

# Le perdite transfrontaliere all'esame della CGUE: nuovi casi per vecchi dubbi



**Claudio Mazzoleni**

LL.M. in International Tax Law (Leiden)  
Dottore commercialista e Revisore legale  
Bonelli Erede Pappalardo, Milano

**Il presente contributo ha per oggetto due sentenze della CGUE in materia di compensazione transfrontaliera di perdite (cause Philips Electronics, C-18/11, del 6 settembre 2012 e A Oy, C-123/11, del 21 febbraio 2013). L'analisi del loro contenuto fornisce l'occasione per valutare l'attuale orientamento della CGUE in materia ed esaminare possibili profili di incompatibilità della normativa italiana**

## 1. Premessa

Come noto, le direttive emanate dal Consiglio in materia d'imposizione diretta sono circoscritte a pochi e ben definiti ambiti[1]. Nessuna di esse, comunque, ha per oggetto la compensazione transfrontaliera delle perdite all'interno dei gruppi societari[2]. In mancanza di una normativa che disciplini in maniera armonizzata tale materia, pertanto, l'eliminazione a livello europeo degli ostacoli al buon funzionamento del mercato unico è perseguita soprattutto mediante la cosiddetta "integrazione negativa", vale a dire l'attività censoria svolta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE). Poiché le limitazioni previste dagli ordinamenti degli Stati membri in materia di utilizzo transfrontaliero delle perdite possono costituire un grave ostacolo al buon funzionamento del mercato unico[3], non stupisce che tale tematica abbia spesso formato oggetto dell'attenzione della CGUE[4]. Ciò è avvenuto, da ultimo, nell'ambito di due importanti cause – la numero C-18/11, del 6 settembre 2012 (caso Philips Electronics) e la numero C-123/11, del 21 febbraio 2013 (caso A Oy).



Nel presente articolo, dopo una breve – ma indispensabile – ricognizione dei principali casi affrontati in materia dalla CGUE, si fornirà un'analisi critica delle due sentenze citate. A seguire, prendendo spunto dagli esiti di tale approfondimento, verranno proposte alcune considerazioni in merito a possibili profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione europea (di seguito UE) della normativa italiana in materia di compensazione infragruppo delle perdite.

## 2. Gli orientamenti elaborati dalla CGUE in materia di compensazione delle perdite transfrontaliere

### 2.1. Premessa

Le sentenze Philips Electronics e A Oy rappresentano – ad oggi – l'ultima tappa di un percorso giurisprudenziale il cui inizio viene solitamente fatto coincidere con la sentenza Marks & Spencer (causa C-446/03, del 13 dicembre 2005). Infatti, benché tale causa non sia stata la prima in materia di perdite transfrontaliere[5], essa ha comunque rappresentato una sentenza di riferimento per l'importanza dei principi in essa elaborati[6]. Poiché le due cause oggetto del presente contributo non possono che esser lette tenendo a mente tale sentenza e la giurisprudenza sviluppatasi successivamente, di seguito si ripercorrerà sinteticamente l'evoluzione del pensiero della CGUE in materia di utilizzo delle perdite transfrontaliere, partendo – per le ragioni esposte – proprio dalla sentenza Marks & Spencer.

### 2.2. Il caso Marks & Spencer

Marks & Spencer plc è una società residente nel Regno Unito che, ai tempi oggetto della causa, controllava, attraverso una holding residente nei Paesi Bassi, società stabilite in Germania, Belgio e Francia. Poiché la legislazione fiscale del Regno Unito prevedeva (e tutt'ora prevede) un regime, definito sgravio di gruppo (*group relief*), che consentiva il trasferimento delle perdite tra società incluse in un certo perimetro, nel 2000 e nel 2001 Marks & Spencer presentò domanda di accollo delle perdite subite dalle suddette controllate per i periodi dal 1998 al 2001. Tale domanda venne tuttavia respinta

dall'Amministrazione fiscale inglese, in quanto le controllate che avrebbero dovuto cedere le proprie perdite non erano residenti nel Regno Unito, né vi operavano per il tramite di una stabile organizzazione, come al tempo richiedeva la normativa domestica inglese. Tale diniego venne impugnato dalla società dinnanzi alla *High Court of Justice* la quale, dubitando che la limitazione in esame potesse costituire una restrizione all'esercizio della libertà di stabilimento di cui all'articolo 43 del Trattato della Comunità europea (di seguito CE)[7], rimise la questione alla CGUE. Nel corso del giudizio il Regno Unito sostenne che la limitazione prevista dal proprio ordinamento fosse giustificata dalla necessità di (i) garantire un'equilibrata ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri, (ii) impedire un duplice utilizzo delle perdite e (iii) scongiurare il rischio di evasione fiscale. A questo proposito la CGUE – pur riconoscendo che i tre elementi di giustificazione presentati dal Regno Unito fossero idonei, "se considerati nel loro insieme", a giustificare la differenza di trattamento nei confronti delle società non residenti – concluse che impedire a una società residente di dedurre dal proprio reddito le perdite subite in un altro Stato membro da una controllata estera avrebbe costituito una restrizione all'esercizio della libertà di stabilimento nella misura in cui tali perdite fossero "definitive", ovvero nella misura in cui la controllata estera avesse definitivamente esaurito qualunque possibilità di vedersi riconoscere tali perdite nel proprio Stato di residenza (cosiddetta "final loss exception") [8]. Tale eccezione assunse una particolare importanza nel caso in esame in quanto le controllate tedesca e belga, avendo cessato la loro attività a fine 2001, avevano di fatto esaurito la possibilità di rinviare a periodi futuri le perdite accumulate nei precedenti anni di attività.



Benché una completa disamina degli effetti di tale sentenza e dei principi in essa elaborati vada oltre l'ambito del presente lavoro – come dimostra la copiosa dottrina nazionale e internazionale esistente in materia – è possibile affermare che uno degli aspetti più controversi di tale causa sia quello relativo all'eccezione delle perdite "definitive", i cui confini – sia in termini definitivi (quando una perdita può considerarsi "definitiva"?), che applicativi (quando tale eccezione deve applicarsi?) – vennero individuati in maniera piuttosto sfumata dalla CGUE.

Come precedentemente accennato, inoltre, la sentenza fece anche riferimento a un elemento di giustificazione – vale a dire la necessità di mantenere un'equilibrata ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri – mai utilizzato in passato. Tale giustificazione, peraltro, non venne analizzata

singolarmente, bensì cumulativamente con altri due fattori (vale a dire la necessità di impedire un duplice utilizzo delle perdite e di scongiurare il rischio di evasione fiscale), tanto da generare il dubbio che le tre motivazioni invocate non potessero essere utilizzate separatamente, ma dovessero necessariamente coesistere (come l'espressione "considerati nel loro insieme" sembrava richiedere).

### 2.3.

#### La giurisprudenza post Marks & Spencer: poche conferme e molti dubbi

Successivamente al caso Marks & Spencer la CGUE ha trattato un discreto numero di cause relative alla compensazione transfrontaliera di perdite, pronunciando sentenze non sempre allineate alle posizioni precedentemente assunte (lasciando così agli interpreti il difficile compito di capire se gli eventuali punti di rottura rispetto al passato fossero realmente rappresentativi di nuovi orientamenti). A questo riguardo, due sono gli aspetti di maggiore interesse dei quali preme cogliere l'evoluzione: (i) la necessaria (o meno) coesistenza dei tre elementi giustificativi richiamati nella sentenza Marks & Spencer e (ii) la portata (nonché l'attuale validità) dell'eccezione relativa alle perdite "definitive".



Per quanto concerne il primo aspetto menzionato, la CGUE ha inizialmente confermato la posizione espressa nella sentenza Marks & Spencer, salvo poi mutare gradualmente orientamento. Nel caso Rewe Zentralfinanz[9], infatti, pur rilevando come non esistessero ragioni imperative di interesse generale tali da giustificare la restrizione oggetto della causa, la CGUE ha comunque espressamente affermato che l'esigenza di ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri poteva essere accolta "unicamente in collegamento con altri due elementi di giustificazione, basati sui rischi di duplice uso delle perdite e di evasione fiscale" [10]. Nel successivo caso Oy AA [11], tuttavia, la CGUE ha ritenuto che, nonostante solamente due dei tre elementi giustificativi citati nella sentenza Marks & Spencer fossero presenti (cioè l'esigenza di ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri e la necessità di scongiurare il rischio di evasione fiscale [12]), essi, se "considerati congiuntamente", fossero comunque idonei, anche in assenza del terzo, a giustificare la misura restrittiva adottata dal Governo finlandese, con ciò introducendo un elemento di novità rispetto alla sentenza Marks & Spencer. Tale posizione è stata confermata nella successiva causa Lidl Belgium [13], nella quale la CGUE ha riconosciuto l'idoneità di due dei tre motivi addotti nella causa Marks & Spencer (vale a dire: la necessità di garantire un'equa ripartizione del potere impositivo tra gli Stati

membri e l'esigenza di prevenire il rischio di una doppia deduzione delle perdite) a giustificare la misura restrittiva adottata dal governo tedesco. Un'ulteriore evoluzione – nella direzione dell'abbandono della necessaria coesistenza dei tre motivi di giustificazione invocati nella sentenza Marks & Spencer – è rinvenibile nella sentenza X Holding<sup>[14]</sup>. In tale caso, infatti, la CGUE ha ritenuto che la disparità di trattamento oggetto della causa fosse giustificabile sulla base della sola necessità di preservare la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri (senza richiamare, quindi, le altre motivazioni utilizzate nella causa Marks & Spencer)<sup>[15]</sup>.



Quanto all'eccezione relativa alle perdite "definitive", il disorientamento generatosi a seguito della sentenza Marks & Spencer è ben espresso da questa breve affermazione dell'Avvocato Generale (AG) Kokott: *"Nella giurisprudenza e nella dottrina degli Stati membri [...] i nomi Marks & Spencer sembrano essere [...] sinonimo di caos e sconcerto. Questo dipende da una frase di circa cento parole, formulata dalla Corte nella sentenza che ha preso il nome da Marks & Spencer e che descrive le circostanze in cui gli Stati membri possono essere obbligati, in via eccezionale, a tener conto delle perdite di società controllate non residenti ai fini dell'imposizione della controllante residente sul loro territorio. Malgrado così tante parole, non vi è alcuna chiarezza circa la portata di questa eccezione e sul fatto se essa, anzi, – alla luce della successiva giurisprudenza della Corte – sia ancora valida"*<sup>[16]</sup>.

Nelle sentenze relative ai casi Rewe Zentralfinanz e Oy AA, infatti, la CGUE non menziona tale eccezione – benché ciò potrebbe essere dovuto, per lo meno con riferimento al caso Oy AA, al fatto che l'Avvocato Generale Kokott nelle proprie Conclusioni avesse già rilevato la mancanza di *"una situazione eccezionale come quella di cui alla causa Marks & Spencer"*<sup>[17]</sup>. Nella successiva sentenza relativa al caso Lidl Belgium, al contrario, la CGUE menziona l'eccezione relativa alle perdite "definitive" – sia pure al solo fine di constatare come *"la Lidl Belgium non [avesse] dimostrato che erano soddisfatte le condizioni stabilite [nella] citata sentenza Marks & Spencer"*<sup>[18]</sup> – con ciò comunque confermando che tale deroga doveva ancora considerarsi valida. La causa che, da questo punto di vista, ha fatto registrare il maggiore discostamento dal ragionamento seguito nella sentenza Marks & Spencer (anche in considerazione della similarità dei casi in esse affrontati) è probabilmente quella relativa al caso X Holding. In tale circostanza, infatti, la CGUE – in maniera piuttosto sorprendente<sup>[19]</sup> – ha totalmente trascurato la possibile applicabilità

dell'eccezione relativa alle perdite "definitive", concludendo direttamente a favore della compatibilità del regime fiscale olandese con il diritto dell'UE.

Dal quadro giurisprudenziale esistente alla vigilia dei casi Philips Electronics e A Oy, pertanto, sembrava possibile cogliere una sorta di "ridimensionamento" (se non addirittura abbandono) dei principi elaborati nell'ambito del caso Marks & Spencer, sia per quanto riguarda gli elementi giustificativi – con la valorizzazione, a discapito delle altre due motivazioni, della necessità di salvaguardare la potestà impositiva – sia per quanto riguarda la deroga relativa alle perdite "definitive" – apparentemente non più considerata valida dalla CGUE, come dimostrato dal fatto che tale eccezione non fosse nemmeno stata presa in considerazione nell'ambito del caso X Holding.

Va tuttavia sottolineato che l'evoluzione del pensiero della CGUE è un processo – per quanto dinamico – che richiede un arco temporale di osservazione sufficientemente ampio per essere apprezzato. Per queste ragioni le sentenze Philips Electronics e A Oy, che verranno commentate di seguito, erano attese da amministrazioni finanziarie, giudici e dottrina con una certa aspettativa, in quanto idonee, dati i temi trattati, a confermare – o meno – la "sensazione" di cambiamento percepita.

### 3.

#### Il caso Philips Electronics

##### 3.1.

##### Fatti oggetto della causa

Nel 2001 il gruppo Philips – controllato dalla società Koninklijke Philips Electronics NV (di seguito KPE NV), fiscalmente residente nei Paesi Bassi – e il Gruppo LG Electronics siglavano un accordo finalizzato alla costituzione di una *joint venture* per la produzione e la distribuzione di televisori con schermo a tubo catodico.



Nell'ambito di tale progetto venivano costituite una serie di società, controllate dal gruppo Philips, tra le quali figurava LG Philips Displays Netherlands BV (di seguito LGPD Netherlands), società residente nei Paesi Bassi ma operante anche nel Regno Unito per il tramite di una stabile organizzazione. A partire dal 1. gennaio 2002, LGPD Netherlands e le altre società del gruppo Philips residenti nei Paesi Bassi aderivano a un regime di consolidato fiscale (*fiscale eenheid*) disciplinato dalla normativa olandese che consentiva di compensare i risultati delle varie società partecipanti.



Nei periodi d'imposta dal 2001 al 2004, contrariamente alle aspettative, la stabile organizzazione di LGPD Netherlands realizzava consistenti perdite, una parte delle quali veniva compensata nell'ambito del consolidato fiscale olandese. Ritenendo soddisfatte tutte le condizioni richieste per l'applicazione del regime del cosiddetto "sgravio di gruppo" (*group relief*) – che consente il trasferimento tra diversi soggetti[20] delle perdite fiscali subite nel Regno Unito[21] – e avendo chiuso in utile tutti i periodi d'imposta dal 2001 al 2004, la società Philips Electronics UK Limited (di seguito PEUK, residente nel Regno Unito e indirettamente controllata da KPE NV) avanzava formalmente richiesta di compensazione dei propri utili con le perdite subite dalla stabile organizzazione inglese di LGPD Netherlands (limitatamente alla parte non imputata al consolidato olandese). La situazione sin qui descritta è rappresentata nella Figura 1.

Poiché la normativa inglese dispone (oggi, come ai tempi oggetto della causa) che le perdite subite da una stabile organizzazione di una società estera sono trasferibili nell'ambito del regime in esame solamente se:

- derivano da attività imponibili nel Regno Unito, non esentabili per effetto dell'applicazione di convenzioni contro le doppie imposizioni;
- non possono essere computate, nemmeno in parte, a riduzione di redditi non imponibili nel Regno Unito,

la richiesta avanzata dalla società PEUK veniva respinta dall'Amministrazione fiscale inglese[22]. A seguito dell'annullamento del diniego da parte del tribunale di primo grado (*First Tier Tribunal*)[23] e della successiva impugnazione di tale decisione, il giudice di secondo grado (*Upper Tribunal*) sottoponeva la questione alla CGUE, chiedendo in particolar modo se le limitazioni previste (solamente) in caso di trasferimento di

perdite da parte di stabili organizzazioni di società non residenti nell'ambito del regime del cosiddetto "sgravio di gruppo" costituissero una restrizione alla libertà di stabilimento di cui all'articolo 43 del Trattato CE (e, in tal caso, se tale restrizione fosse giustificata e proporzionale rispetto agli obiettivi perseguiti).

### 3.2. La sentenza della CGUE

Nell'esaminare il caso sottoposto al suo giudizio, la CGUE – seguendo l'iter consuetudinario – ha innanzitutto constatato l'esistenza della disparità di trattamento denunciata dal giudice del rinvio e l'idoneità della medesima a costituire una discriminazione.

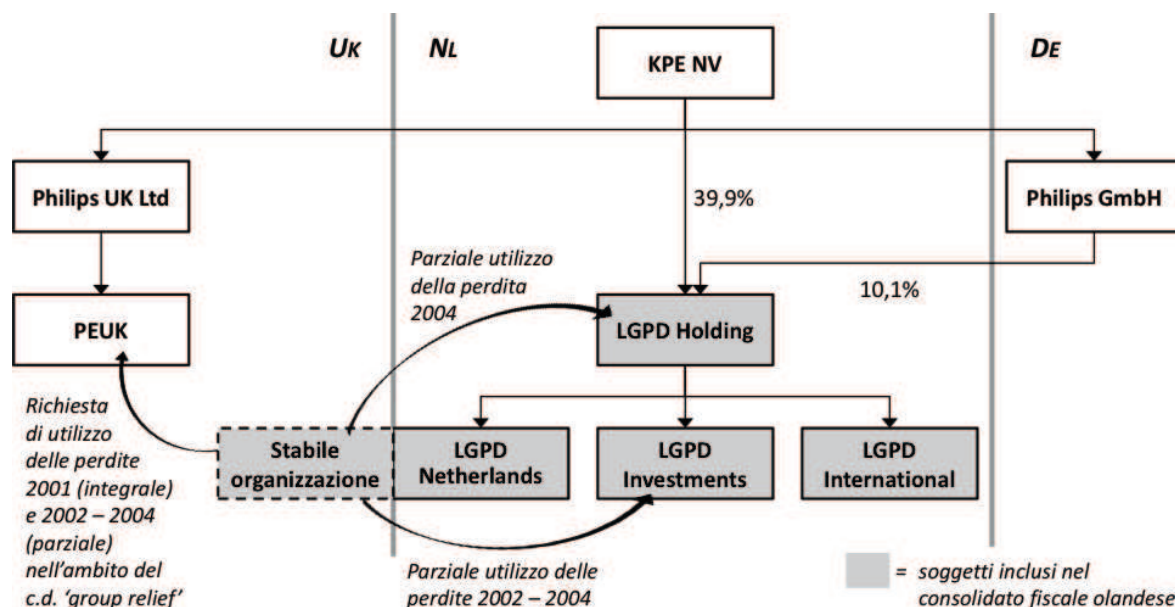
Appurata tale circostanza, la CGUE ha pertanto provveduto a verificare se vi fossero ragioni imperative di interesse generale idonee a giustificare la rilevata differenza di trattamento.

I fattori a tal fine considerati sono stati:

- la necessità (autonomamente considerata) di mantenere l'equilibrio nella ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri;
- la necessità (autonomamente considerata) di impedire una doppia utilizzazione delle perdite;
- la combinazione delle due precedenti motivazioni.

Con riferimento al primo elemento giustificativo menzionato, la CGUE ha ritenuto che, pur costituendo una legittima aspirazione degli Stati membri, esso non fosse utilizzabile nel caso oggetto del procedimento in esame. Mantenere l'equilibrio nella ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri significa preservare la simmetria tra diritto di tassare gli utili e possibilità di dedurre le correlate perdite. Se si parte da tale assunto, quindi, il trasferimento delle perdite subite dalla

Figura 1: Rappresentazione semplificata del gruppo Philips



stabile organizzazione (situata nel Regno Unito e ivi soggetta a imposizione) di LGPD Netherlands per compensare gli utili maturati da PEUK (società residente nel Regno Unito e ivi soggetta a imposizione) non può in alcun modo compromettere l'equilibrio impositivo tra due Stati membri, essendo tali utili e perdite maturati nell'ambito del potere impositivo del medesimo Stato membro (vale a dire, il Regno Unito)[24].

Per quanto concerne, in secondo luogo, l'obiettivo di impedire la doppia utilizzazione delle perdite, la CGUE ha rilevato che, "anche supponendo che un siffatto motivo possa essere invocato autonomamente", resta comunque irrilevante per il Regno Unito se le perdite in esame possano essere prese in considerazione anche nei Paesi Bassi. Tale circostanza non può infatti incidere sul potere impositivo del Regno Unito (vale a dire, dello Stato membro in cui si trova la stabile organizzazione), restando il suo gettito fiscale invariato, a prescindere dal fatto che le perdite della stabile organizzazione di LGPD Netherlands vengano o meno dedotte anche nei Paesi Bassi (vale a dire, nello Stato di residenza della società).

Per le stesse ragioni precedentemente esposte, la CGUE ha ritenuto che le due motivazioni analizzate in via autonoma non fossero idonee a giustificare la disparità di trattamento denunciata nemmeno se considerate in combinazione.

Constatata la mancanza di elementi giustificativi, pertanto, la CGUE ha dichiarato la misura restrittiva oggetto del giudizio contraria alla libertà di stabilimento di cui all'articolo 43 del Trattato CE e ne ha conseguentemente imposto al giudice del rinvio la disapplicazione[25].

#### 4. Il caso A Oy

##### 4.1. Fatti oggetto della causa

A Oy (di seguito A) è una società residente in Finlandia che deteneva – ai tempi oggetto della causa – la totalità delle quote della società B AB (di seguito B), residente in Svezia.

Benché, a seguito delle consistenti perdite subite nel periodo dal 2001 al 2007, B avesse cessato la propria attività, essa continuava ad essere vincolata da alcuni contratti di affitto a lungo termine ancora in essere, relativi ai locali precedentemente utilizzati nell'esercizio dell'impresa.

Al fine di intestarsi tali contratti e semplificare la struttura del gruppo, A intendeva pertanto effettuare una fusione per incorporare B. Al termine di tale operazione, A non avrebbe più posseduto in Svezia alcuna controllata, né stabile organizzazione.

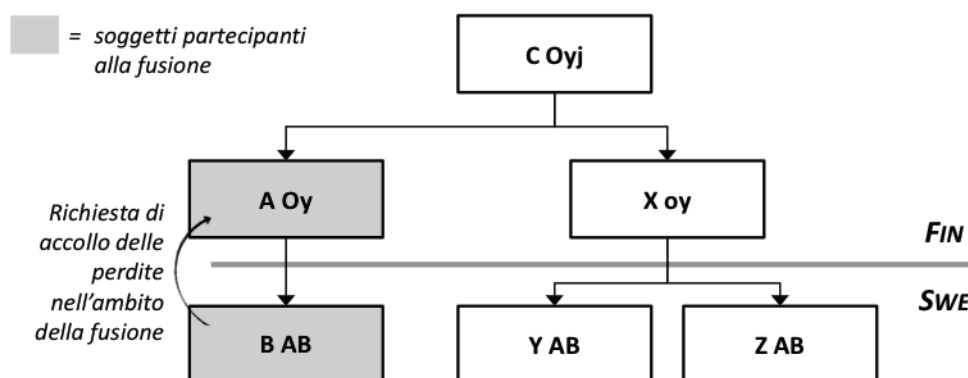
Poiché, in base a quanto sostenuto da A, non vi fosse alcun modo di utilizzare le perdite residue di B in Svezia (benché, infatti, vi fossero altre società del gruppo ivi residenti, le perdite non risultavano loro trasferibili per difficoltà di ordine pratico)[26], A presentava alla Commissione tributaria centrale finlandese un'istanza al fine di ottenere conferma circa la possibilità di dedursi le perdite accumulate in Svezia da B. Tale richiesta veniva tuttavia rigettata poiché la norma finlandese prevedeva la possibilità per la società incorporante di accollarsi le perdite della società incorporata al ricorrere di determinate condizioni, ma non nel caso in cui quest'ultima avesse la propria residenza all'estero e le sue perdite non fossero attribuibili a una stabile organizzazione situata in Finlandia. La situazione sin qui descritta è rappresentata nella Figura 2.

La decisione della Commissione tributaria centrale finlandese veniva quindi impugnata da A dinnanzi alla Suprema Corte amministrativa finlandese la quale, nutrendo dubbi circa la conformità della normativa in esame al diritto dell'UE, rimetteva la questione alla CGUE[27].

##### 4.2. La sentenza della CGUE

Al fine di esprimersi in merito al caso sottopostole, la CGUE ha innanzitutto constatato come la normativa domestica in esame – consistente nella possibilità, per l'incorporante, di dedursi le perdite dell'incorporata solo qualora quest'ultima fosse residente in Finlandia – costituisse una disparità di trattamento e fosse, pertanto, potenzialmente incompatibile

**Figura 2:** Rappresentazione del gruppo prima della fusione



con il diritto dell'UE. Seguendo l'usuale percorso logico, la CGUE ha quindi verificato se tale trattamento discriminatorio potesse essere giustificato da ragioni di interesse generale. Le potenziali giustificazioni a questo proposito considerate sono state le medesime invocate nella causa Marks & Spencer, vale a dire la necessità di:

- preservare la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri;
- impedire il rischio di duplice uso delle perdite;
- impedire il rischio di evasione fiscale.

A tal riguardo, la CGUE ha riconosciuto la validità della prima motivazione adottata, in quanto concedere la possibilità alla società incorporante di dedurre dal proprio reddito le perdite subite in un altro Stato dalla incorporata estera equivarrebbe, in linea di principio, a "concedere alle società la possibilità di optare per la deducibilità delle loro perdite nello Stato membro in cui sono stabilite o in un altro Stato" il che, ovviamente, "comprometterebbe 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"[28].



Per quanto concerne il rischio di duplice utilizzo delle perdite, la CGUE ha rilevato come esso potesse effettivamente concretizzarsi "se, nel caso di una fusione come quella di cui al procedimento principale, la società controllante stabilita in un altro Stato membro goda della possibilità di dedurre dai suoi redditi imponibili le perdite dalla controllata incorporata." In realtà nelle ipotesi, quale quella in esame, in cui non si forma – a seguito della fusione – una stabile organizzazione nello Stato della incorporata, il soggetto che ha generato le perdite perderebbe la possibilità di compensarle in prima persona nello Stato di origine (venendo meno e non lasciando successori in quel territorio). Ciò non di meno, tali perdite potrebbero essere utilizzate in quello stesso Stato per abbattere la base imponibile di una possibile exit tax (determinata in sede di estinzione dell'incorporata), ovvero da altre società del gruppo ivi presenti alle quali le perdite siano state trasferite nell'ambito di un regime di consolidato fiscale. In tale circostanza, qualora – oltre ad essere utilizzate in tal modo – tali perdite venissero anche trasferite all'incorporante, che potrebbe compensarle nel proprio Stato di residenza, si verificherebbe, effettivamente, un duplice utilizzo delle perdite. La CGUE, infine, ha riconosciuto anche la fondatezza del timore di evasione fiscale, essendo le fusioni operazioni potenzialmente idonee a trasferire perdite, all'interno di un

gruppo multinazionale, negli Stati membri che applicano i tassi di imposizione più elevati ed in cui, pertanto, è maggiore il loro valore fiscale.

Sulla scorta delle considerazioni sin qui illustrate, pertanto, la CGUE ha preliminarmente concluso che i tre elementi di giustificazione "considerati nel loro complesso" fossero idonei a giustificare una misura restrittiva quale quella oggetto della causa[29].



Al fine di verificare se la disposizione finlandese, oltre che giustificata, fosse anche proporzionale (vale a dire, non eccedesse quanto strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo perseguito), la CGUE si è in primo luogo chiesta se esistesse una misura che, nel rispetto delle tre necessità individuate (rispettare la ripartizione della potestà impositiva, impedire un duplice utilizzo delle perdite e scongiurare il rischio di evasione fiscale), consentisse il raggiungimento del risultato auspicato in maniera meno restrittiva rispetto a una negazione *tout court* del riconoscimento alla incorporante della possibilità di dedursi le perdite della incorporata.

A ben vedere, ha quindi osservato la CGUE, una tale misura si sarebbe potuta individuare proprio nella concessione alla controllante (nel caso di specie, l'incorporante) del diritto di dedursi la perdita della controllata (vale a dire, l'incorporata), ma solo nel caso in cui quest'ultima avesse esaurito tutte le possibilità di vedersi riconosciuta tale perdita nello Stato membro, nel quale il risultato negativo era stato generato. Pare evidente come tale soluzione sia una riproposizione dell'eccezione relativa alle perdite "definitive" elaborata nell'ambito del caso Marks & Spencer.

In ragione delle considerazioni svolte, pertanto, la CGUE ha concluso che "la normativa finlandese è incompatibile con il diritto dell'Unione nella misura in cui non consente alla società controllante di provare che la sua controllata non residente ha esaurito le possibilità di contabilizzare tali perdite e che non vi è la possibilità che queste ultime siano contabilizzate nel suo Stato di residenza a titolo di esercizi futuri, né dalla società stessa né da un terzo"[30].

## 5. Considerazioni alla luce delle due sentenze

### 5.1. Premessa

Le due sentenze esaminate offrono spunti di grande interesse, soprattutto se analizzate in comparazione con le relative Conclusioni redatte, in entrambi i casi, dall'Avvocato Generale Kokott. È proprio dal confronto tra il parere espresso da

quest'ultimo e le decisioni della CGUE, infatti, che emergono divergenze di vedute di estrema importanza ai fini della comprensione non solo delle cause in esame, ma – più in generale – del pensiero della CGUE. Nei successivi paragrafi, pertanto, verranno svolte alcune considerazioni in merito ai contributi offerti dall'Avvocato Generale – da un lato – e dalla CGUE – dall'altro – ai fini della comprensione di tematiche di centrale importanza nella giurisprudenza relativa alle perdite transfrontaliere.

## 5.2. **Grado di autonomia degli elementi giustificativi e attuale validità dell'eccezione relativa alle perdite "definitive"**

Un elemento chiave nel ragionamento dell'Avvocato Generale Kokott, non riproposto con la medesima enfasi nel testo delle sentenze (e, in particolare, in quella relativa al caso A Oy), è la forte interrelazione esistente tra i tre elementi giustificativi invocati nell'ambito della sentenza Marks & Spencer e l'eccezione relativa alle perdite "definitive".

A questo riguardo, l'Avvocato Generale Kokott sottolinea che, nell'ambito della sentenza Marks & Spencer, la restrizione oggetto della causa non è stata giustificata esclusivamente in base alla necessità di garantire un'equa ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri ma anche – e "in particolare" – all'esigenza di scongiurare il rischio di un duplice utilizzo delle perdite. Pare evidente che se quest'ultimo timore viene meno (perché sono state esaurite tutte le possibilità di utilizzo delle perdite nello Stato della società controllata), una norma che neghi l'uso di tali perdite alla controllante al solo fine di impedirne una (oramai impossibile) duplice deduzione andrebbe decisamente oltre quanto necessario: di qui la famosa eccezione relativa alle perdite "definitive".

La giurisprudenza successiva alla causa Marks & Spencer, tuttavia, dimostrerebbe – sempre secondo la lettura proposta dall'Avvocato Generale Kokott – che il rapporto esistente tra i tre elementi giustificativi invocati in tale sentenza è andato evolvendosi, sino ad arrivare all'individuazione di una sola motivazione decisiva (vale a dire la necessità di salvaguardare l'equa ripartizione della potestà impositiva) e al rifiuto delle restanti due quali giustificazioni dotate di significato autonomo[31].

Tale evoluzione, sempre secondo l'Avvocato Generale Kokott, avrebbe significativamente impattato sulla possibilità di applicare l'eccezione relativa alle perdite "definitive". Infatti, la deduzione nello Stato della controllante di perdite non più utilizzabili nello Stato della controllata (benché lì sorte) è una misura compatibile con l'obiettivo di evitare un duplice utilizzo delle perdite (e, anzi, auspicabile in quanto consente il raggiungimento del fine perseguito in maniera meno gravosa), ma non se la principale preoccupazione è quella di garantire un'equa ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri. In quest'ultimo caso, anzi, tale misura – che lascia un certo margine di discrezionalità in merito allo Stato membro in cui richiedere la deduzione delle perdite – potrebbe compromettere il raggiungimento di tale obiettivo, anziché rivelarsi semplicemente meno restrittiva[32].

Per questo motivo l'Avvocato Generale Kokott ritiene, in conclusione, che tale eccezione possa essere presa in considerazione "soltanto laddove l'esigenza di impedire il duplice uso delle perdite venga considerata quale elemento di giustificazione autonomo"[33], quindi – verrebbe da dire – mai, se si aderisce all'orientamento secondo il quale l'unica motivazione autonomamente invocabile è quella relativa alla salvaguardia della potestà impositiva.

La tesi sostenuta dall'Avvocato Generale Kokott non è stata tuttavia sposata dalla CGUE. Nella sentenza A Oy, al contrario, la CGUE ha fedelmente riproposto lo schema adottato nella sentenza Marks & Spencer, non solo invocando tutte le tre motivazioni utilizzate in tale causa, ma anche dichiarandole idonee "nel loro complesso" a giustificare la restrizione, sottolineando – mediante l'utilizzo della medesima espressione impiegata nella sentenza Marks & Spencer[34] – l'eguale grado di dignità attribuito a tali fattori. Coerentemente a tale impostazione, pertanto, la CGUE ha infine verificato l'applicabilità al caso di specie dell'eccezione relativa alle perdite "definitive", chiarendo in tal modo che essa è sempre applicabile e non "soltanto laddove l'esigenza di impedire il duplice uso delle perdite venga considerata quale elemento di giustificazione autonomo"[35]. Data l'opposta soluzione avanzata dall'Avvocato Generale Kokott, un richiamo tanto forte alla sentenza Marks & Spencer pare quasi esprimere la volontà di ribadire – a scanso di equivoci – che i principi in essa espressi devono ancora considerarsi validi.



Un'ulteriore conferma del fatto che il timore di duplice utilizzo delle perdite non sia un elemento di giustificazione dotato di forza autonoma, ma debba essere necessariamente analizzato in congiunzione con le altre giustificazioni citate nella sentenza Marks & Spencer, sembrerebbe – ma il condizionale è d'obbligo – giungere anche dalla sentenza Philips Electronics.

In realtà, tale sentenza, ha affrontato in maniera piuttosto ambigua il punto: benché, infatti, tale causa offrisse l'opportunità di chiarire definitivamente il grado di autonomia della giustificazione in parola (visto che il giudice del rinvio aveva espressamente chiesto di esprimersi sul punto), la CGUE si è limitata ad affermare che "anche supponendo che un siffatto motivo possa essere invocato autonomamente, non può comunque esserlo, in una fattispecie come quella di cui trattasi nel procedimento principale", lasciando quindi nel lettore il dubbio che tale giustificazione possa in realtà essere utilizzata autonomamente



in circostanze differenti da quelle specifiche del caso[36]. Benché, nella medesima sentenza, si affermi che “lo Stato membro ospitante” – nella fattispecie, il Regno Unito – “non può, in una situazione come quella di cui al procedimento principale né in qualsiasi altro caso, invocare autonomamente il rischio di doppia utilizzazione delle perdite al fine di giustificare la propria normativa”[37], sarebbe stato opportuno inserire un’affermazione che chiarisse in maniera perentoria quale sia la portata di tale giustificazione in termini generali, a prescindere dalle peculiarità del singolo caso[38].



### 5.3.

#### Circostanze al ricorrere delle quali una perdita può dirsi “definitiva”

Come precedentemente accennato, un ulteriore aspetto con riferimento al quale sussistono dubbi interpretativi è il concetto di perdita “definitiva”. Nonostante le indicazioni fornite nella sentenza Marks & Spencer e nella successiva giurisprudenza, infatti, risulta ancora difficile definire con precisione le circostanze al ricorrere delle quali una perdita possa definirsi tale.

Da questo punto di vista, la sentenza A Oy, sia pure non esauendo tutti i dubbi, ha in primo luogo confermato che non sono “definitive” le perdite che possono essere fatte valere con riferimento a periodi d’imposta precedenti, né quelle utilizzate in abbattimento degli eventuali plusvalori imponibili emergenti in sede di estinzione della società (cosiddetta *exit tax*) e tantomeno quelle trasferite ad altre società del gruppo residenti nello Stato in cui tali perdite sono state generate[39].

In aggiunta a tali chiarimenti – tutto sommato già desumibili sulla scorta delle indicazioni esistenti – la CGUE ha anche precisato che la qualifica di perdita “definitiva” non può essere negata per il semplice fatto di derivare da un’operazione decisa dal soggetto passivo.

Nelle Conclusioni al caso A Oy, infatti, l’Avvocato Generale Kokott aveva affermato che, quand’anche – prescindendo da ulteriori valutazioni relative ai motivi idonei a giustificare la restrizione – l’eccezione relativa alle perdite “definitive” fosse stata ritenuta ancora attuale, essa non avrebbe comunque potuto trovare applicazione nel caso di specie in quanto le perdite della controllata B non potevano considerarsi “definitive”. La mancanza di tale *status* era dovuta al fatto che nell’ipotesi esaminata sarebbe stato lo stesso soggetto passivo, decidendo di attuare una fusione con la sua controllata, a precludersi la possibilità di far valere tali perdite in Svezia. Riconoscere la “definitività” delle perdite in tale ipotesi sarebbe equivalso ad

attribuire al soggetto passivo la facoltà di scegliere il trattamento fiscale delle perdite delle proprie controllate, circostanza più volte censurata dalla CGUE in quanto contraria a un’equa ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri.

Su questo punto, tuttavia, la CGUE ha affermato – contraddicendo l’opinione dell’Avvocato Generale e fornendo al tempo stesso un’ulteriore dimostrazione della confusione esistente in materia di definitività delle perdite – che “la circostanza di concedere alla società controllante la possibilità di contabilizzare le perdite della sua controllata non residente, nel contesto di una fusione transfrontaliera, non è a priori tale da permettere alla società controllante di scegliere liberamente da un anno all’altro il regime fiscale applicabile alle perdite delle sue controllate”[40]. Tale dichiarazione, quindi, sembrerebbe confermare che alla perdita in esame non possa essere negata la qualifica di perdita “definitiva” per il semplice fatto di derivare da circostanze non totalmente indipendenti dalla volontà del soggetto passivo, come invece sembrava richiedere l’Avvocato Generale Kokott.

### 5.4.

#### Conclusioni

Le sentenze Philips Electronics e A Oy, come precedentemente accennato, forniscono interessanti spunti in materia di utilizzo transfrontaliero delle perdite, ma lasciano aperti numerosi interrogativi.

La sentenza A Oy, in particolar modo, ha il pregio di chiarire in maniera piuttosto inequivocabile che l’eccezione relativa alle perdite “definitive” elaborata nel caso Marks & Spencer non può considerarsi superata o abbandonata. Tale sentenza, tuttavia, pare difficilmente conciliabile con altre decisioni pronunciate dalla CGUE (si pensi, in particolar modo, al caso X Holding) e, soprattutto, non spiega in quali circostanze tale eccezione debba essere verificata. Ad oggi ciò sembrerebbe dipendere dal numero e dalla natura dei motivi di giustificazione invocati. La *ratio* sottostante a tale criterio, tuttavia, pare poco chiara.

L’attuale confusione è ben riassunta dalle parole dell’Avvocato Generale Mengozzi che, nelle proprie Conclusioni al caso K (causa C-322/11, 7 novembre 2013)[41], ha affermato che la sentenza A Oy non fornisce alcuna spiegazione circa le ragioni che regolano l’applicazione dell’eccezione in esame. “Tali spiegazioni sarebbero state tanto più necessarie dal momento che la sentenza in parola interviene a fronte di un orientamento giurisprudenziale che, come detto in precedenza, lascia prevedere che «l’eccezione Marks & Spencer» sia stata abbandonata o, quantomeno, sia sul punto di esserlo. Se, come emerge dalla citata sentenza A, non è questo il caso, la Corte non ci spiega in alcun modo i criteri che permettono di determinare le situazioni nelle quali tale eccezione è applicabile e quelle in cui non lo è”.

Al fine di superare il disorientamento generato, pertanto, sarebbe necessario che la CGUE – adottando un orientamento univoco e costante – individuasse in maniera più chiara, rispetto a quanto fatto in passato, le circostanze al ricorrere delle quali debba trovare applicazione l’eccezione relativa alle perdite “definitive”, oltre a chiarire quando una perdita possa definirsi tale (cioè “definitiva”).



Ciò detto, sarebbe altrettanto auspicabile che gli Stati membri – prendendo coscienza della delicatezza del tema e delle difficoltà incontrate nell'affrontarlo – abbandonassero gli approcci unilaterali tradizionalmente adottati e impiegassero il massimo sforzo nel tentativo di individuare una soluzione condivisa e armonizzata. Come accennato, il progetto nell'ambito del quale sarebbe più logico affrontare tale problematica sarebbe quello relativo a una possibile futura direttiva in materia di base imponibile consolidata (cosiddetta *Common Consolidated Corporate Tax Base*, di seguito CCCTB)[42]. Qualora, tuttavia, la complessità di tale progetto dovesse risultare di ostacolo al veloce raggiungimento di risultati concreti, potrebbe risultare opportuno (ri)considerare l'ipotesi di una direttiva *ad hoc* in materia di utilizzo transfrontaliero delle perdite. Tale soluzione – seppur meno ambiziosa rispetto a quella di definizione di un regime di tassazione integrato (quale dovrebbe essere la CCCTB) – potrebbe forse consentire un più veloce superamento dell'attuale fase di incertezza del diritto.

## 6. Possibili profili di incompatibilità della normativa italiana

### 6.1. Premessa

L'analisi dei casi oggetto del presente contributo offre l'opportunità per riflettere su eventuali ipotesi di incompatibilità con il diritto dell'UE della normativa domestica italiana.

A questo riguardo, preme innanzitutto osservare come le sentenze Philips Electronics e A Oy, benché riguardino entrambe ipotesi di trasferimento di perdite derivanti dallo svolgimento di ordinaria attività d'impresa, hanno a oggetto casi significativamente differenti tra loro. In particolare, mentre nel caso Philips Electronics la perdita oggetto del contendere era stata realizzata nel medesimo Stato di residenza (Regno Unito) del soggetto che ne rivendicava il diritto alla deduzione, nel caso A Oy la perdita di cui si chiedeva il trasferimento era stata realizzata in uno Stato (Svezia) diverso rispetto a quello della società richiedente (Finlandia). Un'ulteriore differenza è rappresentata dal fatto che, mentre nel primo caso la perdita si sarebbe dovuta trasferire in applicazione di un apposito regime di cessione delle perdite, nel secondo caso la compensazione intersoggettiva sarebbe dovuta avvenire per effetto di un'operazione di fusione transnazionale.

Anche in virtù di tali differenze, pertanto, i possibili riflessi che tali sentenze potrebbero avere sulla normativa domestica italiana (in termini, come detto, di emersione di elementi di incompatibilità) verranno separatamente analizzati di seguito.

### 6.2. Possibili profili di incompatibilità alla luce della sentenza Philips Electronics

Con la sentenza Philips Electronics la CGUE ha stabilito che se l'ordinamento di uno Stato membro prevede che una società residente possa dedursi le perdite di un altro soggetto residente, allora deve anche consentire che una società residente possa dedursi – alle stesse condizioni – le perdite subite dalla stabile organizzazione (situata nel territorio di quello Stato) di un soggetto non residente.

Tale sentenza – a ben vedere – conferma il principio, più volte ribadito dalla CGUE[43], in base al quale alle stabili organizzazioni di soggetti non residenti (*rectius*: residenti in altri Stati membri) dovrebbe essere applicata la medesima disciplina fiscale prevista per le imprese residenti (o, quanto meno, una disciplina fiscale non più gravosa).

Al fine di verificare se questo precetto, calato nel contesto normativo domestico, possa far emergere elementi di incompatibilità con il diritto dell'UE, pertanto, è innanzitutto necessario chiedersi se esista nell'ordinamento giuridico italiano un regime che consenta a una società residente di dedursi le perdite di un altro soggetto residente. La risposta è chiaramente affermativa: come noto, infatti, il regime del consolidato fiscale nazionale – disciplinato dagli articoli dal 117 al 129 del Testo Unito delle Imposte sui Redditi (di seguito TUIR) – prevede espressamente che una società residente che soddisfi determinati requisiti possa sommare algebricamente al proprio reddito i risultati netti (incluse, quindi, le perdite) realizzati dalle società controllate appartenenti al medesimo perimetro di consolidamento e procedere, quindi, alla liquidazione di un'unica imposta.

Appurata, pertanto, la possibilità di procedere al trasferimento di perdite (*rectius*: alla compensazione intersoggettiva di perdite) tra due società residenti, resta da verificare se tale possibilità sia consentita anche nel caso in cui la perdita venga realizzata dalla stabile organizzazione italiana di una società non residente. A questo riguardo, tuttavia, l'articolo 117, comma 2, del TUIR stabilisce che la stabile organizzazione italiana di un soggetto non residente può essere inclusa nel perimetro del consolidato fiscale nazionale solo in qualità di controllante (e solamente a patto che soddisfi talune altre condizioni)[44]. Quindi, nel caso in cui una società residente italiana controlli più società residenti in Italia e una società non residente che operi nel territorio italiano per il tramite di una stabile organizzazione, i risultati (utili o perdite) di quest'ultima non sono trasferibili all'eventuale consolidato fiscale nazionale attivato dalla controllante. Tale disparità di trattamento rende chiaramente meno attraente, per le società aventi sede in altri Stati membri, lo svolgimento della propria attività in Italia mediante una stabile organizzazione. Affinché tale disparità di trattamento possa dirsi compatibile con il diritto dell'UE è necessario che essa sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale. Le motivazioni verosimilmente proponibili dallo Stato italiano a giustificazione di tale misura discriminatoria in un'ipotetica causa dinnanzi alla CGUE sarebbero analoghe a quelle utilizzate dal Regno Unito nell'ambito della causa Philips Electronics. Benché non sia possibile prevedere con certezza come tali giustificazioni verrebbero valutate – anche in ragione del fatto che i presupposti di innesco per il consolidato italiano e quelli per l'accesso al regime della compensazione infragruppo inglese non sono perfettamente coincidenti (il che potrebbe lasciare allo Stato italiano qualche ulteriore "appiglio" per difendere la propria posizione) – è tuttavia possibile affermare che se la CGUE si pronunciasse in coerenza con quanto fatto nell'ambito di tale causa, rigetterebbe verosimilmente tali motivazioni e concluderebbe per la non giustificabilità della disposizione italiana.

A tale conclusione si potrebbe ribattere che l'ordinamento italiano prevede, in alternativa al consolidato fiscale nazionale, il regime del consolidato fiscale mondiale – regolato dagli articoli dal 130 al 142 del TUIR – che consente l'inclusione nel perimetro di consolidamento delle stabili organizzazioni italiane di società controllate non residenti. Va tuttavia precisato che non tutti i contribuenti possono accedere a tale regime. In base all'articolo 130, comma 2, infatti, possono esercitare l'opzione per il consolidato fiscale mondiale solamente le società i cui titoli siano negoziati in mercati regolamentati e che siano controllate esclusivamente dallo Stato (o da altri enti pubblici) e da persone fisiche residenti che non si qualificano a loro volta quali soggetti controllanti di altre società o enti commerciali. Pare evidente, pertanto, come tale regime sia precluso, per esempio, a tutti i gruppi facenti capo a soggetti (persone fisiche o giuridiche) residenti in un altro Stato[45].

A causa di questi aspetti, segnalati in dottrina sin dall'introduzione nell'ordinamento italiano del consolidato fiscale mondiale[46], tale regime è stato frequentemente indicato come manifestamente incompatibile con il diritto dell'UE[47]. Per quanto di rilievo ai fini del presente articolo, comunque, pare evidente come il probabile giudizio di incompatibilità del regime del consolidato fiscale nazionale non sarebbe evitabile semplicemente invocando l'esistenza dell'alternativo regime del consolidato fiscale mondiale.

Per completezza, tuttavia, si segnala che alla data di redazione del presente articolo è all'esame uno schema di decreto legislativo che contiene, tra le altre disposizioni, alcune importanti modifiche al vigente regime del consolidato fiscale nazionale[48].

La proposta legislativa attualmente in discussione – volta ad allineare il consolidato fiscale nazionale ad alcuni principi affermati in recenti sentenze della CGUE[49] – è piuttosto articolata e impatterebbe, se approvata nella sua attuale formulazione, su numerosi aspetti del regime in esame[50].

Premesso che una più approfondita analisi degli effetti di tale intervento normativo non può che essere rinviata alla data di approvazione del decreto, pare opportuno in questa sede segnalare che, tra le modifiche proposte, vi è la rimozione del vincolo secondo il quale le società non residenti possono partecipare al consolidato fiscale nazionale solo in qualità di controllanti. Dalla versione attualmente disponibile della proposta di modifica, infatti, emergerebbe la volontà di consentire anche a un ente non residente controllato di esercitare l'opzione per il consolidamento in qualità di società controllata mediante la propria stabile organizzazione.

Qualora la formulazione definitiva del decreto (e del relativo provvedimento attuativo)[51] dovesse consentire anche alla stabile organizzazione italiana di un soggetto residente in uno Stato UE di aderire al consolidato nazionale in qualità di ente controllato e di trasferire ad un altro soggetto partecipante al regime le proprie perdite, le incompatibilità con il diritto dell'UE precedentemente segnalate potrebbero verosimilmente dirsi superate.

### 6.3.

#### Possibili profili di incompatibilità alla luce della sentenza A Oy

Con la sentenza A Oy, la CGUE ha stabilito che è compatibile con il diritto dell'UE la normativa di uno Stato membro in base alla quale una società residente che incorpora un'altra società può dedursi le perdite subite dall'incorporata prima della fusione, ma solo se quest'ultima è una società residente nel medesimo Stato dell'incorporante. Tale normativa, tuttavia, è incompatibile con il diritto dell'UE se non consente alla controllante di dedursi le perdite dell'incorporata non residente nemmeno nel caso in cui queste ultime non possano più essere dedotte – neanche nei periodi a venire – nello Stato in cui sono state realizzate, né dall'incorporata stessa, né da altri soggetti.

Benché, come visto, il caso oggetto di tale sentenza fosse regolato dalla normativa finlandese, pare di tutta evidenza come questa pronuncia fornisca indicazioni di grande interesse anche ai fini della valutazione della conformità al diritto dell'UE della normativa italiana.

Come noto, infatti, in caso di fusione domestica (vale a dire, tra due società residenti in Italia) l'articolo 172, comma 7, del TUIR, prevede che la società incorporante possa dedursi – a determinate condizioni – le perdite *ante* fusione della società incorporata. Tale possibilità non è invece prevista nel caso di incorporazione, da parte di una società residente in Italia, di una società residente in un altro Stato membro. In tale ipotesi, infatti, l'unica disposizione applicabile in materia di deduzione delle perdite *ante* fusione è quella prevista dall'articolo 181 del TUIR, la quale – tuttavia – disciplina l'ipotesi opposta rispetto a quella qui in esame (tale disposizione, infatti, riguarda il caso in cui la società residente è l'incorporata, anziché l'incorporante). L'articolo 181 del TUIR, ad ogni modo, prevede che le perdite della società incorporata possano essere attribuite alla stabile organizzazione (sorta nel territorio dello Stato italiano a seguito dell'incorporazione) della società incorporante, sia pure entro limiti normativamente previsti.

Da questo punto di vista, l'ordinamento italiano è allineato al dettato della Direttiva in materia di fusioni[52] (del cui articolo 6 – infatti – l'articolo 181 del TUIR rappresenta il recepimento). Anche la Direttiva in materia di fusioni, infatti, non impone allo Stato di residenza della società incorporante di riconoscere le perdite subite nell'altro Stato membro dalla società incorporata, non disponendo nulla con riferimento ai casi in cui, a seguito dell'incorporazione, non nasca alcuna stabile organizzazione ubicata nello Stato di residenza della società incorporata.

Dal fatto che la Direttiva in materia di fusioni e la normativa italiana siano allineate, tuttavia, non può essere fatta automaticamente discendere la compatibilità di quest'ultima al diritto dell'UE. La stessa Direttiva, infatti, prevede che gli Stati membri devono adottare ulteriori misure rispetto a quelle in essa previste laddove ciò si renda necessario al superamento di eventuali ostacoli al funzionamento del mercato interno[53]. Alla luce di tale previsione e delle considerazioni precedentemente svolte, pertanto, pare evidente come allo Stato italiano potrebbe essere contestato di non aver compiuto tutti gli sforzi necessari per addivenire a tale risultato[54].

In tale ipotesi lo Stato italiano verrebbe a trovarsi in una situazione analoga a quella dello Stato finlandese nell'ambito della causa A Oy e difficilmente potrebbe invocare ulteriori elementi, oltre a quelli già analizzati in tale sentenza, a giustificazione della propria normativa domestica<sup>[55]</sup>.

Quand'anche tali giustificazioni venissero considerate "nel loro complesso" idonee, la normativa italiana verrebbe verosimilmente considerata non proporzionale nella misura in cui non prevede che la società incorporante (residente) non possa dedursi le perdite dell'incorporata (non residente) nemmeno nel caso in cui queste ultime non possano più essere dedotte – neanche da soggetti diversi dall'incorporata – nello Stato in cui sono state realizzate.

Ciò nell'assunzione, ovviamente, che l'eccezione relativa alle perdite "definitive" – che, a seguito della sentenza X Holding, sembrava superata – possa considerarsi ancora valida. Come precedentemente illustrato, proprio questa sembrerebbe essere la direzione indicata dalla sentenza A Oy<sup>[56]</sup>.

#### Elenco delle fonti fotografiche:

[http://diepresse.com/images/uploads/e/9/a/1351322/justitia\\_1362332116371687.jpg](http://diepresse.com/images/uploads/e/9/a/1351322/justitia_1362332116371687.jpg) [15.06.2015]

[http://www.thedubaimall.com/en/Images/Marks%20%26%20Spencer%201\\_tcm87-18110.jpg](http://www.thedubaimall.com/en/Images/Marks%20%26%20Spencer%201_tcm87-18110.jpg) [15.06.2015]

[http://www.tomshw.it/files/2011/11/immagini/34679/corte-giustizia-ue\\_t.jpg](http://www.tomshw.it/files/2011/11/immagini/34679/corte-giustizia-ue_t.jpg) [15.06.2015]

<http://www.siallafamiglia.it/wp-content/uploads/2014/04/LUSSEMBURGO.jpg> [15.06.2015]

[http://images.dailytech.com/nimage/19516\\_large\\_phillips-health-care.jpeg](http://images.dailytech.com/nimage/19516_large_phillips-health-care.jpeg) [15.06.2015]

<http://www.formazione-finanza.com/wp-content/uploads//2010/05/profitti-o-perdite-jpg> [15.06.2015]

<http://blog.streitcouncil.org/wp-content/uploads/2013/09/Coins.jpg> [15.06.2015]

[http://www.kpmg.com/BE/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/TaxandLegalNewsFlashes/PublishingImages/euro\\_tax\\_flash\\_internet.jpg](http://www.kpmg.com/BE/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/TaxandLegalNewsFlashes/PublishingImages/euro_tax_flash_internet.jpg) [15.06.2015]

**[1]** Le Direttive del Consiglio emanate in materia di imposizione diretta sono la Direttiva "madre-figlia" (n. 2011/96/UE, rifusione), la Direttiva "in materia di fusioni" (n. 2009/133/CE, versione codificata), la Direttiva "interessi-royalties" (n. 2003/49/CE) e la Direttiva "risparmio" (n. 2003/48/CE). In aggiunta possono essere citate, in quanto correlate a tematiche di imposizione diretta, anche la Direttiva "in materia di assistenza reciproca nel settore delle imposte dirette" (n. 77/799/CEE) e la Direttiva "in materia di assistenza reciproca nella riscossione" (n. 2010/24/UE).

**[2]** Si tratta comunque di una questione ben nota alle istituzioni dell'UE. Già nel 1990 la Commissione europea aveva presentato una proposta di direttiva "relativa alla contabilizzazione, da parte delle imprese, delle perdite subite dalle stabili organizzazioni e dalle affiliate situate in altri Stati membri". Benché tale proposta non sia mai stata approvata, il tema della compensazione transfrontaliera delle perdite è rimasto tra gli

obiettivi della Commissione, come dimostra la sua riproposizione nell'ambito della proposta di direttiva "relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società" [COM(2011)121 def.].

**[3]** Si vedano, a tal proposito, le preoccupazioni manifestate – già nel 2003 – nella 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" [COM(2003)726 def.].

**[4]** Nell'ambito del filone giurisprudenziale relativo all'utilizzo transfrontaliero delle perdite possono essere citati – sia pure a titolo non esaustivo – i seguenti casi: Futura (C-250/95), del 15 maggio 1997; ICI (C-264/96), del 16 luglio 1998; Marks & Spencer (C-446/03), del 13 dicembre 2005; Rewe Zentralfinanz (C-347/04), del 29 marzo 2007; Oy AA (C-231/05), del 18 luglio 2007;

Deutsche Shell (C-293/06), del 28 febbraio 2008; Lidl Belgium (C-414/06), del 15 maggio 2008; Krankenhaus (C-157/07), del 23 ottobre 2008; Papillon (C-418/07), del 27 novembre 2008; X Holding (C-337/08), del 25 febbraio 2010; Philips Electronics UK (C-18/11), del 6 settembre 2012; A Oy (C-123/11), del 21 febbraio 2013.

**[5]** Si vedano, per esempio, le precedenti sentenze Futura (C-250/95), del 15 maggio 1997 e ICI (C-264/96), del 16 luglio 1998.

**[6]** È in tale sentenza, per esempio, che il principio di equilibrata ripartizione del potere impositivo – che rivestirà un ruolo di particolare importanza nelle cause relative alla compensazione delle perdite transfrontaliere – è stato per la prima volta indicato come criterio necessario per la valutazione della compatibilità di una norma con le libertà fondamentali.

**[7]** Con il termine Trattato CE si intende il Trattato istitutivo della Comunità Europea, formalmente



vigente dal 1. novembre 1993 e risultante dalle modifiche al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (Trattato CEE, firmato a Roma nel 1957 e entrato in vigore il 1. gennaio 1958) apportate, in particolare, dall'Atto Unico Europeo (AUE, entrato in vigore nel 1. luglio 1987) e dal trattato di Maastricht (entrato in vigore nel 1. novembre 1993). Il Trattato CE ha formato a sua volta oggetto di numerose modifiche tra le quali si segnalano, in particolare, quelle apportate dal Trattato di Amsterdam (entrato in vigore nel 1. maggio 1999), dal Trattato di Nizza (entrato in vigore il 1. febbraio 2003) e, infine, dal Trattato di Lisbona. Quest'ultimo, più precisamente, ha sostituito al Trattato CE il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (di seguito Trattato FUE), entrato in vigore il 1. dicembre 2009, la cui struttura ricalca, in linea di massima, quella del Trattato CE.

**[8]** Secondo le indicazioni fornite dalla CGUE (sentenza Marks & Spencer, causa C-446/03, paragrafo 55), le perdite di una società controllata non residente possono considerarsi "definitive" "in una situazione in cui: (i) 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 (ii) 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".

**[9]** Il caso Rewe Zentralfinanz (sentenza C-347/04, del 29 marzo 2007) è relativo al rigetto opposto dall'Amministrazione fiscale tedesca alla richiesta della società controllante Rewe Zentralfinanz eG (società residente in Germania) di dedurre dal proprio reddito imponibile la svalutazione di partecipazioni detenute in società controllate non residenti, dovuta alle perdite subite all'estero da società del gruppo. Poiché la deduzione fiscale della svalutazione di partecipazioni in una controllata era disciplinata, all'epoca dei fatti, in modo diverso a seconda che riguardasse una società stabilita in Germania o all'estero – essendo in quest'ultimo caso ammessa solo a riduzione di redditi positivi dello stesso tipo provenienti dallo stesso paese – il caso venne sottoposto all'esame della CGUE al fine di stabilire se tale differenza di trattamento potesse costituire una violazione dell'articolo 43 del Trattato CE. La CGUE – ritenendo che non vi fossero ragioni imperative di interesse generale tali da giustificare la restrizione oggetto del caso – concluse che la normativa tedesca era irrispettosa dell'articolo 43 del Trattato CE.

**[10]** Si veda la sentenza Rewe Zentralfinanz, causa C-347/04, paragrafo 41 e le relative Conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro (pagina 34).

**[11]** Il caso Oy AA (sentenza C-231/05, del 18 luglio 2007) è relativo al rigetto opposto dall'Amministrazione fiscale finlandese alla deduzione da parte di una società residente in Finlandia (denominata nella sentenza Oy AA) dell'apporto effettuato da quest'ultima a copertura delle perdite subite dalla società madre (AA Ltd, residente nel Regno Unito). Tale diniego si basava sul fatto che, formalmente, la deducibilità del contributo in esame era consentita solamente nei casi in cui tanto l'autore quanto il beneficiario del medesimo fossero società nazionali. In tale circostanza, la CGUE ha ritenuto la misura adottata dal governo finlandese giustificabile e proporzionata e, quindi, conforme all'articolo 43 del Trattato CE.

**[12]** A detta della CGUE, il terzo elemento (vale a dire la necessità di impedire un duplice utilizzo delle perdite) non poteva essere invocato nel caso di specie in quanto "la disciplina finlandese dei trasferimenti finanziari intragruppo non riguarda la deducibilità delle perdite" (paragrafo 57 della sentenza). Si rileva come il medesimo tema sia stato diversamente trattato dall'Avvocato Generale Kokott il quale, andando oltre il mero dato letterale della norma e constatando come il riconoscimento degli aiuti finanziari infragruppo transfrontalieri avrebbe potuto comportare una "doppia immunità fiscale" (dagli effetti potenzialmente identici a quelli di un duplice utilizzo delle perdite), ha riconosciuto la sussistenza anche di tale giustificazione (Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, paragrafi 57 e seguenti).

**[13]** Il caso Lidl Belgium (sentenza C-414/06, del 15 maggio 2008) si differenzia rispetto ai casi precedentemente citati in quanto concerne la possibile deduzione, da parte di un soggetto, delle perdite subite in un differente Stato membro dal medesimo soggetto (anziché da un'altra società del gruppo). Tale causa, infatti, è relativa al rifiuto da parte dell'Amministrazione fiscale tedesca alla deduzione da parte di Lidl Belgium GmbH (società in accomandita stabilita in Germania) della perdita da quest'ultima subita in Lussemburgo mediante la propria stabile organizzazione ivi situata. Tale diniego, a detta del Governo tedesco, è giustificato dalle disposizioni contenute nella convenzione contro le doppie imposizioni siglata tra Germania e Lussemburgo in base alle quali i redditi realizzati dalla stabile organizzazione lussemburghese di una società residente in Germania non sono imponibili in quest'ultimo Stato. In tale caso la CGUE si è espressa a favore del governo tedesco (inesistenza di alcuna discriminazione), contrariamente a quanto fatto dall'AG Sharpston, che ha motivatamente sostenuto nelle proprie Conclusioni (si vedano i paragrafi 23 e seguenti) l'esistenza di misure meno restrittive rispetto a quella adottata dal Governo tedesco.

**[14]** Si veda il caso X Holding (sentenza C-337/08, del 25 febbraio 2010). Tale causa è relativa al negato riconoscimento a X Holding BV (società residente nei Paesi Bassi), da parte dell'Amministrazione fiscale olandese, della possibilità di costituire un'entità fiscale unica con la società controllata "F", non essendo quest'ultima residente nei Paesi Bassi (ma in Belgio). In tale circostanza, la CGUE è giunta alla conclusione che il regime fiscale olandese è proporzionato agli obiettivi perseguiti e, pertanto, conforme ai principi sanciti dal Trattato CE.

**[15]** Si veda la sentenza X Holding (causa C-337/08), paragrafo 33. In merito all'autonomia della giustificazione relativa all'equa ripartizione del potere impositivo, si veda anche l'Avvocato Generale Kokott che nelle proprie Conclusioni, pur menzionando ciascuna delle tre motivazioni invocate nella sentenza Marks & Spencer, afferma che "questa causa di giustificazione [ndr. vale a dire la necessità di garantire un'equa ripartizione del potere impositivo] è valida anche qualora non sussista contemporaneamente il rischio di una duplice imputazione delle perdite, ovvero questo possa essere superato in altro modo" (paragrafo 70). Con riferimento all'esigenza di evitare il rischio di evasione fiscale, inoltre, aggiunge: "ho già evidenziato nelle mie conclusioni nella causa Oy AA che non ritengo che questo elemento, accanto alla ripartizione del potere impositivo, costituisca un motivo di giustificazione autonomo quando si tratti di escludere trasferimenti di utili in altri paesi" (paragrafo 71).

**[16]** Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott al caso A Oy (causa C-123/11), paragrafi 1 e 2.

**[17]** Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott al caso Oy AA, paragrafo 71.

**[18]** Si veda la sentenza Lidl Belgium (causa C-414/06), paragrafo 51.

**[19]** Le conclusioni raggiunte dalla CGUE nella sentenza X Holding sono state fortemente criticate dalla dottrina. Si veda, a titolo di esempio, Weber Dennis, X Holding. Refusal of advantage of a cross-border tax consolidation a justified restriction of the freedom of establishment. Court of Justice, in: H&I 7/2010, pagine 60-74, il quale – per la ragione indicata nel testo e altre – non ha esitato a definire la sentenza X Holding come "a low point in the case law of the Court of Justice" (pagina 66).

**[20]** I soggetti autorizzati a cedere o ricevere perdite fiscali in virtù del regime dello sgravio di gruppo sono le società residenti nel Regno Unito e le stabili organizzazioni ivi ubicate di società non residenti, appartenenti al medesimo gruppo o consortium (come definito e individuato dalla normativa inglese).

**[21]** Come precedentemente illustrato (si veda, in particolare, il paragrafo 2.2.), in realtà, con la sentenza Marks & Spencer (causa C-446/03, del 13 dicembre 2005), la CGUE ha affermato che nell'ambito del regime dello sgravio di gruppo possono essere trasferite anche perdite non realizzate nel Regno Unito, sia pure limitatamente ai casi in cui queste ultime possano considerarsi "definitive".

**[22]** Il diniego da parte dell'Amministrazione fiscale inglese era dovuto al fatto che le perdite di cui PEUK chiedeva il trasferimento avrebbero potuto essere dedotte nei Paesi Bassi dai redditi di LGPD Netherlands (sia pure solo in linea di principio, essendo quest'ultima società in perdita per tutti i periodi dal 2001 al 2004), oltre che da quelli delle altre società aderenti al consolidato fiscale ivi vigente (come effettivamente accaduto, sia pure in minima parte, per le perdite subite nei periodi dal 2002 al 2004).

**[23]** Il testo della sentenza (favorevole al contribuente) del tribunale di primo grado (First Tier Tribunal) è disponibile al seguente link: <http://www.financeandtaxtribunals.gov.uk/Aspx/view.aspx?id=4536> [15.06.2015].

**[24]** La CGUE fa presente che, anche ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Paesi Bassi e Regno Unito, è a quest'ultimo Paese che viene attribuita la potestà impositiva sui redditi realizzati dalle società residenti sul suo territorio e dalle stabili organizzazioni ivi ubicate di soggetti non residenti.

**[25]** A questo proposito la CGUE ha chiarito – rispondendo all'ultima questione pregiudiziale sottoposta dal giudice del rinvio – che, poiché la libertà di stabilimento della LGPD Netherlands può manifestarsi solamente concedendo il vantaggio (cioè la deduzione delle perdite) alla sua controparte (cioè PEUK), il giudice nazionale è comunque tenuto a disapplicare la norma controversa, anche in un caso – come quello di specie – in cui la disapplicazione della norma è richiesta da un soggetto (PEUK) diverso da quello che ha esercitato la libertà di stabilimento (LGPD Netherlands).

**[26]** Si vedano Boulogne Frederik/Sumrada Slavnic Nana, Cross-Border Restructuring and Final Losses, in: European Taxation, October 2012, pagine 486-496, a pagina 487 e Helminen Marjaana, Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU?, in: EC Tax Review 4/2011, pagine 172-178, a pagina 173. Quest'ultima Autrice precisa altresì che nemmeno il regime del group contribution svedese avrebbe consentito di mantenere le perdite in Svezia, essendo in perdita anche tutte le altre società del gruppo ivi residenti.

**[27]** La Suprema Corte, in particolare modo, chiedeva alla CGUE se il fatto che, in caso di fusione, il divie-

to di dedurre dal reddito della società incorporante le perdite dell'incorporata operasse solamente qualora quest'ultima fosse residente all'estero e le sue perdite non fossero attribuibili a una stabile organizzazione in Finlandia, costituisse una restrizione alla libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 del Trattato FUE. In caso di risposta affermativa, la Suprema Corte chiedeva altresì di chiarire se l'entità delle perdite deducibili dall'incorporante dovesse essere determinata facendo riferimento alla normativa fiscale finlandese o svedese.

**[28]** A questo proposito merita rilevare come il caso in esame fosse diverso rispetto a quello della sentenza Philips Electronics. Mentre, infatti, in quest'ultimo caso la perdita oggetto di trasferimento non varcava alcuna "frontiera" (nel senso che veniva utilizzata da un soggetto residente nel medesimo Stato – il Regno Unito – in cui era situata la stabile organizzazione che l'aveva generata), l'accollo della perdita di B da parte di A sarebbe equivalso a imporre a uno stato (la Finlandia) di farsi carico di una perdita generata in un altro stato (la Svezia) da una società di cui la Finlandia non poteva tassare gli utili, con ciò facendo venire meno la famosa simmetria alla base del principio di equa ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri.

**[29]** Si sottolinea come l'Avvocato Generale Kokott nelle proprie Conclusioni, diversamente dalla CGUE, abbia analizzato esclusivamente la giustificazione relativa alla necessità di garantire un'equa ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, ritenendo che le altre motivazioni non fossero dotate di una rilevanza autonoma. Tale aspetto verrà maggiormente approfondito nel seguito.

**[30]** L'imposizione allo Stato membro della società incorporante di riconoscere – sia pure solamente al ricorrere di talune circostanze – la perdita della incorporata estera, solleva un secondo, complesso problema, vale a dire se tale perdita debba essere determinata in base alla normativa dello Stato membro dell'incorporante o dell'incorporata. A questa domanda la CGUE ha risposto che tale calcolo dovrebbe essere effettuato in modo tale da non portare ad un trattamento differente rispetto a quello che risulterebbe dal calcolo effettuato, nella medesima fattispecie, per il riporto delle perdite di una controllata residente.

**[31]** Si veda, a questo riguardo, l'evoluzione giurisprudenziale illustrata nel paragrafo 2.3.

**[32]** La correttezza di tale lettura sarebbe, secondo l'Avvocato Generale Kokott confermata dal fatto che nel caso X Holding (sentenza C-337/08) la CGUE – che ha fondato la giustificazione soltanto sull'obiettivo della tutela della ripartizione dei poteri impositivi – non ha nemmeno preso in considerazione l'eccezione relativa alle perdite definitive elaborata nel caso Marks & Spencer.

**[33]** Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott al caso A Oy (sentenza C-123/11), paragrafo 52.

**[34]** Si rileva come il passaggio reso in italiano con due espressioni leggermente diverse – rispettivamente, "considerati nel loro insieme" (paragrafo 51) e "considerati nel loro complesso" (paragrafo 46) – sia tradotto nel testo inglese delle sentenze Marks & Spencer (lingua processuale: inglese) e A Oy (lingua processuale: finlandese) nello stesso identico modo: "taken together".

**[35]** Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott al caso A Oy (sentenza C-123/11), paragrafo 52.

**[36]** Si veda la sentenza Philips Electronics (causa C-18/11), paragrafo 28. Il medesimo concetto sembrerebbe essere espresso anche al successivo paragrafo 32.

**[37]** Si veda la sentenza Philips Electronics (causa C-18/11), paragrafo 33.

**[38]** Si vedano Monteiro Roel/Kiers Martije, The Court's Position on Cross-Border Losses: A Quest for the Well-Being of EU Citizens?, in: EC Tax Review 2/2013, pagine 92-99, a pagina 94 e English Joachim, HMRC v Philips Electronics UK Ltd: another contribution to EU Law jurisprudence on loss relief, in: British Tax Review 5/2012, pagine 586-595, a pagina 592. Benché tali Autori propendano per l'interpretazione secondo la quale la necessità di scongiurare il rischio di un duplice utilizzo delle perdite non sia mai utilizzabile come autonoma giustificazione, essi manifestano comunque perplessità per la formulazione tutt'altro che inequivocabile adottata nella sentenza.

**[39]** Nelle proprie Conclusioni (paragrafo 59) l'Avvocato Generale Kokott segnala anche la "possibilità di utilizzare in futuro i riporti delle perdite svedesi attraverso la riapertura dell'attività commerciale e gli utili così conseguiti".

**[40]** Si veda la sentenza A Oy (causa C-123/11), paragrafo 48.

**[41]** Il caso citato nel testo, benché relativo all'utilizzo di perdite transfrontaliere, riguarda persone fisiche non esercenti attività d'impresa.

**[42]** Si veda il riferimento alla proposta di direttiva "relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società" [COM(2011) 121 def.].

**[43]** L'inizio del filone giurisprudenziale relativo alla parità di trattamento tra stabili organizzazioni e imprese residenti viene solitamente fatto coincidere con la sentenza Avoir fiscal (causa 270/83, del 28 gennaio 1986).

**[44]** L'articolo 117, comma 2, del TUIR, più precisamente, prevede che un soggetto non residente possa esercitare l'opzione per il consolidato fiscale nazionale solo in qualità di controllante ed a condizione di "a) essere residente in Paesi con i quali è in vigore un accordo per evitare le doppie imposizioni [ndr. e] b) esercitare nel territorio dello Stato un'attività d'impresa [...] mediante una stabile organizzazione [...] nel cui patrimonio sia compresa la partecipazione in ciascuna società controllata".

**[45]** Si veda Scarioni Paolo/Muni Simone, Riflessioni sul consolidato mondiale alla luce del caso Marks & Spencer, in: Bollettino tributario 21/2005, pagine 1612-1617, a pagina 1616.

**[46]** Con riferimento alle limitazioni soggettive di accesso al regime, si vedano, in particolare, Maisto Guglielmo, Profili internazionalistici dell'imposizione delle imprese nella delega per la riforma tributaria, in: Rivista di diritto tributario, 9/1/2003, pagine 703-767, a pagina 741 e Zizzo Giuseppe, Prime considerazioni in tema di consolidato mondiale, in: Fiscalità internazionale, 5/2003, pagine 309-316, a pagina 310. Entrambi gli Autori notano, inoltre, come la disposizione in esame si ponga in contrasto anche con il dettato dell'articolo 24, paragrafo 3, del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni, laddove si vieta allo Stato ospitante di tassare la stabile organizzazione di un'impresa residente nell'altro Stato contraente in modo più gravoso rispetto alle imprese residenti nel proprio territorio.

**[47]** Oltre ai requisiti di carattere soggettivo per l'accesso al regime, il consolidato fiscale mondiale si distingue anche per altri aspetti – relativi, per esempio, all'area di consolidamento e alle condizioni cui è subordinata la fruizione del regime stesso – che sono più gravosi rispetto a quelli previsti per il consolidato fiscale nazionale. Secondo alcuni Autori, anche tali elementi costituirebbero profili di incompatibilità del regime in esame con il diritto dell'UE. Si veda, per esempio, Della Valle Eugenio, L'utilizzazione cross-

border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer, in: Rassegna tributaria, 3/2006, pagine 995-1015, a pagina 1010.

**[48]** Si veda lo schema del Decreto Legislativo (D. Lgs.) n. 161, attuativo delle disposizioni della legge di delega fiscale (Legge n. 23 del 2014) concernenti, in particolare, le misure volte a favorire la crescita e l'internazionalizzazione degli operatori economici.

**[49]** La relazione illustrativa allo schema di decreto chiarisce che le modifiche proposte intendono ottemperare alla sentenza della CGUE del 12 giugno 2014 (cause C-39/13, C-40/13 e C-41/13). Per quanto di interesse ai fini del presente articolo, si precisa che nell'ambito di tale caso la CGUE ha anche affermato che "gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano alla normativa di uno Stato membro in forza della quale un regime di entità fiscale unica viene concesso a una società controllante residente che detiene controllate residenti, ma viene escluso per società sorelle residenti la cui società controllante comune non abbia la sua sede in tale Stato membro e non disponga ivi di una sede stabile".

**[50]** In via di estrema sintesi si segnala che tra le principali modifiche previste dallo schema di decreto in esame vi è anche la previsione della possibilità per società cosiddette "sorelle" – che siano residenti in Italia o che siano stabili organizzazioni italiane di società residenti in Stati membri (ovvero aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo) con cui l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni – di consolidare le proprie basi imponibili non solo nel caso in cui il soggetto controllante sia residente in Italia, ma anche nel caso in cui risieda in uno Stato membro (ovvero aderente all'Accordo sullo Spazio economico europeo) con cui l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni.

**[51]** L'attuale schema di decreto demanda, in fatti, ad un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate taluni aspetti connessi all'attuazione della norma.

**[52]** Il riferimento è alla Direttiva n. 2009/133/CE (versione codificata).

**[53]** A questo riguardo si veda il quattordicesimo "considerando" della Direttiva in materia di fusioni.

**[54]** Si vedano, a questo riguardo, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott al caso A Oy (sentenza C-123/11), paragrafi 30 e seguenti.

**[55]** Tale circostanza non sorprende, considerando che le disposizioni di entrambi gli Stati (Italia e Finlandia) rappresentano, limitatamente alle norme rilevanti ai fini della presente analisi, il recepimento nei rispettivi ordinamenti del medesimo articolo (vale a dire, l'articolo 6 della Direttiva in materia di fusioni).

**[56]** Come giustamente sottolineato in dottrina (si vedano, per esempio, Boschi Francesca, Libertà di stabilimento e libera circolazione delle "perdite" infragruppo nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in: Diritto e pratica tributaria, 3/2010, pagine 535-558, a pagine 556 e seguenti; Valz Claudio/La Pietra Luca, Libertà di stabilimento e consolidato fiscale: il regime dei Paesi Bassi supera l'esame della Corte UE, in: Fiscalità internazionale, 3/2010, pagine 229-233; Minutoli Pasquale, Utilizzo transfrontaliero delle perdite d'impresa: l'orientamento della Corte di giustizia, in: Rassegna tributaria, 1/2012, pagine 120-138, a pagina 137), i profili di sospetta incompatibilità del consolidato fiscale italiano risultavano fortemente indeboliti a seguito della sentenza X Holding. La sentenza A Oy, con la riproposizione dell'eccezione relativa alle perdite "definitive", sembrerebbe rimettere nuovamente in discussione il tema.