

Perdite transfrontaliere: il cortocircuito tra i principi comunitari e i vincoli di diritto interno

di Paolo Scarioni (*) e Antonio Fiorentino Martino (**)

La Corte di Giustizia ha in più occasioni affermato il principio secondo cui, in ossequio alla libertà di stabilimento, una **società residente** in uno **Stato membro** deve essere ammessa all'utilizzo delle **perdite** realizzate da una sua **controllata residente** in un **altro Stato membro**, allorché in tale ultimo Stato le perdite possano qualificarsi come "**definitive**". Tuttavia, l'effettivo recupero delle c.d. **final losses** presenta una serie di criticità: tra queste va segnalato che il loro utilizzo, tramite l'incorporazione della controllata estera, andrebbe comunque incontro alle limitazioni previste dall'art. 172, comma 7, del T.U.I.R.

In linea di principio, l'ordinamento tributario italiano nega la possibilità, da parte di una società fiscalmente residente in Italia, di utilizzare (*rectius* compensare) le perdite fiscali realizzate dalle proprie società partecipate estere (1), salvo il caso che vi sia in essere un "consolidato mondiale" ex artt. 130-142 del T.U.I.R.

Se circoscriviamo l'analisi alle controllate insediate nel territorio comunitario, il predetto divieto di utilizzo dà vita a potenziali conflitti con la libertà di stabilimento sancita dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE); rischio del quale si sono avvedute già da tempo anzitutto le istituzioni comunitarie, e in particolare la Commissione: risale al 1990, infatti, una proposta di Direttiva sull'utilizzo, da parte di società residenti in uno Stato membro, delle perdite generate da una loro controllata (o anche da una loro *branch*) localizzata in un altro Stato membro (2).

Detta proposta venne avanzata perché, come si legge nel primo considerando, "in un mercato comune avente le caratteristiche di un mercato interno l'attività delle imprese a livello comunitario non deve essere svantaggiata rispetto a quella esercitata all'interno di uno Stato membro", e "tale esigenza non è soddisfatta poiché spesso le legislazioni nazionali non consentono alle imprese di computare le perdite delle loro stabili organizzazioni e affiliate situate in altri Stati membri"; cosicché occorre "stabilire regole comuni applicabili all'insieme delle imprese indipendentemente dalla loro forma giuridica" (3).

La proposta prevedeva che gli Stati membri dovessero adeguarsi alla Direttiva entro il 1° gennaio 1993; tuttavia, essa restò lettera morta e venne infine ritirata nel 2004.

Sul finire del 2006, però, la Commissione tornò nuovamente sul tema, attraverso la Comunicazione COM (2006)824 sul "Trattamento

(*) *Dottore commercialista - Studio Tributario Associato Scarioni Angelucci*

(**) *Avvocato - Studio Tributario Associato Scarioni Angelucci*

(1) Anche laddove le partecipate estere rivestano la forma di *partnership*: queste ultime, infatti, quand'anche siano considerate trasparenti secondo la disciplina tributaria del Paese di insediamento, ai fini della normativa fiscale italiana sono da assimilarsi a soggetti "opachi" ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. d), del T.U.I.R.

(2) Si trattava della proposta di Direttiva 91/C 53/03 del 6 dicembre 1990; quanto alle controllate ("affiliate", nel gergo del legislatore comunitario), per il riconoscimento delle perdite transfrontaliere detta proposta ipotizzava, all'art. 9, il metodo della "detrazione con successiva reintegrazione": l'impresa re-

sidente avrebbe potuto dedurre dai propri utili imponibili le perdite sofferte dalle proprie controllate europee nel medesimo periodo d'imposta, a condizione che gli utili successivi di queste ultime fossero poi reintegrati nei risultati dell'impresa fino a concorrenza delle perdite dedotte.

(3) Gli obiettivi della proposta di Direttiva erano addirittura più ambiziosi: nell'ultimo considerando si affermava, infatti, che, "per migliorare la competitività delle imprese comunitarie a livello mondiale, occorre prevedere la possibilità di estendere il regime previsto dalla Direttiva alle stabili organizzazioni e affiliate stabilite in Paesi terzi", e che "gli Stati membri devono essere liberi di fissare le condizioni e la portata di tale eventuale estensione".