccepire, come detto, che al trasferimento delle perdite da società non residenti si può comunque ricorrere in Italia tramite lo strumento del consolidato mondiale. Tale obiezione, tuttavia, non convince se si considera che il consolidato mondiale impone dei requisiti per la sua applicazione ben più onerosi rispetto al consolidato domestico e che tali requisiti porrebbero ulteriori problemi di proporzionalità, nel confronto tra le due misure, difficilmente superabili.

**7. Conclusioni.** - La compatibilità della norma di uno Stato membro con l'ordinamento comunitario implica il rispetto dei principi di quest'ultimo. Tali principi sono stati disegnati con l'intento di garantire la coesistenza e l'integrazione tra diversi ordinamenti giuridici, per l'"eliminazione di tutti gli ostacoli alla circolazione interna al fine di realizzare un singolo mercato" (53) e con la coscienza del necessario rispetto delle finalità da essi perseguite poiché frutto di norme poste da un ordinamento gerarchicamente superiore.

Un ruolo di primo piano nella sentenza in commento è svolto dal principio di proporzionalità, inteso quale idoneità della previsione normativa a garantire il raggiungimento dello scopo perseguito senza eccedere quanto necessario per farlo. Il sistema di sgravio di gruppo del Regno Unito non rispetta il principio di proporzionalità e come tale avrebbe dovuto essere dichiarato incompatibile con il diritto comunitario ed in particolare con la libertà di stabilimento per le ragioni indicate nel commento che precede.

Il difetto di proporzionalità, invece, non è stato ritenuto sufficiente dalla Corte per stabilire un principio di incompatibilità *tout court* con la libertà di stabilimento (garantita dall'art. 43 e 48 del Trattato Ce) di sistemi di consolidato fiscale come quello del Regno Unito.

Per molti sistemi di consolidato fiscale negli Stati membri la compensabilità delle perdite all'interno di un consolidato di gruppo è ammessa tra le società aventi sede nello stato di residenza della controllante mentre è negata se le perdite sono originate da società non residenti. Malgrado la differenza di trattamento tra le due ipotesi evidenziate chiaramente un trattamento meno favorevole delle situazioni transnazionali rispetto a quelle puramente domestiche, la Corte ha scelto di censurare questa tipologia di restrizioni, riconoscendo la compensazione delle perdite transnazionali, in un numero molto limitato di casi.

Il ragionamento della Corte suscita numerosi quesiti ed in particolare potrebbe essere utilizzato in futuro per fare valere l'inosservanza del

principio di proporzionalità in casi ulteriori rispetto alle limitate ipotesi attualmente prospettate, assicurando così ulteriori possibilità di compensazione delle perdite transnazionali.

La soluzione preferibile per la vasta problematica del trattamento tributario delle perdite in una dimensione transnazionale va ricercata nelle possibili misure concordate tra i governi degli Stati membri (integrazione positiva) piuttosto che nei fenomeni di integrazione negativa (54) provocata dalle sentenze della Corte di Giustizia. In tal senso, una Direttiva sul tema delle perdite che sfrutti i suggerimenti della precedente proposta di direttiva (55), o il ricorso a sistemi di integrazione quali l'*Home State Taxation* o la *Common Consolidated Corporate Tax Base* (56) (57), sembrano gli strumenti maggiormente idonei a garantire le esigenze di certezza del diritto necessarie per disciplinare una materia così complessa.

#### MASSIMILIANO RUSSO

(1) COM (90) 595 finale, "A proposed 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.

(2) L'art. 9 della proposta di Direttiva prevede tra le metodologie suggerite per la compensazione quella cd. di deduzione e reincorporazione. A prescindere dal regime delle perdite adottato dallo stato della fonte in cui ha sede la controllata e ove le perdite sono prodotte, tale sistema consente un'immediata deduzione delle perdite nel paese di residenza della società controllante e una successiva reincorporazione dei profitti futuri della controllata estera per un ammontare pari alla perdita precedentemente trasferita e dedotta. Tale metodologia, qualora adottata nel sistema del Regno Unito analizzato dalla sentenza in commento, avrebbe probabilmente consentito di evitare le censure della Corte dovute alla mancanza di proporzionalità della norma. Nonostante le critiche espresse in passato su tale metodo, giova ribadire la sua validità nella misura in cui garantisce il raggiungimento dello scopo della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri in maniera meno restrittiva rispetto ad una negazione in termini assoluti alla compensabilità delle perdite transnazionali.

(3) 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 interno 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. "Bruxelles, 24 novembre 2003.

(4) CGCE sentenza, 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer v. David Halsey, Inspector of taxes*.

(5) Cfr. M. SCHEUNEMANN, "Decision in the Marks & Spencer Case: a Step Forward, but No Victory for Cross-Border Group Taxation in Europe", *Intertax*, Volume 34, Issue 2, 54 ss.

(6) Tra i sistemi di consolidato fiscale attualmente in vigore nei 25 Stati membri dell'Unione Europea soltanto 7 paesi non prevedono possibilità di compensazione delle perdite e degli utili delle società facenti parte dello stesso gruppo e residenti nello stesso Stato membro (Belgio, Grecia, Estonia, Lituania, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria). La possibilità di compensare i risultati di gruppo in ambito transnazionale è invece possibile per soli 4 paesi (Austria, Danimarca, Francia e Italia, in Olanda tale possibilità è in corso di approvazione).

(7) Il principio di proporzionalità nell'interpretazione dei giudici della Corte di Giustizia e secondo l'opinione condivisa in dottrina qualifica l'idoneità di una previsione normativa a garantire il conseguimento dello scopo perseguito non eccedendo quanto necessario per farlo. Cfr. P. ADONNINO, *La compatibilità della disciplina Ires con l'ordinamento comunitario*, in questa Rivista, 2005, 7-8, 754 ss.

(8) Per una panoramica delle questioni discusse in dottrina sul tema delle perdite fiscali nell'ambito dell'EC law e in particolare sul caso Marks & Spencer cfr. P. PISTONE, "Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice", *EC Tax Review* (2003-3), 149-154; A. CORDEWENER ET AL., "The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M&S, and the Way Ahead" (Part One and Two), 44, in *European Taxation* 4 e 5 (2004), 135-142 e 218-233; D. GUTMANN, "The Marks & Spencer case: proposal for an alternative way of reasoning", *EC Tax Review* (2003-3) 154-158; A. CORDEWENER, "Foreign Losses, Tax Treaties and EC Fundamental Freedoms: a new German Case before the ECJ", in *European Taxation* (September, 2003), 294-303; G. MEUSEN, "The Mark & Spencer case: reaching the boundaries of the EC treaty", in *EC tax review*, (2003-3), 144-148; L. HINNEKENS, "The Marks and Spencer Case: UK Special Commissioners Find UK Group Relief Rules Compatible with Freedom of Establishment", in *European Taxation* (2003-5), 175-182; D. EVANS ET AL., "What the Marks & Spencer case will mean", in *International tax review*, (July- August 2003), 34-36.

(9) CGCE sentenza, 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations SA and Singer v Administration des Contributions*.

(10) CGCE sentenza, 14 dicembre 2000, causa C-141-99, *AMID v Belgian State*.

(11) Il sistema di sgravio fiscale di gruppo a cui ci si riferisce è il sistema inglese del cd. "group relief" oggetto dell'analisi di compatibilità nella precedente giurisprudenza della Corte v. nota 12 e nella sentenza in commento. Tale sistema non è un vero e proprio sistema di consolidato poiché garantisce il trasferimento alla capogruppo delle sole perdite laddove nei sistemi di consolidato l'imponibile del gruppo si determina come somma algebrica dei risultati prodotti dalle singole società facenti parte del perimetro di consolidamento.

(12) CGCE sentenza, 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty Inspector of Taxes)*.

(13) CGCE, sentenza, 18 novembre 1998, causa C-200/98, *X AB & Y AB v Riksskatteverket*.

(14) Su questo orientamento cfr. P. PISTONE, "Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice", in *EC Tax Review* (2003-3), 149-154 e B.J.M. TERRA and P.J. WATTEL, *European Tax Law*, Third Edition (Deventer: Fed,

2001), 41 ss.

(15) In altri termini, il quesito aperto in passato era se la possibilità dell'applicazione del divieto di discriminazione visto dalla prospettiva dello stato dove l'attività o l'investimento veniva effettuato dal non residente (cd. *inbound perspective*, che qui definiamo come "stato dell'investimento") si potesse estendere alla prospettiva dello stato da cui l'investimento del soggetto residente si sarebbe mosso (cd. *outbound perspective*, che qui definiamo come "stato dell'origine").

(16) CGCE sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) / J. Kenneth Hall Colmer*; sentenza 12 aprile 2000, causa C-251/98, *C. Baars v. Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*; causa *X e Y*, cit. *supra* nota 4; sentenza 14 dicembre 2000, causa C-141/99, *AMID v Belgische Staat*; sentenza 18 settembre 2003, causa C-168/01, *Bosal Holding / J. Staatssecretaris van Financiën*.

(17) Cfr., tra gli altri, per un approccio di non restrizione, le sentenze 12 dicembre 2002, causa C-385/00, *De Groot*; 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*; 26 giugno 2003, causa C-422/01, *Skandia*; 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*; 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*. Cfr. altresì, R. LYAL, *Non-discrimination and direct tax in Community law*, in *EC Tax Review*, 2003/2, 68 ss.

(18) Cfr. par. 58 della sentenza.

(19) Leggasi cd. "vantaggio di cassa", cfr. sentenza *Marks & Spencer* par. 32.

(20) Cfr. par. 18-24 della sentenza.

(21) Per un'analisi delle conclusioni raggiunte dagli Special Commissioners sulla compatibilità del group relief system con la libertà di stabilimento si segnala L. HINNEKENS, "The Marks & Spencer case: UK Special Commissioners find UK group relief rules compatible with freedom of establishment", in *European Taxation*, May 2003, 175 ss.

(22) Cfr. par. 26 della sentenza.

(23) Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Poires Maduro, rilasciate il 7 Aprile 2005 disponibili su <http://curia.eu.int>;

(24) Per una panoramica del dibattito in dottrina sulle conclusioni formulate dall'Avvocato Generale Maduro sul caso *Marks & Spencer* cfr. M. LANG, "Marks and Spencer – more questions than answers: an analysis of the Opinion delivered by Advocate General Maduro", in *EC Tax Review*, 2005, 2, 95; G. MEUSSEN, "Cross-Border Loss Relief in the European Union following the Advocate General's Opinion in the Marks & Spencer Case", in *European Taxation*, July 2005, 282 ss.; G. MEUSSEN, "The Marks & Spencer case: the final countdown has begun", in *European Taxation*, April 2005, 160 ss.; M. RUSSO, "The 2005 Leiden Forum on Recent and Pending Direct Taxation Cases before the European Court of Justice", in *Intertax*, Volume 34, Issue No. 4, 2006.

(25) Cfr giurisprudenza citata in tema di restrizione alle libertà fondamentali *supra* nota 17 ed in particolare sentenza Ici par. 21 citata nella sentenza *Marks & Spencer* al par. 31.

(26) Cfr. par. 52 e 53 dell'Opinion.

(27) Per una distinzione tra *vertical comparison* e *horizontal comparison* cfr. A. CORDEWERNER et al. *supra* nota 8, secondo gli autori l'approccio della vertical comparison per il caso *Marks & Spencer* è da preferirsi rispetto all'altra alternativa possibile di comparazione cd. *horizontal comparison* tra una società madre residente in UK con una stabile organizzazione in altro Stato membro e una società madre in UK con una con-

trollata in altro Stato membro. In quest'ultimo caso le due situazioni non sarebbero comparabili.

(28) Sul tema della diversità di trattamento tributario applicabile alle due diverse forme di stabilimento società controllata e stabile organizzazione, P.J. WATTEL, "Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination; a plea for territoriality", in *EC Tax Review* (4-2003), 194 ss.

(29) Cfr. par. 34 della sentenza.

(30) Cfr. CGCE Futura Participations e Singer par. 26, CGCE, sentenza, 11 marzo 2004, causa C-9/02, *Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie* par. 49.

(31) Cfr. par. 22, Futura. In quell'occasione il richiamo del principio di territorialità da parte della Corte veniva effettuato per indicare i limitati poteri di tassazione dello Stato Lussemburghese nei confronti di un soggetto non residente per le perdite da questo prodotte in Lussemburgo tramite una stabile organizzazione e la cui riportabilità era limitata ad una compensazione con redditi futuri prodotti in Lussemburgo. La prospettiva adottata era quindi quella dello "stato dell'investimento" ed aveva ad oggetto il trattamento tributario dello stesso soggetto giuridico una società francese con una stabile organizzazione in Lussemburgo. Nel caso *Marks & Spencer*, come rilevato, la prospettiva adottata dalla Corte è quella dello stato d'origine o residenza e le perdite si trasferirebbero tra due diversi soggetti giuridici.

(32) Cfr. par. 40.

(33) Cfr. par. 43-51.

(34) Cfr. par. 51.

(35) Cfr. par. 43. Giova notare che la valutazione del possibile duplice uso delle perdite viene citata nella sentenza per la prima volta nei precedenti in tema di perdite tra le cause di giustificazione.

(36) La Corte ha spesso utilizzato termini diversi quali coesione, coerenza e territorialità per esprimere lo stesso concetto, cfr. A. CORDEWERNER et al. *supra* nota 8.

(37) Cfr. CGCE, sentenza 28 gennaio 1992, caso C-204/90 *Bachmann v Belgian State*, par. 28 e CGCE, sentenza 13 aprile 2000, caso C-251/98 *Baars v Inspecteur der Belastingdienst Particulieren*, par. 40.

(38) Cfr. sentenza par. 46.

(39) Cfr. tra le altre Ici par. 28, *Metallgesellschaft e Hoechst* par. 59, CGCE, sentenza 7 settembre 2004, caso C-319/02 *Petri Manninen* par. 49.

(40) Cfr. par. 55 della sentenza.

(41) Tra i 25 Stati membri infatti soltanto l'Estonia non consente un sistema di carry forward.

(42) Fatta eccezione per il regime previsto in Estonia, 13 Stati su 25 permettono il carry forward indefinitamente, 8 per un periodo di 5 anni per i restanti sono previste possibilità per periodi superiori a 5 anni.

(43) Analogamente, ritiene una "vittoria di Pirro" la limitazione della compensazione delle perdite transnazionali alle sole ipotesi previste dalla sentenza G.T.K. MEUSSEN in "Cross-Border Loss Relief in the European Union following the Advocate General's Opinion in the Marks & Spencer Case", in *European Taxation*, July 2005, 282 ss.

(44) Cfr. A. CORDEWERNER et al. *supra* nota 8.

(45) Cfr. par. 44 del commentario all'art. 23 A e par. 62 del commentario all'art. 23 B del Modello di convenzione contro le doppie imposizioni Ocse.

(46) Cfr. Austrian *Verwaltungsgerichtshof* of 25 September 2001, Case 99/14/0217, *ISzR* 2001 e Ulf Zehetner, "Austrian Supreme Administrative Court: exemption method and foreign losses – a change in the interpretation of DTC", *EC Tax Review* (2002-1), pp. 39-40; ECJ, Pending, Case C-152/03 *Ritter v. Bundesfinanzhof*.

(47) Cfr. P. SCARIONI, SIMONE MUNI, *Riflessioni sul consolidato mondiale alla luce del caso Marks & Spencer*, in *Boll. trib.*, 21-2005, 1612 ss.; D. STEVANATO, *Libertà di stabilimento e consolidato fiscale "europeo"*, in *Corr. trib.*, 4-2006, 285 ss.; G. MAISTO, *Profili internazionalistici dell'imposizione delle imprese nella delega per la riforma tributaria*, in questa Rivista, 2003, I, 703 ss.

(48) Per una disamina delle condizioni e dei requisiti necessari per l'applicazione del group relief system cfr., D. FUXA, "Il group relief e il caso Marks & Spencer", in *Fiscalità Internazionale*, luglio-agosto 2005 293 ss.

(49) Il sistema di consolidato domestico disciplinato agli artt. 117 ss. del Tuir ha una durata minima di un triennio e può essere adottato anche con riferimento ad alcune delle società facenti parte del gruppo (*cherry picking*).

(50) Il sistema di consolidato mondiale disciplinato dagli artt. 130 ss. Tuir consente di attrarre nella base imponibile di gruppo le perdite prodotte dalle società non residenti. Tale regime è subordinato tuttavia ad una adesione per un periodo minimo di 5 anni e all'inclusione obbligatoria nel consolidato di tutte le società controllate non residenti ("all in or all out").

(51) Cfr. *supra* nota 36 e 38.

(52) Cfr. *supra* nota 2.

(53) Cfr. causa C-15/81, *Gaston Schul*.

(54) Per integrazione negativa si intende il processo in base al quale la Corte con le proprie sentenze introduce delle forme di proibizione coercitiva nei confronti di misure degli Stati membri giudicate in contrasto con i principi fondamentali per il mantenimento del mercato comune. A tale forma di integrazione si contrappone la c.d. integrazione positiva determinata invece sulla base di scelte politiche di comune accordo tra gli Stati membri e in base a forme di legislazione di produzione comunitaria. Cfr. in tal senso B.TERRA P.J. WATTEL, *European Tax Law*, Fed, fiscale studieserie, 23 ss.

(55) La richiesta di unanimità di voti per l'approvazione di una Direttiva in tema di perdite è stata in passato un ostacolo al raggiungimento di una disciplina uniforme per tutti gli Stati membri in tema di perdite transnazionali, il ricorso ad un sistema di votazione maggioritario potrebbe facilitare l'armonizzazione richiesta su questo delicato tema. In tal senso cfr. P. PISTONE, R. LUPI, *Eliminazione della doppia imposizione societaria internazionale e coerenza dei sistemi fiscali interni*, in *Dialoghi di diritto tributario*, anno III, 2005, 1545.

(56) L'*Home state taxation e la Common Consolidated Corporate Tax Base* sono proposte della Commissione volte a creare un'unica base imponibile consolidata nel mercato interno per gruppi di imprese multinazionali. Nel primo caso il reddito tassabile per l'attività svolta dal gruppo verrebbe calcolato sulla base della legislazione vigente nello Stato membro in cui ha la sede la società a capo del gruppo, nel secondo caso il reddito del gruppo verrebbe calcolato sulla base di una normativa ad hoc introdotta tramite Regolamento o Direttiva e applicabile in tutti gli Stati membri.

(57) Cfr. COM/2005/702, la Commissione in quest'ultima comunicazione sull'*Home State Taxation* suggerisce un a fase pilota per la sperimentazione del sistema. L'adesione al sistema comporterà la possibilità per le piccole e medie imprese, con un numero di dipendenti inferiore a 250 unità e un fatturato sino a 50 milioni di Euro, per un pe-

riodo di cinque anni, la possibilità di determinazione dell'unica base imponibile come indicato in nota 56.