

Libertà di stabilimento e trattamento delle perdite transfrontaliere in seno ai gruppi di società: il caso MARKS & SPENCER PLC. Prime riflessioni sulle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale.

di L. Strianese

Sommario: Introduzione – Fatto e Preliminary ruling richiesto alla ECJ – Le Conclusioni dell'Avvocato generale – Riflessioni conclusive.

INTRODUZIONE

In Data il 7 aprile 2005, l'Avvocato Generale, Poiares Maduro ha presentato le conclusioni relative alla causa [C-446/03](#).

Si tratta di una rilevante questione relativa al principio di libertà di stabilimento e al trattamento delle perdite transfrontaliere in seno ai gruppi di società, la cui successiva pronuncia potrà avere significative ripercussioni nei diversi Paesi membri.

Nella consapevolezza che le pronunzie della Corte vanno sempre lette sia con riferimento allo specifico ordinamento al quale si riferiscono, sia alle modalità con le quali il giudice remittente prospetta le questioni, si tenterà, in questa sede, di effettuare una breve ed iniziale verifica dell'impatto che la sentenza potrebbe provocare anche sul sistema tributario italiano

Prima di ciò, è però necessario accennare al fatto oggetto della controversia ed ai momenti, ritenuti, più significativi, condivisibili sotto alcuni aspetti ma in larga parte discutibili sotto altri, che hanno tratteggiato l'iter logico – argomentativo che ha condotto alle conclusioni in parola.

FATTO E PRELIMINARY RULING RICHIESTO ALLA ECJ

La Società Marks & Spencer (M&S), con sede nel Regno Unito, era la controllante indiretta di filiali stabilite in Germania, Belgio e Francia e non esercenti un'attività commerciale nel Regno Unito per il tramite di agenzie o succursali. Tali filiali avevano sofferto perdite, a partire dalla metà degli anni novanta, sino a quando, nel 2001, la M&S cedeva a terzi la filiale francese e cessava le attività commerciali di quelle belga e tedesca.

Nel 2000 e nel 2001, la M&S presentava alle Autorità fiscali inglesi (Sig. Halsey, HM Inspector of Taxes), domanda di sgravio di gruppo, avente per oggetto le perdite subite dalle sue filiali; la domanda in discorso veniva rigettata in quanto il regime legale dello sgravio di gruppo non era applicabile alle società controllate che non fossero stabilite o non esercitassero un'attività commerciale nel Regno Unito.

Le decisioni di rigetto venivano, repentinamente, impugnate dalla M&S dinanzi agli Special Commissioners of Income Tax (Giurisdizione Tributaria di Primo Grado). La ricorrente intendeva far riconoscere la incompatibilità della normativa fiscale britannica con il Diritto Comunitario, e precisamente con gli articoli 43 CE(1) e 48 CE(2). Il ricorso veniva respinto con decisione 17 dicembre 2002, con la dichiarazione secondo cui il regime fiscale britannico non è in contrasto con il Diritto Tributario.

La ricorrente impugnava, pertanto, la decisione in parola dinanzi alla High Court of Justice Charcey Division. Quest'ultima ritenne necessario sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali.

Nella questione in esame, la Corte dovrà precisare l'effetto delle disposizioni del Trattato CE concernenti la libertà di stabilimento sul regime fiscale dei gruppi di uno Stato membro. Si tratta di ragionare sulla compatibilità del Diritto Comunitario con una legislazione quale quella britannica relativa allo "sgravio di gruppo", che subordina il trasferimento di perdite all'interno di un gruppo di società alla condizione che queste ultime siano stabilite o esercitino un'attività economica nel Regno Unito.

La Causa riguarda, in via principale, il conflitto tra il potere, riconosciuto agli Stati membri, di riscuotere imposte sugli utili realizzati nel loro territorio e la libertà, conferita ai cittadini comunitari, di stabilirsi nella comunità. Volendo ricondurre su di un piano più generale l'indicazione espungibile da quanto sopra descritto, essa si identifica, da un lato, con la contrapposizione tra due logiche diverse, e dall'altro, con l'esigenza di

trovare un equilibrio nella ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità stessa.

L'articolo 8 dell'Income and Corporation Taxes Act (ICTA) del 1988, prevede il worldwide principle per i redditi d'impresa conseguiti dalle società residenti nel Regno Unito, il che comporta l'assoggettamento a imposizione dei suddetti redditi ovunque essi vengano prodotti, pertanto anche quelli prodotti da succursali della casa-madre (branches) localizzate all'estero. La doppia imposizione sui redditi prodotti all'estero è eliminata con la concessione di un credito per le imposte pagate all'estero (tax foreign credit). In via speculare viene concessa la deduzione alla casa-madre delle perdite sofferte dalle sue branches all'estero. Per ciò che concerne le società non residenti, invece, sono assoggettati all'imposta sulle società solo gli utili nel territorio del Regno Unito.

Qualora una società faccia parte di un gruppo, la stessa versa le imposte separatamente sugli utili conseguiti, fatto salvo il regime speciale di "sgravio di gruppo", ai sensi del quale ogni società può cedere le sue perdite ad un'altra società dello stesso gruppo e quest'ultima può dedurre tali perdite dai propri utili imponibili. Ciononostante, la società cedente dovrà privarsi del diritto di utilizzare le perdite cedute in deduzione dagli utili degli esercizi successivi.

Finalità di detto regime speciale è di non penalizzare le imprese che, anziché creare branches, decidano di sviluppare la loro attività costituendo subsidiaries, rendendo il più neutrale possibile la tassazione dei gruppi di società.

Nondimeno, sono ammesse al regime dello "sgravio di gruppo" solo le società residenti nel Regno Unito e, in adeguamento a quanto disposto dalla sentenza ICI del 16 luglio 1998, causa C-264/96(3), anche le società non residenti, ma a condizione che esercitino nel Regno Unito un'attività commerciale tramite una branch.

A seguito di impugnazione da parte della M&S per presunta incompatibilità del suddetto regime legale dello "sgravio di gruppo" con gli articoli 43 e 48 Trattato, nell'ultimo grado di giudizio, la High Court of Justice /England & Wales, ha ritenuto necessario sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di Giustizia le questioni qui di seguito indicate:

I. se il fatto di escludere una società dal regime di consolidamento fiscale applicabile a una società che dispone di branches in altri Stati membri costituisca una restrizione della libertà di stabilimento;

II. se il fatto di escludere una società che dispone di società controllate in altri Stati membri dal beneficio del regime di sgravio applicabile a una società che dispone di società controllate stabilite nello Stato membro, costituisca una restrizione della libertà di stabilimento e, supponendo che la legislazione britannica determini una restrizione vietata dal Trattato, se essa sia giustificabile in base a legittimi motivi ammessi dal Diritto Comunitario.

LE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

Al fine di risolvere la questione in esame, la Corte dovrà basarsi sulle disposizioni del Trattato e sulle soluzioni che emergono dalla sua giurisprudenza, già corposamente sviluppata.

Va sottolineato che, in detto campo, il diritto derivato dal Trattato non offre spunti pressoché significativi per orientarsi. La Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi(4), evidenzia con chiarezza, l'intento del legislatore comunitario di eliminare gli svantaggi scaturiti dal fatto che le disposizioni fiscali che disciplinano i rapporti tra società controllanti e filiali di Stati membri diversi sono, generalmente, meno favorevoli di quelle applicabili ai rapporti tra società controllanti e filiali di uno stesso Stato membro(5). Ma è necessario rilevare che essa non riguarda, nello specifico, il trattamento delle perdite transfrontaliere in seno a gruppi di società. Al riguardo, è opportuno ricordare che si attende, ormai da un decennio, l'attuazione della proposta di Direttiva sul riporto delle perdite, affinché sia definitivamente chiarito se e come dette perdite possano essere riportate(6).

Essendo questo lo scenario, non dovrebbe certamente essere la Corte a sostituirsi al legislatore comunitario. Ma, sta di fatto che, una sempre più crescente serie di pronunce della Corte stessa, rese anche nella interpretazione della, precedentemente citata Direttiva madre-figlia(7) e accomunate da un palese intento creativo, hanno contribuito a definire

l'attuale posizione dell'UE in materia di tassazione societaria.

E' noto infatti, come l'elevata importanza strategica del settore relativo alle imposte dirette, intrinsecamente correlato alla sovranità degli Stati, abbia finora impedito l'avvio di un compiuto processo di armonizzazione delle stesse. I progressi compiuti in campo di integrazione economica, culminati nell'istituzione dell'Unione monetaria ed economica e nell'introduzione della moneta unica, hanno tuttavia reso necessaria una qualche forma di armonizzazione anche in questa materia, ed hanno pertanto, stimolato l'intervento della Corte di Giustizia in versione di cd. "armonizzazione negativa"(8).

Tuttavia, tale assenza di armonizzazione legislativa(9) degli Stati membri non può impedirle di esercitare la sua autentica ed unica funzione, ossia garantire la salvaguardia e la realizzazione dei principi e degli obiettivi fondamentali del Trattato.

Pertanto, contro la tesi sostenuta in particolare dal Governo Olandese interveniente nella causa in discorso, secondo cui l'unico contesto adeguato per risolvere il problema sarebbe quello del ravvicinamento delle legislazioni, si devono rimarcare con vigore, i due punti che seguono. Da un lato, dalla giurisprudenza della ECJ si può agevolmente dedurre che l'armonizzazione delle legislazioni fiscali dei Paesi membri non può costituire una condizione preliminare concreta per l'attuazione della libertà di stabilimento consacrata all'articolo 43 CE e che quindi il mancato completamento dell'opera di armonizzazione non esclude l'obbligo per ciascuno Stato membro, di applicare il proprio sistema fiscale in modo non discriminatorio(10). Dall'altro lato, l'attuazione concreta delle libertà fondamentali che concorrono all'instaurazione del mercato interno non può privare di fondamento e di rilevanza un ravvicinamento delle legislazioni nazionali. In tale quadro, il problema della non discriminazione nelle imposte dirette presenta importanti affinità strutturali con il problema dell'armonizzazione, con il quale condivide sicuramente la rilevanza ai fini del raggiungimento degli obiettivi del Trattato.(11) L'armonizzazione in questione, infatti, può avere lo scopo di facilitare l'esercizio delle libertà di circolazione, ma può anche servire a correggere le distorsioni derivanti dall'esercizio di queste stesse libertà.

La Corte, pertanto, ha già avuto modo di pronunciarsi su fattispecie analoghe a quella in esame, in cui era chiamata a conoscere del trattamento delle perdite subite all'estero da imprese comunitarie(12) oppure a precisare il regime fiscale delle imprese comunitarie che dispongono di centri di attività secondari in altri Stati membri.(13)

Come affermato nel noto caso Schumaker,(14) " se è vero che allo stato attuale del Diritto Comunitario la materia delle imposte dirette non rientra, in quanto tale, nella competenza della Comunità, ciò non toglie tuttavia che gli Stati membri siano tenuti ad esercitare le competenze loro attribuite nel rispetto del Diritto Comunitario", vietando, in particolare, di limitare " una delle disposizioni fondamentali del Diritto Comunitario" (caso De Lasteyrie du Saillant, Causa C-9/02) e cioè la surrichiamata libertà di stabilimento consacrata all'art. 43 del Trattato, consistente nella libertà dei cittadini di uno Stato membro di stabilirsi nel territorio di un altro Stato membro, per esercitare un'attività commerciale.

Il che equivale a dire che gli Stati membri, nel configurare ed organizzare liberamente i loro sistemi fiscali, dovranno, comunque, tenere conto delle conseguenze che possono derivarne per il buon funzionamento del mercato interno. L'equilibrio che dovrà salvaguardare la Corte (balancing test) è, perciò, tra il rispetto delle competenze nazionali e le esigenze del mercato interno.

A tale scopo, in una prima fase, la ECJ aveva scelto un approccio incentrato sul principio di uguaglianza di trattamento in base alla nazionalità sancito dall'art. 12 del Trattato, il quale ha comportato la riduzione della libertà di stabilimento alla regola del trattamento nazionale, secondo cui gli Stati membri devono garantire ai cittadini degli altri Stati membri il medesimo trattamento fiscale applicato ai propri.(15)

Nel 1993, la ECJ cambiò orientamento (caso Kraus), adottando un criterio molto più rispondente alle esigenze del mercato, ritenendo che gli articoli 48 e 52 del Trattato ostassero a qualsiasi provvedimento nazionale, il quale, anche se si applica senza discriminazioni in base alla cittadinanza, può ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. Con detto nuovo orientamento, il provvedimento nazionale viene messo in

discussione non solo quando determina una discriminazione sulla base della cittadinanza, ma anche quando provoca uno specifico svantaggio per gli operatori che desiderano spostarsi o stabilirsi nella Comunità.

Alla luce di simili considerazioni, vengono ritenute restrizioni tutte le misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio della libertà di stabilimento. Val la pena, pertanto, sottolineare come, in maniera sempre più evidente, la ECJ si spinga nel senso di proporre un'interpretazione del principio di libertà di stabilimento, muovendosi in coerenza con le premesse che fanno risaltare gli effetti del mercato interno. Fondamentalmente, nella indicata prospettiva, le prescrizioni che da esso conseguono e complessivamente riassumibili, rimarcano che tale libertà comporta la tutela di coloro che operano all'interno di uno Stato membro, svolgendo in esso attività economiche "alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini" (art. 52, comma 2), ma anche, e per converso, il divieto di ogni prescrizione, seppur non discriminatoria, da parte del Paese ospitante, idoneo ad impedire al cittadino comunitario l'esercizio delle libertà fondamentali⁽¹⁶⁾. Quindi il principio di libertà di stabilimento non ha soltanto come conseguenza l'illegittimità delle disposizioni interne che discriminano, direttamente o indirettamente, tra cittadini e stranieri, ma anche quella di vietare quelle disposizioni di uno Stato membro che abbiano l'effetto di ostacolare l'esercizio del diritto di stabilimento in un altro Stato membro.⁽¹⁷⁾ Il principio di libertà di stabilimento assume, pertanto, una posizione autonoma rispetto al principio di non discriminazione. E' il caso anche della vicenda Futura e Singer.⁽¹⁸⁾

La legislazione fiscale britannica è contestata per due motivi: il primo, perché non concederebbe alle società controllate estere gli stessi vantaggi attribuiti alle società che dispongono di branches estere; il secondo, perché svantaggerebbe i gruppi di società che desiderino stabilirsi all'estero rispetto ai gruppi aventi sede nel Regno Unito.

Con riferimento al primo punto, sulla base dei principi di diritto fissati nei precedenti giurisprudenziali di cui alle cause 270/83 (Commissione/Francia) del 28 gennaio 1986; C-311/97 (Royal Bank of Scotland) del 29 aprile 1999 e C-307/97 (Saint-Gobain) del 21 settembre 1999,⁽¹⁹⁾ risulta palesemente che la discriminazione relativa alla scelta della forma di stabilimento è indissociabile da una discriminazione in base alla scelta del luogo di stabilimento. Alle società estere ed alle branches si applicano regimi fiscali differenti alla luce dell'organizzazione del sistema britannico di imposizione sulle società. La disparità tra le due categorie di centri di attività, quindi, non consiste nella perdita di un determinato vantaggio dovuta alla scelta di operare all'estero tramite società controllate, ma deriva da una differenza tra i regimi fiscali applicabili alle diverse forme di stabilimento.

Appare chiaro, pertanto, che le disposizioni relative alla libertà di stabilimento non ostano all'applicazione di un trattamento fiscale differenziato a persone fisiche o giuridiche che si trovino in situazioni giuridiche diverse.

Con riferimento alla contestazione di cui al secondo punto, dalla giurisprudenza della ECJ emerge che il diniego di un beneficio fiscale può essere considerato come una restrizione contraria al Trattato, se risulta legato principalmente all'esercizio del diritto di stabilimento. A tal riguardo, è fuor di dubbio che la applicazione del regime britannico della sgravio di gruppo costituisce un beneficio fiscale per il gruppo che ne fruisce, vantaggio consistente nella riduzione degli utili imponibili di gruppo. Tuttavia, detto vantaggio non viene concesso dalla legislazione britannica a quei gruppi che abbiano società controllate in un altro Stato membro o, detto in altri termini, a quei gruppi che abbiano esercitato il diritto alla libertà di stabilimento.

Nella fattispecie, il diniego controverso costituisce una "restrizione in uscita" (così come fu qualificata dalla pregressa giurisprudenza della Corte) caratterizzata da un trattamento sfavorevole imposto alle società che intendano costituire società controllate in altri Stati membri.⁽²⁰⁾ Occorre, dunque, verificare se la restrizione suddetta possa essere giustificata in forza del Diritto Comunitario, dal momento che – secondo costante giurisprudenza della Corte – una misura restrittiva non è vietata dall'articolo 43 del Trattato a condizione che persegua uno scopo legittimo compatibile con il Trattato stesso e sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale.

A tale proposito, viene respinto l'argomento del Governo tedesco, secondo cui la presa in considerazione delle perdite da parte dello Stato interessato è inammissibile in quanto condurrebbe ad una riduzione del

gettito fiscale e a gravi difficoltà di bilancio.(21) La Corte ha ripetutamente puntualizzato 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”(22)

Occorre, invece, considerare attentamente l'argomento fondato sul rischio di una perdita di competenza o di controllo sul sistema fiscale dello Stato membro, giustificato: o dall'applicazione del principio fiscale della territorialità, o dalla garanzia di coerenza del sistema fiscale britannico.

In relazione alla prima eventualità, il Governo britannico sostiene che il rifiuto di accordare lo sgravio delle perdite di gruppo con riferimento a società controllate estere non esercenti attività commerciali nel Regno Unito, risponde al principio di territorialità – ammesso dalla prassi fiscale internazionale e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia – secondo cui non si può offrire un vantaggio fiscale se non si dispone di potere impositivo. Infatti, se non sussiste il potere di tassare gli utili delle società controllate che non hanno sede nel Regno Unito, non si può tenere conto delle perdite di tali filiali per offrire un vantaggio al gruppo cui esse appartengono. E' vero che nella sentenza Futura Participation e Singer(23) la ECJ ha ammesso che il principio fiscale di territorialità è applicabile in Diritto Comunitario, tuttavia, non occorre equivocare l'esatto significato che la stessa intende attribuire a tale principio. La Corte, semplicemente, riconosce la necessità di tenere conto dei vincoli derivanti dalla coesistenza delle sovranità fiscali degli Stati membri.

Il principio fiscale di territorialità previene i conflitti di competenza tributaria tra gli Stati membri.(24) Ci si domanda, allora, se la concessione del vantaggio possa compromettere la coesistenza delle sovranità fiscali degli Stati membri.

Nella fattispecie, sembra che nulla osti a che il Regno Unito estenda il beneficio dello sgravio alle società controllanti che dispongono di società controllate non residenti. Infatti, la domanda rientra nel quadro di un regime di gruppo adottato dal Regno Unito. Essa riguarda non l'imposizione su di un unico soggetto passivo residente che esercita le proprie attività principali all'estero, bensì un trasferimento di perdite tra società appartenenti allo stesso gruppo. All'interno del gruppo, la domanda viene presentata dalla società controllante stabilita nel Regno Unito, che è soggetta, in quanto tale, ad un obbligo fiscale illimitato in tale Paese.

In realtà, il Regno Unito appare orientato verso l'ammissione del beneficio alla società controllante che ne faccia richiesta, condizionatamente alla compensazione con l'assoggettamento ad imposta della società controllata cedente. Argomento questo che, fondato sul principio di territorialità, si ricollega, quindi, strettamente al principio della coerenza fiscale riconosciuto dalla Corte nella sentenza Bachmann.(25)

Ebbene, la giurisprudenza della Corte ammette che tale esigenza di garanzia di coerenza del sistema fiscale possa giustificare una normativa atta a limitare le libertà comunitarie, evitando che l'esercizio delle stesse possa determinare perturbazioni ingiustificate alla logica interna dei regimi fiscali nazionali.

Pur tuttavia, ciò non implica che la suddetta garanzia possa essere utilizzata come argomento per opporsi agli obiettivi perseguiti nell'ambito del mercato interno, favorendo situazioni od operatori nazionali. Questo delicato equilibrio può tradursi in una regola di “doppia neutralità”: da un lato, le norme tributarie nazionali devono essere neutre rispetto all'esercizio delle libertà di circolazione e, dall'altro l'esercizio della libertà di circolazione dev'essere il più possibile neutro rispetto ai meccanismi fiscali adottati dagli Stati membri. Il diritto di stabilimento non può essere utilizzato dagli operatori economici al solo scopo di mettere a rischio l'equilibrio e la coerenza dei regimi fiscali nazionali; il che si verificherebbe, se il diritto in questione venisse esercitato per sottrarsi illecitamente alle legislazioni nazionali o per sfruttarne artificialmente le divergenze.(26) Di conseguenza, la nozione di coerenza fiscale è volta a garantire che i cittadini non utilizzino le disposizioni comunitarie per vantaggi non connessi alle libertà di circolazione.(27)

Nel caso di specie, i Governi che hanno presentato osservazioni sostengono unanimemente che sarebbe coerente concedere sgravi di gruppo solo qualora si potessero tassare i profitti delle società che partecipano allo sgravio. La ricorrente contesta tale argomento,

richiamandosi ad una giurisprudenza costante della Corte,(28) secondo cui un nesso diretto può esistere solo trattandosi di un unico prelievo fiscale e di un solo contribuente (come nel summenzionato caso Futura Participation e Singer) e, nel caso in oggetto, il beneficio concesso alle società controllanti ed il prelievo che può essere imposto alle filiali riguardano contribuenti diversi e rientrano in regimi fiscali distinti.

Se sono effettivamente questi i limiti entro i quali può essere fatto valere l'argomento della coerenza fiscale, è indubbio che tale argomento deve essere respinto, come si è già fatto supra.

Comunque, l'interpretazione su descritta, della nozione di coerenza fiscale poggia su criteri troppo rigidi, che non sempre risultano pertinenti rispetto all'obiettivo perseguito dalle normative in causa. Ne consegue che il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri per giustificare i loro regimi fiscali è eccessivamente ridotto.

A tal fine, sopraggiunge una valutazione della coerenza anzitutto alla luce della logica del regime fiscale in discussione.

Lo scopo del regime britannico dello sgravio di gruppo è quello di neutralizzare, sotto il profilo fiscale, gli effetti della costituzione di un gruppo di società, mediante l'autorizzazione a far circolare le perdite all'interno del gruppo.

Tuttavia, ciò significa anche che non deve derivarne un vantaggio supplementare per il gruppo stesso. Si spiega così, il divieto di utilizzare due volte le perdite cedute: le perdite vengono trasferite da una società a vantaggio di un'altra, e in cambio la società cedente perde il diritto di utilizzare nuovamente dette perdite nell'ambito del sistema di imposte sulle società.

E' però, necessario verificare se il suddetto rischio sussista. Lo Stato membro interessato non può vietare qualsiasi trasferimento di perdite solo perché non può assoggettare ad imposta le controllate estere. Se così fosse, la restrizione applicata andrebbe molto al di là di quanto necessario per tutelare la coerenza del regime di gruppo. Invero, una restrizione di questo tipo perseguirebbe anche obiettivi estranei alla logica del regime, quali proteggere il gettito dello Stato membro interessato o favorire i gruppi che esercitano tutte le loro attività economiche nel territorio di detto Stato. Tali obiettivi sarebbero, in ogni caso, contrari al Diritto Comunitario.

In circostanze come quelle del caso di specie, pertanto, è determinante il fatto che lo Stato membro tenga conto del trattamento applicabile alle perdite delle filiali nel loro Stato di stabilimento. La giustificazione fondata sulla coerenza del regime di sgravio di gruppo, può essere accolta solo se le perdite subite all'estero possono essere assoggettate ad un trattamento equivalente nello stato in cui esse si sono generate. Quindi, se è coerente che, in determinati casi, lo sgravio di gruppo possa essere negato, è quanto meno necessario che un simile rifiuto si giustifichi e si basi sulla presa in considerazione delle situazioni in cui si trovano le filiali nel loro stato di stabilimento. Una coerenza fiscale condizionata, dunque, a cui ricorre l'Avvocato generale, non prendendo posizioni più nette riguardo al contrasto tra gli assetti normativi interni degli Stati membri e le esigenze del mercato interno comunitario.

A tal fine, il Regno dei Paesi Bassi solleva un'obiezione, affermando che l'autorizzazione al trasferimento delle perdite subite all'estero nell'ambito dei regimi di gruppo adottati dagli stati membri potrebbe determinare uno sconvolgimento generale dei regimi nazionali, dal momento che è agevole prevedere che i gruppi di società ricorreranno sistematicamente al trasferimento di perdite e che quest'ultimo sarà diretto esclusivamente verso le società del gruppo stabilite negli stati membri in cui le aliquote d'imposta sono più elevate, paventando uno sviluppo di un verosimile "traffico delle perdite" a livello comunitario, minacciando l'equilibrio di bilancio degli Stati interessati e minando alle fondamenta i loro sistemi economici e sociali. Pericolo paventato, quindi, vero o solo apparente visto che le disparità di trattamento che possono derivarne per il gruppo non hanno altra origine se non dalle disparità esistenti tra le normative nazionali.

Si potrebbe, da ultimo, eccepire che sarebbe troppo difficile per il Regno Unito, verificare se esista la possibilità di ottenere uno sgravio in un altro Stato membro. Tuttavia, gli Stati membri dispongono di strumenti di cooperazione rafforzata, ai sensi della Direttiva del Consiglio 19 dicembre 1977, n. 77/799/Cee, la quale " offre possibilità di ottenere informazioni necessarie analoghe a quelle esistenti fra gli uffici tributari sul piano interno".(29) Solo una soluzione di questo tipo può consentire, sull'accidentato terreno dell'armonizzazione comunitaria

del settore delle imposte sui redditi, di mantenere un equilibrio tra le competenze fiscali riservate agli Stati membri e le esigenze di libertà derivanti dal mercato interno, non spettando, comunque, alla Corte definire un regime uniforme per tutti gli Stati membri, ma delimitare gli obblighi imposti allo Stato membro interessato alla partecipazione alla comunità.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Tralasciando la prima questione pregiudiziale, la seconda questione è stata risolta nel senso della difformità alla libertà di circolazione e di stabilimento, salvo il temperamento della prova che le medesime perdite non siano dedotte due volte.

A tale fine, mentre appaiono condivisibili le motivazioni che hanno indotto l'Avvocato generale a rigettare gli argomenti che giustificavano la disparità di trattamento (nella perdita di gettito dello Stato membro che ne deriverebbe e nel principio di territorialità, secondo cui, se non sono assoggettabili ad imposizione i redditi prodotti dalle subsidiaries residenti in altri Stati membri, allo stesso modo non possono essere deducibili le perdite fiscali dalle stesse sopportate), dubbi suscitano, per converso, le motivazioni con cui l'Avvocato generale ha rigettato la tesi secondo cui la disparità di trattamento trovava giustificazione in esigenze di coerenza del sistema fiscale britannico (e, deve ritenersi, dei sistemi fiscali degli altri Stati membri che presentano una disciplina della fiscalità di gruppo, tra cui l'Italia⁽³⁰⁾).

In tal caso si ritiene, pertanto, che l'Avvocato generale abbia finito per far pendere eccessivamente la bilancia dal lato del pieno esplicarsi del mercato interno comunitario, allorché ha proceduto al delicato giudizio di bilanciamento tra il rispetto delle competenze fiscali nazionali in materia di imposte sui redditi e le esigenze del mercato interno, non prendendo in adeguata considerazione tutte le implicazioni che comporta la cessione di perdite tra società residenti in differenti stati membri, seppure appartenenti al medesimo gruppo societario.

Particolarmente, non adeguatamente motivata appare l'argomentazione volta a superare l'obiezione sollevata dal Regno dei Paesi Bassi (concernente un eventuale "traffico delle perdite") che va, non sopravvalutata ma sicuramente ben considerata.

Ebbene, se si tiene presente che il riporto delle perdite è un istituto che attiene al concetto di reddito e che, di conseguenza, la perdita deriva da costi inerenti, riferibili al soggetto che l'ha prodotta, ammettere il commercio delle perdite equivale ad ammettere il commercio di costi. Questo commercio di perdite appare legittimato solo nell'ambito di un sistema fiscale comunitario armonizzato così come lo è già nell'ambito dei vari sistemi fiscali statali (tra cui, si ribadisce, quello italiano) che abbiano accolto la tassazione di gruppo.

Viceversa, allorché ci si trovi di fronte a 25 differenti sistemi fiscali, spesso in competizione fiscale tra loro al fine di attrarre capitali ed investimenti sul proprio territorio e con regole di determinazione del reddito d'impresa tutt'altro che armonizzate, la concessione (sostanzialmente incondizionata) della possibilità di commerciare infragruppo costi tra differenti Stati membri, equivale al riconoscimento di una incondizionata possibilità di trafficare tra le regole di determinazione del reddito d'impresa dei vari Stati membri, con l'elevato pericolo di legittimare comportamenti dei contribuenti che, in nome del pieno esplicarsi delle libertà di circolazione e di stabilimento, avrebbero come principale o esclusiva finalità, lo sfruttamento delle predette divergenze.

D'altronde, lo stesso Avvocato generale, allorché ha fatto riferimento alla regola dell'"a doppia neutralità", ha precisato che, da un lato, le norme tributarie nazionali devono essere neutre rispetto all'esercizio delle libertà di circolazione e, dall'altro, l'esercizio delle libertà di circolazione deve essere il più possibile neutro rispetto ai meccanismi fiscali adottati dagli Stati membri, aggiungendo che il diritto di stabilimento non può essere utilizzato dagli operatori economici al solo scopo di mettere a rischio l'equilibrio e la coerenza dei regimi fiscali nazionali; il che si verificherebbe se detto diritto venisse esercitato per sottrarsi illecitamente alle legislazioni nazionali, o per sfruttarne artificiosamente le divergenze.

Ed è proprio tale effetto (come, del resto, riconosciuto dallo stesso Avvocato generale) che intende evitare la nozione di coerenza fiscale: la garanzia che i cittadini non utilizzino le disposizioni comunitarie per trarne vantaggi non connessi alle libertà di circolazione.

Tuttavia, qualora, la ECJ dovesse, comunque, pronunciarsi, considerato anche che la Commissione⁽³¹⁾ ha affermato che la mancanza di una normativa comunitaria sulla compensazione transfrontaliera delle perdite dei gruppi societari nella Comunità, rappresenta, attualmente, uno dei maggiori ostacoli al buon funzionamento del mercato interno, si ritiene che vada posta adeguata attenzione alla circostanza che, l'utilizzo transnazionale delle perdite fiscali infragruppo corrisponde all'utilizzo transnazionale delle differenti regole di determinazione del reddito d'impresa nei 25 Stati membri, prevedendo più incisive condizioni (rispetto a quella proposta dall'Avvocato generale, consistente nella prova che le perdite non siano dedotte due volte nei due Stati membri coinvolti), al fine di ritenere prevalente la salvaguardia delle esigenze del pieno esplicarsi del mercato interno rispetto alla coerenza dei sistemi fiscali degli Stati membri.

Si rileva, infine, che, nella ipotesi in cui la Corte dovesse accogliere le conclusioni dell'Avvocato generale (ampliando o meno le condizioni cui è subordinato l'utilizzo transfrontaliero delle perdite fiscali infragruppo), potrebbero delinearsi significative conseguenze sull'impianto normativo interno al nostro Paese, in materia di riporto delle perdite fiscali, descritto precedentemente. Una soluzione potrebbe consistere nell'estensione delle disposizioni normative in materia di consolidato nazionale⁽³²⁾ alle società controllate residenti negli altri Stati membri, prevedendo svariate condizioni di accesso e limitando l'ambito di applicazione soggettivo del consolidato mondiale,⁽³³⁾ alle sole società non residenti extracomunitarie.

Una diversa alternativa potrebbe essere quella di abrogare delle disposizioni normative in materia di consolidato nazionale, di consolidato mondiale e di regime della trasparenza delle società di capitali e nella riformulazione delle disposizioni normative contenute negli articoli 8 ed 84 del Tuir e nella contestuale previsione di nuove disposizioni simili a quelle inglesi in materia di "sgravio di gruppo", che legittimano un vero e proprio contratto di compravendita delle perdite fiscali. Le riflessioni su esposte sono solo il frutto di ragionamenti che, nell'immediato, possono affollarsi nella mente di chi si appresta a leggere le Conclusioni in commento, è evidente che ogni conseguenza sarà strettamente vincolata alla pronuncia della Corte ed ai riflessi che essa, concretamente, produrrà sugli ordinamenti interni dei Paesi membri.

In un tale scenario, non bisogna mai trascurare di valutare il fatto che le contraddizioni in cui incappa la ECJ, anche nella causa in esame, traggono origine dalla necessità di conciliare la propria giurisprudenza col limite invalicabile costituito, pare, dalla mancanza di una Direttiva specifica.

D'altro canto, il Diritto Comunitario è infatti, una costruzione complessa nella quale, ogni passo in avanti costituito dalla cessione di "porzioni di sovranità" risulta essere una decisione precipuamente politica, che deve essere concordata dagli Stati membri, e non può quindi, essere realizzata in via "furtiva" da un organo di tipo tecnico quale è la ECJ, pena le evidenti incoerenze e contraddizioni che connotano parte della sua giurisprudenza.

L'approccio sicuramente, disorganico connaturato al metodo casistico, adottato dalla ECJ, fa sì che essa si trovi in un primo momento ad attaccare singoli istituti di normative nazionali, e solo in un secondo momento, a dover trarre le conseguenze sistematiche di interventi diversi e rispondenti a ratio divergenti, con il pericolo di trovarsi costretta a svolgere una attività creativa che va spesso al di là di quanto stabilito nei Trattati.

Se, pertanto, l'odierno livello di armonizzazione in campo di imposizione diretta è del tutto inadeguato rispetto agli ambiziosi schemi della UE,⁽³⁴⁾ è altresì ineluttabile che la decisione di progredire in detto settore spetta agli organi politici dell'UE, ed in primo luogo al Consiglio.

Da una angolazione pratica, tutto ciò sarebbe utile, anche ad evitare la situazione di generalizzata incertezza in cui sembra versare la materia della imposizione diretta sulle società, nella quale, a fronte del dato formale di una sostanziale autonomia degli Stati membri, gli operatori economici sono costretti a confrontarsi con la eventualità di interventi demolitori e destabilizzanti della Corte, come è, di recente, accaduto, ad esempio, con le normative concernenti la thin capitalization,⁽³⁵⁾ e come è possibile che avvenga nel settore della tassazione di gruppo, oggetto della causa in commento, ed il cui probabile esito del giudizio, potrebbe imporre a tutti gli Stati membri, l'adozione di un regime di tassazione di

gruppo “mondiale”, determinando da un lato, la corsa di alcuni Stati membri (segnatamente l'Italia)(36) a dotarsi di un tale sistema ed anche a doverlo rimaneggiare o rimodulare alla luce dei risvolti giurisprudenziali scaturenti dalla pronuncia della ECJ, e dall'altro, il blocco nell'utilizzo di detti sistemi da parte degli operatori economici, nell'attesa che la Corte ne definisca i caratteri minimi di compatibilità con la normativa comunitaria.

Note

(1) Art. 43 [52] Trattato: “Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono gradatamente soppresse durante il periodo transitorio. Tale graduale soppressione si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte di uno stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività e al loro esercizio, nonché la costituzione e gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 48 [58] comma 2, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”.

(2) Art. 48 [58] Trattato: “ Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri”.

(3) Per osservazioni più approfondite sulla sentenza ICJ: Enrico Nuzzo, Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI), in Rass trib.,6/1999, 1814 ss.

(4) Direttiva 90/435/CEE (GU L 225, pag. 6). Per approfondimenti: Fedele, la Direttiva “madre-figlia” e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi, in Rass. Trib. 4, 2001, 1259. Contra, invece, nel senso che l'eliminazione della doppia imposizione sugli utili societari sia la ratio principale della Direttiva, Fantozzi, L'attuazione della Direttiva Cee madre-figlia in Italia. Confronto fra la Direttiva e la legge italiana di attuazione, in Riv. di Dir. Trib., 1993,523; G. Tesauro, Diritto Comunitario, terza edizione, 2003, CEDAM; Carmini-Mainardi, Elementi di diritto tributario comunitario, Padova, 2000,135.

(5) Come la Corte ha ricordato nella sentenza 18 ottobre 2003, causa C-168/01, Bosal.

(6) Si tratta, infatti, di una questione non ignota alle istituzioni comunitarie. Il 6 dicembre 1990, la Commissione ha presentato una proposta di Direttiva del Consiglio relativa alla contabilizzazione, da parte delle imprese, delle perdite subite dalle sedi stabili e dalle filiali situate in altri Stati membri (91/C 53/03). Secondo la succitata proposta, si possono prevedere, sia per le filiali, sia per le organizzazioni stabili: il metodo della detrazione delle perdite con successiva reintegrazione, che consente di dedurre dagli utili imponibili dell'impresa le perdite subite dalle organizzazioni secondarie stabilite in altri Stati membri, a condizione che gli utili di queste ultime siano successivamente reintegrati nei risultati dell'impresa fino a concorrenza delle perdite dedotte; o il metodo della contabilizzazione, che consiste nell'integrare tutti i risultati delle organizzazioni estere in quelli dell'impresa. Poiché la proposta in parola non ha ottenuto seguito, la Commissione ha deciso di ritirarla e di avviare nuovi negoziati con gli Stati membri. Essa ritiene che la mancanza di una normativa comunitaria sulla compensazione transfrontaliera delle perdite dei gruppi societari nella Comunità, costituisca, attualmente, uno dei più significativi ostacoli al buon funzionamento del mercato interno (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]).

(7) Direttiva 23 luglio 1990, recentemente modificata dalla Direttiva 22 dicembre 2003, 2003/123/CE.

(8) Il concetto di “ integrazione” o “armonizzazione negativa” è stato elaborato per spiegare come, nei settori in cui l'intervento diretto normativo degli organi politico-amministrativi della UE non risultava possibile, si è potuti ugualmente avanzare verso un'armonizzazione delle

legislazioni nazionali, a seguito degli interventi della ECJ. Le pronunce di quest'ultima, veri e propri esempi di "giurisprudenza creatrice", hanno, nei fatti, rilevato la incompatibilità con il Diritto comunitario di determinanti istituti di diritto nazionale, mettendo i legislatori degli Stati membri, nelle condizioni di abrogare le normative incompatibili. Una strategia di questo tenore, che opera per mezzo della eliminazione di discipline esistenti piuttosto che l'introduzione di normative nuove, di certo può essere qualificata come "negativa". In tal senso: F. Vitale, Corte di Giustizia. Imposte dirette e i limiti della cd. "armonizzazione negativa", in Riv. Dir. Trib., 7/8, 2004, pagg. 139 ss; per osservazioni ulteriori in materia: Gammie, The role of the European Court of Justice in the Development of Direct Taxation in the European Union, in ICFD Bulletin, 86 ss.; Vanistaendel, The role of the ECJ in the Field of Direct Taxation, in Eur. Tax., 172003.

(9) Sul punto, C. Sacchetto, Armonizzazione fiscale nella Comunità Europea, in "Enc.giur.", Roma, 1988, II; F. Tesauero, Profili della fiscalità comunitaria, in "Boll. Trib.", 1988, pagg. 1751 ss; A. Fantozzi, Il sistema tributario italiano verso il mercato unico europeo, in Rass. Trib., 1988, pagg. 551 ss; P. Russo-R. Cordeiro Guerra, L'armonizzazione fiscale nella Comunità Europea, in Rass. trib., 1990, pagg. 629 ss; G. Croxatto, armonizzazione fiscale e mercato unico europeo, in "Le Società", 1990, pagg. 105 ss; F. Gallo-g. Melis, L'elusione fiscale internazionale nei processi di integrazione tra Stati: l'esperienza della Comunità Europea, in Justiça tributaria: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributario, Max Limonad, San Paolo, 1998, pagg. 165 ss; F. Amatucci, Il principio di non discriminazione fiscale, Padova, 1998, pagg. 117 ss.

(10) Bachmann, (causa C-204/90) pag. 280, punto 11: "Non bisogna, infatti, dimenticare che, in genere, sono i cittadini degli altri Stati membri quelli che, dopo aver occupato un impiego in Belgio, fanno ritorno nel loro Stato d'origine, in cui le somme dovute dagli assicuratori sono soggette ad imposta, e che non possono quindi compensare l'impossibilità di detrarre contributi, sul piano fiscale, con l'assenza di somme dovute dagli assicuratori. E' innegabile che questo inconveniente è dovuto alla mancanza di armonizzazione delle legislazioni fiscali degli Stati membri, "ma l'armonizzazione non può essere eretta a presupposto per l'applicazione dell'articolo 48 del Trattato".

(11) P. Adonnino, Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità, in Riv. dir. fin. sc. fin., 1993, pagg. 63 ss.

(12) Ad esempio: sentenze 15 maggio 1997, Causa-250/95, Futura Participation e Singer; Causa C-264/96, ICI; causa C-200/98, X e Y; Causa C-141/99, AMID.

(13) In tal senso: Causa C-330/91, Commerzbank; Causa C-311/97, Royal Bank of Scotland; Causa C-307/97, Saint.Gobain ZN.

(14) Causa C-279/93, sentenza del 14 febbraio 1995. Cfr. P. Pistone, La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia, in Dir. Prat. Trib., 1995, pagg. 1471 ss.

(15) L'Avvocato generale sottolinea che la riduzione della libertà di stabilimento alla sola regola della non discriminazione in base alla nazionalità presenta, all'atto pratico, due gravi difetti: 1) la prova della comparabilità tra le situazioni considerate diviene problematica, in quanto in materia di imposte dirette la situazione dei residenti e quella dei non residenti in uno Stato membro non sono di regola, comparabili, occorrendo, perciò esaminare lo scopo della misura controversa al fine di verificare se sussista una discriminazione; 2) si determina una certa confusione nel sistema delle motivazioni che giustificano le normative atte ad ostacolare la libertà di circolazione: se, da un lato, si è ritenuto che è possibile giustificare le normative nazionali discriminatorie sulla base di motivi imperativi di interesse generale, diversi da quelli indicati dal Trattato (ad esempio, il principio di coerenza fiscale), dall'altro, si è ritenuto che tale giustificazione va effettuata sulla base delle disposizioni derogatorie espressamente previste dal Trattato.

(16) Si veda, P.J.K. Kapteyn e P. Verlooren Van Themaat, Introduction to the European Communities, after the coming into force of the Single European Act, Deventer, 1990, pagg. 429 ss; B. Terra e P. J. Wattel, European Tax Law, The Hague, 1997, pag. 13; P. J. Wattel, Home neutrality in an internal market, in Eur. Tax, May 1996, pag. 161; P.

Mengozzi, Il Diritto Comunitario e dell'Unione Europea, vol. XV, 1997, pag. 310, in F. Galgano, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Padova.

(17) Secondo tale interpretazione, la non discriminazione costituisce species rispetto al genus libertà di stabilimento, rappresentando, quindi, una forma di quelle restrizioni cui l'art. 43 opera riferimento. In tal senso G. Melis, Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in Rass. Trib. 4/2000, pagg 1151 ss; e così anche E. Nuzzo, Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI), cit., pag. 1826.

(18) Futura Partecipation SA-Singer, CGCE, 15 maggio 1997, in "Raccolta", 1997, pagg. 2492 ss. Anche in Riv. dir. Trib. , 1998, II, pagg. 15 ss, con nota di G. Melis (Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta).

(19) Per approfondite osservazioni v. P. Pistone, Precludere l'applicazione delle convenzioni bilaterali alle stabili organizzazioni di imprese residenti in un altro paese comunitario può essere incompatibile con la libertà di stabilimento, in Riv. di Dir. Trib. Internaz. "2/2000, pagg. 167 ss.

(20) Pertanto, non è necessario stabilire se la normativa britannica costituisca una forma indiretta di discriminazione in base alla nazionalità, così come fanno le varie parti in causa quando si domandano se le società controllate non residenti, quando distribuiscono una parte dei loro utili alla società controllante britannica, si trovino nei confronti di quest'ultima in una posizione equiparabile a quella delle controllate stabilite nel Regno Unito.

(21) E' sufficiente, infatti che esista anche una sola controllata non residente perché il rischio fatto valere dal Governo del Regno Unito possa verificarsi. Più esattamente, poi, la sentenza sottolinea che la riduzione di entrate fiscali risulta non rientrare tra gli obiettivi enunciati dal Trattato. Così E. Nuzzo, Libertà di stabilimento e perdite fiscali. Il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI), cit, pag. 1822.

(22) Punto 49, caso Manninen, causa C-319/02.

(23) Futura Partecipation e Singer (causa C-250/95). Per un commento, v. M. Lombardi, Riporto delle perdite per stabili organizzazioni di non residenti, in Corr. Trib., 38/97, pagg. 2809 ss.

(24) Esso non può essere utilizzato per esentare gli Stati membri dagli obblighi loro imposti dal Diritto Comunitario. Il rispetto della sovranità fiscale non può essere interpretato , in Diritto Comunitario, come espressione di un principio di " autarchia fiscale". Sottoscrivendo il Trattato, gli Stati membri hanno accettato di assoggettarsi ad un regime di libera circolazione delle persone all'interno della Comunità, da cui derivano vincoli precisi. Detto regime, in particolare, impone agli Stati membri di prendere in considerazione le situazioni transnazionali ai fini dell'applicazione dei loro sistemi fiscali e di adattare tali sistemi di conseguenza.(punto 62 delle Conclusioni dell'Avv. gen. Relative al causa in commento).

(25) Causa C-204/90, sentenza del 28 gennaio 1992.

(26) V., in particolare, conclusioni dell'Avv. Gen. Fennelly, nella causa Metallgesellschaft e a., C-410/98.

(27) In altre parole, si tratta di evitare che i " free movers" si trasformino, grazie alle libertà conferite dall'obiettivo del mercato interno, in "free riders" (v. A. Cordewener, M. Dahlberg, P. Pistone, E. Reimer e C. Romano: "The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead", in European Taxation, 2004, pagg. 221).

(28) V., in particolare, sentenza Bosal, causa C-168/01.

(29) G.U. L 336, pag. 15. Direttiva che è stata recentemente, modificata dalla Direttiva del Consiglio 21 aprile 2004, 2004/56/CE.

(30) Una delle principali novità del nuova Testo Unico delle Imposte sui Redditi, conseguente all'approvazione della L. 7 aprile 2003, n. 80, recante la delega al Governo per la riforma del sistema fiscale statale, consiste nella introduzione della tassazione del reddito su base consolidata: per effetto della riforma è stato introdotto per la prima volta , il cosiddetto " consolidato fiscale". Si tratta di un nuovo meccanismo di tassazione consolidata nazionale che costituisce senza dubbio un'innovazione rilevante per i gruppi societari, consentendo l'aggregazione dei risultati positivi e negativi delle diverse società italiane, con applicazione dell'imposta (IRES) solo sul reddito netto del gruppo.

(31) Nella COM (2003), 726.

(32) V. nota n. 30.

(33) Ad esso sono dedicati gli articoli, da 130 a 142 del Nuovo Testo Unico. Il meccanismo del consolidamento transnazionale, a differenza di quello domestico caratterizzato dall'integrale compensazione degli utili e delle perdite delle società partecipanti, è strutturato quale sistema di imputazione pro quota "per trasparenza" alla società controllante residente, dei redditi delle società estere controllate, ovvero in proporzione alla corrispondente quota di partecipazione al capitale di ciascuna società estera consolidata. Si tratta di uno strumento che pone l'ordinamento tributario italiano all'avanguardia in Europa, poiché soltanto pochi Paesi consentono, attualmente, alle società residenti nel proprio territorio, il consolidamento degli imponibili delle partecipate estere. La disciplina del consolidato in parola, può, tuttavia, presentare alcune difficoltà applicative, che rischiano di diminuire l'appeal dell'istituto nei confronti della platea di contribuenti potenzialmente interessati.

Nell'ambito di considerazioni generali, è rilevante sottolineare che, la possibilità di optare per la disciplina del consolidato mondiale (offerta, peraltro, ad una platea piuttosto ristretta di contribuenti), è uno degli strumenti predisposti dal legislatore della riforma del sistema fiscale, per consentire l'ottimizzazione della pianificazione fiscale di gruppo. L'imputazione, in capo alla società controllante residente di grado più elevato, dei redditi delle società partecipate estere implica, nel caso di tassazione dei redditi di soggetti non residenti, l'abbandono del principio della territorialità e l'applicazione del principio della worldwide taxation: in definitiva, gli utili di ciascuna partecipata estera vengono ad essere trattati, sotto il profilo fiscale, in maniera analoga agli utili delle stabili organizzazioni estere della società controllante. In alternativa tale regime opzionale, i gruppi societari potranno, in ogni caso, avvalersi dell'ordinario regime tassazione introdotto dal D.Lgs. n. 344 del 2003, nell'ambito del quale sarà, tra l'altro, possibile fruire della cosiddetta participation exemption (il cui contraltare è peraltro, costituito dall'introduzione dell'indeducibilità generalizzata delle svalutazioni operate sulle partecipazioni societarie. Si veda, al riguardo, quanto sostenuto dall'Assonime nell'audizione parlamentare dell'8 ottobre 2003, avente ad oggetto l'approvazione dello schema di decreto legislativo della nuova imposta delle società [IRES]). Mentre la disciplina ordinaria (di nuova introduzione) risponde all'esigenza di consentire la sterilizzazione dei riflessi impositivi dei rapporti partecipativi con società estere, l'alternativa offerta dal consolidato mondiale, permette di considerare unitariamente il flusso reddituale del gruppo. In sostanza, attraverso la speciale opzione per il consolidato transnazionale, gli utili finora non tassati in quanto prodotti da una entità autonoma (la controllata estera) al di fuori del territorio dello Stato, saranno considerati alla stregua di redditi prodotti all'estero da un soggetto residente (il gruppo o, rectius, la controllante). Pertanto, la scelta tra i due regimi a disposizione ("ordinario" o, alternativamente, opzione per il consolidamento degli imponibili) sarà condizionata dalla comparazione, effettuata nell'ambito della più ampia pianificazione fiscale, dei risultati conseguibili in termini di determinazione della base imponibile del gruppo multinazionale.

(34) Per un approfondimento sulla insufficienza dei risultati raggiunti nel settore della imposizione diretta rispetto alle reali necessità dell'UE, si veda, tra i molti, Gallo, Mercato Unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale, in Rass. Trib., 3, 2000, pagg 725 ss.

(35) Sentenza 12 dicembre 2002, C-324/00, Lankhorst-Hohorst, in Racc. 2002, I-11779.

(36) V. note n. 30 e n. 33.