

DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA INTERNAZIONALE

DIRETTORE
VICTOR UCKMAR
DELLA UNIVERSITÀ DI GENOVA

CONDIRETTORE RESPONSABILE
CLAUDIO SACCHETTO
DELLA UNIVERSITÀ DI TORINO

BOARD OF TRUSTEES

PHILIP BAKER, MICHAEL LANG, PAUL McDANIEL,
CLAUDINO PITA, H. DAVID ROSENBLOOM,
FRANS VANISTENDAEL, KEES VAN RAAD

SCIENTIFIC COMMITTEE

Fabrizio AMATUCCI, Gauthier BLANLUET,
Yariv BRAUNER, Roberto CORDEIRO GUERRA,
Matthias DAHLBERG, Daniel DEAK,
Wouter DEVROE, Francisco GARCIA PRATS, Daniel GUTMANN,
Marjaana HELMINEN, Eric KEMMEREN, Giuseppe MARINO,
Xavier OBERSON, Pasquale PISTONE, Ian ROXAN, Josef SCHUCH,
Wolfgang SCHÖN, Alain STEICHEN, Heleno TORRES.



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2005

DPTI ON-LINE

Gentile Abbonato

siamo lieti di comunicarLe che la Direzione della Rivista e la Casa editrice Cedam hanno avviato per il 2005 un nuovo progetto editoriale che riguarda la rivista **DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA INTERNAZIONALE**.

DPTI in soli tre anni di vita ha visto un crescente apprezzamento per l'autorevolezza e l'approfondimento dei contributi sia scientifici che pratici, non solo da parte di lettori italiani ma anche del pubblico estero. E, proprio alla luce di questa caratteristica, è stata valutata l'importanza di arricchire la versione cartacea con la versione on-line, tempestivamente consultabile da lettori collocati nel mondo. A partire dal n.1/2005 «Diritto e Pratica Tributaria Internazionale» diventerà quindi anche una rivista elettronica che potrà essere consultata all'indirizzo www.dpti.it

Con il Suo abbonamento avrà diritto a un accesso riservato alla rivista DPTI On-line, che sarà tra l'altro più ricca nei contenuti e con un sommario che consolida via via tutti i numeri della rivista, rendendo la ricerca più semplice e immediata.

A breve Le comunicheremo tutti i dettagli per attivare automaticamente l'accesso a **DPTI On-line**, che rispetterà la stessa periodicità prevista per la versione cartacea.

Le anticipiamo fin d'ora, che nella fase di registrazione dovrà riportare il Suo codice cliente che può facilmente reperire nell'etichetta postale insieme al Suo nome.

Confidando che l'innovazione sia gradita e a disposizione per qualsiasi informazione, Le porgiamo i nostri più cordiali saluti.

Maggio 2005

La Direzione e la Casa editrice CEDAM

DPTI ON-LINE

Distinguido Suscriptor

nos es grato comunicarle que la Dirección de la Revista y Casa editora Cedam han puesto en marcha un nuevo proyecto editorial para el año 2005 referido a la revista **DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA INTERNAZIONALE**.

En solo tres años de vida, **DPTI** ha mostrado un creciente interés tanto del público italiano como extranjero, debido a la autoridad y profundización de las contribuciones científicas y prácticas de las cuales se ocupa. Es a la luz de esta circunstancia que se ha evaluado la importancia de enriquecer la versión original en papel con la versión on-line, que puede ser tempestivamente consultada por lectores situados en cualquier lugar del mundo. Así entonces, a partir del n.1/2005 «Diritto e Pratica Tributaria Internazionale» se convertirá también en una revista electrónica que podrá ser consultada en la dirección electrónica: www.dpti.it

Con su abono de suscripción Usted tendrá derecho a un acceso reservado a la revista DPTI On-line, que será enriquecida con mayores contenidos y un sumario que consolida temporalmente todos los números de la revista, haciendo que su consulta sea mas simple e inmediata.

En breve le comunicaremos todos los detalles inherentes a la activación automática de su acceso a **DPTI On-line**, el cual respetará la misma periodicidad que la versión en papel.

Le anticipamos, desde ya, que en la fase de registración deberá indicar su código de cliente el cual puede consultar fácilmente en la etiqueta postal junto a su nombre.

Confiado en que las innovaciones referidas sean de su agrado, restamos a su disposición para cualquier información que fuese pertinente y le enviamos nuestros más cordiales saludos:

Mayo 2005

La Dirección y la Casa editrice CEDAM

S O M M A R I O

Dottrina	Rassegna di fiscalità sudamericana
Editoriale	Pag. 225
	Pag. 3
SANZ DIAZ PALACIOS J.A., El derecho a no autoinculparse ante la inspección tributaria: reflexiones a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Umanos.	» 5
LA SCALA A.E., Il divieto di aiuti di Stato e le misure di fiscalità di vantaggio nel quadro della politica regionale dell'Unione Europea e degli Stati membri	» 37
RUSSO M., Cross border deductions of losses in European tax law: the «economic link» and territoriality principle, what future ?	» 67
MELCHIONNA L., Hybrid entities negli Stati Uniti: Giano bifronte ?	» 107
GRILLI S., La Direttiva sugli interessi e sulle royalties infragruppo	» 129
MELONI E., Argentine company doing business in the EU through a PE: Market Access and Market Equality	» 191
Diritto finanziario comparato (a cura del dott. Pierpaolo Angelucci)	» 219
	Documenti
	(a cura dell'avv. Fabrizio Carotti e della dott. Enrica Tucci)
	Pag. 241
	Internet
	(a cura del dott. Daniele Mandelli).
	» 247
	Convenzioni internazionali (a cura del dott. Giuseppe Corasaniti)
	Convenzioni contro le doppie imposizioni di cui è parte l'Italia
	» 250
	Altre Convenzioni contro le doppie imposizioni
	» 252
	Interpretazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni.
	» 257
	Bollettino bibliografico (a cura del dott. Andrea Ballancin)
	» 260
	Recensioni
	» 265

Fiscalità dell'Unione Europea (a cura dei dott.ri Franco Roccatagliata e Maria Giuseppina Valente)	Pag. 267	dividendi societari ed il diritto comunitario	Pag. 310
Massimario di giurisprudenza dell'Unione Europea (a cura dell'avv. Sara Armella e del dott. Gianluigi Bizioli) . .	» 283	BERTONE G., Ancora sulla tassazione dei redditi di lavoro dipendente dei musicisti transfrontalieri nel trattato Italia – Francia.	» 327
Note a sentenza		FEDERICO C., L'esistenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni sui redditi come causa giustificatrice di trattamenti discriminatori: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia CE	» 338
COSTA G., Profili internazionale-tributari e di compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'istituto della trasparenza fiscale delle società di capitali.	» 294	NOTA REDAZIONALE, Distribuzione di dividendi da società figlie italiane a «madri» comunitarie e requisito dell'ininterrotto possesso per almeno un anno della partecipazione	» 345
BRUNO F., La tassazione dei			

DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA
INTERNAZIONALE
Vol. II - Anno 2005

EDITORIALE

Nello scrivere l'Editoriale per il primo numero della rivista «Diritto e Pratica Tributaria Internazionale» in formato *on-line*, abbiamo deliberatamente escluso di trattare specifici argomenti della materia fiscale internazionale e ci siamo posti il solo obiettivo di spiegare la ragione e le finalità di un editoriale come rubrica fissa.

Per capire questo esordio occorre partire da una premessa.

Nessuna branca del diritto è così mutevole e pervasiva come il diritto tributario.

Come ha detto, con la perspicacia tipica dei giuristi francesi Christian Louit, nella presentazione al libro di Jean Dubergé, *Dédramatiser l'impôt, «la fiscalité est soumise à la tyrannie de l'instant. Une politique fiscale n'est souvent que la traduction d'impératif financiers ou économiques immédiats qui laissent peu de place aux interrogations fondamentales ...»*.

Siamo tutti d'accordo.

È l'economia in cui viviamo che *tiranneggia* il fisco e che lo continua a mutare nel tempo e nello spazio.

Così repentini sono i cambiamenti da mutarne la sua espressione esteriore.

Questa repentinità si manifesta anche nel suo modo di attuazione, negli adempimenti burocratici che oggi sono sempre meno cartacei e sempre più *on-line*. Anche le norme tributarie sostanziali si occupano sempre più di aspetti e di presupposti della economia interna ed internazionale che avvengono in modo virtuale, *on-line* o come altrimenti si dice con l'*e-commerce* come ci ha spiegato il Prof. Luc Hinnekens nel suo brillante saggio su *International Tax Planning and Electronic Commerce, retro, 2004, 793*.

Pare quindi consequenziale che pure gli strumenti di conoscenza e di percezione dei fenomeni fiscali interni ed internazionali siano affidati a mezzi e metodi più coerenti con la loro mutata espressione formale.

Si aggiunga che le modalità delle forme del conoscere in generale e della formazione e trasmissione del sapere stanno assumendo la forma del mezzo telematico.

Di qui la ragione prevalente, ma non unica, di «trasformare» DPTI, che si occupa di fiscalità internazionale, in una Rivista *on-line*, per raggiungere più prontamente i Lettori, posto che oggi proprio la rapidità con cui si formano regole e rapporti, che interessano la fiscalità internazionale, impone un adeguamento altrettanto rapido in uno spazio che è diventato il mondo.

Ci sembra che questa sia la prioritaria riflessione e ragion d'essere di questo primo editoriale di DPTI, rinviando ai successivi numeri il compito di entrare nel merito della materia.

Il desiderio di chi scrive sarebbe quello di trasformare questo editoriale non in una solitaria ed unilaterale offerta di riflessioni, ma un luogo, oggi si preferisce dire un *forum* o un *blog*, dove, in modo sintetico e chiaro, si evidenzino e le linee fondamentali di questo rapido mutamento della materia nella varie sedi, internazionale, statale e nell'ordinamento dell'Unione Europea.

In altri termini DPTI continuerà la sua opera di analisi dei vari temi della materia nelle singole rubriche che la compongono ma, ad avviso di chi scrive, vi è una esigenza particolarmente sentita proprio da chi fa della scienza il proprio obbiettivo di vita: che la rapidità e mutevolezza della realtà effettuale lascino anche spazio ad un momento di pausa per un giudizio il più possibile consapevole e critico di quanto sta avvenendo.

Questa la finalità del primo editoriale. La prassi e la riflessione della dottrina forniranno sicuramente buoni stimoli per continuare insieme il dialogo che può già iniziare inviando suggerimenti e suggestioni a: sacchetto.c@libero.it.

prof. avv. CLAUDIO SACCHETTO
prof. avv. VICTOR UCKMAR

EL DERECHO A NO AUTOINCULPARSE ANTE LA INSPECCIÓN TRIBUTARIA: REFLEXIONES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sintesi: Tutti i sistemi tributari di massa si basano sulla fattiva e coattiva collaborazione del contribuente nel procedimento di accertamento e riscossione dell'obbligazione tributaria. In dottrina si ritiene che il dovere di collaborazione gravante sul contribuente trovi fondamento nel più generale dovere di contribuire alle spese pubbliche. È, tuttavia, dubitabile che il dovere di collaborazione si estenda fino all'obbligo, da parte del contribuente, di autoaccusarsi ovvero se a questi possano essere comminate sanzioni amministrative (o peggio penali) a fronte di comportamenti poco collaborativi nel procedimento di accertamento dell'obbligazione tributaria.

Nel pregevole contributo che segue, l'Autore sviluppa un'indagine sul diritto di autoaccusarsi nella giurisprudenza del Tribunale Europeo dei Diritti Umani giungendo ad individuare il limite entro cui detto divieto rientra nel disposto di cui all'art. 6 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali.

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. – 2. El derecho a no declarar contra sí mismo en los pronunciamientos del tribunal europeo del derechos humanos consecuencias en el ámbito tributario. – 2.1. Aproximación al análisis de la Jurisprudencia de Estrasburgo. – 2.2. El deber de colaborar con la Inspección tributaria a la luz del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. – 2.2.1. El concepto «derechos y obligaciones de carácter civil» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La noción autónoma de «acusación en materia penal». – 2.2.2. Las Sentencias *Funke v. Francia*, *Bendenoun v. Francia*, *Saunders v. Reino Unido* y *J.B. v. Suiza* y el derecho a no autoinculparse en la fase preprocesal. – 2.2.2.1. El posicionamiento del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a no declarar contra sí mismo. Incidencia sobre el objeto de nuestra investigación. – 2.2.2.2. La inexistencia de contradicción entre las Sentencias *Funke* y *Saunders*. La lectura conjunta de ambos pronunciamientos y de la Sentencia *J.B. v. Suiza*. – 3. Conclusión.

1. – Planteamiento del problema

En un sistema tributario de masas, como el español, es indispensable la colaboración del obligado tributario con la Inspección tributaria, aportando a ésta los datos e información necesarios para que le sea posible llevar a cabo sus funciones (1). Y es indudable que esa

(1) *Vid.* al respecto Rodríguez Bereijo, A., Prólogo a la obra de Zornoza Pérez, J.J., *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 17.

colaboración del obligado tributario se ha de poder exigir a éste con carácter coactivo, de modo que si no colabora sea sancionado por ello (2).

El deber de colaboración al que nos referimos tiene su fundamento constitucional en el artículo 31.1 de nuestra Carta Magna, donde se establece que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos». Ahora bien, el problema que nos ocupa se suscita en relación con la eventual trascendencia penal de los materiales que ha aportado el sujeto bajo coacción en el procedimiento inspector. Puede ocurrir que, en un proceso penal por delito fiscal o en un procedimiento tributario sancionador, se reconozca virtualidad, como prueba, a los materiales autoincriminatorios que el sujeto se haya visto obligado a aportar a la Administración tributaria (y decimos «se haya visto obligado a aportar» porque, de no hacerlo, podía ser sancionado). Tengamos presente que el artículo 24.2 de nuestra Constitución reconoce a «todos» el derecho a no «declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

La Jurisprudencia española viene otorgando al expediente administrativo el valor de una denuncia. Ahora bien, como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de diciembre de 2002 (3), ello «no impide que las declaraciones prestadas en el juicio oral por quienes han intervenido en el mismo y en las actuaciones que en él aparecen reflejadas puedan ser valoradas por el Tribunal como una prueba testifical que complementa, y al mismo tiempo introduce válidamente en el juicio oral, los datos que consten en el expediente».

Asimismo, no es en absoluto remota la posibilidad de que las declaraciones autoinculpatorias de un sujeto ante la Inspección tengan virtualidad en un eventual procedimiento tributario sancionador abierto en su contra. Consideremos al respecto lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: los datos, pruebas o circunstancias obtenidos que vayan a tenerse en cuenta en el procedimiento sancionador «deberán incorporarse formalmente al mismo antes de la propuesta de resolución». Basta, pues, un acto de incorporación formal.

El problema que nos ocupa no es exclusivo del Ordenamiento español. De ahí el interés internacional de las reflexiones recogidas en el presente trabajo. Las inevitables referencias a la normativa española (considérese la nacionalidad del autor de estas páginas) sitúan al lector en un universo jurídico concreto, extrapolable en muchos casos a su propio Ordenamiento.

(2) *Vid.*, entre otros, Palao Taboada, C., *La potestad de obtención de información de la Administración tributaria y sus límites*, *Gaceta Fiscal*, núm. 45, 1987, pág. 127.

(3) *Vid.* Collado Yurrita, M.A., Arrieta Martínez De Pisón, J., *Comentario general de Jurisprudencia*, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 119, 2003, págs. 526-527.

2. – *El derecho a no declarar contra sí mismo en los pronunciamientos del tribunal europeo del derechos humanos consecuencias en el ámbito tributario*

2.1. – *Aproximación al análisis de la Jurisprudencia de Estrasburgo*

Estudiar la aplicabilidad del derecho a no autoinculparse en materia tributaria remite al artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (4).

El apartado 1 del citado artículo 6 preceptúa:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)».

Como vamos a ver, a pesar de que no hay una referencia expresa al derecho a no declarar contra sí mismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, supremo intérprete del Convenio, lo considera incluido en el derecho a un proceso equitativo (5).

El apartado 2 de este mismo artículo establece: «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada».

El derecho a no declarar contra sí mismo tiene una incidencia directa sobre la presunción de inocencia, consagrada en este precepto. Ni en éste ni en ningún otro artículo se define dicha presunción; pero, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exige que la carga de probar los datos incriminatorios no corresponda al presunto responsable, sino a la acusación (6).

Podría interpretarse que la alusión expresa del artículo 6.1 del Convenio a litigios sobre «derechos y obligaciones de carácter civil» o relativos al «fundamento de cualquier acusación en materia penal» deja al margen las controversias que puedan suscitarse en el ámbito tributario. Sin embargo, aunque la Comisión (antes del Protocolo número 11 al Convenio) y el Tribunal europeo de Derechos Humanos frecuentemente han excluido de la noción «derechos y obligaciones de carácter civil» la materia fiscal, ésta no ha quedado completamente al margen del artículo 6 del Convenio; y es que, como vamos a ver, el término «acusación en materia penal» se ha interpretado de un modo muy amplio: alcanza al ámbito sancionador administrativo, y tributario

(4) España lo ratificó por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979, núm. 243).

(5) Nos remitimos a las Sentencias *Funke v. Francia*, *Saunders v. Reino Unido* o *J.B. v. Suiza*, de las que nos ocuparemos más adelante.

(6) *Vid.* Cour eur. D.H., Arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, § 54.

en particular. Hay que tener presente al respecto que tanto la represión penal como administrativa de conductas ilícitas tienen idéntico fundamento: ambas son manifestación del *ius puniendi* del Estado. Sobre esta base, no parece ninguna incorrección jurídica extender el concepto de «acusación en materia penal» al ámbito administrativo sancionador, y en concreto al ámbito tributario sancionador.

Como veremos, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a no declarar contra sí mismo tiene una importancia decisiva en relación con la problemática ambivalencia de las actuaciones inspectoras, a la que nos hemos referido (7). Esa doctrina fundamenta la propuesta que recogemos en este trabajo sobre el modo en que se han de articular las relaciones entre los procedimientos inspector y sancionador (8).

(7) El profesor Rodríguez Bereijo muestra cierta preocupación ante la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; considera que puede «dar lugar a efectos disfuncionales, nocivos e incluso contrarios a los bienes jurídicos cuya protección se encomienda al ordenamiento sancionador tributario» (Rodríguez Bereijo, A., *Derecho Penal Tributario y Derecho Tributario Sancionador en España*, *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario*, núm. 4, 1997, pág. 69).

(8) No compartimos los planteamientos jurisprudenciales norteamericanos del *Ninth Circuit* que limitan la posibilidad de invocar el derecho a no autoinculparse a los supuestos en los que exista riesgo de procesamiento por un delito no fiscal. Resultan muy ilustrativas las palabras de Ribes Ribes sobre la «decisión al respecto surgida con ocasión del Asunto *United States v. Troescher* [75 AFTR 2d 2118 (1996)]»:

«(...) el Tribunal competente se vio obligado a aplicar el precedente emanado del Ninth Circuit pese a haberse manifestado reiteradamente en contra del mismo. Tal desacuerdo motivó que el Tribunal aconsejara al Ninth Circuit llevar a cabo un re-examen de lo que calificó como “injusta” distinción entre delitos fiscales y no fiscales.

Se ha de destacar asimismo que, con carácter previo a tal actuación se habían alzado voces – incluso desde la propia judicatura – que clamaban ante lo que consideraban una significativa reducción de la protección ofrecida a los contribuyentes por la Quinta Enmienda [“No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”]. De igual modo, el propio Gobierno (que antes había convencido al Tribunal argumentando que el precedente obligatorio del Ninth Circuit creaba lo que podría denominarse una “excepción en caso de delito fiscal” respecto a la Quinta Enmienda) vino a rectificar sus posiciones en fase de recurso y, confesando su error, declaró que la cláusula de la Quinta Enmienda que protege frente a la autoinculpación resultaba invocable en toda aquella situación en la que el contribuyente poseyera razones fundadas para temer que, en base a sus declaraciones, podría ser objeto de un ulterior proceso criminal, fuera o no por delito fiscal (...).»

Ribes Ribes termina señalando en relación con el planteamiento del *Ninth Circuit* al que nos referimos: «(...) no parece probable que – al menos en un futuro inmediato – se vaya a acometer una modificación del criterio hasta ahora adoptado». Cfr. Ribes Ribes, A., *El derecho a no declarar contra sí mismo en el ámbito penal tributario: reflexiones a la luz de la jurisprudencia norteamericana*, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 105, 2000, págs. 118-119.

2.2. – *El deber de colaborar con la Inspección tributaria a la luz del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*

2.2.1 – *El concepto «derechos y obligaciones de carácter civil» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La noción autónoma de «acusación en materia penal»*

Ya hemos dicho que el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se refiere expresamente a los litigios sobre «derechos y obligaciones de carácter civil» o relativos al «fundamento de cualquier acusación en materia penal» (9). Pero estos términos no se han definido en ninguno de sus preceptos. ¿Tiene un valor decisivo, entonces, la calificación jurídica de la materia en el Estado en que se haya suscitado el conflicto? Adelantamos ya que la respuesta es negativa; dicha calificación carece de valor absoluto. Estas expresiones («derechos y obligaciones de carácter civil» y «acusación en materia penal») tienen un significado específico o propio en la jurisprudencia del Tribunal y en los pronunciamientos de la Comisión, y su autonomía permite elaborar conceptos uniformes y preserva la igualdad de trato entre los Estados firmantes (10). A los efectos del presente trabajo, el aspecto más relevante de esta autonomía conceptual a que nos referimos es que la noción específica de «acusación en materia penal» ha permitido extender el derecho a no declarar contra sí mismo, implícito en el artículo 6.1, a los procedimientos tributarios que pueden dar lugar a la imposición de sanciones.

No ha sido habitual que la Comisión, cuando existía, o el Tribunal europeos hayan reconocido naturaleza civil a los litigios fiscales. Por tanto, exceptuando algún caso aislado, no se han extendido a los mismos, por esta vía, las garantías del artículo 6.1; y ello a pesar de la autonomía que, insistimos, tiene la noción derechos y obligaciones de carácter civil en el ámbito del Convenio. De esa autonomía es buena

Sobre el derecho a no autoinculparse en los Estados Unidos, *vid.* también Caamaño Anido, M.A., *Separación de procedimientos – de liquidación y sancionador – sin separación de órganos, Impuestos-II*, 2000, págs. 1617-1618.

(9) Hemos de señalar que el Convenio juega un papel importante en la construcción del Derecho penal europeo. Ha puntualizado Martín Queralt (2000) que el camino en la elaboración de este Derecho «no ha hecho más que empezar»; y, aunque será largo, no parte de la nada: «ahí está el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se contienen algunos de los principios que la nueva carta penal europea tendrá que desarrollar» (Martín Queralt, J., *Si no quieres caldo ... dos tazas, Tribuna Fiscal*, núm. 114, 2000, pág. 3).

(10) *Vid.* Le Gall, J.P., Gérard, L., *Les recours des contribuables sur le fondement de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. A propos de l'arrêt Bendenoun, Droit Fiscal*, núms. 21-22, 1994, pág. 879.

muestra la Sentencia del Tribunal Europeo dictada en el asunto *Ringeisen* (11):

«Para que el artículo 6, párrafo 1, sea de aplicación a un litigio, no es necesario que, como han admitido la mayoría de la Comisión y el Gobierno, las dos partes en litigio sean personas privadas. El tenor del artículo 6, párrafo 1, es mucho más amplio; los términos franceses “contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil” cubren todo procedimiento cuyo desenlace sea determinante para derechos y obligaciones de carácter privado. El texto inglés, “the determination of (...) civil rights and obligations”, confirma esta interpretación.

Poco importa, por tanto, la naturaleza de la ley según la que ha de ser resuelto el litigio (ley civil, mercantil, administrativa, etc.) y de la autoridad competente en la materia (jurisdicción de derechos común, órgano administrativo, etc.)».

Pues bien, aunque, como establece el texto transcrito, la naturaleza de la norma que ha de aplicarse para resolver la controversia y la del órgano competente no tienen una relevancia absoluta, en Estrasburgo se ha considerado que la materia fiscal queda fuera de la noción «derechos y obligaciones de carácter civil» (12). Tratándose de actos administrativos, la aplicación del artículo 6 del Convenio se ha hecho depender de los efectos directos que tales actos han tenido sobre los derechos y obligaciones civiles del interesado, y no de sus consecuencias indirectas o eventuales sobre los mismos (13).

(11) Cour eur. D.H., Arrêt *Ringeisen* du 16 juillet 1971, série A, n. 13, § 94 (trad. López Garrido, D. – Dir. –, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, s/f, pág. 248).

(12) *Vid.* European Commission of Human Rights, Decision *M. v. United Kingdom*, 4 May 1987, application n. 12040/86, § 1; Decision *Schraft v. Federal Republic of Germany*, 9 December 1988, application n. 13550/88, § 2; Decision *Ratner v. Austria*, 6 March 1989, application n. 12337/86, § 5; Commission Européenne des Droits de l’Homme, Décision *Beldicot c. France* du 5 octobre 1990, requête n. 13658/88.

(13) *Vid.* Commission Européenne des Droits de l’Homme, Rapport *Kaplan c. Royaume-Uni* du 17 juillet 1980, requête n. 7598/76. El caso puede resumirse como sigue. Al inicio de 1974, el demandante, señor Kaplan, israelita, residente habitual en Tel-Aviv (aunque vivía en Londres cuando se dirigió a la Comisión), había tomado el control de la compañía de seguros británica «Indemnity Guarantee Assurance Ltd.». El 4 de noviembre de 1975, el Ministro de Comercio se dirigió al demandante y a la empresa de acuerdo con el artículo 38 de la Ley de 1974, sobre compañías de seguros, para hacerles saber su intención de restringir las actividades de la empresa, en aplicación del artículo 29 de dicha Ley. Estaba en entredicho la aptitud de Kaplan para ejercer una función directiva en la compañía, pues, al parecer, había falseado el valor de determinados activos que figuraban en las cuentas de la entidad. El 13 de febrero de 1976, de acuerdo con el citado precepto, el Ministro comunicó a la empresa que limitaba la capacidad de la misma para celebrar o modificar contratos de seguros. El 25 de julio de 1976, el señor Kaplan se dirigió a la Comisión Europea de Derechos Humanos; consideraba que se había infringido el artículo 6 del Con-

«(...) tanto el Tribunal europeo como, muy especialmente, la Comisión – tiene escrito Falcón Y Tella – venían considerando que el art. 6 del convenio no es aplicable en materia tributaria, aunque se trate de medidas que hayan producido repercusiones sobre los derechos patrimoniales de los reclamantes (decisiones de 1 de octubre de 1965, Asunto 2145/1964; de 23 de mayo de 1966, Asuntos 1904/1963, 2029/1963, 2094/1963 y 2217/1964; de 15 de diciembre de 1967, Asunto 2552/1965; de 6 de febrero de 1969, Asunto 2717; y de 4 de mayo de 1983, Asunto 9908/1982, entre otras). Y ello porque «tratándose de actos administrativos, la aplicación del art. 6.1 depende fundamentalmente de sus efectos directos, y no de sus consecuencias indirectas o eventuales sobre los derechos y obligaciones de carácter civil del interesado (R. 7598/1976, Kaplan, de 17 de julio de 1980)» (14).

Faltaríamos a la verdad si omitiéramos que se ha reconocido carácter civil a algunos contenciosos fiscales (15); pero ha sido de un

venio de Roma: puesto que estaban en juego sus «derechos y obligaciones de carácter civil», así como los de la compañía, habría sido necesaria la intervención de un «Tribunal independiente e imparcial»; entendía asimismo que las alegaciones formuladas en su contra equivalían realmente a una acusación en materia penal. En el pfo. 4 del Informe *Kaplan* leemos:

«Le réquerant prétend qu'en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention, les questions en litige auraient dû être tranchées par un tribunal. Il fait valoir qu'il a été décidé des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ainsi que sur ceux de la compagnie sans qu'une audience publique devant un tribunal ait eu lieu et que les allégations formulées contre lui équivalaient en substance à une accusation en matière pénale. Il soutient que l'article 6 était applicable de ce fait et qu'il a été violé. Il invoque aussi l'article 13 de la Convention».

El pfo. 155 del citado Informe establece:

«En ce qui concerne la présente affaire, la Commission note que le Ministre n'était pas engagé dans le règlement d'une contestation entre les parties concernant des droits de caractère civil. Il a envisagé de prendre des mesures affectant (comme la Commission l'a constaté), les droits privés de la compagnie. Il a examiné les objections formulées, puis a agi. Il est intervenu dans l'exercice des ses pouvoirs légaux qui ont affecté des "droits de caractère civil", mais il n'a pas été engagé dans un processus de "décision" portant sur une contestation concernant des droits et obligations de caractère civil. Selon la Commission, les procédures conduisant à la déclaration d'incapacité formulée à l'encontre du requérant et à l'imposition de restrictions à l'IGA [Indemnity Guarantee Assurance Ltd.] n'avaient donc pas à satisfaire aux exigences de l'article 6, paragraphe 1. Le fait que les décisions pertinentes n'aient pas été prises par un tribunal après une audience équitable et publique n'entraîne donc pas une violation de cette disposition».

(14) Falcón Y Tella, R., *Un giro trascendental en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo con incidencia inmediata en el procedimiento inspector: el derecho a no declarar, Quincena Fiscal*, núm. 22, 1995, pág. 6.

(15) La Comisión constata en el asunto *P. v. Francia* que la demandante no reivindica el derecho a obtener beneficios fiscales, sino a ser indemnizada por una aplicación pretendidamente discriminatoria de las normas relativas a la

modo más o menos indirecto (16) y, además, con carácter excepcional (17).

Ciertamente, el concepto de «acusación en materia penal» constituye el principal factor de sumisión de la fiscalidad al Convenio de Roma de 1950. Como hemos dicho, al igual que la noción «derechos y obligaciones de carácter civil», dicho concepto tiene carácter

concesión de tales beneficios. Sobre esta base, reconoce al derecho litigioso carácter civil: admite la aplicación del artículo 6.1 del Convenio (Commission Européenne des Droits de l'Homme, Rapport *P. c. France* du 11 octobre 1990, requête n. 11760/85, § 28-§ 40). Posteriormente, el Tribunal confirmó esta apreciación (Cour eur. D.H., Arrêt *Editions Périscope c. France* du 26 mars 1992, série A n. 234-B, § 39-§ 41).

En el asunto *Hentrich v. Francia*, se plantea ante la Comisión una controversia relativa al ejercicio del «droit de préemption» fiscal por parte de las autoridades francesas (en virtud del artículo 668 del «Code Général des Impôts») sobre los derechos inmobiliarios relativos a una finca situada en Estrasburgo. Una de las alegaciones de la demandante era la violación del artículo 6.1 del Convenio. La Comisión no rechaza este argumento; declara: «(...) cette partie de la requête pose (...) de délicates questions de fait et de droit qui ne sauraient être résolues à ce stade de la procédure et nécessitent un examen qui relève du fond de l'affaire» (Commission Européenne des Droits de l'Homme, Décision *H. c. France* du 5 décembre 1991, requête n. 13616/88, § 4). Posteriormente, el Tribunal declara que se ha vulnerado el artículo 6.1 (Cour eur. D.H., Arrêt *Hentrich c. France* du 22 septembre 1994, série A, n. 296-A, § 51-§ 61).

Para la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el asunto *D.C. v. Italia*, la particular naturaleza de los créditos impositivos, líquidos, ciertos y exigibles que reclama el demandante no les hace perder su carácter civil (Commission Européenne des Droits de l'Homme, Rapport *D.C. c. Italie* du 20 octobre 1992, requête n. 13120/87, § 24-25).

(16) Le Gall y Gérard han destacado el modo indirecto en que se reconoce carácter civil al litigio suscitado en el asunto *Periscope v. Francia* (Commission Européenne des Droits de l'Homme, Rapport *P. c. France* du 11 octobre 1990, requête n. 11760/85; Cour eur. D.H., Arrêt *Editions Périscope c. France* du 26 mars 1992, série A n. 234-B); y cómo más directamente, pero en la misma línea («dans la même ligne»), tiene lugar este reconocimiento en el Informe de la Comisión relativo al asunto *D.C. v. Italia* (Commission Européenne des Droits de l'Homme, Rapport *D.C. c. Italie* du 20 octobre 1992, requête n. 13120/87) – *vid. Le Gall, J.P., Gérard L., «Les recours des contribuables sur le fondement de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. A propos de l'arrêt Bendenoun», op. cit.,* pág. 881.

(17) En el año 2001, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado de nuevo que la materia fiscal queda fuera de la noción «derechos y obligaciones de carácter civil»; *vid. Cour eur. D.H., Arrêt Ferrazzini c. Italie* du 12 juillet 2001, requête n. 44759/98. Especial interés reviste, a nuestro juicio, el voto disidente de el Juez Lorenzen, al que se adhieren los jueces Rozakis, Bonello, Strážnická, Birsan y Fischbach («[...] je conclus qu'il n'y a pas d'argument convaincant en faveur du maintien de la jurisprudence actuelle de la Cour selon laquelle les procédures en matière fiscale n'impliquent pas de décision sur des "droits et obligations de caractère civil" au sens de l'article 6 de la Convention. Dès lors, j'estime que l'article 6 § 1 de la Convention trouve à s'appliquer en l'espèce» – § 9 –).

autónomo (18); ello ha permitido extender el tantas veces citado artículo 6.1 al ámbito de la represión de infracciones administrativas, y tributarias en particular (19).

En materia fiscal, la Decisión de 12 de mayo de 1987, de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el asunto *S. v. Suecia*, constituye el punto de partida de tal posicionamiento (20). Otras

(18) En el año 1976, el Tribunal citaba ya en la Sentencia *Engel y otros* resoluciones anteriores que, como aquélla, ponen de manifiesto el carácter autónomo del concepto «acusación en materia penal». El pfo. 81 sintetizaba así la jurisprudencia al respecto - Cour eur. D.H., Arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A n. 22, § 81 (trad. López Garrido, D. - Dir. -, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25 años de jurisprudencia 1959-1983, op. cit.*, pág. 320):

«En su sentencia Neumeister de 27 de junio de 1968, el Tribunal ha juzgado ya que la palabra “acusación” debe interpretarse en el sentido del Convenio (serie A, número 8, página 18, en relación con el segundo párrafo de la página 28 y el primer párrafo de la página 45; *vid.* también la sentencia Wemhoff de 27 de junio de 1968, serie A, número 7, páginas 26-27, párrafo 19, y la sentencia Ringeisen de 16 de julio de 1971, serie A, número 13, página 45, párrafo 110)».

Vid. también Cour eur. D.H. Arrêt *Deweer* du 27 février 1980, série A n. 35, §41-§47; Arrêt *Öztürk* du 21 février 1984, série A n. 73, §46-§56; Arrêt *Janosevic* du 23 juillet 2002, requête n. 34619/97, entre otros pronunciamientos.

En el Fundamento de Derecho Tercero de su Sentencia de 9 de enero de 1991, la Sala 3ª (Sección 2ª) de nuestro Tribunal Supremo (R.A. 3447) destaca la autonomía con que en la Sentencia de la Corte de Estrasburgo *Engel y otros* se configura el concepto de materia penal.

(19) *Vid.* Le Gall, J.P., Gérard L., *Les recours des contribuables sur le fondement de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. A propos de l'arrêt Bendenoun, op. cit.*, págs. 881-882.

(20) European Commission of Human Rights, Decision *S. v. Sweden*, 12 May 1987, application n. 11464/85. El 4 de diciembre de 1973, el demandante recibió de las autoridades tributarias suecas un requerimiento de información relativo a determinados importes no declarados. El actor presentó alegaciones. El 30 de abril de 1975, la «Regional Tax Court» de Estocolmo incrementó el crédito con ciertas cantidades suplementarias («additional taxation»). El 24 de noviembre de 1981, la «Administrative Court of Appeal» de Estocolmo desestimó la pretensión de que se celebrase una vista oral ante ella. Para el demandante, las cantidades suplementarias a las que nos referimos constituían materia criminal, o civil, en su caso: consideraba que no se había beneficiado de un proceso equitativo; en definitiva, que se había infringido el artículo 6 del Convenio (y también su artículo 13). La Comisión estableció (§1):

«(...) it [this complaint] raises serious issues as to the interpretation of the Convention, in particular as to the question whether the case involves the determination of a criminal charge within the meaning of Article 6 (Art. 6) of the Convention and, if so, whether the applicant has been afforded the guarantees of this provision in the relevant proceedings. The Commission finds that these issues can only be determined after an examination on their merits and they must therefore be declared admissible, no other grounds for rejecting them having been found».

Las partes llegaron a un acuerdo amigable; el Tribunal no tuvo ocasión de pronunciarse (Le Gall, J.P., Gérard L., «Les recours des contribuables sur le

decisiones posteriores de dicha institución vienen a confirmar este criterio (21).

Pero sin duda son las Sentencias *Funke v. Francia* y *Bendenoun v. Francia* las que marcan el inicio de una etapa decisiva en la aplicación del artículo 6 del Convenio al ámbito tributario sancionador. De ellas, y de las Sentencias *Saunders v. Reino Unido* y *J.B. v. Suiza*, nos ocuparemos a continuación.

2.2.2. – *Las Sentencias Funke v. Francia, Bendenoun v. Francia, Saunders v. Reino Unido y J.B. v. Suiza y el derecho a no autoinculparse en la fase preprocesal*

2.2.2.1. – *El posicionamiento del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a no declarar contra sí mismo. Incidencia sobre el objeto de nuestra investigación*

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1993, dictada en el asunto *Funke v. Francia* (22), deja claro

fondement de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. A propos de l'arrêt Bendenoun», *op. cit.*, pág. 881).

(21) Es el caso de la Decisión de 1 de diciembre de 1992 (Commission Européenne des Droits de l'Homme, Décision *Perin c. France* du 1 décembre 1992, requête n. 18656/91). La demandante explotaba una discoteca desde octubre de 1974 a febrero de 1980. A raíz de una verificación de su contabilidad, la Administración tributaria francesa le exigió el pago de unas cantidades suplementarias («suppléments d'impôts») por los años 1975 a 1980, en las que se incluía un recargo del 150 por 100, por aplicación del artículo 1729 del «Code Général des Impôts». La demandante interpuso sucesivamente recursos ante el «Tribunal Correctionnel» de Burdeos, la «Cour d'Appel», también de Burdeos, y el «Conseil d'Etat». Considerando que, ante este último órgano, no se había beneficiado de un proceso equitativo, y que, por lo tanto, se había violado el artículo 6.1 de la Convención, la demandante se dirigió a la Comisión Europea de Derechos Humanos. La citada Decisión de 1 de diciembre de 1992 establece:

«En l'espèce (...) les faits reprochés à la requérante, à savoir la mauvaise foi dans ses déclarations de revenus, revêtait le caractère d'une "infraction fiscale" et provoquait une majoration de l'impôt prévu par l'article 1729 du Code général des impôts. Elle souligne à cet égard que le Conseil constitutionnel français a assimilé les infractions fiscales à des infractions pénales (...). La Commission ajoute que les majorations infligées à la requérante au titre de cette disposition sont qualifiées de "pénalités" dans l'arrêt du Conseil d'Etat statuant sur le litige en question. Enfin, la Commission considère que la requérante a été exposée en l'espèce à une sanction qui, par son degré de gravité, ressortit à la matière pénale.

Il s'ensuit que l'article 6 (art. 6) trouve à s'appliquer en la matière».

(22) Cour eur. D.H., Arrêt *Funke c. France* du 25 février 1993, série A, n.

que el derecho a no declarar contra sí mismo está contenido implícitamente en la noción de «proceso equitativo» del artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Ya hemos señalado que garantiza este precepto el derecho de toda persona «a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella» (23). La Corte de

256-A. El caso puede resumirse como sigue a continuación. Jean-Gustave Funke (fallecido el 22 de julio de 1987), nacional alemán, residía en Francia. Ejercía la profesión de representante de comercio. El 14 de enero de 1980 tres agentes de aduanas y un oficial de la policía judicial se personaron en su domicilio con el fin de obtener información relativa a sus bienes en el extranjero. El señor Funke admitió que era o había sido titular de varias cuentas bancarias en otros países, por motivos profesionales y familiares, pero declaró que no guardaba en su domicilio ningún justificante de las mismas. Los agentes de aduanas registraron la vivienda y descubrieron talonarios de cheques y documentos de bancos extranjeros, así como la factura extendida por la reparación de un coche efectuada en Alemania y dos cámaras fotográficas; se incautaron de todo ello y exigieron al señor Funke que entregara los documentos bancarios de sus cuentas en Alemania, Polonia y Suiza relativos a los tres años inmediatamente anteriores (1977, 1978 y 1979). *Funke* adquirió el compromiso de aportarlos, pero luego cambió de parecer; comunicó al servicio de aduanas la imposibilidad, que no justificó, de aportar la documentación exigida.

Se desarrollaron procedimientos judiciales relativos a la obtención de los documentos que habían requerido las autoridades aduaneras, y a la adopción de medidas provisionales. El 27 de septiembre de 1982 el Tribunal «de police» de Estrasburgo impuso a Funke dos multas: una fija, y otra cuyo importe se incrementaba cada día hasta que el señor Funke aportara la documentación solicitada (a este tipo de multa se le denomina «astreinte»).

Funke recurrió su condena; alegó la violación de los artículos 6 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. El 14 de marzo de 1983 la «Cour d'appel» de Colmar confirmó, casi íntegramente, la Sentencia de la primera instancia, e incrementó la cuantía de la referida multa proporcional. El 21 de noviembre de 1983 la «Cour de cassation» desestimó el recurso interpuesto por el señor Funke. Éste se dirigió finalmente a los órganos del Consejo de Europa encargados de proteger los derechos humanos. En su Informe de 8 de octubre de 1991, la Comisión Europea de Derechos Humanos no apreció violación del artículo 6 del Convenio en sus apartados 1 y 2 (concretamente, no apreció violación de los derechos a un proceso equitativo y a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable – apartado 1 –, ni del derecho a la presunción de inocencia – apartado 2 –), y tampoco del artículo 8 (derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia). El Tribunal Europeo, en la Sentencia que comentamos, declara que se ha violado el derecho a un proceso equitativo del artículo 6 (ello dispensa a la Corte de examinar las otras alegaciones relativas a este precepto) y el artículo 8.

(23) El derecho a no declarar contra sí mismo conecta directamente con la presunción de inocencia, consagrada en el artículo 6.2 del Convenio («Toda

Estrasburgo considera que la sanción impuesta al recurrente (señor Funke) por los tribunales franceses, ante su negativa a facilitar a la Administración de aduanas los documentos que ésta le había requerido, constituye «materia penal» y es contraria al citado artículo 6.1, pues vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo (24).

Un año más tarde, la Sentencia de este mismo Tribunal dictada en el asunto *Bendenoun v. Francia* (25) refiere el concepto «acusación en

persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada»). En 2001, puntualiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «(...) outre le fait qu'il est explicitement mentionné à l'article 6 § 2 le droit pour une personne poursuivie au pénal d'être présumée innocente et d'obliger l'accusation à supporter la charge de prouver les allégations dirigées contre elle relève de la notion générale de procès équitable au sens de l'article 6 § 1 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Saunders c. Royaume-Uni du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, § 68)» – Cour eur. D.H., Arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, requête n. 41087/98, §40 –. *Vid.* también Cour eur. D.H., Arrêt *Heaney et McGuinness c. Irlande* du 21 décembre 2000, requête n. 34720/97, §40. A la conexión existente entre la presunción de inocencia del artículo 6, apartado 2, y el derecho a que la causa sea oída equitativamente, contemplado en el apartado 1 del citado artículo, se ha referido Ortells Ramos sobre la base de los pronunciamientos de la Corte, en su trabajo «Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal (La doctrina de la “noción autónoma de materia penal”. Derechos a un tribunal independiente e imparcial y a que la causa sea oída equitativamente. Presunción de inocencia)», AA.VV., *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, 1993, pág. 194.

(24) «El Tribunal constata que las autoridades aduaneras provocaron la condena del Sr. Funke con el fin de conseguir ciertos documentos cuya existencia presumían, aunque no tenían la certeza de ello. Siendo incapaces o no queriendo obtenerlos por otros medios, intentaron obligar al demandante a que proveyera las pruebas de las infracciones que supuestamente había cometido. Pero, las características especiales de las leyes sobre derechos de aduanas (...) no pueden justificar una infracción del derecho de toda persona “acusada en materia penal”, según el significado propio de esta expresión en el artículo 6, a no declarar y a no contribuir a su propia incriminación. En consecuencia, ha existido una violación del artículo 6.1» (Cour eur. D.H., Arrêt *Funke c. France* du 25 février 1993, série A, n. 256-A, §44. Texto tomado de Frommel, S.N., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho del acusado a no declarar: ¿puede ser invocado por los contribuyentes?*, trad. Fernández Amor, J.A., *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 236, 1995, pág. 488 – el pfo. 44 de la citada Sentencia aparece traducido también en la pág. 454 –).

El Tribunal de Estrasburgo ha otorgado al término «acusación en materia penal» un sentido amplio. *Vid.* al respecto el citado trabajo de Frommel, págs. 458-460. Dicha amplitud se pone también de manifiesto en la Sentencia *Funke*.

(25) Cour eur. D.H., Arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, série A, n. 284. El caso puede sintetizarse como sigue. El señor Bendenoun, ciudadano francés, reside en Suiza. En el año 1973 creó, conforme al Derecho francés, la sociedad anónima «ARTSBY 1881», con sede en Estrasburgo, y la dedicó al comercio de monedas antiguas, objetos de arte y piedras preciosas. Bendenoun era titular de la mayoría de las acciones (993 de las 1000 que formaban el capi-

materia penal» del artículo 6.1 a los procedimientos jurisdiccionales relativos a ilícitos tributarios (26) y abre, así, la posibilidad de invocar

tal social) y ejercía como presidente-director general de la sociedad. A raíz de informaciones de procedencia anónima, las Aduanas francesas llevaron a cabo una investigación que tuvo trascendencia aduanera, tributaria y penal. El 31 de agosto de 1976, por aplicación del artículo 1987 del «Code Général des Impôts», las autoridades de aduanas dieron traslado del expediente al Fisco. El señor Bendenoun presentó alegaciones frente a los importes requeridos por determinados impuestos; actuaba como representante de la sociedad por los tributos relativos a ésta («Impôt sur les Sociétés» y «Taxe sur la Valeur Ajoutée»), y en nombre propio en cuanto a las cantidades que se le reclamaban a él mismo (por el llamado «Impôt sur le Revenu»). Las alegaciones fueron rechazadas y Bendenoun recurrió ante el Tribunal Administrativo de Estrasburgo. Las solicitudes que dirigió a este Tribunal para que se le permitiera examinar en su integridad el expediente elaborado por las autoridades aduaneras no tuvieron éxito. Los recursos interpuestos ante el Consejo de Estado contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Estrasburgo fueron desestimados. Bendenoun, quien consideraba que se le había privado de su derecho a un juicio justo, pues no se le había permitido examinar la totalidad del expediente instruido por la Administración de aduanas, acudió a la Comisión Europea de Derechos Humanos. En su Informe de 10 de diciembre de 1992, este órgano estimó que se había violado el derecho a un proceso equitativo, consagrado en el artículo 6.1 del Convenio, por diez votos a favor y dos en contra. No es éste el criterio del Tribunal. En la Sentencia que comentamos, declara que el artículo 6.1 del Convenio es aplicable al supuesto enjuiciado (en definitiva, a los litigios relativos a infracciones tributarias), pero rechaza la demanda. La Corte señala que el propio señor Bendenoun y su Consejo habían tenido acceso al expediente completo, al menos durante la instrucción penal de la causa.

(26) Fueron determinantes los siguientes factores:

«En premier lieu, les faits incriminés tombaient sous le coup de l'article 1729 § 1 du code général des impôts (paragraphe 34 ci-dessus). Or il concerne tous les citoyens en leur qualité de contribuables, et non un groupe déterminé doté d'un statut particulier; il leur prescrit un certain comportement et assortit cette exigence d'une sanction.

Deuxièmement, les majorations d'impôt ne tendent pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais visent pour l'essentiel à punir pour empêcher la répétition d'agissements semblables.

Troisièmement, elles se fondent sur une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif.

Enfin, elles revêtaient en l'occurrence une ampleur considérable puisqu'elles s'élevaient à 422 534 f pour l'intéressé et 570 398 pour sa société (paragraphe 13 ci-dessus), et le défaut de paiement exposait M. Bendenoun à l'exercice, par les juridictions répressives, de la contrainte par corps (paragraphe 35 ci-dessus)».

La consecuencia es clara:

«Ayant évalué le poids respectif des divers aspects de l'affaire, la Cour note la prédominance de ceux qui présentent une coloration pénale. Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés ils conféraient à l'«acusation» litigieuse un «caractère pénal» au sens de l'article 6 § 1, lequel trouvait donc à s'appliquer».

con éxito el derecho a no declarar contra sí mismo en dichos procedimientos.

Teniendo en cuenta que la Sentencia *Funke* se refería a la condena «provocada» por las autoridades aduaneras francesas (condena, insistimos, impuesta por los tribunales) con la finalidad de obtener determinados documentos, cabía interpretar que la doctrina de este pronunciamiento sobre el derecho a no autoinculparse era aplicable, asimismo, a los litigios judiciales sobre infracciones tributarias (27); sin embargo, podía no estar del todo claro. Pues bien, la Sentencia *Bendenoun* despeja cualquier duda que pudiera existir a este respecto: ya que el derecho a no autoinculparse, implícito en el artículo 6.1 del Convenio, tiene virtualidad en los procedimientos jurisdiccionales relativos a ilícitos tributarios, a raíz de esta Sentencia no cabía abrigar duda sobre la extensión también a este ámbito de la doctrina que, sobre el citado derecho, contiene la Sentencia *Funke*.

Pero ¿qué repercusión tienen estos pronunciamientos en nuestro Derecho tributario?, ¿es posible, realmente, invocar el artículo 6.1 del Convenio de Roma para que se de una solución real y efectiva al problema planteado, por lo que respecta a al ámbito del procedimiento sancionador tributario (procedimiento administrativo), teniendo en cuenta que este precepto del Convenio se refiere expresamente a los litigios de que conozca «un Tribunal independiente e imparcial» sobre «derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal»? (28).

Vid. Cour eur. D.H., Arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, série A, n. 284, §47.

(27) Como se pregunta retóricamente Frommel, ¿*acaso son las características de las leyes aduaneras distintas a las de las leyes tributarias?* (Frommel, S.N., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho del acusado a no declarar. ¿puede ser invocado por los contribuyentes?*, *op. cit.*, pág. 510).

(28) Para Falcón Y Tella, las Sentencias *Funke* y *Bendenoun* «dejan perfectamente claro» que en nuestro Ordenamiento las garantías penales también se han de respetar en los procedimientos tributarios, «cuando de ellos puedan resultar sanciones» (Falcón Y Tella, R., *Un giro trascendental en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo con incidencia inmediata en el procedimiento inspector: el derecho a no declarar*, *op. cit.*, pág. 8). Palao Taboada entiende que estas Sentencias «han venido a apoyar la conveniencia de separar los procedimientos de liquidación e imposición de sanciones» (Palao Taboada, C., *Lo «blando» y lo «duro» del Proyecto de Ley de derechos y garantías de los contribuyentes*, *Revista de Contabilidad y Tributación*, Centro de Estudios Financieros, núm. 171, 1997, pág. 28). Juan Lozano considera que «la situación que padece nuestro ordenamiento procedimental debe someterse a una contrastación no sólo con la Constitución interna, sino también con la aplicación que viene realizando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 6º del Convenio (...); esta autora se refiere a las Sentencias *Funke* y *Bendenoun* (Juan Lozano, A.M.³, *Una propuesta para la articulación entre los procedimientos tributarios sancionadores y los desarrollados por los órganos de gestión e inspección en orden a la aplicación de los principios constitucionales*, *Revista de*

Es sabido que, según el artículo 96.1 de la Constitución, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos forma parte de nuestro Ordenamiento interno. Además, el constituyente ha establecido en el artículo 10.2 que las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el texto constitucional se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia suscritos por nuestro Estado. Pues bien, teniendo en cuenta estas ideas, y considerando, asimismo, que España reconoce la competencia del Tribunal de Estrasburgo desde el año 1979, resulta clara la trascendencia interna que tiene la interpretación dada al Convenio por este órgano, y en concreto a su artículo 6.1.

Por lo que respecta a la naturaleza civil o penal de los litigios a la que se refiere el artículo 6.1 del Convenio, repetimos: si bien el Tribunal Europeo ha reconocido carácter civil a algunos contenciosos fiscales, lo ha hecho de un modo más o menos indirecto, y no ha sido lo habitual. Así pues, el concepto de «acusación en materia penal» del citado precepto constituye el principal factor de sumisión de la fiscalidad al Convenio Europeo. Para determinar si la materia controvertida pertenece al ámbito de la represión de infracciones administrativas o tiene carácter penal, el Tribunal de Estrasburgo atiende, primeramente, a la clasificación del ilícito en el Ordenamiento interno del Estado en cuestión. Sin embargo, reconoce que esta clasificación tiene un valor meramente «formal y relativo»: «la naturaleza misma de la infracción representa un elemento de apreciación de gran peso», ya que si, discrecionalmente, los Estados contratantes pudieran clasificar una infracción como administrativa en lugar de criminal, la aplicación de las garantías consagradas en el artículo 6 del Convenio quedaría supeditada

Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, núms. 173-174, 1997, págs. 33-34). *Vid.* también Ferreiro Lapatza, J.J., *Poder tributario y tutela judicial efectiva, Ensayos sobre metodología y técnica jurídica en el Derecho financiero y tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 267. Villar Ezcurra y Herrera Molina tienen presentes ambas Sentencias su trabajo *Aportaciones del Derecho comunitario al Estatuto del Contribuyente, Quincena Fiscal*, núm. 10, 1999, págs. 22 y 26-27. Por su parte, Caamaño Anido invoca las Sentencias *Funke* y *Bendenoun* cuando afirma que en el procedimiento sancionador rige el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (Caamaño Anido, M.A., *Separación de procedimientos – de liquidación y sancionador – sin separación de órganos*, *op. cit.*, pág. 1614). A dichas Sentencias aluden asimismo Simón Acosta, E., *Derechos Humanos y Tributación, Anais das XX Jornadas do ILADT*, Tema 1, Brasil, diciembre de 2000, págs. 314 y ss.; Núñez Grañón, M., Ribes Ribes, A., *La doctrina del tribunal europeo de derechos humanos sobre el derecho a no autoinculparse en el procedimiento sancionador tributario y sobre el derecho a la no discriminación tributaria por razones de residencia, Anais das XX Jornadas do ILADT*, Tema 1, Brasil, diciembre de 2000, págs. 877 y ss.; Sánchez Ayuso, I., *El derecho a no autoinculparse: transcendencia práctica de la sentencia JB contra Suiza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Temas Tributarios de Actualidad*, Asociación Española de Asesores Fiscales, abril 2002, págs. 29 y ss.

a la voluntad soberana de dichos Estados; el Tribunal considera necesario analizar también «el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado», y afirma, incluso, que el carácter general de la norma transgredida y la finalidad preventiva y, a la vez, represiva de la sanción ponen de manifiesto la naturaleza penal del ilícito para los propósitos del artículo 6.1 del Convenio (29) (este criterio y el anterior – la severidad de la sanción – tienen carácter alternativo, no acumulativo (30)). Pues bien, las sanciones tributarias previstas en nuestro Ordenamiento tienen ese alcance general y esa finalidad

(29) *Vid.* Cour eur. D.H., Arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A, n. 22, §81-§82 (trad. López Garrido, D. – Dir. –, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25 años de Jurisprudencia 1959-1983, op. cit.*, pág. 320); Arrêt *Öztürk* du 21 février 1984, série A, n. 73, §49-§54; Arrêt *Lutz* du 25 août 1987, série A, n. 123, §54 -en el pfo. 53 de la Sentencia *Öztürk* se lee: «(...) le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent à établir, au regard de l'article 6 (art. 6) de la Convention, la nature pénale de l'infraction litigieuse»; el pfo. 54 de la Sentencia *Lutz* contiene una afirmación análoga.

El Tribunal Europeo tiene presentes estos criterios de generalidad normativa y de prevención y represión de conductas ilícitas en su Sentencia *Bendenoun*, cuando aprecia que la cuestión litigiosa tiene carácter penal (Cour eur. D.H., Arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, série A, n. 284, §47).

(Rubio De Casas ha señalado que en el caso *Öztürk*, el Tribunal Europeo recoge los tres criterios manejados en la Sentencia *Engel* para delimitar la materia penal. Según esta autora, la Corte desarrolla y afina en el asunto *Öztürk* dos de ellos; manteniendo el orden en que Rubio De Casas los enuncia, serían los dos primeros – 1. «¿A qué sector del ordenamiento jurídico del Estado demandado se adscriben los textos que regulan la infracción incriminada?»; 2. «La naturaleza de la infracción: ¿a qué sector pertenece la norma transgredida?»; 3. «El grado de severidad de la sanción a que se expone el encausado» –. *Vid.* Rubio De Casas, M^a.G., *Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Öztürk*, *Revista de Administración Pública*, núm. 104, 1984, pág. 380).

(30) Así se desprende de la Sentencia *Öztürk*. Una vez establecido que el carácter general de la norma transgredida y el fin preventivo y, a la vez, represivo de la sanción revelan la naturaleza penal del ilícito a los efectos del artículo 6.1 del Convenio, el Tribunal puntualiza: «Sans doute s'agissait-il d'une infraction légère ne risquant guère de nuire à la réputation de son auteur, mais elle ne sortait pas pour autant du champ d'application de l'article 6 (art. 6). Rien ne done en effet à penser que l'infraction pénale (criminal offence), au sens de la Convention, implique nécessairement un certain degré de gravité»; «la faiblesse relative de l'enjeu (...) ne saurait retirer à une infraction son caractère penal intrinsèque» (Cour eur. D.H., Arrêt *Öztürk* du 21 février 1984, série A, n. 73, §53-§54).

Vid. también Cour eur. D.H., Arrêt *Lutz* du 25 août 1987, série A, n. 123, §54.

Frommel ha destacado esta idea en su trabajo *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho del acusado a no declarar: ¿puede ser invocado por los contribuyentes?*, *op. cit.*, págs. 459-460.

preventiva y, al mismo tiempo, represiva a los que alude el Tribunal; ello revela el carácter penal de dichas sanciones y de los ilícitos a los que se refieren, en orden a la aplicación del citado artículo 6.1 (31).

Que este precepto aluda expresamente a «un Tribunal independiente e imparcial» tampoco es un obstáculo a su aplicación en el ámbito sancionador. Ciertamente, fueron los tribunales franceses quienes sancionaron al señor Funke por su negativa a colaborar con la Administración aduanera; ahora bien, no hay que perder de vista que sólo es posible dirigirse a la Corte de Estrasburgo una vez agotados todos los recursos internos. Aunque no sean los tribunales quienes impongan las correspondientes sanciones tributarias, la posible violación del derecho a no autoinculparse, a la que dicha imposición puede dar lugar, tiene una «dimensión jurisdiccional» (32). En

(31) *Vid.* el Título IV de la Ley General Tributaria de 2003.

Morillo Méndez afirma en 1998 que «las penas de multa que puede establecer y, de hecho, establece la Administración Tributaria son más altas que las establecidas, por términos medio y máximo, en el CP» (Morillo Méndez, A., *No sancionabilidad por ausencia de acción o de tipo de infracción. Un análisis del artículo 77.4 de la Ley General Tributaria, Impuestos-I*, 1998, págs. 494-495). En su trabajo «Delito fiscal y Constitución (A propósito de la S.T.S. de 27 de diciembre de 1990)», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 45, 1991, págs. 761 y ss., Suárez González y Herrera Molina ponen de manifiesto una mayor ventaja en el castigo penal de los hechos que en su represión administrativa; *vid.* también en este sentido Merino Jara, I., *La Reforma de la Ley General Tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 1996, pág. 330.

Resultan muy interesantes en este punto las reflexiones de Ortells Ramos sobre las consecuencias de la noción autónoma de «materia penal» en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, desde el punto de vista del Derecho español. Es manifiesto que nuestra Constitución sólo establece un límite preciso en cuanto a la represión de ilícitos administrativos, al disponer en su artículo 25.3: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Pero siendo importante ese límite, «no estima la doctrina – nos recuerda Ortells Ramos – que satisfaga plenamente las necesidades sentidas de acotar el ámbito del Derecho administrativo sancionador respecto al Derecho penal, porque nada indica sobre la utilización de sanciones pecuniarias o que afecten a derechos distintos a la libertad». Según dicho autor, la consecuencia ha sido, en definitiva, un «enorme desarrollo del Derecho administrativo sancionador»; y es ahí donde demuestra su virtualidad la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «visto que la tendencia legislativa impide conservar la inmediata garantía jurisdiccional – tiene escrito –, como mínimo debe quedar asegurado que otros derechos del art. 6 se respetan, incluso el de acceso a un tribunal, aunque sea para que controle, con amplitud de poderes de revisión un acto administrativo previo». *Vid.* Ortells Ramos, M., *Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal (La doctrina de la «noción autónoma de materia penal»). Derechos a un tribunal independiente e imparcial y a que la causa sea oída equitativamente. Presunción de inocencia*, *op. cit.*, págs. 211 y ss.

(32) En el asunto *Société Stenuit v. Francia*, la Comisión Europea de Derechos Humanos puso claramente de manifiesto esta dimensión jurisdiccional a la que nos referimos. El caso puede resumirse como sigue a continuación.

definitiva, ningún órgano jurisdiccional en vía de recurso podría reconocer, sin infringir el artículo 6.1 del Convenio, la legitimidad de la imposición de sanciones al obligado tributario sobre la base de sus propias declaraciones autoinculpatorias realizadas bajo coacción. Y ello, indudablemente, repercute en el procedimiento sancionador. Se puede invocar aquí la doctrina que encierran las palabras de Sánchez Serrano sobre la existencia o no de auténtica «prueba» en el procedimiento administrativo: «(...) la Administración (...) deberá adecuar sus actos de comprobación o liquidación a los antecedentes y justificantes de que disponga y que haya incorporado al expediente incoado, de tal modo que esté en situación de poder probar, en un eventual procedimiento revisor y ante el órgano judicial competente, los hechos “favorables” a la misma y desfavorables al particular interesado, de los que se haya partido para dictar el acto controvertido». No perdamos de vista que, en definitiva, si bien resulta inapropiado hablar de «prueba» en el procedimiento administrativo, «tal afirmación no implica el que la Administración no deba tener en cuenta en sus actuaciones, con respecto a la valoración de los datos obtenidos, las orientaciones y criterios seguidos por la jurisprudencia en la valoración de la prueba» (33).

La sociedad anónima «Stenuit», cuya sede se encuentra en Francia, tiene como actividad la realización de parques, jardines y espacios verdes. De conformidad con la Ordenanza de 30 de junio de 1945, modificada por la Ley de 19 de julio de 1977, sobre precios y represión de infracciones a la legislación económica, el 16 de octubre de 1981 el Ministro de Economía y Finanzas impone a la citada sociedad una multa de cincuenta mil francos, previa consulta a la Comisión de la Competencia (ésta había propuesto una multa más cuantiosa – cien mil francos –). El recurso interpuesto ante el Ministro no prospera, y el 2 de abril de 1982 la demandante acude ante el Consejo de Estado; «Stenuit» entiende vulnerado su derecho a que la causa, que considera de naturaleza penal, sea oída por un tribunal independiente e imparcial, como establece el artículo 6.1 del Convenio. En Sentencia de 22 de junio de 1984, el Consejo de Estado desestima el recurso; argumenta que la sanción pecuniaria impuesta no tiene carácter penal y que no ha sido acordada por un órgano jurisdiccional. Finalmente «Stenuit» acude a la Comisión Europea de Derechos Humanos. En su Informe de 30 de mayo de 1991, esta institución declara que se ha violado el artículo 6.1 del Convenio. Considera que la materia litigiosa tiene naturaleza penal; y a su juicio, no se puede afirmar que un tribunal independiente e imparcial haya examinado el fundamento de la acusación dirigida contra «Stenuit»: «(...) le Conseil d’Etat ne s’est pas prononcé sur le bien-fondé de l’accusation dirigée contre la requérante. Il apparaît donc que celle-ci n’a jamais bénéficié, en définitive, d’un examen de sa cause par un “tribunal” doté de la plénitude de juridiction qui aurait statué sur le bien-fondé de l’accusation en matière pénale dirige contre elle (...)». *Vid.* Commission Européenne des Droits de l’Homme, Rapport *Société Stenuit c. France* du 30 mai 1991, requête n. 11598/85 (el texto transcrito lo hemos tomado del pfo. 72). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no llegó a pronunciarse sobre el fondo de este asunto: el 12 de diciembre de 1991, la demandante comunicó a la Corte su desistimiento (Cour eur. D.H., Arrêt *Société Stenuit c. France* du 27 février 1992, série A, n. 232-A).

(33) *Vid.* Sánchez Serrano, L., Comentario a la Sección 3ª del Capítulo III

Falcón Y Tella, por su parte, ha señalado que las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba y los principios relativos a la misma en el proceso judicial tienen un «efecto reflejo» en el procedimiento administrativo (34).

La doctrina que encierran las palabras de estos autores tiene plena virtualidad en el ámbito del procedimiento sancionador; la Administración tributaria no podrá utilizar como fundamento legítimo de las sanciones que imponga las declaraciones autoinculporatorias prestadas coactivamente por el sujeto inspeccionado, pues dicha fundamentación habría de ser rechazada por los tribunales, sobre la base del artículo 6.1 del Convenio (35).

Ya hemos visto que, con la normativa vigente, las eventuales declaraciones autoinculporatorias realizadas por el obligado tributario, bajo coacción, en el transcurso de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación, podrían incidir en el ámbito sancionador; es posible que se utilicen para fundamentar las sanciones que corresponda imponer a dicho obligado. Ante esta situación, las Sentencias *Funke* y *Bendenoun* han tenido, y tienen, una relevancia incuestionable; permiten

del Título III de la Ley General Tributaria, en Amorós Rica, N. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, Tomo II, Comentario *cit.*, págs. 153 y ss. (el texto transcrito lo hemos tomado de las págs. 155 y 159).

(34) *Vid.* Falcón Y Tella, R., *Cuestiones normativas y cuestiones de prueba en el Derecho tributario*, *Crónica Tributaria*, núm. 61, 1992 (el término «efecto reflejo» lo encontramos en la pág. 35).

(35) Resulta sorprendente encontrar afirmaciones que niegan esta consideración lógica; afirmaciones como la del Consejo de Estado francés en el asunto *Méric* (1995):

«Il résulte du texte même de cet article (article 6 de la convention) que l'ensemble de ses stipulations n'est applicable qu'aux procédures contentieuses suivies devant les juridictions lorsqu'elles statuent sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusations en matière pénale. Notamment, le § 2 dudit article qui, énonçant en matière pénale le principe de présomption d'innocence, concerne les règles d'instruction et de preuve applicables devant les juridictions, se borne à préciser les modalités de contestation, devant ces dernières, des accusations en matière pénale.

Il suit de là que l'article 6 précité n'énonce, y compris dans son § 2, aucune règle ou aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions, et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de sanctions, quelle que soit la nature de celles-ci, par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi».

Fuente: Beltrame, P., *Le droit de la répression des infractions fiscales en France (Principes et caractéristiques)*; trabajo publicado con el título *El derecho de la represión de las infracciones fiscales en Francia (Principios y características)*, Medina Calvo, L. (trad.), en AA.VV., *Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador tributario* (Segundas Jornadas [Europeas] sobre Derecho Constitucional Tributario [celebradas en Toledo los días 10 y 11 de noviembre de 2000]), *Documentos* (DOC. n. 19/01, Vol. I), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, págs. 35 y ss. (el texto transcrito lo encontramos traducido al castellano en las págs. 52-53).

extender el artículo 6.1 del Convenio de Roma, y en concreto, el derecho a no declarar contra sí mismo, implícito en este precepto, al procedimiento tributario sancionador. Resultan también de una gran relevancia las Sentencias, asimismo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Saunders v. Reino Unido* y *J.B. v. Suiza*, que han venido a confirmar esta doctrina. Es más, todos estos pronunciamientos podrían llevar, incluso, a extender el artículo 6.1 del Convenio, y concretamente el derecho aludido, al procedimiento inspector; podría evitarse, así, que el citado derecho quedase ya irremediadamente comprometido en el transcurso de las mismas (36). Por nuestra parte, consideramos más acertado negar virtualidad represiva a las referidas declaraciones del obligado tributario.

En la Sentencia relativa al asunto *J.B. v. Suiza*, dictada el 3 de mayo de 2001 (requête n. 31827/96), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido al demandante el derecho a no autoinculparse ante los requerimientos coactivos de información por parte de los órganos administrativos tributarios (37). En ese caso, fue la propia

(36) Tal reivindicación carecería de sentido si, verdaderamente, lo actuado en el procedimiento inspector no tuviese ninguna trascendencia sancionadora. Hay que recordar al respecto que el profesor García Añoveros planteó la «total separación entre el procedimiento de revisión y comprobación y el sancionador» como una consecuencia de la doctrina que contienen las Sentencias *Funke* y *Bendenoun*. Dicho autor constató que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha limitado las garantías del artículo 6 del Convenio al campo penal stricto sensu, sino que las ha extendido al ámbito administrativo sancionador; «consecuencia ulterior» debe ser, a juicio de este estudioso del Derecho, «una total separación entre el procedimiento de revisión y comprobación y el sancionador» (García Añoveros, J., *Una nueva Ley General Tributaria. Problemas constitucionales*, *Crónica Tributaria*, núm. 78, 1996, pág. 154; *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 90, 1996, págs. 222-223; AA.VV., *Garantías constitucionales del contribuyente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 108-109).

(37) El caso puede resumirse como sigue. El 11 de diciembre de 1987, la Administración tributaria suiza inició un procedimiento por «soustraction d'impôt» contra el demandante, nacional de ese Estado. Le fue solicitada la aportación de los documentos relativos a ciertas sociedades en las que había invertido. El sujeto no entregó la documentación requerida, y, aunque fue invitado a ello, tampoco aportó información sobre el origen de las rentas percibidas. Consiguientemente, fue sancionado; recurrió ante el Tribunal federal, alegando la violación del artículo 6 del Convenio y, agotada la vía jurisdiccional interna, llevó el caso a Estrasburgo.

Resulta ilustrativa la síntesis que, sobre el asunto enjuiciado, recoge el pfo. 65 de la Sentencia:

«En l'espèce, lorsque l'administration du district de X a engagé le 11 décembre 1987 une procédure pour soustraction d'impôt à l'encontre du requérant, celui-ci a été invité à soumettre l'ensemble des documents concernant les sociétés dans lesquelles il avait investi. Ne s'étant pas conformé à cette demande, le requérant a été ensuite invité par trois fois à déclarer la source de ses revenus. N'ayant pas répondu, il s'est vu infliger le 28 février 1989 une amende d'ordre de 1000 CHF. Après quatre avertissements supplémentaires, il a été condamné à une deuxième amende d'ordre de 2000 CHF. Il a contesté en vain

Administración quien sancionó la negativa del sujeto a colaborar; es indudable, por tanto, que, desde este punto de vista, la proximidad existente entre tal supuesto y el «modelo» tributario-sancionador español es mayor que la que existe entre este «modelo» y el supuesto enjuiciado en la Sentencia *Funke*. Ahora bien, parece que nuestra realidad encierra mayor peligro que la suiza a la que nos referimos; y es que el Ordenamiento de ese país tendría previstas para las autoridades tributarias limitaciones menos permisivas que las contempladas en la normativa española. «Dado que esas limitaciones son mucho más permisivas en el caso español – tiene escrito Luna Rodríguez –, cabe pensar que en el actual estado de cosas, nos encontramos en una situación mucho más proclive a la violación de tal derecho que en aquel país, si se consideran las mayores dificultades que tiene nuestra Administración Tributaria, para conseguir información por medios distintos a la propiamente proporcionada por el sujeto que se pretende sancionar» (38).

cette dernière amende devant le Tribunal fédéral. Par la suite, il s'est vu frapper de deux autres amendes d'ordre».

La Corte de Estrasburgo declara por unanimidad que ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio. Es muy clarificador el resumen que de las alegaciones formuladas por el Gobierno suizo y los contra-argumentos del Tribunal Europeo realiza Luna Rodríguez en su trabajo *Consolidación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a no autoincriminarse en los procedimientos tributarios. La novedosa Sentencia J.B. contra Suiza, Quincena Fiscal*, núm. 1, 2002, págs. 41 y ss. El Gobierno señaló que, antes del inicio de las actuaciones administrativas, se tenía conocimiento de las sumas invertidas; sin embargo, considerando la persistencia de dichas actuaciones, el Tribunal no está convencido de que ello fuese realmente así (pfo. 69). Por otro lado, el Gobierno suizo se refirió a la multa como única medida coercitiva en manos de las autoridades fiscales; pero el Tribunal Europeo señala que el derecho a no autoincriminarse exige que la prueba de cargo se obtenga sin recurrir a la coerción o presiones del individuo (pfo. 64). La Corte de Estrasburgo rechaza, asimismo, las alegaciones del Gobierno sobre la inexistencia de una «pêche aux informations» por parte de las autoridades suizas (pfo. 66), y sobre «l'équité de la procédure» en el supuesto enjuiciado (pfo. 63). Y frente a la invocación de normas que, según el Gobierno, exigirían conductas de los ciudadanos que podrían dar lugar a la sanción de éstos, el pfo. 68 de dicho pronunciamiento establece: «La Cour constate que dans son arrêt du 7 juillet 1995, le Tribunal fédéral se réfère à diverses obligations du droit pénal contraignant une personne à agir d'une certaine façon aux fins de sa condamnation, par exemple au moyen de tachygraphes installés dans les poids lourds ou l'obligation de se soumettre à une analyse de sang ou d'urine. Toutefois, de l'avis de la Cour, les informations dont il s'agit dans la présente affaire se distinguent de données qui existent indépendamment de la volonté de la personne concernée, comme celles évoquées par la Cour dans l'affaire Saunders (...); l'on ne pouvait dès lors pas les obtenir en recourant à des pouvoirs coercitifs, au mépris de la volonté de l'intéressé». En el pfo. 71 leemos: «(...) la Cour estime qu'il y a eu violation du droit consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de ne pas s'incriminer».

(38) Luna Rodríguez, R., *Consolidación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a no autoincriminarse en los procedi-*

Pero antes de la Sentencia dictada en el asunto *J.B. v. Suiza*, era ya incontestable la aplicabilidad, en nuestro procedimiento sancionador, del artículo 6.1 del Convenio, y en concreto del derecho a no autoincriminarse consagrado en el mismo. Y, repetimos, teniendo en cuenta la posible trascendencia sancionadora de las actuaciones inspectoras, la aplicabilidad del artículo 6.1 al ámbito sancionador podría llevar incluso a extender este precepto, y en concreto el derecho a no declarar contra sí mismo, a dichas actuaciones (39). Insistimos en que nosotros no somos partidarios de tal extensión.

Hemos de señalar finalmente que, en el año 1996, en su Sentencia *Saunders v. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la virtualidad otorgada en el proceso penal a las declaraciones efectuadas bajo coacción, por el demandante, en el curso de una inspección administrativa llevada a cabo por el Departamento británico de Comercio e Industria («Department of Trade and Industry» o «D.T.I.») (40). Claramente, la doctrina sobre el derecho a no declarar

mientos tributarios. La novedosa Sentencia J.B. contra Suiza, op. cit., pág. 45.

(39) Comentando la Sentencia *J.B. v. Suiza*, Sánchez Ayuso ha señalado que el derecho a no autoincriminarse se traduce en una garantía no sólo relativa al procedimiento sancionador, sino también a «cualquier procedimiento del que, aún dirigido a otra finalidad, como puede ser el caso de los procedimientos tributarios, pueda derivar una sanción» (Sánchez Ayuso, I., *El derecho a no autoinculparse: transcendencia práctica de la sentencia JB contra Suiza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op. cit.,* pág. 36).

(40) Cour eur. D.H., Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI. El demandante, señor Saunders, llegó a ser presidente-director general de «Guinness PLC» («Guinness») en el año 1981. A principios de 1986, esta sociedad y «Argyll Group PLC» («Argyll») competían por el control de una tercera, «Distillers Company PLC» («Distillers»). «Guinness» venció en la batalla. Ambas empresas ofrecían sus propias acciones a los propietarios de «Distillers», y el precio al que éstas cotizaban en la bolsa de Londres era pues un factor determinante para las partes. En un momento dado, el precio de las acciones de «Guinness» subió espectacularmente, y ello le dio el triunfo; pero una vez cerrada la operación, el precio cayó sensiblemente. El importante incremento del valor en bolsa de las acciones de «Guinness» durante la oferta pública de adquisición tenía su causa en una operación ilegal, en la que ciertas personas adquirieron acciones de la empresa con el fin de mantener o aumentar su precio de cotización. «Guinness» había indemnizado en secreto a estas personas por las pérdidas que podían sufrir, y había ofrecido a algunas de ellas cuantiosas sumas, si la operación tenía éxito. A finales de 1986, el Departamento británico de Comercio e Industria («Department of Trade and Industry» o «D.T.I.») inicia una investigación de los hechos. El 12 de enero de 1987, los inspectores encargados de la misma comunican al «D.T.I.» que han reunido pruebas materiales de presuntas infracciones penales; pero continúan la investigación administrativa varios meses más. Oficialmente, fue en la primera semana de mayo cuando se inició la investigación penal del caso. La documentación elaborada u obtenida por los inspectores del «D.T.I.» se entregó a la autoridad encargada de llevar a cabo dicha investigación penal. Condenado a prisión por los tribunales británicos, el señor Saunders recurre

contra sí mismo contenida en el citado pronunciamiento es aplicable al ámbito tributario sancionador. Hay que tener en cuenta al respecto la amplitud con la que el Tribunal de Estrasburgo entiende el concepto de «materia penal»; concepto que, como hemos visto, ha extendido al ámbito sancionador. Y no hay que perder de vista además que, como viene reconociendo el Tribunal Constitucional desde fecha muy temprana (41), el orden penal y el administrativo sancionador son, ambos, manifestación del *ius puniendi* estatal. En definitiva, si como pone de manifiesto esta Sentencia, es contrario al artículo 6.1 del Convenio fundamentar la imposición de penas en las declaraciones autoinculpatorias obtenidas del sujeto, coactivamente, en el transcurso de una inspección administrativa, tampoco ha de ser legítimo fundamentar en ese tipo de declaraciones la imposición de sanciones tributarias. En último término, y teniendo en cuenta la trascendencia sancionadora de las actuaciones inspectoras, también la doctrina del Tribunal Europeo contenida en esta Sentencia podría llevar a invocar el derecho a no autoinculparse en el transcurso de dichas actuaciones (42).

ante los órganos de Estrasburgo; alega que la utilización en el proceso penal de los «procès-verbaux» es contraria al derecho a un proceso equitativo, consagrado en el artículo 6.1 del Convenio. «L'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation de réponses obtenues de force dans une enquête non judiciaire pour incriminer l'accusé au cours de l'instance pénale», leemos en el pfo. 74 de la Sentencia. El Tribunal declara que se ha vulnerado el mencionado precepto («par sieze voix contre quatre»).

(41) Nos remitimos a la Sentencia 18/1981, de 8 de junio (Fundamento Jurídico 2°).

(42) Aunque la Corte de Estrasburgo (Cour eur. D.H., Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 67) constata que «la plainte du requérant porte essentiellement sur l'usage, dans la procédure penale dirigée contre lui, des déclarations recueillies par les inspecteurs du DTI», el Tribunal se refiere a la posible invocación del artículo 6.1 del Convenio en el procedimiento inspector; y ciertamente se muestra reacio a admitir la aplicabilidad de dicho precepto en el seno del mencionado procedimiento. La Corte se remite al asunto *Fayed v. Reino Unido* (Cour eur. D.H., Arrêt *Fayed c. Royaume-Uni* du 21 septembre 1994, série A, n. 294-B, § 61-§ 62), en el que señala que los órganos inspectores desempeñaron una misión esencialmente investigadora; no adoptaron ninguna decisión jurisdiccional ni en la forma ni en cuanto al fondo: se limitaron a determinar los hechos de cara a la actuación de otras autoridades competentes. Tras esta breve reflexión, declara el Tribunal que únicamente abordará la utilización en el proceso penal de las declaraciones efectuadas ante la Inspección por el demandante. Tengamos presente, pues, que la reflexión de la Corte sobre la aplicabilidad del artículo 6.1 al procedimiento inspector constituye un *obiter dictum*, no una *ratio decidendi* en el supuesto enjuiciado.

Sobre la posibilidad de que se alegue la Sentencia *Saunders v. Reino Unido* para invocar el derecho a no declarar sobre sí mismo en nuestro procedimiento inspector tributario, considérese la inexistencia de una real separación orgánica entre dicho procedimiento y el sancionador. Llamamos la atención sobre este aspecto, ya que la Sentencia *Saunders*, en el *obiter dictum* al que nos

Repetimos que, por nuestra parte, rechazamos la extensión de esta garantía al procedimiento inspector.

2.2.2.2. – *La inexistencia de contradicción entre las Sentencias Funke y Saunders. La lectura conjunta de ambos pronunciamientos y de la Sentencia J.B. v. Suiza*

Es preciso abordar, a continuación, el análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el asunto *Saunders v. Reino Unido* para, posteriormente, poner en relación su doctrina y la de la Sentencia *Funke*. La lectura conjunta de ambos pronunciamientos permite extraer importantes conclusiones sobre la problemática que abordamos.

Ya hemos dicho que en la Sentencia *Saunders v. Reino Unido* el Tribunal Europeo se pronuncia sobre la virtualidad otorgada en el proceso penal a las declaraciones efectuadas por el demandante en el curso de una inspección administrativa llevada a cabo por el Departamento británico de Comercio e Industria. El Tribunal constata que la demanda no plantea la aplicación del artículo 6.1 del Convenio a las actuaciones llevadas a cabo por el «D.T.I.», ni que las mismas impliquen una acusación en materia penal a los efectos de dicho precepto. La Corte aborda, pues, la utilización en el proceso penal de las declaraciones efectuadas por el demandante («La Cour se préoccupera donc seulement, en l'espèce, de l'usage qui a été fait dans la procédure pénale des déclarations pertinentes du requérant») (43). Queda así delimitada la materia objeto de análisis en la Sentencia *Saunders* (44).

referimos, destaca por lo que respecta a los inspectores actuarios en el asunto *Fayed* (pronunciamento al que, insistimos, se remite): «Leur enquête avait pour finalité l'établissement et la consignation de faits qui pourraient par la suite servir de base à la action d'autres autorités compétentes (...)». Esta afirmación no estaría exenta de matices en el ámbito tributario español al que nos referimos.

(43) Cour eur. D.H., Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 67.

(44) El juez Martens (a cuyo criterio se adhiere el juez Kuris) llega a una delimitación análoga del problema. Martens destaca la existencia de dos fases claramente diferenciadas en el asunto enjuiciado. La primera fase es de naturaleza administrativa; en ella, el señor Saunders comparece ante los inspectores del «D.T.I.». Únicamente la segunda fase tiene carácter procesal. Martens afirma que el artículo 6 del Convenio tan sólo tiene virtualidad en esta segunda fase; y es que durante la primera el demandante no se enfrentaba a ninguna «acusación en materia penal». Esto es así porque durante esa primera fase el señor Saunders no había recibido de la autoridad competente notificación oficial alguna de reproche por haber cometido una infracción penal. El juez Martens se refiere al concepto autónomo de acusación en materia penal del artículo 6.1 del Convenio; «la misma puede, en ciertos casos, revestir la forma de otras medidas que impliquen tal acusación y entrañen, también, repercusiones importantes so-

El Tribunal entiende que los materiales cuya existencia sea voluntaria no han de tener trascendencia en un proceso penal, si se han aportado o exhibido coactivamente; reconocerles virtualidad probatoria sería contrario al derecho a no declarar contra sí mismo. Distinto es el caso de los materiales obtenidos bajo coacción cuya existencia no depende de la voluntad del sujeto:

«(...) Tal y como se entiende habitualmente en el sistema legal de las Partes Contratantes y en otros lugares, [el derecho a no declarar contra sí mismo] no se extiende a la utilización en un procedimiento penal del material que puede obtenerse del acusado mediante poderes coactivos, pero que tiene una existencia independiente de la voluntad del acusado, tal y como sucede, *inter alia* con los documentos obtenidos de acuerdo con un mandato judicial, o muestras de aliento, sangre u orina, o tejido corporal para realizar pruebas de ADN» (45).

bre la situación del acusado» (cfr. Cour eur. D.H., Arrêt *Corigliano* du 10 décembre 1982, série A, n. 57, § 34; trad. López Garrido, D. – Dir. –, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25 años de Jurisprudencia 1959-1983, op. cit.*, pág. 899). Entiende Martens que las medidas adoptadas en el caso enjuiciado no constituyen acusación penal a los efectos del artículo 6 del Convenio; y es que, así como son las autoridades competentes («autorités de poursuite compétentes») quienes han de notificar oficialmente el reproche por haber cometido una infracción penal, son estas mismas autoridades quienes han de adoptar esas medidas que impliquen acusación y entrañen repercusiones importantes sobre la situación del sujeto. Pero la Inspección del «D.T.I.» tiene principalmente una función investigadora, no es autoridad competente a estos efectos. Por lo tanto, sus actuaciones no pueden considerarse «acusación». En definitiva, la colaboración del señor Saunders en la investigación administrativa no conculca el artículo 6 del Convenio. El problema se reduce, pues, a la trascendencia penal de los datos obtenidos en la investigación administrativa previa: ¿es contraria al artículo 6 del Convenio Europeo? (En palabras del juez Martens, «le fait qu'une personne ait procédé à des déclarations tendant à prouver sa culpabilité, lors d'une enquête où elle était dans l'obligation de répondre à toutes les questions sous peine d'amende ou d'emprisonnement, est-il compatible avec les droits de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination d'autoriser l'utilisation desdites déclarations dans un procès contre lui?»). – Cour eur. D.H., Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, Opinion dissidente de M. le juge Martens, a laquelle M. le juge Kuris déclare se rallier, § 13-§ 16 –.

(45) Cour eur. D.H., Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 69 - trad. Serrano Antón, F., en Herrera Molina, P.M., *Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector (Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996, Saunders v. United Kingdom)*, *Impuestos-II*, 1997, pág. 1098. Por su interés, reproducimos a continuación íntegramente el primer inciso de este pfo. (el número 69) en idioma oficial:

«Toutefois, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale,

Esta distinción (46) entre aquellos materiales que tienen una génesis voluntaria y aquellos otros que no tienen ese origen puede llevar a resolver el difícil problema de la tensión existente entre el deber de

de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN».

(46) También el juez Martens (y Kuris) propone una distinción, pero entre ilícitos. Entiende que habría «delitos ordinarios» («délits de droit commun»), de un lado, y «diversas formas de fraude grave» («diverses formes de fraude grave»), de otro – Herrera Molina, cuando se refiere a la distinción propuesta por dicho juez, emplea los términos «delitos ordinarios» y «“fraudes” económicos complejos»; *vid.* de este autor «Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector (Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de diciembre de 1996, *Saunders v. United Kingdom*)», *op. cit.*, pág. 1083 –. En el caso de los delitos ordinarios, lo más frecuente es que primero se descubra el ilícito y luego se investigue, para determinar el responsable. Sin embargo, tratándose de fraudes la investigación tiene como objetivo el descubrimiento de la existencia misma del ilícito: son necesarios los requerimientos coactivos de información. Por consiguiente, las personas respecto de las que se desarrolla una investigación por delitos ordinarios han de poder invocar el derecho a no declarar contra sí mismas (hay de antemano una acusación), pero no así quienes estén sometidos a una investigación por fraude económico complejo («Les personnes objets de l'instruction dans le premier cas [délits de droit commun] sont ipso facto "accusées d'une infraction" [...], alors que ce n'est pas le cas des personnes visées par l'enquête sur le délit de fraude [...]»). Así pues, Martens (y Kuris) considera ajustado a Derecho que se otorgue virtualidad procesal a la información suministrada por estos últimos – «(...) [les fraudes] ne peuvent être sanctionnées avec succès par la justice que si les résultats de l'enquête sont produits comme preuves à charge du contrevenant (...)» – (Cour eur. D.H., Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, Opinion dissidente de M. le juge Martens, a laquelle M. le juge Kuris déclare se rallier, § 25).

Herrera Molina considera que esta distinción entre ilícitos «tiene cierto fundamento»; pero afirma que las fronteras entre uno y otro tipo no son tan claras como pretende Martens (y Kuris). En el asunto *Saunders v. Reino Unido*, los inspectores tenían pruebas de la existencia de un delito en el mes de enero y, sin embargo, se inhibieron en el mes de mayo. Si ya había constancia de la comisión de un ilícito penal, ¿por qué motivo el «D.T.I.» continúa la investigación varios meses más? Es difícil establecer un límite preciso entre ambos tipos de ilícito; la diferenciación propuesta por Martens (y Kuris) no nos permite determinar cuándo las actuaciones investigadoras deben ser respetuosas con el derecho a no declarar contra sí mismo. «Por tanto, – nos dice Herrera Molina – la distinción no está en el tipo de delito (“ordinario” o “de fraude complejo”), sino en los datos de que disponen los órganos investigadores. Desde el momento en que aquéllos permitan sospechar que se ha cometido un delito debe excluirse la adopción de medidas compulsivas sobre la voluntad del sujeto investigado». *Vid.* Herrera Molina, P.M., *Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector (Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996, Saunders v. United Kingdom)*, *op. cit.*, pág. 1083.

colaborar con Administración tributaria y el derecho a no declarar contra sí mismo (47). Herrera Molina considera acertada la diferenciación hecha por el Tribunal Europeo en la Sentencia *Saunders*, pues entiende dicho autor que cuando se requiere coactivamente la aportación de materiales cuya existencia no depende de la voluntad del individuo, no se corre el riesgo de obtener pruebas falsas. Herrera Molina constata que el Tribunal Europeo «parece identificar» en la Sentencia *Saunders* el derecho a no declarar contra sí mismo (a no autoincriminarse) y el derecho a guardar silencio; al hilo de esta idea, el mencionado autor ha escrito:

«(...) el derecho a guardar silencio puede considerarse como una modalidad cualificada del derecho a no autoincriminarse: este último se basa en el genérico respeto a la dignidad del acusado y en la ausencia de coerciones sobre su voluntad; el derecho a guardar silencio tiene un fundamento adicional: evitar que las presiones sobre el acusado (por ejemplo, las sanciones por negarse a colaborar) le induzcan a realizar una confesión falsa que después se utilice para condenarle. Por ello tiene razón el Tribunal en no conceder el mismo valor a las declaraciones autoinculporatorias obtenidas bajo coacción que al “material que tiene una *existencia* independiente de la voluntad del acusado”, pero que se obtiene forzando su voluntad: por ejemplo, las muestras de sangre o de tejido, o incluso los documentos elaborados por terceros en poder del acusado. El obtener coactivamente tales datos supone violentar la voluntad del acusado, pero no implica el riesgo de obtener pruebas *falsas*. Esto no supone que en tales casos el derecho a no autoincriminarse deba carecer de toda protección, sino que tiene un fundamento más débil que el del específico derecho a guardar silencio» (48).

Como hemos visto, en el ámbito del Convenio el concepto de

(47) El voto particular disidente formulado por el juez Martens (al que se adhiere el juez Kuris) pone en entredicho la existencia de fricción entre el deber de colaborar y el derecho a no declarar contra sí mismo. Aspectos como la imparcialidad de los órganos administrativos inspectores, que buscan simplemente la verdad, sus cualidades profesionales, el procedimiento seguido ante ellos, inspirado en elementales principios de Justicia y sometido a control jurisdiccional, o la posible asistencia letrada ofrecen garantías suficientes contra toda presión abusiva para obtener una declaración autoinculporatoria (Cour eur. D.H., Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, Opinion dissidente de M. le juge Martens, a laquelle M. le juge Kuris déclare se rallier, § 22).

(48) *Vid.* Herrera Molina, P.M., *Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector (Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de diciembre de 1996, Saunders v. United Kingdom)*, *op. cit.*, págs. 1077-1078 (el texto transcrito lo hemos tomado de la pág. 1078). *Vid.* también Gómez Cabreña, C., Comentario al artículo 34 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los contribuyentes*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 263.

acusación en materia penal se extiende a la represión administrativa de conductas ilícitas, en función del grado de severidad de la sanción que puede sufrir el sujeto, o en función del carácter general de la norma sancionadora y de la finalidad preventiva y, a la vez, represiva de la sanción. Por lo tanto, aunque la Sentencia *Saunders* se refiere a la trascendencia en un proceso penal de los datos obtenidos en el curso de una inspección administrativa, su doctrina trasciende ese estricto planteamiento en aquellos casos en los que las sanciones administrativas revistan carácter «penal», a pesar de no haber sido calificadas como tales en el Ordenamiento del Estado en cuestión. A su vez, la doctrina contenida en la Sentencia *Funke*, pronunciamiento éste referido, en principio, a la imposición de sanciones administrativas, incluidas las de carácter tributario (49), se ha de extender asimismo a la imposición de sanciones penales stricto sensu (50). Hay que tener presente en relación con tales afirmaciones que, como viene reconociendo el Tribunal Constitucional, el orden penal y el administrativo sancionador son, ambos, manifestación del *ius puniendi* estatal.

Sobre la base de estas reflexiones, cabría, en principio, pensar que ambos pronunciamientos (la Sentencias *Funke* y *Saunders*) se contradicen. Resultan muy interesantes al respecto las palabras del juez Martens en su voto particular disidente, al que se adhiere el juez Kuris. Escribe Martens sobre el pfo. 69 de la Sentencia *Saunders*:

«(...) il est significatif que le paragraphe 69 renvoie au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination tel qu'il s'entend "(...) dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs (...)". Ce qui importe plus est que, tandis que la première phrase de ce paragraphe [(...) le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence] semble amalgamer le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et celui de garder le silence, la deuxième semble indiquer que, contrairement à ce qui est dit dans l'arrêt *Funke*, ce premier droit n'englobe pas la possibilité de refuser de remettre des documents à charge ni celle d'empêcher l'utilisation de tels documents dans une procédure pénale lorsqu'ils ont été obtenus par la contrainte» (51).

(49) Ya hemos visto que la Sentencia *Bendenoun* ha llevado a referir al ámbito tributario sancionador la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Funke v. Francia*. La Sentencia *J.B. v. Suiza* confirma esta idea.

(50) También García Añoveros ha destacado la virtualidad de la Sentencia *Funke* (y de la Sentencia *Bendenoun*) tanto en el ámbito penal como en el ámbito sancionador (García Añoveros, J., *Una nueva Ley General Tributaria. Problemas constitucionales*, *Crónica Tributaria*, núm. 78, 1996, pág. 154; *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 90, 1996 págs. 222-223; AA.VV., *Garantías constitucionales del contribuyente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 108-109).

(51) Cour eur. D.H., Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, Opinion dissidente de M. le juge Martens, a laquelle M. le juge Kuris déclare se rallier, § 12. La cursiva es nuestra.

Pero no hay que hacer lecturas precipitadas de dichas resoluciones. Cada una de ellas aborda un supuesto diferente; no existe contradicción alguna entre ellas.

La Sentencia *Funke* se refiere a materiales cuya existencia es incierta, motivo éste en virtud del cual no sería legítimo sancionar al sujeto ante su negativa a aportarlos (en definitiva, cabe la posibilidad de que no existan); y ello por exigencia del derecho a no declarar contra sí mismo (52). Sin embargo, en el asunto *Saunders*, los *procès-verbaux*, y concretamente las manifestaciones del sujeto (*réponses, dépositions*) en ellos contenidas, tienen una existencia cierta. Pues bien, a la luz de la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo en este asunto (*Saunders*), la trascendencia «penal» de tales materiales, teniendo éstos carácter autoinculpatario, y habiéndose obtenido del sujeto bajo coacción, resulta contraria al derecho a no declarar contra sí mismo (53). Como hemos señalado más arriba, la Sentencia *Saunders* lleva, además, a distinguir entre materiales cuya existencia tiene su causa última en la voluntad del sujeto, y aquellos otros que no (54).

(52) «(...) es evidente que no se puede sancionar a una persona, entendiendo que incumple su deber de aportar un documento, si no se prueba antes que ese documento existe – ha señalado Gómez Cabrera –; si no existe, mal puede incumplirse el deber de aportarlo. Éste es el sentido, entiendo, de la Sentencia *Funke* y ahí agota su virtualidad» (Gómez Cabrera, C., Comentario al artículo 34 de la Ley 1/1998, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los contribuyentes*, Comentario *cit.*, págs. 263-264).

(53) Herrera Molina tampoco ha apreciado contradicción entre ambas resoluciones del Tribunal Europeo. Este autor tiene escrito – «Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector (Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de diciembre de 1996, *Saunders v. United Kingdom*)», *op. cit.*, pág. 1079 –:

«(...) en el caso *Funke* cabía la posibilidad de que los documentos exigidos *no existieran*, de modo que la sanción por no entregarlos sería contraria a las mínimas exigencias de justicia. Por el contrario, la Sentencia *Saunders* se refiere al caso de que los documentos *ya obtenidos* coactivamente por la Administración sean utilizados en el proceso penal (*document acquired pursuant to a warrant*) (...).»

(54) Jiménez Jiménez saca sus propias conclusiones de los pronunciamientos del Tribunal Europeo que nos ocupan. El derecho a no declarar contra sí mismo se configura, a su juicio, «como derecho a guardar silencio, en cuanto derecho del contribuyente de no declarar sobre cuestiones cuya acreditación carece de soporte material alguno»; «(...) cuando al contribuyente se le requiera para aportar, por ejemplo, un determinado contrato, y aunque el mismo pudiera evidenciar el ánimo doloso/culposo/negligente del contribuyente, está obligado a su aportación tanto en el procedimiento de comprobación como en el sancionador». Jiménez Jiménez realiza esta afirmación «a la luz de la sentencia *Saunders*», con la que dice estar plenamente de acuerdo en este punto, y que, a su juicio, «supera la sentencia *Funke* en la que el Tribunal consideraba que al tratarse de un documento directamente incriminatorio el sujeto no está obligado a su aportación». En definitiva, para esta autora, la Administración tributaria podrá fundamentar sus sanciones en aquellos datos que hayan sido aportados

Se ha de tener presente que en la Sentencia relativa al asunto *J.B. v. Suiza* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha invocado de nuevo esa distinción de materiales (de existencia voluntaria o no). La Corte reconoce con carácter expreso en este otro pronunciamiento el derecho a no autoinculparse ante los requerimientos coactivos que efectúan los órganos de la Administración, concretamente por lo que se refiere a los materiales cuya existencia depende de la voluntad del sujeto; éstos no han de obtenerse en virtud de la coerción ejercida sobre aquél (55).

Terminamos este epígrafe señalando que dichos pronunciamientos sustentan nuestra postura sobre el derecho a no autoinculparse en el ámbito de los ilícitos tributarios (administrativos y penales): que los materiales cuya existencia no tenga como causa última la voluntad del sujeto y se hayan obtenido por medios coactivos podrán utilizarse legítimamente en un procedimiento administrativo sancionador o tributario sancionador en particular, o en un proceso penal; y que no será éste el caso de aquellos otros materiales obtenidos también bajo coacción y cuya existencia tiene carácter voluntario: el derecho a no declarar contra sí mismo, que, como sabemos, rige en el ámbito de la represión de conductas ilícitas, impide que tales materiales puedan fundamentar legítimamente la imposición de sanciones o penas (56).

coactivamente por el infractor, siempre que los mismos tengan un soporte físico (Jiménez Jiménez, C., *La separación del procedimiento sancionador por infracciones graves respecto del procedimiento de comprobación del que trae causa: análisis de cuestiones procedimentales aún sin resolver por el ordenamiento*, *Revista de Contabilidad y Tributación*, Centro de Estudios Financieros, núm. 231, 2002, pág. 29). Esto es tanto como afirmar que el derecho a no declarar contra sí mismo ampara únicamente las declaraciones verbales del obligado tributario.

(55) Recordemos que en el pfo. 68 de dicho pronunciamiento se lee:

«La Cour constate que dans son arrêt du 7 juillet 1995, le Tribunal fédéral se réfère à diverses obligations du droit pénal contraignant une personne à agir d'une certaine façon aux fins de sa condamnation, par exemple au moyen de tachygraphes installés dans les poids lourds ou l'obligation de se soumettre à une analyse de sang ou d'urine. Toutefois, de l'avis de la Cour, les informations dont il s'agit dans la présente affaire se distinguent de données qui existent indépendamment de la volonté de la personne concernée, comme celles évoquées par la Cour dans l'affaire Saunders (...); l'on ne pouvait dès lors pas les obtenir en recourant à des pouvoirs coercitifs, au mépris de la volonté de l'intéressé».

(56) Es excesivamente restrictiva la conclusión que extrajera Dassesse de la Sentencia *Funke*. A juicio de este autor, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pretendía impedir que los Estados contratantes establecieran sanciones para que los contribuyentes suministrasen evidencias de presuntas conductas ilícitas; correspondería a las autoridades tributarias nacionales la carga de probar, por sus propios medios, tales conductas («las autoridades nacionales de un Estado parte en la Convención [...] no pueden presionar a los contribuyentes estableciendo una sanción con vistas a obtener del sujeto pasivo la evidencia de lo que constituirá la prueba de que el contribuyente ha cometido una infracción, liberando así a las autoridades tributarias nacionales de la carga de probar ellas mismas, a través de sus propias averiguaciones, la existencia de la infracción

3. – *Conclusión*

Sin perder de vista cuanto hasta aquí se ha expuesto, hemos de añadir, a modo de conclusión, que la necesidad de respetar el derecho a no autoinculparse en materia tributaria es, además, una exigencia de Justicia tributaria. (Seguimos en este punto a Collado Yurrita, M.A., «Algunas consideraciones sobre moral tributaria» – en prensa –).

Se ha dicho que la Justicia se garantiza primordialmente en el Derecho tributario a través de la igualdad. Pues bien, en palabras de Tipke (57), dicho principio exige «Que el derecho formal o procedimental haga posible la igualdad en la aplicación del derecho material». Por tanto, si la Administración de los tributos no respetara el principio de igualdad en sus actuaciones, cabría afirmar, sin duda, que éstas son injustas.

No olvidemos esa idea, que apoya la necesidad de que los poderes públicos respeten efectivamente el derecho a no autoinculparse en materia tributaria y establezcan las medidas necesarias para ello. Lo cierto es que aquellos ciudadanos que cometen ilícitos tributarios no se encontrarían en pie de igualdad frente a quienes incurrir en otro tipo de conductas ilícitas; y es que quienes cometen ilícitos tributarios (administrativos o penales) no tendrían plenamente garantizado su derecho constitucional a no declarar contra sí mismos y, por ende, a la presunción de inocencia (ambos derechos estrechamente relacionados).

La injusticia a la que aludimos se ve propiciada por la normativa vigente, y vendría determinada por el atentado mismo al derecho a no autoinculparse y a la presunción de inocencia; pero también por la situación de desigualdad en la que quedan los infractores tributarios frente a quienes llevan a cabo otro tipo de conductas ilícitas.

Parece pues razonable negar a las declaraciones autoinculporatorias del obligado tributario virtualidad probatoria legítima a efectos represivos, en sede administrativa y jurisdiccional. Tales declaraciones podrán utilizarse legítimamente para determinar la deuda tributaria, pero no para fundamentar la imposición de sanciones o penas.

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo permite ciertamente perfilar el concepto de «declaración autoinculporatoria» a los efectos del artículo 6 del Convenio de Roma.

que alegan» – Dassel, M., «Human rights, European Law and Tax Law: The implications of the Judgements of the Court of Human Rights in re Funke and of the European Court of Justice in re Corbiau», *EC Tax Review*, núm. 3, 1994, págs. 86 y ss. – trad. Soler Roch, M.^aT., *Deberes tributarios y derechos humanos*, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 30, 1995, pág. 111 –). Según la Sentencia *Saunders*, son legítimas las sanciones impuestas ante la negativa del obligado tributario a suministrar aquellos materiales cuya existencia no depende de su voluntad.

(57) *Moral tributaria del Estado y de los Contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)* – trad. Herrera Molina, P.M. –, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 78.

Sobre la base de dicha Jusriprudencia, y enlazando con el final del el epígrafe anterior, señalaremos que básicamente cabe distinguir entre:

a) la aportación de materiales cuya existencia depende en último término de la voluntad del obligado tributario y contienen una declaración de voluntad o de conocimiento en sí mismos (sería el caso de las manifestaciones orales o escritas del propio obligado – pensemos en las respuestas autoincriminatorias que da el individuo a determinadas preguntas formuladas por la Inspección tributaria –); y

b) la aportación de materiales cuya existencia es independiente, también en último término, de la voluntad del obligado tributario y, como los del grupo anterior, contienen una declaración de voluntad o de conocimiento en sí mismos (por ejemplo, la contabilidad del empresario).

Sólo los materiales del segundo grupo constituirían un fundamento legítimo del castigo (administrativo o penal) correspondiente.

prof. J. ALBERTO SANZ DÍAZ-PALACIOS
Area de Derecho Financiero y Tributario
Centro Internacional de Estudios Fiscales
Universidad de Castilla-La Mancha
(España)

IL DIVIETO DI AIUTI DI STATO E LE MISURE DI FISCALITÀ DI VANTAGGIO NEL QUADRO DELLA POLITICA REGIONALE DELL'UNIONE EUROPEA E DEGLI STATI MEMBRI

Abstract: Is the free competition the only aim of European *Constitution*? Is it possible to widen the European jurisdiction in tax law through the prohibition of state fiscal aids? How the European Commission matches each other the provisions of article 87 of the Treaty with economic and social cohesion policy's needs? Effective competition is crucial to an open market economy but an absolute ban on state aid would be impossible. Article 2 of the Treaty states that one of the Community's tasks is to «promote throughout the Community a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities», and, given that economic development differs from one Member State to another and from one region to another, this task may require specific government intervention. Article 87, 2° and 3° therefore provides for a number of exceptions. It means that restrictions on competition can be introduced by national or regional laws to reduce the disparities between the levels of development of the various regions, respecting the principles coming from the case law of the European Court of Justice.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di libera concorrenza alla luce dell'esercizio del potere impositivo degli Stati membri. – 3. Le fonti normative e interpretative in materia di aiuti fiscali. – 4. Gli aiuti fiscali: la disciplina comunitaria. – 5. Le peculiarità degli aiuti di stato aventi natura fiscale. – 6. Le deroghe espresse al divieto di aiuti fiscali in materia di politica regionale. – 7. Il divieto di discriminazione in materia di aiuti fiscali alla luce delle norme del Codice di condotta Ecofin. – 8. Le deroghe presenti nel Codice di condotta Ecofin. – 9. Notazioni conclusive.

1. – *Premessa*

I trattati istitutivi delle Comunità europee sanciscono il principio della libera concorrenza quale strumento di attuazione del mercato interno europeo e vietano, in linea generale, qualsivoglia iniziativa nazionale contrastante con la realizzazione di tale obiettivo (1). Il titolo VI del Trattato istitutivo della Comunità europea, rubricato «Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni», contiene disposizioni giuridiche a tutela del principio della libera concorrenza che impongono divieti sia nei confronti degli operatori pri-

(1) Sul tema appaiono suggestive le considerazioni svolte nella trattazione curata da P. Manzini, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 86 del Trattato CE*, in *Rivista di diritto internazionale*, Milano, Vol. 78, 1995, 379-396.

vati del mercato (artt. 81-86), sia nei riguardi degli Stati membri (artt. 87-89).

La prima categoria di norme concerne le intese realizzate fra le imprese miranti a neutralizzare il libero gioco della domanda e dell'offerta di mercato, l'abuso di posizione dominante, nonché taluni altri effetti che scaturiscono dall'esistenza dei monopoli e delle concentrazioni economiche. Le norme, invece, che hanno come destinatari gli Stati membri, disciplinano l'erogazione degli aiuti (2).

L'art. 87, paragrafo 1, del Trattato CE, dichiara «incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri (3), gli aiuti concessi dai medesimi, ovvero mediante risorse statali, sotto *qualsiasi forma* che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

Tale definizione di *aiuti* é volutamente ampia e generica, idonea a comprendere anche quelli aventi natura fiscale, sia, per attribuire alla Commissione europea un'ampia discrezionalità nel valutare la liceità delle misure agevolative disposte dagli Stati membri, sia, per rendere difficilmente eludibile il divieto di misure idonee a falsare il libero gioco della concorrenza, indipendentemente dal loro *nomen juris* assunto in seno agli ordinamenti giuridici nazionali. La *ratio* che sottende a tale divieto si fonda sul principio di non discriminazione e sul principio di neutralità fiscale. Si tende, infatti, ad evitare un danno alle imprese non aiutate, favorendo in tal modo la competitività del mercato e, indiretta-

(2) Per una panoramica delle principali problematiche attinenti alla materia degli aiuti di stato si consiglia la lettura rispettivamente di M. Vacca, G. Salimbeni, P. Mengozzi, *Dossier: gli aiuti statali alle imprese I.*, in *Rivista di diritto europeo*, Roma, 1995, 5-75 e di G. A. Petraccone, *Dossier: gli aiuti di stato alle imprese. II*, *Idem*, 77-140.

(3) La Corte di Giustizia delle Comunità europee ha precisato che qualora gli aiuti siano destinati a favore di imprese che operano in un mercato esclusivamente locale, non é applicabile il divieto di cui all'art.87 del Trattato CE. Cfr. sentenze del 21 gennaio 1976, nella causa 40/75, in *Racc.*, 1976, 1 ss.; del 21 marzo 1990, nella causa C-142/87, in *Racc.*, 1990, I, 959 ss. Cfr. sentenza 29 settembre 2000, causa T-55/99, *CETM/Commissione*, in *Racc.*, II-3207, «allorché un aiuto finanziario concesso da uno Stato con risorse statali rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto». Sulla stessa linea interpretativa si vedano anche le sentenze della Corte 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris/Commissione*, in *Racc.*, 2671, punto 11, e 17 giugno 1999, *Belgio/Commissione*, ai punti 37 e 47; sentenza *Vlaams Gewest/Commissione*, al punto 59: «Un aiuto può essere idoneo ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri e a falsare la concorrenza, anche se l'impresa beneficiaria, che si trova in concorrenza con le imprese di altri Stati, non partecipa essa stessa alle attività transfrontaliere. Infatti, quando uno Stato membro concede un aiuto a un'impresa, l'offerta interna può risultrarne invariata o aumentare, con la conseguenza che le possibilità delle imprese con sede in altri Stati membri di offrire i loro servizi nel mercato di tale Stato membro sono diminuite» (v. anche: sentenza della Corte 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia/Commissione*, in *Racc.*, I-1433, punto 27).

mente, anche una presunta maggiore qualità dei prodotti e dei servizi a tutela dei consumatori.

2. – *Il principio di libera concorrenza alla luce dell'esercizio del potere impositivo degli Stati membri*

Il principio della libera concorrenza deve, però, essere armonizzato con altri interessi ed obiettivi perseguiti dalle norme di diritto comunitario primario e derivato. Tra questi, rilevano quelli perseguiti dalla politica regionale dell'Unione europea che tendono al miglioramento della qualità della vita nelle regioni depresse, all'aumento dei livelli occupazionali e ad un'equa redistribuzione del reddito.

D'altra parte, i principi di neutralità fiscale e di non discriminazione non costituiscono un fine ultimo del legislatore comunitario, ma sono funzionali alla realizzazione e al funzionamento del mercato unico. Il legislatore comunitario non si atteggia quale *Leviatano* determinato a ordinare il *caos* degli interessi egoistici degli Stati nazionali, ma finalizza la sua attività al raggiungimento del benessere di tutti i cittadini comunitari, riconoscendo loro, anche se non in modo esplicito come, ad esempio, avviene nella Costituzione degli Stati Uniti d'America, il diritto ad essere *felici* all'interno del territorio dell'Unione, ovunque abbiano deciso di instaurare la propria residenza, dimora o domicilio.

Rispetto a tali obiettivi anche il mercato unico e il principio di libera concorrenza risultano strumentali, come si evince dal tenore dell'art. 2 del Trattato CE che elenca i principali obiettivi che l'Unione europea si prefigge di raggiungere (4). L'interventismo pubblico nell'economia costituisce una caratteristica degli ordinamenti giuridici contemporanei e di quello dell'Unione europea, nella misura in cui vengono perseguiti, anche in chiave comunitaria, la coesione economica e sociale, attraverso la predisposizione dei programmi dei fondi strutturali.

Lo stesso art. 87 ammette, inoltre, talune deroghe (5) al divieto generale degli aiuti statali, prevedendo ai paragrafi secondo e terzo, le

(4) La norma in questione, dopo aver auspicato «l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria», si propone, infatti, di realizzare «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale», nonché «il miglioramento del tenore e della qualità della vita».

(5) L'art. 87, paragrafo 3°, sancisce che: «Possono considerarsi compatibili con il mercato comune: *a*) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso oppure si abbia una grave forma di disoccupazione; *b*) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; *c*) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; *d*) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della

condizioni per valutare compatibili, *de jure*, oppure in seguito all'esercizio dell'attività discrezionale della Commissione (6), le agevolazioni anche di natura fiscale che perseguono determinate finalità.

In particolare, al paragrafo 3° della norma citata, si prevede che possano essere considerati compatibili gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso oppure si registri una grave forma di disoccupazione. A tal fine, occorre il giudizio della Commissione europea che, in relazione agli aiuti già esistenti (7) procede ad un esame di compatibilità che può concludersi, in caso di esito negativo, con l'emanazione di una decisione con cui viene ordinata la modifica o la soppressione dell'aiuto di tipo fiscale, e l'eventuale rimborso da parte dei beneficiari delle somme ricevute o risparmiare (8). In caso di inottemperanza, la Commissione o lo

concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune; e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione».

(6) Tra le più recenti deroghe decise dalla Commissione al divieto generale di aiuti fiscali erogati dagli Stati membri, si segnala la Decisione 2000/283/CE che ha autorizzato la Repubblica federale di Germania ad applicare riduzioni d'accisa su alcuni oli minerali utilizzati a fini specifici, conformemente alla procedura di cui all'art. 8, paragrafo 4 della Direttiva 92/81/CEE, in G.U.C.E. serie L 094 del 14 aprile 2000, pp. 0033-0034.

(7) Gli aiuti esistenti possono, a norma dell'art. 88, 1° comma, del Trattato, essere regolarmente erogati fintantoché la Commissione non li abbia dichiarati incompatibili con il mercato comune (Cfr. sentenza della Corte 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, in *Racc.*, p. I-877, punto 20). Cfr. sentenze 6 marzo 2002, cause riunite T-127/99, T-129/99 e T-148/99, *Diputación Foral de Álava e a./Commissione*, in *Racc.*, p. II-1275, «Secondo una consolidata giurisprudenza costituiscono aiuti esistenti ai sensi dell'art. 93, n. 1, gli aiuti che esistevano prima della data di entrata in vigore del Trattato e quelli cui sia stata regolarmente data esecuzione alle condizioni previste dall'art. 88, n. 3, del Trattato» (v. sentenza Piaggio, punto 48). Devono, per contro, considerarsi nuovi aiuti, soggetti all'obbligo di notifica previsto dall'art. 88, n. 3, del Trattato, i provvedimenti diretti ad istituire o modificare aiuti, con la precisazione che le modifiche possono vertere vuoi su aiuti esistenti vuoi su progetti iniziali notificati alla Commissione (v. sentenze della Corte 9 ottobre 1984, cause riunite 91/83 e 127/83, *Heineken Brouwerijen*, in *Racc.*, p. 3435, punti 17 e 18, e 9 agosto 1994, causa C-44/93, *Namur-Les assurances du crédit*, in *Racc.*, p. I-3829, punto 13). La Corte ha ribadito tali principi, in occasione della recente pronuncia del 30 aprile 2002, cause riunite T-195/00 e T-207/00, *Gibraltar/Commissione*, in *Racc.*, p. II-2309.

(8) Si è posto, a tale proposito, il problema della violazione del principio di tutela del legittimo affidamento dei beneficiari. L'orientamento maggioritario della giurisprudenza comunitaria è molto cauto al riguardo. Nella sentenza 29 settembre 2000, causa T-55/99, *CETM/Commissione*, in *Racc.*, p. II-3207, riguardante l'impugnazione da parte del Regno di Spagna di una decisione della Commissione che ordinava di richiedere il rimborso alle imprese beneficiarie degli aiuti ritenuti incompatibili, il Tribunale di primo grado ha stabilito che: «Certamente, la giurisprudenza non esclude la possibilità per i beneficiari di un aiuto illegittimo di invocare circostanze eccezionali che hanno potuto legitti-

Stato membro interessato possono adire la Corte di Giustizia davanti alla quale potrà ricorrere, indirettamente, in forza del disposto di cui all'art. 233 del Trattato CE, anche l'impresa beneficiaria che già si sia rivolta, per ottenere tutela, ai giudici nazionali.

In ordine, invece, agli aiuti in via di istituzione, l'art. 88 impegna gli Stati membri a notificare (9) alla Commissione i progetti diretti ad istituire o a modificare aiuti in vigore, in tempo utile perché quest'ultima possa presentare le proprie osservazioni. In caso di giudizio negativo o di mancato rispetto dell'obbligo di notifica, gli Stati non devono dare esecuzione alle norme interne, e i giudici nazionali non devono applicarle.

La Corte di Giustizia (10), dopo aver ribadito che l'incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato unico non è assoluta, ha affermato che «(...) il Trattato disponendo all'art. 93 (oggi art. 88) l'esame permanente e il controllo degli aiuti da parte della Commissione, ha inteso far sì che l'accertamento dell'eventuale incompatibilità di un aiuto col mercato comune risulti di competenza di quest'ultima».

La Commissione Europea (11), d'altra parte in numerose occasioni, ha espresso l'esigenza di coniugare la politica di concorrenza con altre dimensioni della politica comunitaria.

mamente ingenerare il loro legittimo affidamento circa la regolarità di tale aiuto, per opporsi al rimborso (sentenze *Commissione/Germania* e *Commissione/Grecia*, rispettivamente punto 16 e punto 18; sentenza del Tribunale 15 settembre 1998, cause riunite T-126/96 e T-127/96, *BFM e EFIM/Commissione*, in *Racc.* p. II-3437, punto 69) ... Per quanto riguarda l'asserita ignoranza da parte delle PMI beneficiarie della normativa applicabile agli aiuti pubblici e della complessità della nozione di aiuti di Stato, tali elementi non potrebbero essere considerati come circostanze eccezionali che possano giustificare un qualche legittimo affidamento nella regolarità degli aiuti consentiti. I beneficiari degli aiuti non possono, del resto, sulla base di considerazioni relative alla loro dimensione, essere dispensati dal tenersi informati sulle norme di diritto comunitario, a pena di mettere in discussione l'effetto utile di tale sistema normativo».

(9) Una deroga al principio dell'obbligatorietà della notifica preventiva, è prevista per gli aiuti *de minimis*, vale a dire per quelli che non superino l'importo di 100.000 ECU in tre anni. In virtù del brocardo latino *de minimis non curat lex*, infatti, sono ritenuti compatibili con l'art. 87 del Trattato CE in ragione degli effetti blandi che provocano in termini di distorsione della concorrenza.

(10) C.G.C.E., sentenze 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike und Weinglig/Germania*, in *Racc.*, 595 e ss.; 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia/Commissione*, in *Racc.*, I-307 e ss.

(11) Nella *XXVI relazione sulla politica di concorrenza* 1996, Bruxelles, 1997, 17 e ss., punti 1-8, nonché p. 79, punto 159, in materia di aiuti di stato, si afferma che «Nel corso del 1996, la Commissione ha continuato ad imporre una rigorosa disciplina garantendo nel contempo l'equilibrio tra il rispetto delle regole e dei principi in materia di aiuti di Stato e la considerazione del contributo apportato da taluni aiuti agli obiettivi di altre politiche comunitarie ... la politica di concorrenza mira a conservare la flessibilità indispensabile per sfruttare le capacità di iniziativa e di innovazione e consentire una distribuzione efficace e

D'altra parte, l'adozione rigorosa del divieto di aiuti di stato sarebbe irragionevole considerando che la realizzazione del mercato interno, sebbene abbia fortemente limitato le spinte autarchiche degli Stati membri, vietando l'adozione di misure protezionistiche ed eliminando le barriere doganali, non ha comportato l'eliminazione della responsabilità degli esecutivi nazionali rispetto alla stabilità economica e finanziaria dei bilanci nazionali.

È ancora compito di ogni governo, infatti, garantire il mantenimento dei parametri economici fissati a Maastricht. Sarebbe, pertanto, non del tutto razionale precludere ogni margine di manovra, specie in materia tributaria, agli Stati membri per l'adempimento di obblighi che trovano la loro fonte pur sempre nel diritto comunitario. Si fa riferimento, *in primis*, all'obbligo che ciascuno Stato membro ha di garantire un equilibrato sviluppo economico al suo interno colmando i *deficit* di competitività eventualmente presenti in talune regioni del proprio territorio.

L'istituzione dell'euro, inoltre, con il conferimento delle relative competenze in materia di politica monetaria alla Banca centrale europea ha sottratto agli Stati nazionali l'esercizio di un'importante leva macroeconomica, facendo assumere grande rilevanza all'utilizzo di quella fiscale, ultimo baluardo della sovranità degli Stati membri dinanzi all'incalzare del processo di integrazione comunitaria.

La *ratio* generale delle deroghe al divieto degli aiuti di stato si fonda, pertanto, sul convincimento che, sebbene i principi del liberalismo e della neutralità fiscale siano quelli che più appaiono idonei a favorire la realizzazione di un mercato comune integrato, non devono essere oggetto di un'interpretazione dogmatica e fideistica. Sono noti gli effetti funesti a cui può condurre la supposizione dell'esistenza di «mani invisibili» e la realizzazione di una politica del *laissez faire* in economia. Inoltre, accanto alle leggi della matematica, occorre rispettare e difendere i valori della solidarietà (12). Gli Stati devono intervenire e, se possono, prevenire il «fallimento» del mercato.

dinamica delle risorse della società. Questa azione strutturale porta ad una interazione tra la politica della concorrenza e la maggior parte delle altre politiche trasversali, quali l'approfondimento del mercato interno, la politica di crescita e di competitività, la politica di coesione, la politica di ricerca e di sviluppo, la politica per l'ambiente e la politica dei consumatori. La politica di concorrenza è, quindi, nel contempo una politica autonoma della Commissione e parte integrante delle politiche dell'Unione, che insieme contribuiscono alla realizzazione degli obiettivi comunitari di cui all'art. 2 del Trattato».

(12) Il Trattato disciplina, infatti, la politica della coesione economica e sociale. Taluni regolamenti comunitari obbligano gli Stati membri alla concessione di aiuti. A titolo esemplificativo si ricordano: il *regolamento n. 797/85*, che prescrive la concessione degli aiuti di stato per garantire il miglioramento dell'efficienza della produzione agricola, il *regolamento n. 768/89* che permette agli Stati di emanare provvedimenti per sostenere il reddito agricolo, il *regolamento n. 1360/78* che impone agli Stati di favorire la costituzione di associazioni di imprenditori e delle relative unioni. In tema di politica agricola comune (c.d. PAC) si rinvia alla trattazione curata da L. Costa, *Il nuovo regolamento*

In altri termini, la realizzazione del mercato interno europeo non va perseguita ad ogni costo. Quando il principio della libera concorrenza conduce al sacrificio di esigenze fondamentali salvaguardate dal diritto comunitario, quest'ultimo prevede non solo la facoltà, ma anche il dovere di imporre talune deroghe (13) che, sebbene possano comportare effetti temporaneamente distorsivi della concorrenza, adempiono ad altri bisogni meritevoli di tutela e ritenuti prevalenti anche nell'ottica dello stesso diritto comunitario.

Alla luce delle considerazioni che precedono appare legittimo concludere nel senso che lo scopo degli artt. 87 e ss. non sia quello di impedire il libero esercizio della politica economica nazionale e di quella fiscale in particolare, bensì quello di sottrarlo all'arbitrio degli Stati membri e di indirizzarlo verso l'interesse comunitario anziché verso quello esclusivamente nazionale.

3. – *Le fonti normative e interpretative in materia di aiuti fiscali*

In base al principio di sussidiarietà, sancito nell'art. 5 del Trattato, la materia degli aiuti fiscali potenzialmente incompatibili con il mercato comune, viene attribuita alla competenza degli organi comunitari. L'art. 89 attribuisce al Consiglio il compito di stabilire «tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli artt. 87 e 88 e di fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'art. 88, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura».

In realtà, soltanto taluni regolamenti di natura procedimentale (14) sono stati emanati; la Commissione, temendo l'introduzione di limiti al proprio potere discrezionale, invocando il noto brocardo *in claris non fit interpretatio*, ha asserito l'inesistenza di dubbi interpretativi circa l'ap-

comunitario relativo al miglioramento dell'efficienza delle strutture agrarie, in *Rivista di diritto agrario*, Milano, 1997, 188-193. Per quanto attiene al campo delle aziende manifatturiere si rinvia, invece, all'articolo di Buratti C., *La politica di aiuti alle imprese manifatturiere e il vincolo comunitario* in *Economia pubblica*, Milano, 1997, 5-39. Infine, la stessa Commissione delle Comunità europee promuove numerose iniziative e programmi volti a sostenere la competitività delle imprese europee nei più vari settori.

(13) A differenza di quanto avviene in ambito CECA, dove il divieto di agevolazioni elargite dai governi nazionali non trova limiti, in seno alla Comunità europea, la stessa Commissione, nella *quattordicesima relazione sulla politica di concorrenza*, ha asserito che «l'evoluzione spontanea delle forze di mercato potrebbe, in taluni casi, ridurre ed anche eliminare la concorrenza ... la politica della concorrenza deve perseguire un equilibrio nel quale il libero gioco del mercato sia accompagnato da interventi selettivi, ove necessari, per garantire il mantenimento di una concorrenza effettiva».

(14) Tra gli atti normativi più significativi in materia rileva il *Regolamento 659/1999*, in *G.U.C.E.* L 83 del 27 marzo 1999 a cui è dedicato il commento di G. Belotti, *Il nuovo regolamento comunitario di procedura degli aiuti di Stato*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 1999, 535-558.

plicazione degli artt. 87-88, privilegiando la strada delle soluzioni caso per caso rispetto alla predisposizione di criteri generali ed astratti.

Al riguardo hanno assunto notevole rilevanza le *decisioni* e le *comunicazioni* della Commissione e le *sentenze* della Corte di Giustizia. Quest'ultima, avvalendosi della sua ormai indubbia funzione *nomopoietica*, ha esercitato il proprio *pouvoir createur*, non soltanto nella definizione di «aiuto di stato» (15) ma anche e soprattutto nella elaborazione dei principi che rendono ammissibili gli aiuti in materia fiscale (16).

Il carattere giurisprudenziale e casistico dell'ermeneutica delle disposizioni contenute negli artt. 87 e 88, tuttavia, comporta il rischio di una minore certezza del diritto e il pericolo di affidare all'arbitrio del giudice e non alla volontà di istituzioni democraticamente legittimate, la valutazione di complesse questioni la cui soluzione sarebbe più opportuno fornire preventivamente a livello legislativo (17).

(15) Cfr. M. Orlandi, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, 129 ss., dove si riscontra la seguente definizione di aiuto di stato «Ogni meccanismo tale da assicurare ad una specifica impresa, o ad un determinato settore o un vantaggio o un beneficio gratuito la cui provenienza od i cui costi siano sopportati dal settore pubblico».

(16) A proposito del ruolo di supplenza legislativa assunto dalla Corte di Giustizia in materia di aiuti di stato si veda G. M. Roberti, *Aiuti di stato e controlli comunitari*, in *Foro italiano*, 1992, parte VI, 469 ss. In generale, per un'affascinante ed attuale disamina delle differenze ontologiche esistenti tra l'esercizio del potere giurisdizionale e quello del potere legislativo, si rinvia alla lettura del saggio di H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, ed. italiana Giuffrè a cura di C. Geraci.

L'importanza attribuita al precedente giurisprudenziale avvicina il funzionamento della Corte di giustizia ai sistemi anglossasoni di *common law* caratterizzati dalla regola dello *stare decisis* e del precedente giudiziario vincolante. La composizione della Corte, inoltre, garantisce un continuo confronto tra le diverse culture giuridiche europee e facilita la circolazione dei modelli giuridici realizzando di fatto un riavvicinamento spontaneo delle legislazioni nazionali. Ad una peculiare categoria di funzionari pubblici, i giuristi traduttori, infine, spetta il compito di attribuire ai documenti e alle sentenze comunitarie, in ciascuna delle venti lingue ufficiali dell'Unione Europea, l'esatto corrispondente significato tecnico-giuridico che si è inteso conferire in sede di deliberazione, anche se non mancano imbarazzanti differenze tra diverse traduzioni di un medesimo disposto normativo, come è accaduto per il 2° comma dell'art. 158 del Trattato CE a proposito del criterio dell'insularità.

(17) Le sentenze della Corte di giustizia, inoltre, pur se vincolanti per i giudici nazionali ai fini dell'interpretazione delle norme comunitarie, non possono essere ritenute in nessun caso, norme di carattere consuetudinario a meno di sovvertire l'ordine gerarchico delle fonti. Si impone, inoltre, anche l'esigenza di uguaglianza di trattamento riguardo ai casi concreti di aiuti erogati dai diversi Stati membri, nonché la questione della legittimazione democratica dei criteri guida di ammissibilità.

La Commissione ha emanato, a tale proposito, la *Comunicazione relativa alla cooperazione con i giudici nazionali in materia di aiuti di Stato*, pubblicata in G.U.C.E., C-132 del 23 novembre 1995. Sul tema della cooperazione tra giurisdizione comunitaria e nazionale in materia di aiuti di stato anche in materia

Talvolta si ha quasi l'impressione che le decisioni riguardanti l'autorizzazione o meno di un aiuto fiscale dipendano dall'umore dei funzionari della Commissione preposti alla competente DG (Direzione Generale), certamente condizionato dalle grigie e piovose giornate di Bruxelles. Non pare però che il clima più vivace del Principato del Lussemburgo disponga più favorevolmente gli animi, considerato che i giudici della Corte di giustizia hanno tradizionalmente interpretato in maniera restrittiva le deroghe espressamente ammesse dal Trattato al divieto di aiuti in materia fiscale.

Oltre alle norme enunciate nel Trattato CE (c.d. norme di diritto primario), in materia di aiuti statali, assumono grande importanza gli atti di normazione secondaria emanati dagli organi comunitari.

In primis, assumono rilevanza le decisioni della Commissione, ossia i giudizi formali attraverso i quali si concludono le procedure di esame degli aiuti erogati dagli Stati membri. Le decisioni, come stabilisce l'art. 249 del Trattato, sono atti, necessariamente recettizi, di diritto derivato, giuridicamente obbligatori in tutti i loro elementi e che, al contrario dei regolamenti, hanno portata particolare, e non generale, rispetto ai destinatari a cui sono notificati.

Si tratta, inoltre, di atti direttamente applicabili all'interno degli ordinamenti degli Stati membri e che contengono una motivazione nella quale la Commissione enuclea ed esplica il procedimento logico attraverso il quale è pervenuta al dispositivo. La motivazione costituisce un elemento importante non solo perché la sua mancanza o non completezza rileva ai fini dell'impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia, ma anche, più in generale, perché contribuisce a determinare i limiti al potere discrezionale di cui gode l'istituzione comunitaria stessa. La Commissione, infatti, non potrebbe discostarsi dalle proprie decisioni antecedenti rispetto a casi analoghi se non sconfinando nell'arbitrio.

Per la disciplina, invece, degli aspetti procedurali dell'applicazione degli artt. 87 ed 88, assumono rilievo le *comunicazioni* (18) emesse dalla Commissione. Si tratta di atti «atipici», a differenza delle decisioni previste specificamente dal Trattato CE, aventi portata generale, generalmente pubblicate nella gazzetta ufficiale delle Comunità europee, anche se talvolta assumono la forma di semplici lettere indirizzate agli Stati membri attraverso i canali ufficiali della diplomazia. Si tratta, comunque, di atti recettizi che esplicano i propri effetti giuridici soltanto se portati a conoscenza dei destinatari.

fiscale si rinvia, inoltre, all'analisi operata da A. Adotti, *Il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione dell'art. 88, paragrafo 3° del Trattato CE in materia di aiuti statali alle imprese con riferimento alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, 721-740.

(18) Talora vengono anche denominate «lettere agli Stati membri», «inquadramenti» o «codici», «vademezum». Recentemente sono state pubblicate, con sostanziali modifiche *Le regole comunitarie applicabili agli aiuti di stato: vademezum*, Commissione europea, Lussemburgo, 2000.

Le comunicazioni della Commissione non hanno effetti giuridici vincolanti. Tuttavia, esplicano, di fatto, un'importante funzione di orientamento in materia di aiuti di stato aventi natura fiscale, sia in virtù dell'autorevolezza dell'organo da cui promanano, sia a causa del vuoto legislativo cagionato dalla carenza di regolamenti *ad hoc* emanati dal Consiglio. Quest'ultima considerazione non deve indurre a ritenere, comunque, che le comunicazioni possano essere assimilate ai regolamenti, con tutte le conseguenze sul piano giuridico e formale che una tale equivalenza comporterebbe. Si tratta, è bene ribadirlo, di atti atipici formalmente sprovvisti di efficacia giuridica (19). Da respingere è anche la tesi che li configura alla stregua di decisioni.

In diritto comunitario, tuttavia, vige il principio sostanziale (20) che attribuisce rilevanza al reale contenuto di un atto giuridico rispetto al suo *nomen juris*. In tal modo, potrebbe accadere, che in situazioni eccezionali, un documento che rechi il nome di *comunicazione*, per le sue caratteristiche intrinseche, possa essere qualificato dalla Corte alla stregua di una *decisione* direttamente applicabile all'interno degli ordinamenti nazionali.

La dottrina maggioritaria (21), assimila, invece, le comunicazioni alle *raccomandazioni* e, pertanto, ne riconosce le basi giuridiche nel combinato disposto degli artt. 211, 2° comma (22) e 10 (23) che impongono agli Stati membri un obbligo di cooperazione con le istituzioni comunitarie.

Parte della dottrina (24), infine, riconduce alle comunicazioni il c.d. effetto di liceità. Le comunicazioni, infatti, in quanto costituiscono atti ufficiali adottati da un organo comunitario indurrebbero nei destinatari

(19) Nella sentenza *Deufil*, causa 310/85, 927 ss., si afferma che «il codice degli aiuti è costituito da regole indicative le quali definiscono le linee di condotta che la Commissione intende seguire e che essa chiede agli Stati membri di rispettare nell'ambito degli aiuti del settore».

(20) In particolare, sulla preferenza della Corte per il criterio sostanziale in luogo di quello formale, si rinvia alla lettura della sentenza 2 luglio 1974, in causa 173 - *Governo della repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee*, nonché, la già citata sentenza *Deufil*, in causa 310/85.

(21) In particolare si veda G. M. Roberti, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla base giuridica degli atti comunitari*, in *Foro italiano*, 1991, IV, 90 ss.

(22) L'art. 211, 2° comma, recita: «La Commissione formula raccomandazioni o pareri nei settori definiti dal presente trattato, quando questo esplicitamente lo prevede ovvero quando la Commissione lo ritenga necessario».

(23) L'art. 10 prescrive «Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato».

(24) Cfr. P. Mengozzi, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 1997.

un legittimo affidamento (*mutatis mutandis*, come accade in diritto tributario con le circolari ministeriali, le quali, pur non costituendo fonte di diritto per i contribuenti sono suscettibili di ingenerare un atteggiamento di affidamento) sulla vigenza e l'effettività del diritto come in esse accertato ed interpretato (25). Pur se non aventi carattere vincolante, sarebbero, dunque, in grado di esplicitare limitati effetti giuridici. La limitazione dei poteri discrezionali della Commissione troverebbe in questo caso la sua *ratio* nella salvaguardia della certezza del diritto. La Commissione sarebbe vincolata in qualche maniera alle proprie comunicazioni e i giudici nazionali potrebbero avvalersene per interpretare il diritto comunitario.

Rilevanza assumono anche le *relazioni annuali sulla politica di concorrenza* redatte dalla competente direzione generale della Commissione (26).

4. – *Gli aiuti fiscali: la disciplina comunitaria*

La nozione di *aiuto fiscale* (27) riassume una serie eterogenea di misure tributarie agevolative che incidono sulla fase del prelievo, carat-

(25) In merito al rapporto tra le fonti del diritto nazionale e quelle del diritto comunitario in materia fiscale si veda G. Casertano, *Riflessioni in merito alla gerarchia delle norme tributarie alla luce della recente evoluzione del diritto interno, comunitario e convenzionale*, in *Rass. trib.*, 1995, 448 e ss.

(26) Nella XXVI Relazione sulla politica di concorrenza relativa all'anno 1996, 82 ss. pubblicata insieme alla relazione generale sull'attività dell'Unione Europea del 1996, la Commissione europea ha chiarito che, ai fini dell'applicazione degli artt. 87 e ss. del Trattato CE, la misura agevolativa «deve rispondere alle quattro seguenti condizioni: deve arrecare un vantaggio all'impresa interessata; deve essere concessa da uno Stato o mediante risorse statali; deve avere carattere specifico, cioè, essere posta in favore di talune imprese o produzioni; deve incidere sugli scambi tra gli Stati membri». I quattro presupposti devono essere contemporaneamente soddisfatti affinché un intervento statale possa considerarsi vietato ai sensi delle norme comunitarie.

(27) La nozione di aiuto fiscale ha interessato a lungo la letteratura dottrinale e giurisprudenziale. In dottrina si segnalano: C. Quigley, *The notion of a State aid in the EEC*, in *European Law Review*, vol. 13, 242 e ss., 2 luglio 1974, causa 173/73, *Italia/Commissione*, in *Racc.*, 709; S. Bariatti (a cura di), *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1998; C. Baudenbacher, *A Brief Guide to European State Aid Law*, *Kluwer Law International*, L'Aja 1998; S. Bilal, P. Nicolaidis (a cura di), *Understanding State Aid Policy in the European Community: perspectives on Rules and Practice*, *European Institute of Public Administration*, Maastricht, 1999; A.C. Evans, *European Community Law of State Aid*, Clarendon, Oxford 1997; C. Pinotti, *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Cedam, Padova, 2000; F. Roccatagliata, S. Medici, *Normativa comunitaria in materia di aiuti concessi dallo Stato alle imprese sotto forma di agevolazioni fiscali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 619 ss.; G.M. Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1997.

terizzate da un regime giuridico speciale rispetto all'ordinaria applicazione della legislazione tributaria vigente in un dato ordinamento, e riguardante l'intero territorio nazionale di uno Stato membro o una sua parte.

Gli aiuti fiscali disposti dallo stato o da altro ente pubblico territoriale possono avere come destinatari sia le imprese che le famiglie. I divieti del diritto comunitario si riferiscono esclusivamente alle prime e non anche alle seconde, verso le quali sono ammesse misure fiscali agevolative, sia nel settore delle imposte dirette sui redditi che in quello delle imposte indirette sui consumi.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia rilevano le sentenze: *Hansen & Balle* del 10 ottobre 1978, causa 148/77; sentenza *Commissione/Danimarca* del 4 marzo 1986, causa 106/84; sentenza del 27 maggio 1981, in cause riunite 142 e 143/80; 14 ottobre 1987, causa 248/84, *Germania/Commissione*, in *Racc.*, 4013; sentenza 11 marzo 1991, cause riunite da C-78/90 a C-83/90, *Compagnie commerciale de l'Ouest*, in *Racc.*, I-1847; 16 dicembre 1992, causa C-17/91, *Lornoy e. a.*, in *Racc.*, I-6523; 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, in *Racc.*, I-877; sentenza 1° dicembre 1998, causa C-200/97, *Eco-trade*, in *Racc.*, I-7907; sentenza 17 giugno 1999, causa C-75/97, *Belgio/Commissione* (detto *Maribel*), in *Racc.*, I-3671; sentenza 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania/Commissione*, in *Racc.*, I-6857; sentenza 8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, in *Racc.*, I-8365; sentenza 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring*, in *Racc.*, I-9067; sentenza 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia/Commissione*, in *Racc.*, I-2289. Sentenze del Tribunale di Primo grado: sentenza 27 gennaio 1998, causa T-106/95, *FFSA/Commissione*, in *Racc.*, II-229; sentenza 27 gennaio 1998, causa T-67/94, *Ladbroke Racing/Commissione*, in *Racc.*, II-1; sentenza 16 settembre 1998, causa T-188/95, *Waterleiding Maatschappij Noord-West Brabant/Commissione*, in *Racc.*, II-3713; sentenza 29 settembre 2000, causa T-55/99, *CETM/Commissione*, in *Racc.*, II-3207; sentenza 6 marzo 2002, cause riunite T-127/99, T-129/99 e T-148/99, *Diputación Foral de Ávala e a./Commissione*, in *Racc.*, II-1275; sentenza 6 marzo 2002, cause riunite T-92/00 e T-103/00, *Diputación Foral de Ávala e a./Commissione*, in *Racc.*, II-1385; sentenza 30 aprile 2002, cause riunite T-195/00 e T-207/00, *Gibraltar/Commissione*, in *Racc.*, II-2309; sentenza 23 ottobre 2002, cause riunite T-269/99, T-271/99 e T-272/99, *Territorios Históricos de Gipuzkoa, de Ávala, de Bizkaia*.

In ambito comunitario, il ricorso alle sovvenzioni alle imprese aventi natura fiscale ha rappresentato un fenomeno di grande rilievo. Dal 1989 al 1994, si stima che gli aiuti fiscali abbiano costituito da un quarto fino ad un terzo delle politiche di sostegno a favore del settore industriale, come evidenziato da una serie di documenti della Commissione delle Comunità europee: *Terzo censimento degli aiuti di Stato nella Comunità europea a favore del settore manifatturiero e di altri settori*, Bruxelles, 1993, punto 17, tabella 5 e punto 21; *Quinto censimento sugli aiuti di Stato nell'Unione europea nel settore manifatturiero ed in taluni altri settori*, Bruxelles, 1997, punto 16, tabella 5, e punto 20.

In tale ambito si consiglia la lettura di A.J. Easson, *Tax Incentives for Foreign Direct Investment. Part I: Recent Trends and Countertrends*, in *Bulletin of International Fiscal Documentation*, 2001, 266 ss.

Gli aiuti fiscali possono assumere varie forme (28): dall'esclusione di taluni cespiti reddituali dalla base imponibile, alla riduzione delle aliquote avente ad oggetto l'intera base imponibile o una sua parte (come nel caso del meccanismo della *dual income tax*), dall'esenzione totale dall'imposta ai crediti d'imposta che importano una riduzione nella fase del pagamento e non in quella del calcolo della base imponibile né dell'imposta.

In Italia, il Parlamento, con la legge n. 408 del 1990 aveva conferito al governo una delega per razionalizzare il sistema delle agevolazioni e dei regimi fiscali sostitutivi. La l. n. 431 del 1991 aveva prorogato i termini della riforma fino ad oggi non realizzata. Pertanto, mancano *de jure condito*, principi generali in materia di aiuti fiscali anche se ciò non ne ha impedito il costante e prolifico ricorso.

A titolo esemplificativo si veda la l. 18 ottobre 2001, n. 383, modificata dal decreto legge n. 12/202 (conv. in l. n. 73 del 2002), volta a favorire l'emersione del lavoro sommerso e che prevede talune forme di esenzione fiscale per i nuovi investimenti in beni strumentali o in formazione del personale. Le agevolazioni consentono ai datori di lavoro (siano essi imprenditori che titolari di reddito da lavoro autonomo) che aderiscono al programma di emersione e che si impegnano ad incrementare il reddito imponibile rispetto a quello del periodo d'imposta precedente, di versare un'imposta sostitutiva dell'irpef, dell'irpeg e dell'irap nella misura, rispettivamente, del 10% per il primo periodo d'imposta in cui avviene la regolarizzazione, del 15% per il secondo e del 20% per il terzo.

Gli artt. 4 e 5 della l. n. 383 del 2001, riproducendo quasi integralmente la disciplina contenuta nel decreto legge n. 357 del 1994 conv. in l. n. 489 del 1994, prevedono, inoltre, la detassazione del reddito di impresa reinvestito.

Altro strumento di agevolazione fiscale *sui generis* di recente introduzione può essere considerato quello previsto nel decreto legge del 25 settembre 2001, n. 350 (conv. in l. 23 novembre 2001, n. 409) in materia di regolarizzazione delle attività detenute all'estero, in qualsiasi Paese europeo ed extraeuropeo, dai residenti in Italia (c.d. scudo fiscale). Il provvedimento ha previsto, infatti, oltre alla non applicazione di talune sanzioni amministrative e penali e all'inibizione dei poteri di accerta-

(28) Nel rapporto intitolato *Quinto censimento sugli aiuti di Stato nell'Unione europea nel settore manifatturiero ed in taluni altri settori*, Bruxelles, 16 aprile 1997, COM(97) 170, punto 18, la Commissione stabilisce che le agevolazioni fiscali possono assumere principalmente due forme: quella delle «riduzioni di imposta» e quella delle «imposte differite». Tra le prime vengono annoverati: i crediti d'imposta, le detrazioni, le esenzioni, le aliquote ridotte e le riduzioni dei contributi di sicurezza sociale; tra le seconde, invece, l'ammortamento accelerato. Si tratta, in ogni caso di un elenco a carattere esemplificativo. Per cogliere la complessità del fenomeno si rimanda alle considerazioni svolte da F. Fichera, *Le agevolazioni fiscali*, Cedam, Padova, 1992, 32 e ss.

mento, l'anonimato fiscale ai soggetti che effettuino operazioni di rimpatrio o di regolarizzazione.

La normativa fiscale italiana, poi, abbonda di disposizioni fiscali agevolative in determinati settori produttivi: dall'agricoltura alla cooperazione creditizia, dai beni culturali all'edilizia, dallo spettacolo al settore azionario, dall'autotrasporto alla coltivazione degli idrocarburi, dall'imprenditoria femminile alle imprese familiari, dal settore portuale alle imprese industriali, fino alla giungla di trattamenti tributari di favore conseguenti ai condoni e alle sanatorie.

A proposito di questi ultimi, occorre rilevare che le disposizioni nazionali relative al condono in materia di tributi quali l'imposta sul valore aggiunto sono criticabili in quanto potenzialmente potrebbero ostacolare il corretto reperimento delle c.d. risorse proprie su cui si basa il bilancio comunitario.

Il divieto di cui all'art. 87 investe le misure fiscali agevolative concesse dagli Stati membri a beneficio di talune imprese o produzioni che, incidendo sugli scambi tra gli Stati membri, siano capaci di falsare la libera concorrenza del mercato unico (29).

La definizione fornita dalla norma è talmente vasta da includere certamente anche gli aiuti fiscali erogati nella forma di esenzioni da imposte, da tasse e da oneri sociali (30). Costituisce, infatti, *aiuto* qualsiasi (31) «vantaggio che determinate imprese o produzioni ... ottengano grazie ad un intervento dei poteri pubblici competenti (32)».

(29) Con sentenza 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris*, in *Racc.*, p. 2671, punto 11 della motivazione, viene sancito che «quando un aiuto rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti, gli scambi intracomunitari devono essere considerati influenzati dall'aiuto».

(30) Sull'inclusione delle misure fiscali agevolative nella nozione di aiuto di stato, si rinvia, in particolare, al dispositivo e alla motivazione della sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo del 1994, causa C-387/92, in *Racc.*, 1994, I, 877 ss. Sulla disciplina degli aiuti fiscali in materia comunitaria si segnala P. Valente e F. Roccatagliata, *Gli aiuti fiscali nell'Unione europea*, in *Corriere tributario*, 1998, n. 44, 3267 ss.

(31) La nozione di aiuto di Stato non può prescindere dal contributo giurisprudenziale fornito dalle numerose pronunce della Corte di giustizia sul tema. A titolo esemplificativo, si segnala che, con sentenza 2 luglio 1974, causa 173/73, *Italia/Commissione*, in *Racc.*, 709, è stato affermato che «... L'art. 92 (oggi art. 87) non distingue l'intervento pubblico a seconda della causa o del loro scopo, ma lo ridefinisce in funzione dei suoi effetti». Nella sentenza 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, in *Racc.*, I-887, punti 12 e 13 della motivazione, viene sancito che «... qualunque forma assuma, un provvedimento deve essere considerato come un aiuto di Stato ai sensi del Trattato se procura all'impresa interessata un vantaggio economico o finanziario di cui essa non avrebbe beneficiato nel corso normale della sua attività, diminuendo gli oneri che gravano di norma sul suo bilancio». Per comprendere la vastità concettuale della nozione in esame basti considerare che la Corte di giustizia delle Comunità europee, con decisione del 1° dicembre 1998, caso C-200/97, ha qualificato la legge italiana n. 95 del 1979 sull'amministrazione delle grandi imprese in crisi un «aiuto» concesso dallo Stato italiano alle impre-

Ne consegue che non costituiscono aiuti di stato, e non incontrano, pertanto, alcun limite nell'art. 87, come già esposto, le agevolazioni concesse alle famiglie. L'ambito di applicazione della norma, presuppone, infatti, che i vantaggi di natura fiscale abbiano come destinatari le imprese, condotte in forma individuale o societaria. A tale riguardo non rilevano le definizioni contenute nel diritto civile degli Stati membri, bensì la nozione comunitaria che, ai fini dell'applicazione dell'art. 87, attribuisce rilevanza alla natura economico-aziendale, piuttosto che dare rilievo alla veste giuridico-formale, comprendendo, in tal modo, qualsivoglia organizzazione di fattori necessari allo svolgimento di un'attività lucrativa, sia essa privata, pubblica o mista (33).

Anche il concetto di autorità pubblica deve essere inteso in una vasta accezione, comprendendo sia gli organi centrali che decentrati (territoriali e non), inclusi gli organismi pubblici e perfino privati, come le associazioni professionali, le società o gli enti creditizi ove per provvedimento di carattere normativo, siano deputati alla concessione di aiuti (34).

5. – *Le peculiarità degli aiuti di Stato aventi natura fiscale*

La Corte di Giustizia (35), definisce aiuti tutti «gli interventi che, in varie forme, allevino gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di

se. La sentenza è stata efficacemente commentata da V. Franceschelli, *Giurisprudenza comunitaria e dell'Ufficio Europeo dei Brevetti*, in *Rivista di diritto industriale*, Milano, 1999, 116-128.

(32) Cfr. A. Mattera Rigliano, *Il mercato unico europeo*, Torino, Utet, 1990.

(33) Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 4 aprile 1995, cause C-348/93 e C-350/93 in tema di fondi di dotazione delle holding pubbliche, impiegati per erogare aiuti alle imprese del gruppo. Le sentenze sono commentate da E.M. Appiano, *Dotazioni di fondi alle holding pubbliche e diritto comunitario della concorrenza in materia di aiuti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, 107-113.

(34) Tale principio si desume dall'analisi di talune sentenze della Corte di giustizia, tra le quali si ricordano: quelle del 14 novembre 1984, nella causa 323/82, in *Racc.*, 1984, 3809 e ss., del 30 gennaio 1985, nella causa 290/83, in *Racc.*, 1985, 439 e ss.; del 2 febbraio 1988, nelle cause riunite 67/68 e 70/85, in *Racc.*, 1988, 219 ss.

(35) Cfr. sentenza del 23 febbraio 1961, in causa 30/59, in *Racc.*, Vol. VII, 1961, 3 e ss. Nella pronuncia 2 luglio 1974, causa 173/73 *Italia/Commissione*, in *Racc.*, 709, al punto 33 della motivazione, la Corte di giustizia, in merito al parziale sgravio degli oneri sociali a favore del settore tessile concesso dal Governo italiano, ha affermato che si trattava di «... un provvedimento inteso ad alleviare, in favore delle imprese di un particolare settore industriale, gli oneri pecuniari derivanti dalla normale applicazione del sistema generale di previdenza sociale, senza che l'esonero fosse giustificato dalla natura o dalla struttura di tale sistema». Nella sentenza 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring*, in *Racc.*, I-9067, la Corte ha ribadito che «... la nozione di aiuto è più ampia

un'impresa e che di conseguenza, anche senza essere definite sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la medesima natura e producono identici effetti». In altri termini, una misura tributaria costituirebbe un aiuto di stato illegittimo ai sensi dell'art. 87 quando, a fronte dell'esborso da parte delle finanze pubbliche, non sussista che il soddisfacimento di interessi privati. Nel caso delle misure fiscali (36), inoltre, il sacrificio dello Stato si traduce in termini di minori entrate, a detrimento di altri settori di intervento che riceverebbero una minore copertura finanziaria. La deroga al principio di neutralità fiscale, pertanto non può essere giustificata se non dalla tutela di interessi generali superiori e rilevanti anche in seno al diritto comunitario. In pratica, non basta che il fine verso cui l'aiuto é diretto sia conforme agli obiettivi comunitari, ma occorre anche che la Commissione lo reputi effettivamente idoneo a conseguire tale fine. Infatti, come si sa, delle buone intenzioni sono lastricate le vie dell'inferno!

La Commissione ha costantemente assunto un atteggiamento negativo verso l'ammissibilità degli aiuti fiscali (37) soprattutto perché il lo-

della nozione di sovvenzione poiché comprende non soltanto prestazioni positive come le sovvenzioni stesse, ma anche interventi che, in varie forme, alleviano gli oneri che di regola gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono effetti identici». Si vedano anche le precedenti pronunce: sentenza già cit. del 23 febbraio 1961, in causa 30/59, in *Racc.*, Vol. VII, 1961, 3 ss.; sentenza 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, in *Racc.*, I-877, punto 13, e sentenza 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Piaggio*, in *Racc.*, I-3735, punto 34.

(36) Sulle principali questioni che attengono agli aiuti fiscali si rinvia all'analisi di F. Fichera, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Milano, 1998, 84-137; A. Zaghini, *I consolidamenti fiscali nell'UE: interventi discrezionali e conseguenze macroeconomiche*, in *Riv. di politica economia*, 1999, 3 ss.; in modo specifico per la serie programmatica di aiuti fiscali varati dalla Repubblica Irlandese, T. Callan e B. Nolan, *Tax and welfare changes, povertà and work incentives in Ireland*, 1994, Shelfmark.

(37) Da ultimo, in una decisione del 2 novembre 2000, la Commissione ha considerato che i crediti di imposta disposti a favore degli investimenti all'estero compiuti da talune imprese spagnole sull'imposta sulle società, sono incompatibili con il *Codice degli aiuti della siderurgia* previsto dal Trattato CECA. L'art. 34 della legge spagnola relativa alle imposte delle società, infatti, attribuiva a quest'ultime il diritto di usufruire, per le loro attività di esportazione, di un credito di imposta fino al 25% del costo per gli investimenti realizzati al fine di creare succursali o istituti permanenti all'estero, nonché, per acquisire partecipazioni nelle società estere o per costituire filiali le cui attività sono direttamente connesse all'esportazione di beni e di servizi. La Commissione ha respinto le motivazioni del governo iberico volte a dimostrare che i crediti d'imposta non integravano la fattispecie di aiuti di stato, in quanto attribuiti a tutti gli operatori economici senza discriminazione di sorta. Gli aiuti in questione sono stati giudicati, infatti, illegali, sia a causa della mancata notifica, sia per la loro natura di aiuti al funzionamento nonostante l'insussistenza di «un livello

ro ammontare non risulta facilmente determinabile *a priori* (38), con il rischio di superamento anche dei massimali (39) di intensità delle agevolazioni ritenute compatibili nel quadro della politica regionale dell'Unione europea.

Si ritiene, tuttavia, ingiustificato un assunto dogmatico contrario in senso assoluto alla compatibilità tra aiuti di tipo fiscale e politica della concorrenza. Opportune indagini statistiche preventivamente condotte, infatti, potrebbero predeterminare l'ammontare del gettito di un determinato tributo sì da rendere calcolabile, *ex ante*, l'ammontare dell'agevolazione concessa sotto forma di esenzione o di sgravio. *A fortiori*, il calcolo, diviene più agevole, nelle regioni dotate di una forte autonomia finanziaria come quelle italiane, a statuto ordinario e a statuto speciale, all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Inoltre, gli aiuti aventi natura tributaria si prestano più agevolmente ad una programmazione in misura decrescente; in termini di elargizione se ne può facilmente prevedere, infatti, la minore intensità di anno in anno, secondo il programma delle leggi finanziarie.

Altra ragione che giustifica l'atteggiamento negativo della Commissione verso aiuti di stato erogati sotto forma di misure fiscali agevolative, risiede nella considerazione che, generalmente, tali misure non esplicano effetti duraturi ma servono soltanto a prolungare la sopravvivenza di imprese scarsamente competitive e destinate ad uscire comunque dal mercato.

A tale obiezione potrebbe risponderci, rilevando che ogni Stato membro, nel rispetto del principio di sussidiarietà, può concertare la propria politica economica, purché non provochi perturbazioni nell'economia dei suoi *partners* e in quella del mercato comune. Per utilizzare un'espressione cara all'idealismo filosofico tedesco, la libertà di ciascun

di vita anormalmente basso o di un tasso di disoccupazione particolarmente elevato». Sempre ai fini dell'applicazione del *Codice della siderurgia*, la Commissione ha recentemente avviato un procedimento nei confronti di un regime fiscale analogo previsto dalla legislazione francese. L'art. 39, lett. *a*) e *d*), del Codice generale delle imposte francesi, infatti, riguardo alla creazione di filiali all'estero, prevedeva un sistema di esenzione temporaneo a favore delle succursali istituite fuori dal territorio nazionale.

(38) A titolo esemplificativo si segnala la *Decisione della Commissione n. 88/318/CEE*, del 2 marzo 1988, pubblicata in G.U.C.E., serie C 143, del 10 giugno 1988, 73 ss. Sul punto si rinvia, inoltre, A. Forti, *Gli aiuti di statali alle imprese e la politica per la concorrenza nella comunità europea*, in *Secondo rapporto CER/IRS sull'industria e la politica industriale italiana* a cura di M. Mariani e P. Ranci, Il Mulino, 1989, 35 ss.

(39) Agli effetti della determinazione dei massimali ammissibili nell'ambito della politica regionale europea, la Commissione, in seguito alla Comunicazione del 21 dicembre 1978, assume *alternativamente* come parametri di riferimento rispettivamente l'intensità dell'investimento iniziale e la percentuale dei posti di lavoro aventi carattere di continuità che l'agevolazione consentirà di creare.

Stato membro trova limite in quella degli altri. Agli organi comunitari, e alla Commissione europea in particolare, quale istituzione preposta alla disciplina della concorrenza, è affidato il compito di mediare tra le esigenze dell'*autonomia* degli Stati membri e dell'*eteronomia* degli obblighi di tutela degli interessi comunitari.

Qualora, pertanto, le misure fiscali agevolative fossero dirette concretamente a soddisfare interessi meritevoli di tutela anche nella prospettiva comunitaria (40), oltre che in quella nazionale, dovrebbero ritenersi compatibili e lecite anche se, nel breve periodo, suscettibili di provocare distorsioni ed ostacolare la concorrenza.

6. – *Le deroghe espresse al divieto di aiuti fiscali in materia di politica regionale*

Per essere ritenuto lecito, l'aiuto non solo non deve essere dannoso nel lungo periodo, ma deve anche avere un «effetto utile» nei confronti degli obiettivi perseguiti dall'Unione Europea. In particolare, l'autorizzazione degli aiuti deve trovare la sua *ratio* in una *contropartita* (41) che non può corrispondere unicamente al vantaggio economico delle imprese o dei settori beneficiati, ma che deve consistere nella realizzazione di un interesse comunitario.

Gli aiuti possono addirittura favorire la realizzazione del mercato interno quando sono diretti al recupero della concorrenzialità delle imprese ubicate in talune zone geografiche caratterizzate da un'endemica crisi strutturale. L'esistenza di *gaps* di sviluppo rilevanti tra le diverse aree all'interno del mercato europeo indebolisce, infatti, la competitività dell'impresa europea in ambito internazionale.

Per tale ragione, la Commissione autorizza, sulla base del 3° paragrafo dell'art. 87, la concessione di aiuti capaci di superare gli squilibri

(40) Nella *Decima relazione sulla politica di concorrenza* del 1980, 153 e ss., la Commissione ha chiarito che qualora non vengano mosse obiezioni all'adozione di un aiuto, «... quest'ultimo deve contenere una giustificazione che assume la forma di un contributo, da parte del beneficiario dell'aiuto, che vada al di là degli effetti del normale gioco delle forze di mercato, per il raggiungimento degli obiettivi della Comunità, quali sono stabiliti nelle deroghe di cui all'art. 87, paragrafo 3, del Trattato CEE». Nella *Decisione n. 82/295/CEE*, del 10 marzo 1982, riguardante un aiuto fiscale che il governo belga intendeva accordare a favore di determinati investimenti da parte di un'impresa nazionale specializzata nella produzione di polietilene, alla p. 54, si afferma che «... la Commissione deve accertare che esista, da parte del singolo beneficiario una *contropartita* consistente nel fatto che la concessione dell'aiuto sia necessaria per promuovere il conseguimento di uno degli obiettivi fissati dall'art. 87, paragrafo 3».

(41) Tale termine viene utilizzato *expressis verbis* per la prima volta nella *Decima Relazione sulla politica di concorrenza* pubblicata insieme alla quattordicesima relazione generale sull'attività delle Comunità europee del 1980.

esistenti tra le diverse regioni (42). La Corte di Giustizia (43) giudica perfino *necessari* gli aiuti qualora il libero gioco della concorrenza non sia sufficiente a garantire la sopravvivenza dell'impresa e la tutela di interessi sociali ed economici rilevanti anche per il diritto comunitario.

La dottrina (44) avalla tale interpretazione, affermando, sul piano generale della definizione di aiuto fiscale ai sensi degli artt. 87 e ss. del Trattato e, ancora più a monte, del riparto di competenze tra Stati membri ed Unione Europea in materia fiscale, la necessità di distinguere tra misure *generali* di politica economica che riguardano tutte le imprese e le produzioni di uno Stato membro o di una regione e le misure fiscali *speciali*, che, anche se presentate in forma generalizzata, si rivolgono a beneficio di determinate imprese.

Non rientrano, pertanto, nell'ambito di applicazione dell'art. 87, né le misure agevolative a carattere generale, rivolte, cioè, a tutte le imprese e produzioni, né i trattamenti tributari ordinari. Il divieto di aiuti di stato non potrà colpire eventuali misure generali di un dato sistema fiscale, anche se risultino particolarmente favorevoli rispetto agli altri si-

(42) A titolo esemplificativo, si segnala la *Decisione della Commissione n. 88/318/CEE*, del marzo 1988, relativa alla l. 1° marzo 1986, n. 64, sulla disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno sotto forma di sgravi fiscali, nella quale il provvedimento venne ritenuto legittimo a «condizione che venissero adottate tutte le misure necessarie per garantire che l'intensità massima autorizzata dalla Commissione non venisse superata». La Commissione, nella Decisione n. 91/389/CEE, sull'intervento straordinario del Mezzogiorno, al punto IV.4, p. 40, ha dichiarato che «... gli effetti sulle condizioni degli scambi provocate dagli aiuti regionali possono essere considerati non contrari all'interesse comune quando è possibile dimostrare che la regione assistita incontra difficoltà che sono sufficientemente gravi rispetto alla media comunitaria e che senza l'aiuto delle forze di mercato non sarebbero in grado di eliminare tali difficoltà e che la concessione dell'aiuto non provoca distorsioni indebite della concorrenza in particolari settori». Nella *XXV relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, 1995, 206 e ss., la Commissione, dopo aver ribadito la pericolosità degli aiuti erogati alle regioni del Mezzogiorno italiano sotto il profilo degli effetti distorsivi della concorrenza, trattandosi di aiuti al funzionamento, ha stabilito l'ammissibilità della deroga di cui all'art. 87, n. 3, lett. a), del Trattato CE, in ragione della debolezza economica che li contraddistingue e che avrebbe cagionato sacrifici insopportabili in relazione ad un repentino aumento del costo del lavoro conseguente alla soppressione immediata delle misure agevolative.

Si segnala, inoltre, in merito alla deroga di cui alla lett. c) del paragrafo 3°, dell'art. 87 del Trattato CE, la sentenza della Corte di Giustizia 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania/Commissione*, in *Racc.*, I-6857 (Aiuti concessi a imprese dei nuovi *Länder* tedeschi - Misure fiscali a favore degli investimenti).

(43) A titolo esemplificativo si rilevano le argomentazioni svolte dalla Corte in occasione della già citata sentenza relativa al caso *Philip Morris*, in causa 730/79, 2677 e ss.

(44) D. Schina, *State aids under the EEC Treaty articles 92 to 94*, ESC, Oxford, 1987, 30 e ss.

stemi tributari dell'Unione Europea, nei confronti di taluni settori produttivi o di determinate imprese. A tali *inconvenienti*, l'azione comunitaria potrà, eventualmente, rimediare attraverso lo strumento dell'armonizzazione fiscale delle imposte (45), ma non per mezzo del divieto sancito dall'art. 87, 1° comma.

Nel caso degli aiuti regionali, nonostante si tratti di misure selettive, poiché destinate a determinate aree geografiche in ragione del mancato sviluppo economico e del livello di disoccupazione o del basso tenore di vita, il giudizio di compatibilità con il mercato unico europeo deve essere centrato sul grado di efficacia dei benefici ai fini del soddisfacimento dell'interesse comunitario alla coesione economica e sociale dell'Unione.

L'aiuto deve, inoltre, essere *proporzionato* rispetto al fine che si prefigge di raggiungere, deve essere *decrescente* e capace di produrre *effetti duraturi* anche dopo la sua cessazione. È preferibile, pertanto, accompagnare l'adozione di misure fiscali agevolative con la predisposizione di seri programmi di ristrutturazione che tendano alla promozione della coesione sociale, *in primis*, nelle regioni disagiate.

Tali principi sono stati ribaditi recentemente da un'importante sentenza della Corte di giustizia (46), in cui sono emersi criteri interpretativi fondamentali anche in materia di aiuti aventi natura fiscale. La pronuncia riguardava il ricorso di annullamento proposto dalla Repubblica italiana ai sensi dell'art. 230, 1° comma, CE, diretto a far annullare la decisione della Commissione 11 maggio 1999, 2000/128/CE, rela-

(45) Nel *Primo censimento sugli aiuti di Stato della Comunità europea*, Bruxelles, 1989, punti 37 - 40, la Commissione europea ha affermato che: «... l'impostazione relativamente rigida del Trattato nei confronti degli aiuti e la relativa politica della Commissione è basata sulla considerazione economica che gli aiuti, rispetto alle misure generali, hanno un impatto più diretto e più immediato sulle condizioni della concorrenza tra Stati membri. Concentrando le risorse di Stato su talune imprese e su taluni settori, e facendoli beneficiare di vantaggi supplementari rispetto al regime normale applicato in uno Stato membro, le imprese o i settori beneficiari sono posti in una posizione nettamente più vantaggiosa non soltanto nei confronti dei concorrenti del medesimo Stato membro, ma anche nei confronti dei concorrenti degli altri Stati membri ... La distinzione tra aiuti e misure generali nel Trattato e la maggior tolleranza manifestata nei confronti di queste ultime è inoltre, fondata sul riconoscimento che la politica di concorrenza non ha lo scopo di cercare di eliminare le differenze di base tra la struttura dei costi degli Stati membri, struttura che delinea il contesto economico e sociale all'interno del quale operano le imprese in ciascuno Stato membro (...).

I provvedimenti di indole generale di politica economica, tributaria o sociale esulano dal campo di applicazione dell'art. 92, n. 1 (oggi art. 87) ed i vantaggi concorrenziali che le imprese di uno Stato membro eventualmente traggono dalle disparità esistenti tra tali provvedimenti d'indole generale vanno all'occorrenza esaminati nell'ambito delle apposite procedure di cui agli artt. 101 e 102 (oggi, rispettivamente articoli 96 e 97)».

(46) Sentenza 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia/Commissione*, in *Racc.*, I-2289.

tiva al regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione. Con l. 19 dicembre 1984, n. 863, la Repubblica italiana aveva introdotto il contratto di formazione e lavoro. Le assunzioni effettuate sulla base di questo tipo di contratti beneficiavano, per un periodo di due anni, di un'esenzione dagli oneri sociali dovuti dal datore di lavoro. Inizialmente tale riduzione si applicava in maniera generalizzata, automatica, indiscriminata e uniforme su tutto il territorio nazionale, mentre, la l. 29 dicembre 1990, n. 407 ha introdotto una modulazione regionale dell'aiuto. Con l. 1° giugno 1991, n. 169 è stato portato a 32 anni l'età massima dei lavoratori da assumere, e con legge 19 luglio 1994, n. 451, infine, è stato introdotto il CFL (contratto di formazione e lavoro) limitato a un anno, fissando un minimo di ore di formazione da rispettare (47).

L'art. 15 della l. 24 giugno 1997, n. 196, recante la rubrica «Norme in materia di promozione dell'occupazione», regolarmente notificato dalle autorità italiane alla Commissione europea, ai sensi dell'art. 88, 3° comma, prevedeva che le imprese stabilite in zone rientranti sotto l'obiettivo 1 (di fatto le Regioni del Mezzogiorno), che trasformavano alla loro scadenza i CFL della durata di due anni in contratti a tempo indeterminato, avrebbero avuto diritto ad un'esenzione dagli oneri sociali per un periodo supplementare di un anno. Veniva, invece, previsto l'obbligo di rimborsare gli aiuti percepiti in caso di licenziamento del lavoratore nei 12 mesi successivi alla fine del periodo di riferimento dell'aiuto.

Sulla base delle informazioni trasmesse dalle autorità italiane, la Commissione ha esaminato anche i regimi di aiuti relativi alle leggi nn. 863 del 1984, 407 del 1990, 169 del 1991 e 451 del 1994. Con lettera 17 agosto 1998, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, la Commissione informava il governo italiano della sua decisione di avviare il procedimento previsto dall'art. 88 n. 2, del Trattato nei confronti degli aiuti per l'assunzione mediante contratto di formazione e lavoro a tempo determinato previsti dalle leggi nn. 863 del 1984, 407 del 1990, 169 del 1991 e 451 del 1994 e concessi dal novembre 1995. Con la stessa lettera la Commissione informava altresì il governo italiano della sua decisione di dare corso al medesimo procedimento nei confronti degli aiuti alla trasformazione dei contratti di formazione e lavoro in contratti a tempo indeterminato ex art. 15 della l. n. 196 del 1997.

(47) Le assunzioni mediante contratto di formazione e lavoro davano luogo a riduzioni di oneri sociali per tutta la durata del contratto. Queste si configuravano nei seguenti termini:

- riduzione del 25% degli oneri normalmente dovuti per le imprese stabilite al di fuori del Mezzogiorno;
- riduzione del 40% di tali oneri per le imprese del settore commerciale e turistico con meno di 15 dipendenti e stabilite al di fuori del Mezzogiorno;
- esenzione totale da tali oneri per le imprese artigianali e quelle stabilite in regioni con un tasso di disoccupazione superiore alla media nazionale.

Al termine del procedimento di valutazione, la Commissione ha adottato la decisione 11 maggio 1999, 2000/128/CE oggetto di impugnazione (48). L'Italia ha basato il proprio ricorso, *in primis*, sulla presunta violazione ed erronea applicazione dell'art. 87, paragrafo 3°, lett. a), CE. La Corte di giustizia, lo ha rigettato, ricordando che «... la Commissione, ai fini dell'applicazione dell'art. 87, paragrafo 3°, dispone di un ampio potere discrezionale il cui esercizio implica valutazioni di ordine economico e sociale che devono essere effettuate in un contesto comunitario (49) ... il carattere sociale degli interventi statali non è sufficiente per sottrarli *ipso facto* alla qualifica di aiuti ai sensi dell'art. 87». In particolare, in merito all'interpretazione del paragrafo 3°, lett. a), la Corte, dopo aver osservato secondo la propria giurisprudenza, «... l'uso dei termini *anormalmente* e *grave* nella deroga prevista dall'art. 87, n. 3, lett. a), del Trattato CE dimostra che questa riguarda solo regioni dove la situazione economica è estremamente sfavorevole rispetto

(48) La decisione impugnata esamina separatamente, da una parte, il contenuto delle leggi nn. 863 del 1984, 407 del 1990, 169 del 1991 e 451 del 1994, non notificate poiché già vigenti, e, dall'altra, quello della l. n. 196 del 1997, regolarmente notificata alla fase di progetto.

Per quanto riguarda il regime di aiuti previsto dalle prime quattro leggi, l'art. 1 della decisione impugnata dispone quanto segue: «Gli aiuti illegittimamente concessi dall'Italia, a decorrere dal novembre 1995, per l'assunzione di lavoratori mediante i contratti di formazione e lavoro previsti dalle leggi nn. 863 del 1984, 407 del 1990, 169 del 1991 e 451 del 1994, sono compatibili con il mercato comune e con l'accordo SEE a condizione che riguardino: - la creazione di nuovi posti di lavoro nell'impresa beneficiaria a favore di lavoratori che non hanno ancora trovato un impiego o che hanno perso l'impiego precedente, nel senso definito dagli orientamenti in materia di aiuti all'occupazione; l'assunzione di lavoratori che incontrano difficoltà specifiche ad inserirsi o a reinserirsi nel mercato del lavoro. Ai fini della presente decisione, per lavoratori che incontrano difficoltà specifiche ad inserirsi o a reinserirsi nel mercato del lavoro s'intendono i giovani con meno di 25 anni, i laureati fino a 29 anni compresi, i disoccupati di lunga durata, vale a dire le persone disoccupate da almeno un anno. Gli aiuti concessi per mezzo di contratti di formazione e lavoro che non soddisfano le condizioni menzionate al paragrafo 1 sono incompatibili con il mercato comune».

Per quanto riguarda il regime di aiuti istituito con la l. n. 196 del 1997, l'art. 2 della decisione impugnata dispone quanto segue: «Gli aiuti concessi dall'Italia in virtù dell'art. 15 della l. n. 196 del 1997 per la trasformazione di contratti di formazione e lavoro in contratti a tempo indeterminato sono compatibili con il mercato comune e con l'accordo SEE purché rispettino la condizione della creazione netta di posti di lavoro come definita dagli orientamenti comunitari in materia di aiuti all'occupazione. Ai sensi dell'art. 3 della decisione impugnata: «L'Italia prende tutti i provvedimenti necessari per recuperare presso i beneficiari gli aiuti che non soddisfano alle condizioni di cui agli articoli 1 e 2 già illegittimamente concessi».

(49) Cfr. sentenze 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia/Commissione*, in *Racc.*, I-1433, punto 34, e 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania/Commissione*, in *Racc.*, I-6857, punto 67.

alla Comunità nel suo complesso (50)», ha sancito che «... siffatti aiuti devono essere decrescenti e limitati nel tempo ... è chiaro che gli aiuti previsti dalla normativa italiana non si limitano alle regioni che potevano fruire della detta deroga. Per di più, essi non sono né decrescenti né limitati nel tempo. Di conseguenza gli aiuti concessi nelle regioni che possono beneficiare di aiuti a finalità regionale sono anche essi illegittimi».

7. – *Il divieto di discriminazione in materia di aiuti fiscali alla luce delle norme del Codice di condotta Ecofin*

Le agevolazioni fiscali (51), infine, per essere considerate lecite, non devono essere discriminatorie. L'art. 6 del Trattato vieta in generale «ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità», mentre gli artt. 43 ss. confermano il divieto in tema di diritto di stabilimento. In materia di imposte indirette sui consumi, il secondo comma dell'art. 90 vieta l'applicazione ai prodotti degli altri Stati membri di imposizioni «intese a proteggere indirettamente altre produzioni». Viene così vietata la discriminazione tendente ad avvantaggiare le imprese o le produzioni nazionali a discapito di quelle degli altri Stati membri. La Corte di Giustizia (52) ha affermato che le disposizioni sugli aiuti non possono costituire uno strumento per eludere l'art. 90 del Trattato CE posto a tutela del principio fondamentale della libera circolazione delle merci.

Quid juris, invece, per la c.d. discriminazione *a rovescio* che mira a conferire un vantaggio economico alle imprese non residenti per attirare capitali ed investimenti?

A tale proposito, il dibattito giuridico, dottrinale e giurisprudenziale, ha riguardato direttamente l'interpretazione di taluni atti comunitari (ed internazionali) adottati negli ultimi decenni per contrastare il fenomeno della c.d. *concorrenza fiscale dannosa*.

(50) V. anche sentenza 14 ottobre 1987, causa 248/84, *Germania/Commissione*, in *Racc.*, 4013, punto 19.

(51) Si vedano le considerazioni svolte da S. La Rosa, *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di Diritto Tributario*, diretto da A. Amatucci, Padova, 1994, 401 e ss.

(52) Cfr. C.G.C.E., sentenza 21 maggio 1980, causa 73/79, *Commissione/Italia*, in *Racc.*, 1533, punti 8-10 della motivazione, dove l'interprete del diritto comunitario osserva che sia le norme sul divieto degli aiuti di Stato, sia quelle che sanciscono il principio di non discriminazione, perseguono la medesima finalità, consistente nell'evitare che l'intervento pubblicitario falsi la concorrenza del libero mercato. Tuttavia, nella pronuncia 13 marzo 1979, cause 91-3/78, *Hansen*, in *Racc.*, 935, la Corte di giustizia, aveva dichiarato che le due norme rispondono a discipline giuridiche, differenti, a cominciare dagli effetti giuridici. In particolare, è stato sottolineato che, nel caso degli aiuti di Stato, il Trattato prevede l'intervento discrezionale della Commissione.

Rileva, *in primis*, il «pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa nell'ambito Unione Europea» (53), presentato dalla Commissione al Consiglio Ecofin del 1° dicembre 1997 (54). Il documento in questione non ha carattere vincolante sotto il profilo strettamente giuridico, bensì esclusivamente sotto quello politico. D'altronde, «il potere di veto» attribuito agli Stati membri in materia fiscale in ragione del principio di unanimità (55) in sede di votazione del Consiglio dell'Unione Europea, avrebbe impedito l'emanazione di un atto tipico, giuridicamente vincolante, dello stesso tenore.

(53) Commissione delle Comunità Europee, *Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa nell'Unione europea*, COM (97) 564 def., Bruxelles, 5 dicembre 1997, comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo.

In dottrina si segnalano: W. Schön, *Tax Competition in Europe – The Legal Perspective*, in *EC Tax Review*, 2000, p. 90 ss.; c. m. Von Quitzow, *State Measures Distorting Free Competition in the EC*, *Kluwer Law International*, L'Aja, 2001. Per un'analisi delle problematiche concernenti la concorrenza fiscale pregiudizievole in ambito internazionale si rinvia alla trattazione di C. Pinto, *The OECD 2001 Progress Report on Harmful Tax Competition*, in *European Taxation*, 2002, 41 ss.

(54) La Commissione già nel 1992 aveva affidato ad un apposito comitato, presieduto dall'ex ministro delle finanze olandese *Onno Ruding*, il compito di esaminare le prospettive dell'integrazione comunitaria. Nel Rapporto si rilevano le azioni che dovevano essere considerate prioritarie nell'agenda della politica comunitaria. In particolare, gli esperti reputavano urgente:

– L'eliminazione delle disposizioni distorsive e discriminatorie nei sistemi fiscali degli Stati membri;

– La fissazione delle regole comuni per la determinazione della base imponibile e di un livello minimo d'imposizione sulle società per limitare il fenomeno della concorrenza fiscale;

– Il potenziamento della trasparenza nei meccanismi di attribuzione delle agevolazioni fiscali accordate dagli Stati membri per attirare gli investimenti.

(55) A tale proposito, rileva notare che è in atto un animato dibattito istituzionale circa la possibilità di sancire, anche in merito alla politica fiscale, almeno riguardo gli aspetti più legati alla realizzazione e al funzionamento del mercato unico europeo, il principio di maggioranza quale criterio di votazione nell'ambito del Consiglio dell'Unione Europea. Il passaggio dalla regola dell'unanimità a quella della maggioranza qualificata appare, tuttavia, molto controverso, a causa delle riserve avanzate da taluni Paesi. Appare, invece, più praticabile, l'idea avanzata da taluni Stati membri di instaurare una *cooperazione rafforzata*, sull'esempio di quella realizzata nell'ambito della politica monetaria, fra i *partners* che spontaneamente volessero prenderne parte. Su tale tema la soppressione del diritto di veto di cui dispone attualmente ogni Stato membro contro l'avvio di tali cooperazioni sembra avere trovato unanime consenso. Restano da decidere i settori che debbono esplicitamente essere esclusi dalle cooperazioni rafforzate e quali saranno i poteri conferiti alla Commissione europea. Tuttavia, lo spirito di iniziativa politica su tali questioni sembra sopito dopo l'allargamento dell'Unione verso est e delle riforme istituzionali riguardanti il futuro degli *Stati Uniti d'Europa*.

Le conclusioni del Consiglio si riferiscono ai dati emersi dal rapporto Monti (56) sulla politica tributaria nell'Unione Europea del 1996, in cui viene sollevato il problema della concorrenza fiscale pregiudizievole che si manifesta principalmente attraverso l'istituzione di regimi fiscali preferenziali rispetto ai redditi di capitali internazionali. Tali regimi di favore cagionano «lo spostamento di investimenti, (e, pertanto, di materia imponibile) da uno Stato all'altro o verso paesi terzi, motivato da considerazioni puramente fiscali, rischiando di falsare l'allocazione delle risorse economiche e di compromettere il gettito fiscale degli Stati».

Il Consiglio Ecofin del 3 giugno 2003 ha ripreso i principi elaborati nel 1997 e ha prescritto che le misure di concorrenza fiscale dannose presenti nelle legislazioni degli Stati membri dovranno essere abolite, salvo specifiche autorizzazioni, entro il 31 dicembre del 2005. È stato, inoltre, previsto che il gruppo «Codice di condotta» continuerà la propria attività volta a verificare l'eliminazione delle misure illegittime già esistenti e a vigilare sulla non introduzione di nuove.

In riferimento all'imposizione diretta ed ai provvedimenti che gli Stati membri possono adottare per condizionare l'allocazione delle attività produttive e degli investimenti, il summenzionato Codice di condotta considera «potenzialmente dannose ... le misure fiscali che determinano un livello d'imposizione effettivo nettamente inferiore, ivi compresa l'imposizione di entità zero, ai livelli generalmente applicati nello Stato membro interessato».

Il Codice, al fine di determinare concretamente la pericolosità e quindi l'illegittimità delle misure adottate, impone agli Stati membri di verificare:

- «1) se le agevolazioni sono riservate esclusivamente ai non residenti o per transazioni effettuate con non residenti;
- 2) se le agevolazioni siano completamente isolate dall'economia nazionale, in modo da non incidere sulla base imponibile nazionale;
- 3) se le agevolazioni siano accordate anche in mancanza di qualsiasi attività economica effettiva e di una presenza economica sostanziale all'interno dello Stato membro che offre le agevolazioni fiscali;
- 4) se le norme di determinazione dei profitti derivanti dalle attività interne svolte da un gruppo multinazionale divergano dai principi generalmente riconosciuti a livello internazionale, con particolare attenzione alle norme concordate in sede OCSE;
- 5) se le misure fiscali difettino di trasparenza, compresi i casi in cui le norme giuridiche sono applicate in maniera meno rigorosa e in modo non trasparente a livello amministrativo».

Alla lettera H del suddetto Codice si fa espresso riferimento agli aiuti di stato prescrivendo che «Il Consiglio constata che una parte delle misure fiscali contemplate nel Codice rientri nel campo di applicazione

(56) Commissione delle comunità europee, *La politica tributaria nell'Unione europea (Rapporto Monti)*, SEC (96) 487 def., Bruxelles, 20 marzo 1996.

delle disposizioni sugli aiuti di stato di cui agli artt. 87 e ss. del Trattato CE ... il Consiglio prende atto dell'intenzione della Commissione di esaminare o riesaminare caso per caso i regimi fiscali in vigore e i nuovi progetti degli Stati membri, assicurando la coerenza e la parità di trattamento nell'attuazione delle disposizioni e degli obiettivi del Trattato».

Il Codice di condotta prevede che ciascuno Stato membro abbia facoltà di chiedere di esaminare gli atti relativi alle misure fiscali di un altro Paese membro rientranti nell'ambito d'applicazione del codice (57). All'uopo, è stato costituito dal Consiglio, come accennato, un gruppo incaricato di sorvegliare la valutazione di queste misure fiscali sotto la supervisione della Commissione.

Il Codice è suddiviso in due parti: una, c.d. di *stand-still*, che mira a preservare lo *status quo ante* del diritto tributario europeo, vietando ai Paesi membri di introdurre nuove misure fiscali che arrechino pregiudizio al mercato unico e un'altra, c.d. di *rollback*, che impegna, invece, per il futuro all'eliminazione delle misure contrastanti con i principi del Codice. Il persistere di una violenta competizione fiscale determina un fenomeno bizzarro quanto temibile: gli Stati membri, per il carattere «apolide» del capitale, stanno gradatamente perdendo la sovranità in materia fiscale, così gelosamente preservata durante gli anni dell'integrazione economica europea, a favore del mercato (58).

Gli Stati membri devono impegnarsi, pertanto, a deliberare sistemi tributari neutrali rispetto alle scelte degli operatori economici. Se una concorrenza fiscale circoscritta entro limiti di liceità pattiziamente riconosciuti a livello internazionale, non può che giovare al principio della libera concorrenza, politiche impositive dannose e discriminatorie, finalizzate all'*accaparramento* dei contribuenti residenti in altri Stati, infliggono un evidente *vulnus* al libero gioco della domanda e dell'offerta di mercato.

Le eventuali misure di fiscalità di vantaggio adottate per favorire le politiche occupazionali di regioni economicamente svantaggiate come quelle del Mezzogiorno italiano, pertanto, non solo dovranno rispondere, ai fini della loro ammissibilità, ai requisiti fissati dagli artt. 87 e ss.,

(57) «Ciascuno stato membro può chiedere di esaminare le misure fiscali di un altro Stato membro rientranti nell'ambito di applicazione del codice e di formulare osservazioni al riguardo. In tal modo si potrà valutare se tali misure siano o meno dannose, alla luce delle ripercussioni da esse esercitate all'interno della Comunità. Tale valutazione terrà conto di tutti i fattori individuati ... per quanto riguarda l'impatto sulla scelta dell'ubicazione delle imprese, dei livelli effettivi di imposizione sulla stessa attività economica applicati in tutta la Comunità».

(58) Cfr. C. Secchi, *Verso l'Euro-L'Unione economica e monetaria motore dell'Europa unita*, 1998, Marsiglio editore, Venezia, 123 «Senza un coordinamento generale della fiscalità, la realizzazione di un'economia sociale di mercato è problematica, poiché la progressiva perdita di sovranità fiscale causata dalla concorrenza tra stati impedisce de facto agli stessi di perseguire politiche di redistribuzione del reddito che tutelino le fasce più deboli della popolazione».

ma dovranno anche rispettare le disposizioni contenute nel Codice di condotta.

8. – *Le deroghe presenti nel Codice di condotta Ecofin*

A tale proposito, e in modo speculare a quanto previsto in seno al paragrafo 3° dell'art. 87 Trattato della Comunità Europea, vengono previste specifiche deroghe al generale principio di neutralità fiscale, con particolare riferimento all'attuazione della politica regionale dell'Unione Europea.

Alla lettera E, paragrafo 2, infatti, si ammette che «... nella misura in cui i criteri fiscali siano adottati a sostegno dello sviluppo economico di particolari regioni, si dovrà valutare se esse sono proporzionate all'obiettivo perseguito. Nell'ambito di tale valutazione si presterà particolare attenzione alle caratteristiche e alle esigenze particolari delle regioni ultraperiferiche e delle piccole isole, senza compromettere l'integrità e la coerenza dell'ordinamento giuridico della Comunità, ivi compresi il mercato interno e le politiche comuni».

Le tematiche contenute nel documento comunitario corrispondono a problematiche avvertite anche in ambito internazionale, in cui assume grande rilevanza il Rapporto OCSE (58) sulla competizione fiscale. Quest'ultimo documento costituisce un'analisi riguardante gli effetti distorsivi sugli investimenti e sull'*erosione* dei bilanci nazionali causata dalla concorrenza fiscale dannosa che viene realizzata, sia attraverso la

(58) I principali documenti emanati dall'OCSE nella materia di cui si discute sono l'*Harmful Tax Competition: an emerging global issue*, in tema di concorrenza fiscale dannosa, del 1998 ed il Rapporto 2000 *Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, sul medesimo tema, approvato dal Consiglio OCSE il 26 giugno 2000 e successive modifiche.

Nel novembre 2001, è stato redatto un altro rapporto, *The 2001 Progress Report*, che individua le direttive generali del nuovo approccio alla lotta avverso la concorrenza fiscale dannosa.

Il Comitato OCSE per gli affari fiscali, oltre a svolgere un bilancio dei risultati che si sono conseguiti nella lotta alla concorrenza fiscale dannosa, ha redatto una lista di 35 Paesi qualificabili come paradisi fiscali e un'altra *black list* di 47 regimi fiscali potenzialmente dannosi. Per una trattazione più esauriente sull'argomento si rinvia a R. Portner, *Verso una cooperazione fiscale globale: alcune considerazioni riguardo al rapporto OCSE sulle Harmful Tax Practices*, in *Fiscalia*, n. 5, 2000, 529 e ss.; Hans - Werner Sinn, *Tax Harmonization and Tax Competition in Europe*, in *European Economic Review*, vol. 34, 1990, 489-504; V. Tanzi, *Globalization, Tax competition by the future of tax systems*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, curato da V. Uckmar, Cedam, Padova, 1999; F. Andreoli, *Il rapporto OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa*, in *Rivista di diritto tributario*, 1999, parte IV, 24 ss.; P. Bonarelli, *L'approccio dell'OCSE nella lotta ai paradisi fiscali. Nuove strategie contro la concorrenza dannosa*, in *Fisco*, 2001, 21, 8449 ss.

creazione dei c.d. paradisi fiscali (*tax havens*), sia per mezzo di regimi tributari particolarmente agevolati.

Nel corso degli anni sono state introdotte numerose disposizioni contenenti agevolazioni territoriali per il Mezzogiorno e le altre aree depresse che hanno superato l'esame della Commissione europea: dal decreto del Presidente della Repubblica n. 218 del 1978 (Testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno) alla legge n. 64/86, dal decreto l. n. 32 del 1995 (conv. in l. n. 104 del 1995) al decreto legge 23 giugno 1995, n. 244 (conv. in l. 8 agosto 1995, n. 341). L'art. 7 della l. n. 449 del 1997, ad esempio, ha attribuito a sostegno della ripresa nelle zone economicamente depresse, un credito d'imposta, commisurato agli investimenti effettuati nei cinque periodi d'imposta precedenti a quello in cui era stato stipulato il contratto d'area, alle imprese partecipanti entro il 31 dicembre 1999 e residenti nelle aree rientranti negli Obiettivi 1 e 2 del Regolamento comunitario n. 2052/88. L'art. 8 della l. n. 388 del 2000 ha stabilito l'attribuzione di un credito d'imposta a favore dei titolari di reddito d'impresa che effettuavano nuovi investimenti nelle aree territoriali svantaggiate individuate dalla Commissione dell'Unione Europea.

Ulteriori norme fiscali agevolative, ritenute conformi alla legislazione comunitaria, concernono le zone depresse del centro-nord e quelle montane.

L'art. 87, paragrafo 3°, definisce i criteri in base ai quali la Commissione (59) può autorizzare la concessione di aiuti di stato aventi natura fiscale. Rilevano, innanzitutto, le lett. *a*) e *c*) della citata disposizione relative agli aiuti su base regionale. Questi ultimi, dall'adozione dell'Atto unico europeo, sono stati sempre più incentivati dall'azione della Commissione europea ai fini del riequilibrio economico fra il *Sud* e il *Nord* d'Europa (60).

(59) G. Della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti di statali alle imprese*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1993, 399 e ss.

(60) Per taluni Paesi, come la Spagna, si deve fare riferimento anche a specifiche indicazioni contenute negli atti di adesione, sebbene si tratti generalmente di dichiarazioni di carattere politico o, comunque, aventi effetti giuridici contenuti. Sul punto si rinvia all'analisi condotta da B Fernandez Perez, *Coordinatiòn y coherencia entre politica regional y politica de la competencia: los incentivos regionales*, in *Revista de instituciones europeas*, 1995, 1, 191 ss.

In particolare, la Commissione, con decisione del 10 maggio 1993 (93/337/CEE, in G.U.C.E. L 134 del 3 giugno 1993), ha autorizzato un sistema di aiuti fiscali agli investimenti nei Paesi Baschi (*Comunidad autòma foral* insieme a Navarra). Con decisione 12 dicembre 1996 [SG (96) D/11028 (aiuto di Stato N 529/96)] di cui è stata data notizia (GU 1997, C 189, p. 7), la Commissione ha approvato il programma di aiuti a finalità regionale *Ekimen* della Comunità autonoma del Paese Basco notificatole allo stato di progetto dalla Spagna il 28 giugno 1996. Tale programma è stato istituito dal decreto 17 dicembre 1996, n. 289, pubblicato nel *Boletín Oficial del País Vasco* 23 dicembre 1996, n. 246, p. 20138. Esso intendeva favorire lo sviluppo regionale e la creazione di posti di lavoro nella Comunità autonoma del Paese Basco. A tal fine l'art. 5 del

Il divieto di aiuti di stato sancito nel diritto positivo comunitario e in quello vivente della giurisprudenza della Corte di Giustizia acquista una rilevanza fondamentale nell'ambito del sistema giuridico comunitario. Le deroghe espressamente ammesse o implicitamente desumibili dall'interpretazione sistematica dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea rispondono direttamente ad interessi comunitari prevalenti,

decreto *Ekimen* prevedeva che gli investimenti dovessero soddisfare le seguenti condizioni:

- il progetto d'investimento doveva essere redditizio da un punto di vista tecnico, economico e finanziario e realizzato in un periodo di tre anni dalla data di concessione dell'aiuto;

- l'importo dell'investimento doveva essere superiore a ESP 360 milioni;

- il progetto doveva permettere la creazione di almeno 30 posti di lavoro.

Il regime tributario vigente nel Paese Basco rientra nella disciplina della concertazione economica, istituita dalla l. spagnola 13 maggio 1981, n. 12, ulteriormente modificata dalla l. 4 agosto 1997, n. 38.

Successivamente, la presentazione di un nuovo regime di aiuti fiscali sotto forma, segnatamente, di un credito d'imposta del 45% e di una riduzione della base imponibile per l'imposta sulle società, istituito dalla *Diputación Foral de Álava* per incentivare gli investimenti, è stato, invece, ritenuto dalla Commissione incompatibile con il mercato unico. In particolare, il 24 febbraio 1999, la Commissione ha adottato la decisione 24 febbraio 1999, 1999/718/CE con cui dichiarava incompatibili con il mercato comune gli aiuti di Stato concessi dalla Spagna alla *Daewoo Electronics Manufacturing España SA*. La decisione è stata impugnata ma la Corte di giustizia ha dichiarato il ricorso irricevibile (Cfr. Sent. 6 marzo 2002, cause riunite T-127/99, T-129/99 e T-148/99, *Diputación Foral de Álava e a./Commissione*, in *Racc.*, II-1275).

Rilevante, inoltre, il caso dell'Irlanda, che anche grazie ad una sapiente utilizzazione degli aiuti fiscali, è riuscita a portare fuori dall'elenco dell'Obiettivo 1 della programmazione dei fondi strutturali le proprie regioni. Rientrano nella categoria degli aiuti regionali quelli varati dalla riforma del Governo irlandese e che la Commissione europea ha autorizzato, permettendo l'istituzione dell'*International Financial Services Centre (IFSC)*, nel 1987, nell'area del porto di Dublino. Nella *XVII relazione sulla politica di concorrenza 1987*, Bruxelles, 1988, punto 226, l'esecutivo dell'Unione europea ha fatto riferimento al regime fiscale speciale attraverso cui l'Irlanda ha garantito alle società che si sono iscritte all'IFSC, con il fine di godere di servizi finanziari internazionali, particolari benefici fiscali. Sul tema si segnalano: T. Callan e B. Nolan, *Tax an welfare changes, poverty and work incentives in Ireland, 1987 - 1994, The Economic and Social Research Institute*, Dublino, 1999; P. Valente e M. Magenta, *Irlanda: la Commissione europea approva il nuovo regime fiscale*, in *Corriere Tributario*, 1998, 3621 e ss.

Nella Risoluzione del Consiglio del 20 ottobre 1971, sulla disciplina dei regimi generali di aiuto regionale, pubblicata in G.U.C.E. , serie C 111, del 4-11-1971, viene ammesso che «gli aiuti a finalità regionale, qualora siano adeguati ed oculatamente applicati, costituiscono uno degli strumenti indispensabili dello sviluppo regionale e permettono agli Stati membri di effettuare una politica regionale intesa a favorire un'espansione più equilibrata, tra le varie regioni di uno stesso paese dell'Unione Europea»; nella ventitreesima relazione sulla politica di concorrenza (291 e ss.) la Commissione ha stabilito che gli aiuti di stato a finalità regionale possano «rafforzare gli effetti dei fondi strutturali».

quali quelli di solidarietà (sia tra i cittadini sia tra i territori di cui si compone l'Unione Europea) e di uguaglianza giuridica.

Le scelte dei sistemi tributari nazionali, ancora per molti versi sottratti al giudizio delle istituzioni di Bruxelles, devono essere, in materia di erogazione di aiuti di stato, valutate dalla Commissione europea ai fini della loro compatibilità con il funzionamento del mercato comune. La *Costituzione* comunitaria si fonda sul principio della libera concorrenza ma anche sul riconoscimento dello Stato sociale e consente l'intervento dei poteri pubblici se strutturato in base ai criteri dell'efficienza, della proporzionalità e della necessità.

I sistemi fiscali degli Stati membri devono stabilire quali risorse destinare alla spesa pubblica attraverso l'esercizio del prelievo tributario e quali lasciare al libero mercato. La spesa pubblica deve garantire, in base all'applicazione del principio di sussidiarietà, esclusivamente i beni e i servizi che, in assenza dell'intervento pubblico, non potrebbero altrimenti essere reperiti dagli operatori economici nel mercato (61).

Altro aspetto problematico rilevato in materia di aiuti di stato è costituito, nella «realità di sistemi fiscali separati in un mercato unificato» ed a moneta unica, dal fatto che le agevolazioni fiscali introdotte dagli Stati membri possono realizzare una concorrenza dannosa tra i sistemi tributari nazionali.

Il «pacchetto fiscale» deliberato dal Consiglio nel 1997 e confermato nel giugno del 2003, volto a contrastare le forme di concorrenza sleale tra gli Stati si applica anche in materia di aiuti fiscali. Tra le diverse misure del pacchetto è stata segnalata l'adozione del *Codice di condotta* sulla fiscalità delle imprese, nonché l'elaborazione di nuovi orientamenti in tema di aiuti fiscali.

Ma la questione maggiormente problematica ed attuale è rappresentata dalla necessità di contemperare le esigenze del mercato unico e della libera concorrenza con quelle della politica regionale e della coesione economico e sociale portata avanti parallelamente dagli Stati membri e dall'Unione Europea. Occorre coniugare i principi del liberalismo e del liberismo con forme necessarie e proporzionate di interventismo pubblico nell'economia ispirate al principio della solidarietà.

dott. AGOSTINO ENNIO LA SCALA
Università degli studi di Palermo

(61) Sul punto si rimanda a D. Da Empoli, *L'influenza del sistema fiscale sulle scelte di impresa*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 1999, 180 e ss.

CROSS BORDER DEDUCTION OF LOSSES IN EUROPE TAX LAW: THE «ECONOMIC LINK» AND TERRITORY PRINCIPLE, WHAT FUTURE?

Sintesi: The cross border offsetting of losses is a thorny issue that may hardly be solved with a uniform approach on the basis of law sources and principles currently available. The lack of harmonization at the EU level, the huge differences among the tax and accounting legislations of the Member States, the absence of guidelines and certainties in the OECD MC (exemption vs. credit systems) are the main sources that contribute to feed and exacerbate this issue.

The outcome is that, due to market globalisation and the increasing number of cross border activities a solution needs to be found at least for two basic issues: 1) situations where specific events would determine a «final loss» (see par. 1.3.2 point 2 and comments on Marks & Spencer case para. 4.2.) and 2) situations where, despite different legal entities are involved, income of companies within a same group in the EU market - due to a tax consolidation or a fiscal unity - should be aggregated/consolidated in order to equalize profit and losses, disregarding any difference deriving from the tax system involved, i.e. credit or exemption (see par. 1.3.2 point 1). The Draft Directive of 1990 shows a clear impetus toward this direction and still offers in author's view viable solutions to harmonize the treatment of losses. The «reincorporation method» suggested in the Directive could still cool down the fear that countries have of losing tax revenues in cross border offsetting of losses. Due to the wise tool of the recapture of the amount of losses previously deducted, there is no risk for the residence country in reckoning the losses as determined in accordance with the rules of the Member State in which the foreign permanent establishment or subsidiary is situated (see in this respect exp. mem. par. 9). At the same time this tool seems to me beneficial for enterprises since it allows them to reduce the risks of cash flow issues (see supra note 27) arising when foreign losses may not be set off against domestic profits. Further, the reincorporation method suggests us that, under an EC law compatibility test, Member States may find it difficult to prove the «proportionality» of domestic provisions denying cross border offsetting of losses.

In its previous decisions concerning losses and costs the ECJ made reference to terms such as «territoriality and economic link» to allocate such losses and costs under a tax jurisdiction. Unfortunately, it seems that those references are not consistent. On one hand EU governments used them either on the ground of the justifications (see *Futura* and *ICI* cases) or as a tool to exclude a comparability analysis and therefore a breach of the fundamental freedoms from the outset (see *Bosal* case). On the other hand the concepts underlying those terms have also been characterised under a different wording as happened with the ideas of the cohesion or coherence of the tax system. The ECJ didn't clarify where the territoriality principle should play a role (at the level of justification or on the ground of the comparison) in testing the compatibility with EC Treaty of a domestic rule thus avoiding a standard answer to EU governments' plea. Further, it is hard to think that the territoriality principle and the economic link concept equally apply to single entities and groups (see para. 3.3. at the end).

Should such terms lead to a uniform interpretation of the territoriality principle (what some scholars define as «strict territoriality principle» see para. 3.3) a possible way out in the different treatment of losses under the current legal system could be found and a uniform set of rule could be suggested by denying a cross-border offset for losses. However, practice shows a different pattern, particularly when dealing with countries adopting a credit method. In EU Member States where domestic legislations provide for group relief or consolidation regimes for tax purposes, the territoriality principle does not seem to constitute a valid justification in order to deny the cross-border offset of losses. Inasmuch as a restriction of the freedom of establishment is deemed to arise, for those groups – actively involved in various countries – that may not import losses from foreign subsidiaries, the ECJ will likely decide those cases – as the Marks & Spencer case will show in the author’s opinion – in favour of the taxpayer by requiring the resident country (UK or another EU country) to allow for cross-border loss consolidation.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The issue of cross-border offsetting of losses. – 2.1. definition of losses. – 2.2. Tax treatment of losses (a domestic point of view). – 2.3 International taxation and cross-border losses. – 2.3.1. Worldwide vs. source taxation. – 2.3.2. Two basic issues with cross-border offsetting of losses. – 2.3.3. Tax treaties law, OECD MC and losses. – 2.4. Losses in PE ad Sub under EC secondary law (Draft proposal for cross-border compensation and proposal for losses carry over). – 2.4.1. Draft Directive on losses. – 2.4.2. Draft Directive for carry-over of losses. – 2.5. Preliminary results on the basis of the first part of the analysis. – 3. Territoriality and economic link concepts applied to losses in EC law and ECJ decisions. – 3.1. Cross-border losses under the test of the EC law and the fundamental freedoms. – 3.2. Territoriality and economic link concepts, their interrelation with cross-border losses. – 3.2.1. Territoriality and economic link in the ECJ decisions. – 3.2.1.1. *Futura*. – 3.2.1.2. *ICI*. – 3.2.1.3. *Geritse*. – 3.2.1.4. *Bosal*. – 3.3. What a territoriality principle would suggest? Economic or legal criteria. – 4. Cross-border offsetting of losses: negative or positive integration? – 4.1. Preliminary remarks. – 4.2. *Marks & Spencer* a decision that could change the history. – 5. Conclusion. – Annotated bibliography. – Case law of the European Court of Justice.

1. – Introduction

After the 1990 Draft Directive on cross-border compensation of losses, the idea of harmonization in the field of losses has not been properly addressed at EU level. It might well have been addressed but there haven’t been concrete proposal.

The aim of facilitating the grouping together of companies is widespread in the European Community and often called upon in EU Council’s documents (*e.g.* Par-Sub Directives) especially when comparing a group of companies carrying on activities in a single Member State with one performing activities in different countries. Obviously, as long as differences arise in these cases, in the tax treatment of transfer of profits (and losses) from one country to another, it will be difficult to reach the aimed harmonization and thus increase the competitiveness at international level for the EU groups. Apparently, so far, the lack of a clear set of rules both in the EC law and in the international tax law (DTCs) jeopardizes a uniform treatment in the field of losses. Nonetheless, a clear

opportunity to make a step further arises in these years (2004-2005) since an important case on the cross border offsetting of losses is pending before the ECJ (*i.e.*, *Marks & Spencer*). The ECJ will tackle a dangerous choice, which, in one way or in another, will put a milestone in the treatment of losses for groups in Europe.

In its previous decisions concerning losses and costs the ECJ made reference to terms such as «territoriality and economic link» to allocate such losses and costs under a tax jurisdiction.

After a recognition of the issue arising with cross border offsetting of losses this paper analyses the two concepts of territoriality and economic link as so far developed with ECJ decisions. Finally, the work deals with the *Marks & Spencer* case and tries to focus on the possible outcome.

2. – *The issue of cross-border offsetting of losses*

2.1. – *Definition of losses*

As already pointed out in the introduction, the present analysis will focus on the tax treatment of losses for corporations regardless of the impact of such elements in the individual wealth taxation.

Business results for commercial accounting purposes are normally the starting point for computation of corporations' taxable base and therefore for the levying of taxes on corporations' profits.

Generally speaking, whenever the actual performance of a corporation yields a positive income (operational income) lower than its negative income (*i.e.* expenses and costs), a loss arises for both commercial accounting and fiscal purposes. In fact, a corporation showing a loss before tax in the profit and loss account would end up with a negative taxable base and therefore no taxes will be levied in the taxable period concerned. On the other hand, even if a corporation ends a given year with a profit for commercial accounting purposes, the taxable base may result again in a negative value, a loss for tax purposes, (or a nil base) due to the offset of negative taxable bases from previous business years or due to temporary (*e.g.* deferred tax liabilities) or permanent differences for commercial accounting and fiscal purposes arising in that same year.

Due to these main features, a common definition of losses arises neither across domestic law of EU Member States nor in the international law of treaties nor even in the EC law.

Some scholars (1) have attempted to characterise losses as negative profits. Indeed, losses and profits share a common background: the same

(1) A. Cordewener et al., *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M&S, and the Way Ahead* (Part One and Two), 44 *European Taxation* 4 and 5 (2004), 135-142 and 218-233, paragraph 1.

goals that usually lead an enterprise to make profits may drive results in the opposite direction. Thus, it is undoubtedly correct to create an idea that losses, being able to reduce profits and to reach negative results, may be defined as negative profits.

With these basic definitions in mind, it is now worth analysing some features of the tax treatment of losses, which may vary to a great extent from country to country due to huge differences in fiscal legislations and accounting conventions (*i.e.* GAAT, IAS).

This analysis will focus on two main aspects:

- how domestic, international and EC law principles involving the tax treatment of losses, as they currently stand, may solve cases on cross-border offsetting of losses for corporations, as the one currently pending before the European Court of Justice (ECJ): the *Marks & Spencer* case (2);

- how the interaction between the territoriality principle, the concept of «economic link» and the EC law principles as interpreted by the ECJ may affect the decision of the *Mark & Spencer* case and the future treatment of losses for groups of companies.

The former point will be discussed in this chapter having regard to domestic international and EC secondary laws principles (basically the Draft Directive on losses) (3), while chapter three will deal with the discussion on the territoriality principle and the concept of economic link, as developed by the recent ECJ decisions. Chapter four will focus on how the outcome of these reflections may drive the ECJ in the solution of the *Marks & Spencer* case.

2.2. – Tax treatment of losses (a domestic point of view)

The tax treatment of losses may have to be analysed from a range of angles that keeps into account the diverse approaches adopted according to tax laws and accounting principles of the various countries.

Some scholars have summarized with a detailed analysis the basic tools and mechanisms of the tax treatment of losses under domestic laws (4), based on such analysis it is possible to gather many criteria some of which need to be recalled upon in this framework.

Having regard to the sources (not in a geographical sense), losses for companies may derive from ordinary business activities or extraordinary events such as reorganizations, winding up of PEs or liquidation

(2) ECJ, Pending, Case C-446/03 *Marks & Spencer v. David Hasley, Inspector of taxes*.

(3) The proposed EC Directive concerning arrangements for the taking into account by enterprises of the losses of their permanent establishment and subsidiaries situated in other Member States COM (90) 595 final of 6 December 1990, O.J. No. C 53 of 28 February 1991.

(4) A. Cordewener et al., 44 *European Taxation* (2004-4 and 5), supra note 1, paragraph 2.

of subsidiaries. In the former case tax systems may introduce specific limitations to allow deduction of losses and costs only if income or gains of the same categories arise (*e.g.* basket systems applied to losses from immovable properties or capital losses) (5).

Losses may also stem from accounting differences on the basis of specific fiscal and accounting rules of a given country rather than from economic events involving the companies incurring them.

As to the timing relevance, tax law may provide that, if a corporation suffers a tax loss for a given year, such a loss may not only trigger non-taxation in that same year, but also interact with previous or following fiscal accounts, thus reducing the tax burden in other taxable years (6). In other terms, a loss may be considered in the period of its accrual, carried forward and allowed as a deduction in a subsequent tax year, or carried back and allowed as an additional deduction in a previous tax year.

Of course, due to countries' fear for abusive schemes that undermine the integrity of tax bases, limitations on carry forward and carry back are provided for by domestic legislations usually with a time limit (*i.e.* an available time frame to offset after which an expiration occurs) or with maximum amount ceilings and this holds particularly true when company ownerships change.

Furthermore, as some scholars already pointed out (7), the exploitation of carry-back and carry-over mechanisms is available inasmuch as the tax administrations' sophisticated administrative resources are able to keep monitoring taxpayers' taxable base over a certain length of time without difficulties.

All these features in tax treatment of losses as well as other categorizations (8) may be blended in a single tax jurisdiction or show overlapping when two or more tax jurisdictions are involved.

Finally, for the purposes of this analysis two differences are more relevant than others in considering the tax treatment of losses and these differences arise often as two sides of the same coin being strictly related to each other, as the *Marks & Spencer* case shows.

On the one hand, losses can be suffered by one and the same tax-

(5) For a recognition on US basket system and other systems see H. J. Ault et al., *Comparative income taxation* (The Hague: Kluwer law international, 1997), 394.

(6) We may think to a legislation allowing a tax loss carry forward to be translated into a deferred tax asset on the commercial balance sheet of the company suffering it. That loss could be utilised against future taxable income.

(7) L. Burns and R. Krever, in V. Thuronyi (Ed. 1996), *Tax Law Design and Drafting* (Washington D.C.: International monetary fund), p. 619.

(8) For other aspects of the tax treatment of losses such as direct or indirect equalization (*e.g.* through depreciation of the participation) or the detailed ways of undoing a previous loss consideration, see A. Cordewener et al., *European Taxation*, *supra* note 1, para 2.9 and 2.10.

payer or by different taxpayers though parts of the same group. This typically occurs in a parent - subsidiary relationship within a group of companies.

Likewise, though with slightly different nuances the same taxpayer may decide to make a direct investment or to run his business through a Permanent Establishment. In the latter situation, losses may be attached to each of the relevant parts of the enterprise, *i.e.* the Head Office or the Permanent Establishment (in other words losses may be attributable to the PE or not) as the case maybe.

On the other hand, the other side of the coin – and the thorniest issue – is the difference in tax treatment between domestic and cross-border offsetting of losses.

This last issue is at stake in both the cases of a single taxpayer involved in foreign investments through a permanent establishment and of a parent profitable company with a subsidiary in a different country incurring losses or vice versa.

For the sake of completeness, one should also mention the fact that due to differences in tax systems adopted by different jurisdictions in order to tax world wide income and to provide relief from double taxation, losses may not only be «offset» in cross border situations but also disregarded at all or sold along with the loss making company.

The aim to ascertain how international and EC tax (secondary) law cope with cross border offsetting of losses is the main purpose of this first part of the work while the second one will address the suitability of the territoriality principle and the «economic link» concept in order to solve cross border cases of loss offsetting such as the *M&S* case.

2.3. – International taxation and cross-border losses

When tackling the cross border treatment of losses, two or more jurisdictions are at least involved. Therefore, the analysis requires an assessment of the most exploited methods of taxation in the international tax arena and a basic understanding of how, in case of overlapping of those methods, relief from double taxation tools interact with the cross border offsetting issue.

2.3.1. – Worldwide vs. source taxation

As above mentioned, both profits and losses, generated by corporations in cross border situations, are likely to be taken into account twice for tax purposes in two different countries. In order to understand how losses can be eventually taken into account between the two or more taxing jurisdictions concerned in a cross-border scenario, the following considerations may be made hereby. Broadly speaking, a nexus between

a country and the activities or the legal entities (9) that generate an income is required in order to let the State exert its right to claim taxation on that item of income (or take a loss into account for tax purposes).

It has been held that tax jurisdiction is one of the aspects of a state's sovereignty, which is not limited as a rule (10) and may be exercised in two ways: on the basis of a «personal attachment» (*e.g.* residence of tax subjects, nationality, etc.) or on the basis of an «economic attachment» (economic interest in a given state) (11).

Each situation that gives rise to a «personal attachment» – in the sense above stated – is also the origin of the unlimited tax liability on worldwide income. As a matter of fact, most countries tax their residents on a worldwide basis, *i.e.* for worldwide income and assets attributable to those residents. At the same time non-residents are taxed on the basis of the source principle *i.e.* with a limited tax liability only for income sourced within the country.

These two previous situations, worldwide versus source taxation, may overlap and cause double taxation. Usually, worldwide taxation with respect to residents (or nationals as far as individuals are concerned in US) and source taxation with respect to non-residents are strictly related methods in a single tax system of a country. Nevertheless, a country could adopt a «strict territoriality principle» (12), whereby both residents and non-residents are taxed only for income and assets which are situated/sourced within the territory of that country (13). Both the source and the territoriality principle adopt a reference to the source of the income in order to provide a nexus with a taxing jurisdiction and allow the taxation in a given state. However, inasmuch as it applies to both residents and non-residents, it seems to me that the territoriality principle differs to some extent in the international taxation language from the pure «source» principle used to characterize only the limited liability for taxation of non-residents as opposed to the worldwide principle usually applied to tax residents. Thus, it seems that the strict territoriality principle, as explained by authors referring to it, would practically apply and should be interpreted as a base income exemption for both residents and

(9) Individual treatment is disregarded in this respect since the analysis focuses on taxation of corporations.

(10) Tax treaty network may to a certain extent reduce the taxing power of countries by restricting their domestic tax legislations and curbing their sovereignty in that respect.

(11) For these definitions see H. Hamaekers, *The Source principle versus the residence principle*, *Revista dos tribunais* No. 3 1 (1993), 164 et seq. at 166.

(12) See in this respect P.J. Wattel, *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality*, *EC Tax Review* (4-2003), 194-202, at 201 and D. Gutmann, *The Marks & Spencer case: proposal for an alternative way of reasoning*, *EC Tax Review* (2003-3) 154-158, at 158.

(13) For a further discussion upon the ECJ decisions and the territoriality principle see chapter 3.

non-residents. In other terms, the source state would completely disregard the foreign income in order to tax residents and non-residents.

Finally, in considering the tax treatment of income and losses it is also worth noting that a big difference for cross border offsetting purposes may derive from the relief method adopted by each country in order to avoid double taxation of business profits, *i.e.*, credit, income exemption or exemption with progression. The credit method usually considers the foreign losses of PEs in the world wide income subject to tax, the income exemption method completely disregard both profit and losses of foreign PEs in determining the world wide taxable income of the resident HO, the exemption with progression method take both PEs profit and losses into consideration in order to determine the tax rate applicable to the HO world wide income. Losses will affect the tax rate with a negative progression effect.

2.3.2. – *Two basic issues with cross-border offsetting of losses*

Once analysed the basic principles and criteria adopted to allocate income and therefore losses into different jurisdictions (worldwide, source and strict territoriality), one should verify what are the issues that losses may create for corporations engaged in activities across the borders. In particular, it is important to understand what happens when foreign losses derived from activities carried on in the source countries may not be set off in the residence country where the enterprise started its business.

I would summarize here below two separate issues according to the sources where they come from (14):

- 1) The pure cross-border issue for both branches and different legal entities (foreign subsidiaries);
- 2) The timing issue (carry back - carry forward) in the same or different jurisdictions and the concept of final losses.

1) Where a PE or a foreign subsidiary incurs in losses a first issue arises as to whether the residence (*i.e.*, the HO or parent) country allows the losses to be set off against domestic profits of the HO or parent company. As a matter of fact, while, as a rule, income in the same jurisdiction is aggregated either among branches and head office or through some forms of fiscal consolidation between subsidiaries and the parent company, the same mechanism never applies where those losses have to cross the borders in order to be set off. This obstacle holds true as far as subsidiaries are concerned and sometime even when PEs are in-

(14) For a clear explanation of these issues, though with a different classification see B.J.M. Terra and P.J. Wattel, *European Tax Law*, Third Edition (Deventer: Fed, 2001), 440-452.

volved (15). This lack of neutrality in equalization of profits is currently under examination before the ECJ (16) but even in a non-EU environment, absent a uniform treatment for cross border offsetting of losses for tax purposes, it is not easy to foster the competitiveness for groups of companies.

For the sake of clarity, however, it is important to stress that the situation is different when analysing the HO/PE relationship as compared to the Parent-Subsidiary relationship since, as well pointed out by some scholars (17), «established international tax law does not treat foreign branches and foreign subsidiaries alike».

As a general rule (18), losses suffered by foreign branches are taken into account in the worldwide tax liability to offset the head office profits reducing its taxable base and thus creating, even if temporarily (19), a cross border losses offsetting scheme. The reason of this specific treatment is that PE forms a single unit with the undertaking and from a legal standpoint they are not separate legal entities. This means that PEs are not residents of the country where they are located and thus are taxed with a limited liability on income sourced therein.

On the contrary, it is a widespread principle in international taxation that profits deriving from a subsidiary in another state are disregarded for tax purposes up to the moment of the repatriation as well as losses incurred by a foreign subsidiary that may not be offset against a resident parent company income (Danish consolidation and other worldwide consolidation regimes (20) make exception to this rule as well as CFC legislations according to which profits from foreign subsidiaries are immediately attributable to the resident parent company). This is because subsidiaries are separate legal entities and are residents and subject to full tax liability in the source state. Therefore, those los-

(15) The principle does not apply when an income exemption country is at stake since due to exemption of foreign profit foreign losses are disregarded either.

(16) See ECJ, Pending cases, Case C-446/03 *Marks & Spencer v. David Hasley, Inspector of taxes* and Case C-152/03 *Ritter v. Bundesfinanzhof*.

(17) P.J. Wattel, *EC Tax Review* (4-2003), *supra* note 12, at 194.

(18) Some exception to this principle arises in exemption countries that disregard foreign PE losses as well as they do for profits.

(19) This mechanism of cross border offsetting of losses incurred by foreign branches against HO profits is usually coupled with a recapture mechanism. Such a recapture excludes relief from double taxation of future foreign PE income in the residence country to the extent that the amount of the losses previously deducted are not added on the HO income. Some country provides for an automatic recapture when foreign PE is not profitable anymore (*e.g.* after a maximum time limit of 5 years) or wound up, sold, transformed in a corporation.

(20) French adopts a kind of world wide consolidation regime known as *bénéfice consolidé* and Italy has also recently issued a set of rules within its tax reform providing for a world wide consolidation regime applicable as from 2004. In both cases the head of the group should own at least 50% of the consolidated subsidiaries.

ses may only be carried back or forward in the foreign country where the subsidiaries are located.

The reason of this difference in treatment between PE and subsidiaries could be deemed the outcome of their different legal forms (21). However, if we look at these relationships from an economic perspective there are grounds to support the idea that a same equal treatment should be granted irrespective of the legal form adopted to run a business, at least within the EU market if the main goal is that of achieving Europe as the most competitive economic power in the world (22).

True, even if this equal treatment between PE and subsidiaries would go beyond their legal background and would not be always accepted it would probably help to foster the economic growth in Europe.

In my view, these considerations on the difference of legal forms should have a different weight at least when a group consolidation for fiscal purposes arises.

Whenever a group consolidation is involved one question may be brought forward: should the idea of an economical unit, regardless of how the group is organized from a legal point of view, govern the tax result?

At least in the EU context where a single market should be developed with the idea of an internal market (23), a common taxable base including profits and losses of the companies within a group actively involved in the EU and the equalization (24) of such profits and losses should be achieved. The European territory should be considered as a single market whereby tax sovereignty of each Member State leaves precedence to a sovereignty of EU taxation on the basis of some principles for the allocation of the taxable base to be agreed upon.

In these circumstances the relationship between the head of the group and the subsidiaries wherever located should be the same of that applicable between HO and PE, or a Parent and a subsidiary consolidated in the same jurisdiction for tax purposes, provided a certain ownership requirement is met and irrespective of the fact that each company within the group is a different legal entity.

(21) For a detailed analysis of the main differences between PEs and subsidiaries under an EU perspective see P.J. Wattel, *EC Tax Review (4-2003)*, *supra* note 12.

(22) See Point 5 of the Presidency Conclusion from the Lisbon European Council, 23 and 24 March 2000 COM (2001) 582: *Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities* and more recently Introduction of *An Internal Market without company tax obstacles achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*, Brussels 24 November 2003 COM (2003) 726.

(23) See Explanatory memorandum par.1 of COM (90) 595 final of 6 December 1990, *supra* note 3.

(24) For the possibilities of having a tax equalization system developed in Europe see B. Wiman, *Equalizing the Income Tax Burden in a Group of Companies*, 28 *Intertax* (2000-10), 352-359.

2) Timing limit plays an important role in this subdivision of issues for cross border offsetting of losses.

In principle, for both PE and subsidiaries suffering losses, carry back or carry over provisions in tax legislations of many countries would allow the offset of those losses in the same jurisdiction against profits of previous or following fiscal years with some time limits. However, it might well happen that:

a) there were not enough profits in previous years against which offset the losses; or

b) a country has only carry-over provisions and a time limit prevent losses to be absorbed by following profits; or

c) a company is liquidated or wound up or transformed in a branch or vice-versa.

In all the situations of final losses, as above described, the lack of a proper and uniform set of tax rules either in international tax law or in the domestic one, prevent a fair taxation of the profits for undertakings. Eventually, it is possible that the enterprise suffers a tax burden higher than its own tax liability worldwide thus resulting in overkill taxation. The *M&S* case clearly shows this shortcoming of the actual system in UK and the same drawbacks arise in many European countries. A group of companies where the overall taxable income would be negative due to foreign subsidiaries losses should not pay any tax on domestic HO's or parents' profits at least for the part of those profits which could be offset against foreign losses. However, where domestic legislations and international tax laws along with EC Treaty law and its interpretation, as provided by the ECJ, do not grant to the residence state the right to import the foreign losses of subsidiaries, the parent company or the HO – where the foreign losses excluded from cross border offsetting pertain to a PE (25) – will suffer a cash flow issue and an interest loss (26).

A strict territoriality principle could be of some assistance or one of the possible solution to avoid the issue of cross border offsetting of losses and to grant neutrality for domestic and cross border investments. Indeed, a strict territoriality approach would force a country adopting it to allocate foreign income and investment out from its tax jurisdiction and to take into consideration income and losses inasmuch as they are generated within the territory under its sovereignty. Thus, no issues of cross border migration, exchange and offset of losses of PEs or subsidiaries would arise since the taxable base would be calculated allocating only domestic (*i.e.*, within the territory of that country) income. Reference is made to Chapter 3 for further considerations on the territoriality principle under the EC law perspective and how it may solve cross border offsetting of losses.

(25) The issue for PEs may arise if certain conditions arise both in French and in Germany see H.J. Ault et al., *Comparative income taxation*, *supra* note 6, p. 408.

(26) Along this line of reasoning see P.J. Wattel, *European Tax Law*, *supra* note 14, p. 442.

2.3.3. – *Tax treaties law, OECD MC (27) and losses*

Before entering the delicate field of how EC law (both for primary and secondary level (28)) and ECJ decisions deal with the treatment of losses in cross-border situations, it is useful to check whether the law of treaties provides any possible solution or helps in that respect.

As already pointed out by some scholars (29), both the relief systems of credit and exemption as dealt with in article 23 A and B of the OECD MC and its commentaries are clear with this respect. Those systems do not bind residence states to adopt certain behaviours whenever the issue of allocation of losses from foreign business activities carried on by their residents arises. In other terms, countries are left free to either consider these «negative profits» or disregard them at all when taxing the worldwide income of their residents.

Reading paragraphs 44 of the Commentary to article 23A and 62 of the Commentary to article 23B, the idea one may gather is that, as far as loss treatment is concerned, it is not feasible to adopt a uniform solution to be proposed in those articles due to substantial differences among countries legislations. Thus, precedence should be given to domestic laws and bilateral agreements or mutual agreement procedures.

However, while credit systems do not create particular issues in considering foreign losses (at PE level) as part of the worldwide income for tax purposes, a thorny issue seems to arise with exemption systems. Since exemption countries usually disregard foreign profits (an exception for positive progression effect may arise) the issue arises because for neutrality purposes and also if one thinks to a strict territoriality approach (*e.g.* a pure income exemption system) foreign losses should be disregarded. Nonetheless, again, there is not a uniform pattern with this respect as highlighted by many authors (30). According to these scholars, High Courts in France and Germany used in the past a neutral approach according to which exemption should apply for both profits and losses.

In more recent decisions there is not a consistent approach and again differences arise from country to country. A recent German case (31) regarding losses from letting of immovable property suffered by individuals help us in finding patterns of exemption countries where, at least for certain types of income, foreign losses are completely disregarded for exemption purposes even for negative progression purposes.

(27) Reference is made to the OECD Model Convention and (MC) Commentaries on the Articles of the MC as updated on January 2003, unless a different reference is provided for in the text.

(28) When quoting: «Primary law», reference is made to the EC Treaty law while with «secondary law» reference is made to the law of Directives.

(29) See A. Cordewener et al., *European Taxation*, *supra* note 1, para. 3.

(30) See A. Cordewener et al., *European Taxation*, *supra* note 1, para. 3.2 and 3.4 and A. Cordewener, *Foreign Losses, Tax Treaties and EC Fundamental Freedoms: a new German Case before the ECJ*, *European Taxation* (September, 2003), 294-303, at 294.

(31) ECJ, Pending, Case C-152/03 *Ritter v. Bundesfinanzhof*.

However, in another recent decision (32), in Austrian Courts there has been a clear tendency to exclude the idea that exemption of foreign income should necessarily include both profits and losses.

In order to sum up what above highlighted, unless restrictions included in provisions *ad hoc* bilaterally negotiated in tax treaties signed country by country apply, the OECD MC and its commentaries leave free countries' legislation to import or disregard foreign losses in the computation of worldwide taxable income for residents of both credit and exemption countries.

Besides, nothing is of course provided for in the OECD MC and commentaries related thereto as far as the loss treatment in groups of companies is concerned for both the cases of the simple Parent-Subsidiaries relationships or fiscal consolidation patterns. The reason of this lack is obvious; the main purpose of tax treaties is to avoid (juridical) double taxation of taxpayers engaged in cross-border operations, the situations of losses incurred in a consolidated group of companies or in a Parent-Subsidiary relationship do not trigger such juridical double taxation.

2.4. – *Losses in PE and Sub under EC secondary law (Draft proposal for cross-border loss compensation and proposal for losses carry over)*

After a brief recognition of the domestic and international state of the art in the tax treatment of losses a further analysis of the EC law principles available on this topic is required and constitutes the main purpose of this work.

Before going through the main principles of the EC primary law under the Treaty and the role of the four fundamental freedoms, an investigation of the EC secondary law of the Directives (though only at the embryonic *status* of proposals) is recommended. They represent on one hand a clear sign that a step toward a uniform treatment among Member States of the cross border offsetting of losses is needed to remove a huge obstacle to a common market in the EU and on the other hand, a missed opportunity to harmonize this delicate issue since unanimous consensus so far has not been reached and therefore the proposals never turned into Directives.

(32) I quote this source making reference to the decision number as provided by a cross reference made in two articles referring to it since it was not possible to find the original source while writing this paper: Austrian *Verwaltungsgerichtshof* of 25 September 2001, Case 99/14/0217, *IStR* 2001. However, one of these sources has been written by one of the members of the same Supreme Administrative Court: see U. Zehetner, *Austrian Supreme Administrative Court: exemption method and foreign losses – a change in the interpretation of DTC*, *EC Tax Review* (2002-1), 39-40.

2.4.1. – *Draft Directive on losses* (33)

Some of the most relevant issues regarding the cross border offsetting of losses, referred to in previous paragraphs, have been already tackled at the level of the European Commission despite the final step in order to reach an EC secondary law act (Directive) has never been accomplished. True, one could spend time and words trying to find the reasons why this Draft Directive never developed further with a final act but, as some scholars pointed out (34), it seems that many of these proposals and more recent initiatives didn't reach their goal due to «EU governments' lack of determination to put direct tax harmonization on the agenda».

Further, the real issue for the Draft Directive developments could have been that of the unanimous vote. As a matter of fact, some scholars (35), pointed out that one of the main obstacles to the development of secondary tax legislation at the EU level is the unanimous voting requirement in tax issues. According to this opinion, the qualified majority would be the solution to harmonize and to «define the cohesion of the national tax systems».

However, despite Member States disagreement and policy issues behind the lack of the adoption of this Directive, in my view, the Draft still represents a huge contribution for both the aims it wants to achieve and the means through which cross border offsetting of losses could be reached for either permanent establishments or subsidiaries investments in countries other than the residence country of the HO or parent company.

The proposal aimed at removing obstacles created by the absence of national provisions among Member States allowing an undertaking to set against its profit the losses incurred by its permanent establishment or subsidiaries abroad. The idea was that of providing common rules to improve the competitive position of Community undertakings.

As far as permanent establishment is concerned, the proposal recognised that the problem of losses beyond the border of the Head Office country of establishment did not arise in credit countries since both profits and losses of foreign PEs were taken into account in the overall results of the undertaking. On the contrary for exemption countries the problem could have arisen since in principle profit and losses of foreign PEs were not taken into account. Therefore, the Commission found that the so called «reincorporation method» would have been the right solution for those situations where foreign losses

(33) COM (90) 595, Brussels, 24 January 1991, See *supra* note 3.

(34) M. Mbwa-Mboma, *The Push Toward Pan-European Tax Consolidation: A French Perspective on the Marks & Spencer Case*, 30 *Tax Notes International* 5 (5 May 2003), 457 et seq.

(35) F.J. Vanistendael, *European Taxation in the 21st Century The road towards Integration*, *European Taxation* (October 1998), 331-335 at 334.

were not incorporated in the residence country (art. 7 and explanatory memorandum paragraph 4).

The «reincorporation method» allows foreign PEs losses to be deducted in the residence state while also provides for taxation of subsequent profits of the permanent establishment by reincorporating them into the results of the head office to the extent of the amounts previously deducted. This method with some arrangements would be also a viable solution for those cases above defined as «final losses» (see above paragraph 1.3.2). As a matter of fact, Member States might safeguard their revenue interest by reincorporating automatically amount of losses previously deducted if reincorporation has still not occurred after five years or if the permanent establishment ceases to exist in that form (exp. mem. paragraph 8).

It is my opinion that the most important merit of the «reincorporation method» was that it cooled and could still now cool down the fear that countries have of losing tax revenues in cross border offsetting of losses. Due to the wise tool of the recapture of the amount of losses previously deducted, there is no risk for the residence country in reckoning the losses as determined in accordance with the rules of the Member State in which the permanent establishment is situated (see in this respect exp. mem. par. 9). At the same time this tool seems to me beneficial for enterprises since it allows them to reduce the risks of cash flow issues (see supra note 27) arising when foreign losses may not be set off against domestic profits. Further, the reincorporation method suggests us that, under an EC law compatibility test, Member States may find it difficult to prove the «proportionality» of domestic provisions denying cross border offsetting of losses. This latter aspect will be discussed below at para. 4.1.

Finally, in order to grant a coordination between the timing issue of the carry over and carry back in the source country of the PE and the reincorporation mechanism in the residence country of the HO, the explanatory memorandum to the proposal suggests a contemporary issuing of both the Directives on cross border offsetting and carry over of losses (see below par. 2.4.2).

With respect to subsidiaries, instead, at the moment the proposal was submitted, only three countries among EU member states had provisions that granted to a certain extent the option of taking into account foreign subsidiaries losses under a group tax consolidation regime (France, Denmark and the Netherlands). The problems of losses affecting subsidiaries were seriously considered. It was already clear at that time that the choice between the investment through a subsidiary or a permanent establishment would not be neutral if the arrangements for deducting losses incurred by foreign subsidiaries were less favourable than those applicable to permanent establishment (see in this respect exp. mem. par. 5).

Thus, the best solution to be adopted in order to grant a uniform treatment was that of extending the reincorporation mechanism also to

foreign subsidiaries provided a minimum ownership test (both voting rights and holding in capital are required in art. 2) was fulfilled in order to grant importation of losses in the state of the enterprise (art. 9 and exp.mem. par. 15). Of course, the same automatic reincorporation tricks available for PEs were provided also with respect to subsidiaries including the hypothesis of reductions in holding thresholds (art. 10).

As some scholars pointed out (36), the automatic reincorporation tool, applicable if after 5 years a recapture of the losses did not occur due to the lack of profit in the source state, has the function of sending back the losses where they come from. Indeed, this line of reasoning would create a further element to support the territoriality principle as it will be explained in the next chapter.

2.4.2. – *Draft Directive for carry-over of losses*

Also the proposal submitted by the Commission to the Council on September 1984 and later amended on June 1985 on the harmonization of the laws of the Member States relating to tax arrangements for the carry-over of losses of undertakings was never adopted.

The purpose of this proposal was that of approximating tax burdens on undertakings by admitting a carry over not only to later but also to earlier (two in the first draft, three on the basis of the amendments) years. In the latter case the proposal provided for a refund of tax to be obtained. The proposal left free also Member States with legislations providing for different rates applying to different categories of profits to manage the offset of losses category by category.

Finally, the proposal included – for countries granting the imputation credit on profits distributed – a mechanism for the offsetting of the refund with the tax credit to be collected and a payment for the excess of the former amount.

2.5. – *Preliminary results on the basis of the first part of the analysis*

On the basis of what stated so far, the cross border offsetting of losses is a thorny issue that may hardly be solved with a uniform approach on the basis of law sources and principles currently available. The lack of harmonization at the EU level, the huge differences among the tax and accounting legislations of the Member States, the absence of guidelines and certainties in the OECD MC (exemption vs. credit systems) are the main sources that contribute to feed and exacerbate this issue.

The outcome is that, due to market globalisation and the increasing number of cross border activities a solution needs to be found at least for two basic issues: situations where specific events would determine a «final loss» (see par. 1.3.2 point 2), and situations where despite diffe-

(36) See P.J. wattel, *European Tax Law*, *supra* note 14, at p. 449.

rent legal forms, income of companies within a same group – due to a tax consolidation or a fiscal unity – in the EU market should be aggregated/ consolidated in order to equalize profit and losses as already often happens for the HO/PE relationship and irrespective of the tax system involved, *i.e.* credit or exemption (see par. 1.3.2 point 1).

The Draft Directive on losses (see par. 1.4.1) and that on carry-over (see par. 1.4.2) tackle some of the issues above mentioned and offer viable solutions to be upheld. Nonetheless those Commission acts were never transposed into Directives.

However, what has not been unanimously decided via Directives could be reached, in the next future, if the ECJ states in a decision (*Marks & Spencer* case, indeed, could be the right chance to do so) a principle according to which, if certain conditions are met, cross border offsetting of losses is to be allowed among Member States on the basis of the EC Treaty principles stemming from the fundamental freedoms.

In order to understand what could be the rationale behind this type of statement it is worth analysing how the ECJ has so far addressed cases regarding loss treatment.

The following chapter will deal with two concepts recurring in the ECJ decisions that need to be further evaluated: «territoriality and economic link». The analysis aims at ascertain whether these concepts as used in previous ECJ decisions may contribute to build up a route that will lead the Court to solve the *Marks & Spencer* case and other cases on cross border treatment of losses.

3. – *Territoriality and economic link applied to losses in EC law and ECJ decisions*

3.1. – *Cross-border losses under the test of the EC law and the fundamental freedoms*

As above highlighted (see paragraph 1.3.1), in order to understand where a company or a group of companies engaged in cross border activities has to be located for income tax purposes (*i.e.* for the taxation of its profits and losses), three different layers of rules have to be checked whenever companies involved are residents or carry on their activities in a European framework:

- Domestic legislations;
- International tax law (the law of Double Tax Conventions *alias* tax treaties);
- EC law.

True, broadly speaking and not only in a EU context, one should always look at domestic legislations involved and the criteria they adopt (residence or worldwide – source or territoriality) to establish a nexus

between *a*) a state jurisdiction to tax and *b*) the person or the activity carried on in the State.

On the other hand, one should also look at international tax law that as a rule may shift the nexus as above determined and lay down principles to restrict the application of domestic legislations deciding where to allocate the income to be taxed between different states.

Among Member States of the European Union, however, there is another source that may to a great extent provide for further limits to their sovereignty and therefore to the right to exert their jurisdiction to tax. As a matter of fact, law stemming from the EC Treaty and the secondary EC law, (*i.e.* the Directives), represents another important ground of compliance for potentially unlimited taxing powers of EU Member States. In the same setting, it is also worth remembering that under art. 234 of the EC Treaty, the ECJ has the jurisdiction to give preliminary rulings concerning the interpretation of the EC Treaty to member states' courts and tribunals (37) so that along with the primary and secondary law also ECJ decision will be analysed in this context.

With these basic rules in mind it is now worth understanding how the EC law principles of EC Treaty, *i.e.* the so-called fundamental freedoms, may interact with the issues of cross border offsetting of losses.

What is the function and content of the fundamental freedoms within the EC law?

The creation of a common market within the EU is one of the means through which the goal of the high competitiveness for European undertakings may be achieved (38). The ECJ so far has made clear the need for the «elimination of obstacles to intra-community trade in order to merge the national markets into a single market bringing about conditions as close as possible to those of a genuine internal market» (39). In order to reach these goals, EC Treaty requires the abolition of obstacles to free movement of goods, persons, capital and services, the so-called *four fundamental freedoms* (Italics MR).

The treatment of losses as well as profits and therefore, generally, the income treatment for tax purposes, is a matter of direct taxation so that, starting from the outset, one may think that it falls within the competence and the indisputable sovereignty of each member state (40). Nonetheless, the ECJ has been consistent so far in its decisions and par-

(37) See with this respect G. Meussen, *The Mark & Spencer case: reaching the boundaries of the EC treaty*, *EC tax review*, (2003-3), 144-148 at 144.

(38) See, among others, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: *An internal market without company tax obstacles achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*, COM (2003) 726, Brussels 24.11.2003.

(39) ECJ - Case 15/81 *Gaston Schul*.

(40) Member States sovereignty in the field of direct taxes may be gathered from articles 93 and 94 of EC Treaty.

ticularly in almost all cases regarding treatment of losses in stating a principle that reads as follows:

«Although direct taxation is a matter for the Member States, they must nevertheless exercise their direct taxation powers consistently with Community law» (41).

Consequently, Member State may face restrictions in their legislations as a result of the negative integration (42) provided by the ECJ decisions whenever a domestic rule is in breach of Treaty freedoms and that rule is disputed before the Court.

The compatibility of a national measure with one of the fundamental freedoms, according with the reasoning adopted by the ECJ in previous decisions, requires an assessment of the rule under different steps analysis (43). It is necessary to ascertain:

- whether a domestic measure introduces discriminations or restrictions (44) within the scope of a Treaty's freedom;
- whether such a measure is justified on the basis of the written justifications of the Treaty (45) or in accordance with the unwritten rule of reason (46);
- whether the measure even if justified is in accordance with the principle of proportionality (47).

(41) ECJ - Case C-250/95 *Futura Participations and Singer* at para. 19; Case C-264/96 *ICI v. Colmer* at para. 19; Case C-141/99 *AMID* at para. 19.

(42) The concept of «negative integration» refers to restrictions (applied generally through ECJ Decisions) as opposed to the concept of «positive integration» providing rules via the primary and secondary law of Regulation and Directives. See in this respect P.J. Wattel, *European Tax Law*, *supra* note 14, pp. 2 and 22.

(43) For this subdivision see A. Cordewener et al., *European Taxation*, *supra* note 1, para. 4.2.

(44) For a description of the differences between the concepts of discrimination and restriction see P.J. Wattel, *European Tax Law*, *supra* note 14, p. 30

(45) The so-called written justifications are those included in the EC Treaty such as reasons of public policy, security, health, under article 39.

(46) The rule of reason test has been summarized by the Court in the Case C-55/94 *Gebhard*, at para. 37, according to that principle «(...) national measure liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner, they must be justified by imperative requirements in the general interest, they must be suitable for securing the attainment of the objective that they pursue and they must not go beyond what is necessary in order to attain it».

(47) The principle of proportionality has been defined as an unwritten principle of primary law that should be applicable to domestic legislations in matters of Community law as well as it applies to activities on the side of the community due to art. 5 (3) EC Treaty. See A. Cordewener et al., *European Taxation*, *supra* note 1, para. 4.4.

A further element to be mentioned when addressing the compatibility of a measure with EC law within the first step above highlighted is that a comparison must be made between the case at hand and a similar situation that fits the rule requirements (in this analysis the deduction of losses in a group relief situation). As a matter of fact, ECJ case law (48) shows that a rule may be discriminatory if a different rule applies to comparable situations or if the same rule applies to different situations.

In making this comparison two different perspectives may be chosen. An inbound perspective would analyse the situation from the point of view of the host state, comparing for instance, a resident and a non-resident, who exercised his fundamental freedom establishing a PE or a subsidiary in the host state, in order to understand if any discrimination arises. An out-bound perspective would, instead, encourage a perspective from the home state point of view, comparing, for instance, the situation of a resident investing exclusively in his country with that of a resident, exercising his freedom of establishment, investing in a foreign country through a PE or a sub, in order to check whether a restriction or a discrimination arise. A further dichotomy in the latter case may be made between horizontal and vertical discrimination (49). The latter kind of discrimination is based on a comparison (from the home state perspective) between a Parent company and a subsidiary within a single jurisdiction with a Parent company with a subsidiary in a different jurisdiction. The former kind of discrimination, instead, is based on a comparison (from the home state perspective) between the two different secondary establishment of a subsidiary and a permanent establishment.

In tackling cases with a discriminatory rather than a restriction-based approach the ECJ is not consistent, both approaches could be used as far as cross border cases of losses are concerned. As some scholar (50) has highlighted, the «ECJ show convergence (...) in the application of the four freedoms so that in line with the principles stated in paragraph 37 of the *Gebhard* case, it is clear that measures without distinction (*i.e.* both restrictions and discriminations, MR) which nonetheless restrict the exercise of Treaty freedoms are in principle prohibited under all four freedoms, and will be accepted only if they pass the rule of reason test».

Having made some preliminary remarks on how the domestic rules may be tested and restricted under the EC law fundamental freedoms as applied by the ECJ, the analysis should now focus on the possible EC law issues that cross border offsetting of losses may create.

For the purpose of this work a specific situation involving tax treatment of cross border offsetting of losses will be hereby analysed under the test of compatibility with EC law. This situation is the same

(48) See ECJ Case C-279/93 *Schumacker v. Finanzamt Koln-Altstadt* para. 30.

(49) For this different kind of comparisons see, A. Cordewener et al., *European Taxation*, *supra* note 1, para. 5.3.2 and 5.3.3.

(50) See P.J. Wattel, *European Tax Law*, *supra* note 14, p. 41.

that has been brought before the ECJ recently with the *Marks & Spencer* case.

Domestic consolidation regimes are the typical set of national rules among Member States legislations dealing with set off of profits and losses that may show incompatibilities with the freedom of establishment test of article 43 read in conjunction with article 48 of the EC Treaty.

These EC Treaty articles introduce the principle of the freedom of establishment for companies carrying on their activities in a cross-border situation within the EU. They prohibit any form of restriction in the setting up and management or, generally, other forms of restriction to the establishment of branches or subsidiaries within the territory of any Member State.

Usually, under a domestic tax consolidation regime (a group relief in UK, fiscal unity in the Netherlands, *consolidato domestico* in Italy, contribution system in Sweden) profits and losses even between different legal entities may be compensated, set off, in the same tax jurisdiction.

However, as Marks and Spencer case shows, a domestic group consolidation regime (in this case UK law adopts a relief for losses regime under which subsidiaries may surrender their losses to the Parent company) that does not allow the domestic parent company to set off against its profit the losses of a foreign subsidiary may appear to fall foul of articles 43 and 48 of the treaty.

Indeed, a restriction may arise in these cases for groups carrying on their activities abroad – *i.e.* having already exercised their Treaty access due to cross border investments – as compared to groups actively involved only in a pure domestic situation since in the former case losses intra-group could not be offset. Thus, countries adopting a form of domestic tax consolidation between profits and losses, only to the extent that legal entities involved in the consolidation have their residence within the Home state jurisdiction, create a situation whereby groups might find less attractive to establish subsidiaries in foreign countries due to a less favourable treatment as compared to the domestic one: *i.e.* the impossibility to import losses of foreign subsidiaries.

There is no doubt that each measure that make less attractive the exercise of a fundamental freedom may qualify as a restriction, but as already seen before, in the analysis of the steps to be accomplished in the assessment of the compatibility with EC law, a measure that provides for a restriction may still comply with the fundamental freedoms if it is *justified* and *proportionate*.

Taking into account these considerations, the question to be answered is whether the exclusion of cross-border offsetting of losses by domestic consolidation regimes is against EC law and the fundamental freedoms or if that exclusion is justified and proportionate.

In order to answer this question a further analysis on the territoriality principle and the concept of economic link as interpreted by the ECJ is required.

3.2. – *Territoriality and economic link concepts, their interrelation with cross-border losses*

At an earlier stage of this work (par. 1.3.1) it was argued that the territoriality principle in the International tax law terminology is sometimes used as a synonym of the source principle in order to characterize the taxation of non-residents within a jurisdiction – due to an economic event attributable to them and arising in the territory of that jurisdiction – as opposed to the world-wide principle, under which the taxation of residents apply for income wherever produced.

On the other hand, it was also pointed out that it is possible to find among scholars (51) a different use of the term when the concept of territoriality is considered in a narrow sense. A «strict territoriality» principle would apply to both residents and non-residents only for income and assets that are situated/sourced within the territory of a given country.

However, based on the research carried on during this paper, one certainty is that the concept of territoriality is not interpreted in a consistent way between international tax law and in the ECJ decisions (52) as the following paragraphs will demonstrate.

3.2.1. – *Territoriality and economic link in the ECJ decisions*

The first issue arising when dealing with the relationship between the territoriality principle and the tax treatment of cross border offsetting of losses in a group consolidation within the EU, is whether one should consider such a principle on the ground of the justifications (second layer of the analysis on the compatibility of national laws with EC law) or on a discrimination/restriction level, (first layer of analysis) thus, excluding a violation of the fundamental freedoms from the outset.

If it is possible to build up a common concept of territoriality among International law and ECJ decisions, a concept which would withstand the test of compatibility with EC law under the first ground of the analysis, that concept would be indeed a good tool to avoid and exclude discrimination or restriction claims. With this main purpose, some ECJ decisions on losses and costs are hereby commented.

(51) D. Gutmann, *EC tax review*, *supra* note 12 at 156; P. J. Wattel, *EC Tax Review*, *supra* note 12, at 201, A. Cordewener, *European taxation*, *supra* note 30, p. 303.

(52) See A. Cordewener et al., 44 *European Taxation* 4 and 5 (2004), *supra* note 1, para. 4.3.2, the authors consider the concept of territoriality as «ambiguous».

3.2.1.1. – *Futura*

In *Futura* (53), for the first time in a case dealing with a loss issue, the ECJ laid down the territoriality principle. A French company with a Luxembourg PE could have carried forward losses in Luxembourg on the basis of two conditions. Out of the two conditions required, the one that has relevance for this analysis is that, as per Luxembourg law, losses may be carried forward if *economically linked* to the income earned in Luxembourg (para. 18). The ECJ considered this principle as being in compliance with the principle of *territoriality*.

As a matter of fact, in order to ascertain a possible discrimination based on the difference in taxation of a resident and a non-resident (a PE of a foreign company) the ECJ ruled that, with respect to the calculation of the taxable base, taking into account only profits and losses arising from the Luxembourg activity, «such a system which is in conformity with the fiscal principle of territoriality cannot be regarded as entailing any discrimination, overt or covert prohibited by the treaty» (para. 22).

It is worth, however, highlighting that in *Futura*, in order to assess whether the EC Treaty prevented the Luxembourg domestic law from disregarding the loss carry-forward, the comparison made by the Court was that between the treatment of a PE of a non-resident company – a Luxembourg PE of a French company – and the position of a resident – a Luxembourg company. The Court was clearly facing an inbound perspective case and the position of one and the same taxpayer.

What is not predictable and yet to be discovered is whether the territoriality principle applies also to a domestic rule dealing with tax consolidation, such as the UK group relief, involving more than one taxpayer (54). Such a rule would likely bring the Court to make a comparison between a resident subsidiary of a resident parent company and a foreign subsidiary of a resident parent company (*i.e.* adopting what has been called a «vertical discrimination approach»). Thus, differently from what happened in *Futura*, (domestic carry forward and inbound case) the Court will deal with an outbound perspective case and a cross border losses issue (55).

At this point of the analysis, the question arising is if, in the latter mentioned scenario, the Court would apply a strict territoriality principle to reject the cross- border offsetting of losses or whether other principles

(53) ECJ Case C-250/95 *Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions*.

(54) The territoriality principle may not be extended where more than one taxpayer is involved. Along this line of reasoning see D. Weber, *The Bosal Holding Case: Analysis and Critique*, *EC Tax Review* (2003 - 4) p. 220-230, at 228.

(55) See in this respect P. Pistone, *Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice*, *EC Tax Review* (2003-3), p. 149-154, at 150. See also below note 82.

enshrined in EC law (e.g., the freedom of establishment) would force the ECJ to accept a compensation of losses across the borders.

In other terms, should one rely on the statement above mentioned and held in paragraph 22 of *Futura* even when dealing with a case whose features are those typically requiring the adoption of an outbound perspective? Would it be possible to apply that principle to both credit and exemption countries and in cross border situations? Does it make any difference whether a group of companies or a single entity is at stake? Does it matter whether the rule tested under the fundamental freedoms (i.e., the group relief) deals with a relationship between at least two different legal entities instead of jeopardizing the tax treatment of a single taxpayer?

Again, these are thorny issues when reading ECJ decisions since a lot of confusion may be made on the basis of the different wording used and the meaning of awkward terms often interrelated: *economic link, direct link, territoriality, fiscal cohesion or coherence of tax systems*.

The concept of territoriality as stated in *Futura* seems to resemble the concept provided by the general definition of territoriality already investigated under International tax law. The concept is called upon in a source situation where non-resident may set off losses if economically linked to income arising under the same jurisdiction.

Unfortunately the relationship between the territoriality principle and the concept of economic link as stated in *Futura* is not consistent in other ECJ decisions and other terms are used that exacerbate the difficulties of finding common features and answer to the above questions. The Court often used other terms to answer questions that were strictly related to the concept of territoriality so that it is almost impossible to build up a territoriality concept at EC law level. Consequently it is difficult to predict that the ECJ will use a territoriality principle as stated in international tax law in order to support the denial of a cross border offset of losses.

3.2.1.2. – *ICI*

A case where the ECJ missed the opportunity to give a clear idea of the territoriality principle is the *ICI* (56) case. Another occasion to deal with UK group relief for losses. In that occasion, the UK group relief rule was under dispute because a UK domestic subsidiary couldn't surrender the losses to the Parent due to the fact that relief was not applicable when the majority of companies were residents outside the United Kingdom. As far as the present analysis of the group relief rules for losses is concerned, the Court provided an important statement on the outbound investment restrictions. According to that view, «the provisions concerning the freedom of establishment also prohibit the Member

(56) ECJ Case C-264/96, *Imperial Chemical Industries (ICI) v. Kenneth Hall Colmer*.

State of origin from hindering the establishment in another Member State of a company incorporated under its legislation» (para. 1). This statement is relevant for the typical outbound perspective that a domestic tax consolidation regime may require.

However, when was the time to consider the relationship between the loss deduction and the activity carried on in UK by companies within the group relief rule, the Court didn't show consistency with what stated in *Futura*. The relationship between losses and profit was shifted this time within the framework of the notion of «cohesion» *i.e.* on the second layer of the analysis on the compatibility of a rule with the fundamental freedoms, that of the justification.

Since the majority of the subsidiaries in the UK group were located out of the UK, the UK government in order to justify the lack of relief for (UK) subsidiaries' losses held that, had the deduction of that loss take place in UK the loss of tax revenue would not be offset by taxing foreign subsidiaries (para. 28).

Unfortunately, the idea held by the government to maintain the «cohesion» of the tax system was expressed with the argument of the «reduction of revenue». Absent any reference to a wording that included the «territoriality» idea the Court didn't take the opportunity to spell out a territoriality concept again with more clear features. There are no clue of the reasons behind this direction taken by the Court, may be a credit country was at stake so that a strict territoriality principle as theoretically built up in the international tax doctrine (57) does not apply. However, the Court «in the past (...) accepted the need to maintain the cohesion of tax systems as a justification for maintaining rules restricting fundamental freedoms (...) (58)» in those cases, however (*Bachmann and Commission v. Belgium*) (59), the *direct link* (*Italics MR*) «between a tax advantage (*e.g.* the deductibility of a loss) and offsetting that advantage with a fiscal levy (60)» were «relating to the same taxpayer and the same tax» (61). Since the latter kind of «direct link» between the consortium relief granted for losses incurred by a resident subsidiary and the taxation of profits made by non-resident subsidiaries was not available in ICI the court rejected the justification of the loss of tax revenue (fiscal cohesion) (para. 29).

(57) For those authors who mentioned the idea of a strict territoriality principle see *supra* note 12 and 51.

(58) See *supra* note 56 *ICI v. Colmer* para. 29.

(59) ECJ Case C-478/98 *Commission v. Belgium* and Case C-204/90 *Bachmann v Belgian State*

(60) ECJ Case C-324/00 *Lankohorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt*, para 42 and Case C-*Metallgesellschaft Ltd and others v. Commissioners of Inland Revenues*, para 69.

(61) Sometimes in ECJ cases Governments make reference to the concept of «coherence» in the same meaning as «cohesion», see ECJ Case C-324/00 *Lankohorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt* para. 19. See in this respect A. Cordewener et al. *EC tax review*, *supra* note 1 para. 4.2.2.

If one looks at the possible effects of taking into consideration the fiscal cohesion concept, as above illustrated, in a future case dealing with a restriction or non-discrimination claim for the cross border offsetting of losses the following conclusions might apply. A national government within the EU may not rely on a domestic rule that restricts the freedom of establishment of companies by denying the set off of foreign losses in a group relief regime to the extent it pretends to justify such a rule on the basis of the fiscal cohesion principle.

Based on the foregoing reasoning some scholars (62) recently analysed the domestic French consolidation system and pointed out that «the French government – in order to defend the exclusion of EU resident companies from participating in the tax consolidated group – would argue that the rule is intended to ensure the overall logic and cohesion of the French corporation taxation, which is based on the territoriality principle». Nonetheless, according to what ECJ jurisprudence above mentioned has stated so far, the principle of fiscal cohesion should not apply due to the lack of correlation between the taxation of the French parent company in France and the taxation of foreign subsidiaries in the other member states. Thus, French government, when dealing with consolidation and cross border offsetting of losses, could rely neither upon a fiscal cohesion principle nor upon a strict territoriality approach, as it would apply in France due to its domestic corporation tax regime.

If one seeks to sum up the concepts expressed by ECJ in these two decisions on losses (*Futura* and *ICI*) it seems to me that it is not easy to draw a common idea of territoriality and fiscal cohesion. On the other hand there are at least two main findings that may be pointed out. First, both cases (even if in *Futura* it is not so clear either) deal with the territoriality principle and the fiscal cohesion principle on the ground of the justifications adopted by Member States to reject the non-discrimination or restrictions claims. Secondly, while in the first concept there is the idea of an economic link between the deduction of losses and the income earned in the same territory (*Futura*), in the concept of fiscal cohesion there is the idea of a direct link between a tax advantage (loss or cost deduction) and a fiscal levy that the ECJ accepted only to the extent the same tax and the same taxpayer were involved (*Bachmann*).

Indeed, while the territoriality principle is clearly stated in the EC law (63) or in the ECJ decisions would represent a huge obstacle for cross border offsetting of losses, the fiscal cohesion principle would not do the same, as above highlighted, if within a group one looks at the companies offsetting profits and losses as two different legal entities and taxpayers.

(62) M. Mbwa-Mboma, 30 *Tax Notes International* 5, *supra* note 35, at 460.

(63) See in this respect, D. Weber, *EC Tax Review* (2003 - 4), *supra* note 54, at p. 229 according to the author the territoriality principle is not stated at EC law level.

Differently, if one thinks to the group of companies benefiting from a fiscal consolidation as a single taxpayer within a same tax jurisdiction/territory *i.e.*, that of the European market, also the territoriality principle if interpreted in a very broad sense would not create a justification against domestic rule hindering the freedom of establishment. In building up such idea another case discussed before the ECJ may be relied upon as the following paragraph points out.

3.2.1.3. – *Gerritse*

In one of the most recent cases, the *Gerritse* case (64), a rule providing for the non-deductibility of a business expense (another negative income element as well as losses) for a non-resident was held by ECJ as amounting to an indirect discrimination due to the «direct link» between the business expense and the activity generating the income in the same host state (para. 27-28).

This case might be helpful to create a stronger idea of the ECJ view on the necessary link between a cost or loss deductibility and the activity generating the income.

This view seems to follow an economic approach rather than an approach focused on the legal forms as the fiscal cohesion does. True, this idea of the economic nature of the link between the expense/loss and the activity is stressed, once again, in the same country/territory where the negative element of income arises because a single taxpayer was involved in the case. But what would happen if the Court had to face a group relief situation? Might a loss suffered by a foreign subsidiary in a group, consolidated for tax purposes, in a single market at the European level, be economically linked with the profits generated by the activity of the parent in a different Member State as two part of a same and single taxpayer?

Indeed, following this line of reasoning, one could end up with the idea that a «fiscal unity» might be deemed and treated as a single taxpayer within the EU and that the cost and loss suffered in one part of the group could be deemed economically linked with the activity of another company of the group located in another member state, as a part of one and the same taxpayer. But would the ECJ go that far?

If we compare on the basis of the two decisions *Futura* and *Gerritse* the concept of economic link and that of territoriality in the wording adopted by the ECJ close similarities arise. In *Futura*, the concept of territoriality is focused on the deductibility (carry over) of losses in the same country/territory where the activity generating the income is carried on. The same is true with respect to *Gerritse* but for one thing, the latter case seems to add something new in the ECJ cases and put the concept of the link between cost and activity as an element to be checked at the first layer of the test on compatibility with the funda-

(64) ECJ Case C-234/01 *Gerritse v. Finanzamt Neukolln-Nord*.

mental freedoms. A higher level of analysis on the compatibility means a first level of check for the non-discrimination/restriction test rather than an analysis at the level of justifications. In the previous paragraph it was possible to see that the territoriality principle was used in the past by Member States governments as a tool in order to claim the defence for the integrity, coherence, cohesion of a tax system, but the concept was always exploited as a justification for non-discrimination or a restriction already ascertained.

Should this concept of economic link, as a first layer weapon to be checked, push forward the territoriality principle, as so far stated in previous decisions, to the extent that it creates a tool to directly reject any claim of non-discrimination or restriction? A strict territoriality principle clearly stated by the ECJ in a decision would have a great impact on cross-border offsetting of losses: losses could not be set off whenever a border divides the single (HO v. PE) or different legal entities that decide to enjoy them in two different Member States (65).

On the other hand a new territoriality principle with these features - stemming with a certain degree of consistency by ECJ decisions and amounting to an EC law principle to be checked on a first layer of compatibility with EC law - if analysed together with the idea of the EU as a single market and territory and a group of companies under a consolidated regime as a single taxpayer carrying on the activity within that territory, would shift the attention to another question hereby relevant.

Could the idea of a fiscal unity in a single European market be deemed as amounting to the situation of a single taxpayer carrying on the activity in a single territory so that set off of foreign losses is allowed if economically linked to the activity of the group?

I don't think so, the principles the ECJ stated in *Gerritse*, in my opinion, are not reliable if one thinks to extend them in a complete different context.

While, on the one hand, the endeavour to find common features between what the ECJ said about the cost and loss deductions would be useful in order to predict what the Court could state in a future case on losses, on the other hand, the attempt to stretch the wording used by the Court to dream a future decision where a common idea of a single market and a consolidated group regime would permit the set off of losses and profits across the borders, due to the activity of the group within a single EU market/territory, would certainly result in an overkill.

What this case shows may not be relied upon with a certain degree of certainty and exploited when testing the compatibility with fundamental freedoms of a national group relief provision disallowing a cross border offsetting of losses. There are still too many differences between the two cases we would like to compare. *Gerritse*, is a case involving an individual and again it triggers an inbound perspective while the issue of

(65) See in this respect P.J. Wattel, *EC Tax Review*, *supra* note 14, at 201; D. Gutmann, *EC tax review supra* note 12, at 158.

losses herewith discussed relates to a group of companies in a cross border environment and deserves an outbound perspective.

My scepticism is driven by political reasons. ECJ decisions may not curtail Member States sovereignty in direct taxation, even more in the field of cross border offsetting of losses where the lack of unanimity excluded the adoption of the Directive. Harmonization through secondary legislation is still necessary and particularly in this moment is very welcome due to the delicate situation created with the *Marks & Spencer* case in UK. However there are some rooms for the ECJ to allow cross-border offsetting of losses, as below discussed in paragraph 4.2.

3.2.1.4. – *Bosal*

In order to conclude the analysis of ECJ cases that may help in the recognition of a territoriality principle in EC law it is also worth mentioning the *Bosal* case (66).

In this case the ECJ dealt with an issue related to the deductibility of interest costs at the level of a Parent company located in the Netherlands for financing activities of subsidiaries established within the European Community. The tax inspector denied the deduction because according to a domestic rule, within the context of the participation exemption regime, holding costs, which were indirectly instrumental in taxable profits being made abroad, were not deductible.

Once again, in *Bosal* the ECJ had the opportunity to better draw the outlines of the concept of territoriality, though in the end the Court didn't go any further in that respect. As a matter of fact, the Netherlands Government, as paragraph 18 of the judgment highlights, relied upon an argument based on the principle of territoriality as recognised by the ECJ in *Futura*. Reading the case, it is possible to understand what was the view of the Government on the territoriality principle, *i.e.*, rather than on a justification level it had to be evaluated on the first layer of the compatibility analysis, as a tool to determine whether two situations are comparable or not. «The situation of the subsidiaries of parent companies established in the Netherlands which do make taxable profits in that Member State and those which do not are not in an objectively comparable situation» (para. 18), thus if one accept this interpretation a discrimination or a restriction in this case would be excluded from the outset.

Unfortunately, as some scholars pointed out (67), the Court decided to evaluate the argument based on the territoriality principle on a justification ground after having rejected the argument on fiscal cohesion. Further, the Court held (para 38) that «(...) the application of the territo-

(66) ECJ Case C-168/01 *Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financien*.

(67) See D. Weber, *EC Tax Review* (2003 - 4), *supra* note 54, at p. 228.

rality principle in *Futura* concerned the taxation of a single company (...)).».

This behaviour of the Court could be interpreted, on one hand, in the sense that the territoriality principle and the fiscal cohesion may not be considered as a same principle, on the other hand in the sense that the territoriality principle may be invoked only if applied to a single taxpayer (68).

Keeping in mind the different points of view adopted by the ECJ with respect to the territoriality principle in the above mentioned cases it is possible to draw some conclusions and to see how they would apply to a case on cross border offsetting of losses (paragraph below).

Finally, it should be pointed out that *Bosal*, might be certainly a useful decision to gather the idea that ECJ may treat the deductibility of costs and losses in the same way. In fact, if in a case on costs deduction the Court made reference to a case of losses (para. 38), the same could be done on the other way around when a case on losses is at stake.

3.3. – *What a territoriality principle would suggest? Economic or legal criteria*

Coming back to the main question regarding the impact of the territoriality principle on the cross border offsetting of losses, the following answer could be provided.

EC law, as interpreted through the ECJ decisions, does not provide a consistent definition of territoriality, and however, the definition provided through the decisions above analysed, does not perfectly coincide with the definition available under international tax law.

Indeed, what worthy doctrine (69) highlighted about a strict territoriality principle would fit the needs of EC law compatibility and market equality between treatment of foreign PEs and subsidiary and therefore solve the issue of cross border offsetting of losses. According to this opinion, «the territoriality principle of taxation of company profits, should apply on the basis of economic allocation of results. That would imply base (income) exemption for positive and negative results of both subsidiaries and branches and it would involve territorial allocation of costs made within a group, on the basis of economic rather than legal criteria». In other terms this would mean no current import of foreign profits and losses.

Unfortunately, this idea of the strict territoriality principle is far from the concepts the ECJ has so far developed and I hardly expect an official confirmation by ECJ of this line of reasoning since it would

(68) For this second line of reasoning see D. Weber, *EC Tax Review* (2003 - 4), *supra* note 54 at p. 228.

(69) For this line of reasoning see P.J. Wattel *EC Tax Review*, *supra* note 12, at 201.

mean turning upside down all the Member States relief methods from double taxation.

What the ECJ holds in this field may rather be summarized as follows.

The territoriality principle as stated in *Futura*, – *i.e.* holding that deductions are allowed inasmuch as they are economically linked to an activity generating income in the same country – does not represent a valid argument against the discriminatory aspect of a domestic rule at least whenever costs (or losses) are suffered from a person/legal entity other than the one generating the income. Thus, ECJ interprets the territoriality concept adopting a legal criterion rather than an economic one. In other terms, the territoriality principle as stated in international tax law, *i.e.* on the basis of a nexus between an income and a given territory seems to be cooled down or further restricted (70) by the ECJ to the extent that costs and losses may be deducted only if they belong to one and the same taxpayer within a single jurisdiction. Again, this further requirement is not provided for by international law where the territoriality principle only refers to the nexus between the territory and the income sourced therein.

This conclusion appear to be confirmed when reading the ICI case where, due to the situation of two different taxpayers involved in the surrendering of the losses from one to the other, the concept of territoriality has been put apart and the Court made reference to the concept of fiscal cohesion a principle that once again would apply only if a single tax or a single taxpayer are at stake.

On the basis of these two decisions, countries adopting domestic losses relief provisions such as consolidation or fiscal unity regimes could not rely on a territoriality principle to justify any claim against the restrictions prohibiting the offsetting of foreign losses.

In one isolated case (*Gerritse*) the idea of cost deduction allowed due to its direct link with the activity generating the income within the same country, seems to bring the ECJ to shift the ground of analysis as far as deduction of costs is concerned on the first layer of the compatibility test with EC freedoms, (*i.e.* on the ground of the comparison in order to exclude a discrimination or a restriction). But even in this case the Court didn't provide a clear concept of territoriality useful to reject a discrimination/restriction claim.

Unfortunately, that decision, for the reasons above mentioned seems to me an exception that would not apply in the field of losses when cross border flows between different legal entities are involved.

In *Bosal*, where two different taxpayers were involved, the Court rejected the denial of the deduction of a cost at the level of the parent company even if the benefit was for a different legal entity.

A cost, directly linked with an activity generating profits out of the country of the parent company, was admitted as a deduction at the pa-

(70) See D. Weber, *EC Tax Review* (2003 - 4), *supra* note 54, at p. 229, «(...) a restriction in substance applies to this principle within the EC».

rent company level against what a territoriality principle would have suggested.

However, according to some scholars (71) the main reason behind this decision seems to be that if the cost could not be set off neither at the level of the foreign subsidiary (since it was not suffered by such entity) nor at the level of the parent (since economically attributable at the subsidiary) it would be lost by both companies forever.

This could be a further argument that helps in sustaining the incompatibility of domestic group relief/consolidation rules denying cross border losses relief at least in those situation whereby the foreign loss if not absorbed by the parent company would be lost forever (see para. 1.3.2 for «final losses examples»).

Finally, in the author's opinion, what would be relevant, following the ECJ reasoning in this setting – in order to disregard domestic relief rules hindering the relief from foreign losses – is that even if justified, those rules would likely be disproportionate.

These aspects will be further discussed in chapter 4.1.

4. – *Cross-border offsetting of losses: negative o positive integration?*

4.1. – *Preliminary remarks*

Once pointed out that neither a weak developed concept of territoriality nor a concept of fiscal cohesion could be successfully further opposed by Member States' Government to reject restrictions claims or to justify domestic group relief measures preventing a cross border offsetting of losses before the ECJ, it is worth understanding what could be the outcome of a decision currently pending before the Court dealing with this thorny issue.

Should the ECJ admit on this matter a cross-border relief rule, what would be the outcome for EU Member States? Is this a decision that should be left to Member States unilateral rules or bilateral agreements or to positive integration through a Directive?

4.2. – *Marks & Spencer a decision that could change the history*

In previous chapters it was pointed out what are the main theoretical issues behind a cross-border loss carry forward. Now it's time to ascertain whether the conclusions achieved with this research may help to forecast what would be the solution of a real case currently pending before the ECJ, the *Marks & Spencer* case. The case deals with the que-

(71) P.J. Wattel, *EC Tax Review*, *supra* note 12, at 200; D. Weber, *EC Tax Review* (2003 - 4), *supra* note 54, at 227.

stion of whether UK domestic legislation (the decision might have a big impact also to the legislations of all other Member States), on the basis of the freedom of establishment, should allow the compensation of losses realized by foreign subsidiaries of a domestic parent company when such a compensation is allowed for domestic subsidiaries *within a group relief regime*. Here is where the case shows its own unique features that will likely push the Court to make a choice for the equal treatment of loss relief intra-groups (*i.e.* for tax consolidation regimes) for both intra-state and inter-states perspectives. As a matter of fact, as some scholars pointed out (72), out of the group relief regime there is no obstacle (thus no freedom of establishment issue) because domestic subsidiaries will meet the same obstacles as foreign subsidiaries as far as loss treatment is concerned. Differently, what the *Marks & Spencer* group claims is a restriction of the freedom of establishment due to obstacles arising for the group relief regime in a cross border setting. While in a domestic context a loss of a deemed subsidiary could be surrendered to the profitable parent, thus reducing parent's profits chargeable to tax, an obstacle to obtain the same tax treatment would arise whenever the subsidiary incurring that loss is located in a foreign country (namely, France, Belgium and Germany) throughout the EU. This difference in tax treatment based on the residence or seat of the subsidiary would amount to a restriction of the freedom of establishment against article 43 of EC Treaty (para 22 through 26 of the dismissed appeal before the special commissioners). Further, another argument submitted by the claimant was that UK rules also restricted the freedom to chose the most appropriate form for pursuing activities in another Member State *i.e.*, through PEs or subsidiaries (para. 27).

In the commissioners view (73) the *Marks & Spencer* failure to obtain relief for the losses incurred by its foreign subs in FR, BEL, GER does not amount to a non-discriminatory restriction of the freedom of establishment guaranteed by Article 43 of the EC Treaty. It derives from the allocation of fiscal jurisdiction among Member States and the failure of *Member States* to agree appropriate measures for the harmonization of their tax systems in this respect. Even if the group relief rules create an obstacle in this respect to the exercise of *Marks & Spencer* right of establishment that denial of UK relief for losses on activities the profit of which are not subject to UK tax can be justified as being for the maintenance of the coherence of the UK tax system and proportionate.

Following the steps (mentioned in Chapter 3) required in checking the compatibility of a domestic rule with the Treaty fundamental freedoms, a debate among scholars took place in order to establish what was

(72) P. Pistone, *supra* note 55, *EC Tax Review* (2003-3), p. 149-154, at 150.

(73) See Special Commissioners Dr. J.F. Avery Jones CBE and Malcom Gammie QC sitting in private in London on 25 and 26 November 2002 on the case of *Marks and Spencer PLC v. David Hasley* (HM Inspector of taxes) para. 75.

the correct comparison to carry on and eventually to understand whether a discrimination vs. restriction (74) arose in the case.

Based on the features one can gather from the *Marks & Spencer* case one cannot but agree with those authors (75) who considered – from an outbound perspective of the state of origin (see *supra* para 1.3.1) – the vertical comparison as the more reliable approach to check the compatibility of the UK rule (76). This approach was also followed by the High Court when referring the case to the ECJ (77). Further, if one considers the pattern of some more recent ECJ cases, it seems likely that the Court will follow a vertical comparison as well as a restriction approach in this case. As far as the vertical comparison is concerned, in *Bosal*, in order to ascertain the compatibility with the freedom of establishment (Artt. 43-48 EC Treaty) of a domestic rule disallowing the deduction of costs the Court referred to a comparison between a parent company having the subsidiaries in the same country (pure domestic situation despite more than a single legal entity involved) and a parent company with subsidiaries in foreign countries (para. 39). As far as the restriction approach is concerned, as highlighted by some scholars (78), in *Amid* (79) – another case of losses decided by the ECJ – the Court, in order to ascertain the compatibility with the freedom of establishment (Artt. 43-48 EC Treaty) of a domestic rule disallowing the carry forward of losses, referred to a comparison between a pure domestic investment situation and a situation where foreign investment through a PE arose. According to this view the difference in legal forms was the only difference between these two cases. In *Amid*, a Belgian company with a PE in Luxembourg could not carry forward the losses accrued in the previous year in the home state, according to Belgian law, since the company had foreign profits – at the Luxembourg PE level – to set off for the year the losses accrued. As *Marks & Spencer*, AMID exercised its right of market access within the EU investing in a foreign country

(74) As clearly pointed out by A. Cordewener et al., *EC tax review, supra* note 1 para. 5.3.3. «the fundamental freedoms do not only inhibit the host state from discriminating against foreign investors. Under the non restriction label they equally inhibit the home state from discriminating against investments abroad by its own nationals or residents».

(75) See A. Cordewener et al., *EC Tax Review supra* note 1 para. 5.3.2, L. Hinnekens, *The Marks and Spencer Case: UK Special Commissioners Find UK Group Relief Rules Compatible with Freedom of Establishment, European Taxation* (2003-5), p. 175-182 at p. 180.

(76) For further arguments to support also an horizontal comparison in the specific context of a group taxation see D. Gutmann, *EC Tax Review, supra* note 12 at p. 155.

(77) See D. Evans et al., *What the Marks & Spencer case will mean, International tax review*, (July- August 2003), p. 34-36, at p. 34.

(78) F. Vanistendael, *The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national systems of the Member States*, *EC Tax Review* (2003-3) p. 136-143, at p. 140.

(79) ECJ Case C-141/99 *AMID v Belgische Staat*.

(LUX) through a PE and in enjoying this freedom it suffered a tax disadvantage that it would not have to suffer if all the establishments were situated in the Member State of origin (see para 23 of the decision). Indeed, this resulted in a hindrance that Belgian Government tried to justify on the grounds of the coherence of the tax system without any success. The same reasoning may apply to *Marks & Spencer*, if one thinks that the possibility to set off losses would be available only whether those losses derive from a domestic rather than a foreign subsidiary, it is simple to predict that a restriction of the freedom of establishment would be declared by the ECJ. Once a restriction of the freedom of establishment is ascertained the question at that stage would be whether such restriction can be justified according to EC principles. With this respect it is worth remembering again that in several cases the ECJ accepted that a Member State may justify a barrier if it pursues a legitimate aim compatible with EC Treaty and it can be justified on the basis of the public interest, provided the measure is able to achieve the aim and proportionate to it (80). Before checking the rule under a proportionality test it is worth focusing on the ground of the justifications.

Unfortunately, from a UK Government perspective, some of the most relevant causes of justification seem to be not applicable, namely territoriality and coherence (or cohesion) of the tax system. It is difficult to predict how the Court reasoning would take into account these two justifications, some scholars (81) pointed out that between territoriality and coherence there is a great exchangeability and this research confirmed this point but again, for the reasons already mentioned in chapter 3, it is hard to imagine that those arguments even if separately raised by Governments before the Court would be successful. Whenever it does not arise a direct link within a same person and the same tax, the coherence of a tax system should not be relied upon (82). Also the territoriality principle would be rejected as a justification since the link between a loss deduction and the activity generating the income in the same territory lacks in the case. Nor a justification based on the fear of the UK Government to loose tax revenue could be brought forward successfully in my opinion. The ECJ, in fact, has in several cases stated that the loss or reduction of tax revenue cannot be considered as an overriding justification in the public interest for measures that are contrary to the freedoms guaranteed in the EC Treaty (83).

One might also think that policy reasons to preserve Member States sovereignty in the field of direct taxes and tax revenues could lead the Court to the denial of the cross border offsetting of losses. Indeed, this

(80) See ECJ Case C-415/93 *Bosman*, para 104; Case C- 250/95 *Futura* para 26; Case C-436/00 *X&Y* para 49.

(81) See A. Cordewener, *EC Tax Review*, *supra* note 1 at para 5.3.1.

(82) See P. Pistone, *EC Tax Review*, *supra* note 55, at 150.

(83) See ECJ Case C-264/96 *ICI* para. 28; Case C-234/00 *Lankhorst* para. 36; Case C-410/98 *Metalgesellschaft and Hoechst* para. 39; Case 436/00 *X & Y* para. 50.

delicate issue might be a piece of land where the lack of consensus among Member States would push the Court to avoid a dangerous decision as if it triggers the invasion of a private property. To this extent one could expect that in order to avoid thorny decisions the Court would adopt some tricks («excarnotage») to leave to Member States the decision on the cross border offsetting of losses. The Court imagination and fantasy could go so far as to use the concept of the group relief rule with a new meaning in the EU tax arena and a new rationale behind. For instance, if the Court states that a group relief regime brings the group of companies into the position of one and a single taxpayer resident for tax purposes in the country of origin, then, the territoriality principle could be exploited to include in the group relief only losses deriving from companies within the UK group thus rejecting the infringement of the freedom of establishment on the ground of the justifications (84).

Apart from the difficulties and consequences that such a statement would trigger under an international tax law perspective (*e.g.* entitlement to treaties of the «group», allocation of the income, etc.), even if the group relief rule resulted into a restriction justified under a brand new and different concept of group relief built up by the ECJ expressly for this decision a further obstacle would obstruct the ECJ route towards the rejection of the incompatibilities with EC Treaty raised with the case: the proportionality test.

As already pointed out before in this paper (see para. 1.3.1), under a compatibility analysis with EC Treaty principles, a domestic rule should also not go beyond what is necessary in order to reach the aim that is pursued. If UK group relief rule does not allow a foreign subsidiary's loss to be surrendered to a UK parent company the main purpose could be that of keeping a consistency in the UK tax system on one hand avoiding a double dip of the loss, once in the source state and again in the residence state of the parent company (85), and on the other hand avoiding a double taxation of profits that due to relief from double taxation tools (unilaterally or via DTC) are normally taxed only once.

However, if one analyses the situation of group relief rules the problem arising rather than a double dip risk for losses is that some kind of losses could be lost forever.

For those subsidiaries that *Marks & Spencer* held in Belgium and Germany the foreign losses could not be carried forward in the foreign countries since those companies ceased their activities ending up with what we called in the first chapter a «final loss».

(84) I would exclude in any case the hypothesis that the Court considers the territoriality principle in order to establish whether a restriction arises or not, *i.e.* on the first layer of the compatibility with EC Treaty freedoms rather than on the justification grounds. The rationale of this exclusion derives from the lack of substance of such idea in previous ECJ decisions.

(85) For this line of reasoning see A. Cordewener, *EC Tax Review*, *supra* note 1 at para. 5.3.2.

Due to the lack of chance of a future profitability and a loss carry over in the foreign countries the only way to incorporate those losses would be that of admitting an immediate cross border offsetting through a surrendering with UK parent's profits in the year the losses are accrued and a future recapture in the following year as suggested in the Draft Directive on losses (deduction and reincorporation method see para 1.4.1).

Indeed, as highlighted by some scholars (86) this solution would be «less burdensome» for the group due to a cash flow advantage for the year the loss accrued and would also permit to recover a loss, even if temporarily, that would otherwise be lost forever.

My perception is that even if accepting a cross border offsetting of losses could be a difficult decision for policy reason, the ECJ should at least states and declares the need to allow cross border offsetting whenever a final loss arise (*i.e.* in those situations whereby the loss if not absorbed by a company in another Member State would be lost forever).

5. – *Conclusions*

Indeed, the *Marks & Spencer* decision would be of great interest not only to all Member States adopting a group consolidation regime but also to all UK multinationals that have been lodging claims so far following the same route *M&S* covered.

A comparison between the tax treatments of losses in a group of companies carrying on activities within a single jurisdiction and that within a group operating in a cross border situation clearly shows a less favourable treatment in the latter case. Territoriality and coherence of tax systems seem to be weak arguments to justify such discrimination/restriction under an EC law perspective.

However, one might wonder whether the solution to such extremely delicate issue from an international tax perspective should be left to the developments of the Court of Justice or to EU Member States legislations.

A decision in favour of *Marks & Spencer* will force UK either to repeal the group relief regime from domestic tax provisions or to extend it to losses stemming from foreign subsidiaries within the group either. The same reasoning would hold true also for other EU Member States adopting a consolidation regime under which losses and profits may be blended within a group of companies in a single jurisdiction.

Under a positive integration approach, the Proposal for a loss Directive submitted in 1990 did not introduce any common rule in this field since a final Directive was not adopted and the content and principles suggested in it were put in a corner without any further development or act brightening the route towards harmonization. Due to the differences in tax legislations among 25 Member States, it is highly re-

(86) A. Cordewener, *EC Tax Review*, *supra* note 1 at para. 5.2.1.

commended to find a common set of rules creating some basic standards for cross-border loss relief.

Among the strategies aimed at tackling the inefficiencies and obstacles to cross-border economic activities in the Internal Market, the Commission recently (87) confirmed its commitment to identify innovative ways of dealing with cross-border loss relief even if it seems to expect additional «clarification of the legal situation and contribute to an increasing acceptance of the need for action in this area» from an ECJ case currently pending (*Marks & Spencer*).

Based on the foregoing assumptions, it is easy to understand what kind of pressure may push the ECJ to carefully weight its words in the first decision on cross-border relief for losses within a group.

Certainly, it could be less onerous for the Court to state that Member States should allow cross-border relief only to the extent a «final loss» situation (see supra para. 1.3.1) arises thus leaving to harmonization instances the right to establish a common set of rules for such a delicate issue.

In the latter case the Court would confirm once again the need for domestic rules to respect the proportionality test for EC law compatibility while it would shift the more onerous burden of a complete harmonization to the more appropriate institutions: the legislators.

avv. MASSIMILIANO RUSSO,
LL.M., *International Taxation, Leiden University*

ANNOTATED BIBLIOGRAPHY

H.J. Ault et al., *Comparative income taxation* (The Hague: Kluwer law international, 1997), p. 394.

L. Burns and R. Krever, in V. Thuronyi (Ed. 1996), *Tax Law Design and Drafting* (Washington D.C: International monetary fund), pp. 619.

A. Cordewener, *Foreign Losses, Tax Treaties and EC Fundamental Freedoms: a new German Case before the ECJ*, *European Taxation* (September, 2003), p. 294-303, at 294.

A. Cordewener al., *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M&S, and the Way Ahead* (Part One and Two), 44 *European Taxation* 4 and 5 (2004), p. 135-142 and 218-233, paragraph 1.

D. Evans et al., *What the Marks & Spencer case will mean*, *International tax review*, (July-August 2003), p. 34-36, at p. 34.

D. Gutmann, *The Marks & Spencer case: proposal for an alternative way of reasoning*, *EC Tax Review* (2003-3) p. 154-158, at 158.

H. Hamaekers, *The Source principle versus the residence principle*, *Revisita dos tribunais No. 3*, 1 (1993), p. 164 et seq., at 166.

(87) See para. 3.3. of *An Internal Market without company tax obstacles achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*, Brussels 24 November 2003 COM (2003) 726.

L. Hinnekens, *The Marks and Spencer Case: UK Special Commissioners Find UK Group Relief Rules Compatible with Freedom of Establishment*, *European Taxation* (2003-5), p. 175-182 at p. 180.

M. Mbwa-Mboma, *The Push Toward Pan-European Tax Consolidation: A French Perspective on the Marks & Spencer Case*, *30 Tax Notes International* 5 (5 May 2003), p. 457 et seq.

G. Meussen, *The Mark & Spencer case: reaching the boundaries of the EC treaty*, *EC tax review*, (2003-3), p. 144-148 at 144.

P. Pistone, *Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice*, *EC Tax Review* (2003-3), p. 149-154, at 150.

B.J.M. Terra and P.J. Wattel, *European Tax Law*, Third Edition (Deventer: Fiscale Studieserie - Fed, 2001), pp. 440-452.

F.J. Vanistendael, *European Taxation in the 21st Century The road towards Integration*, *European Taxation* (October 1998), p. 331-335 at 334.

F.J. Vanistendael, *The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national systems of the Member States*, *EC Tax Review* (2003-3) p. 136-143, at p. 140.

P.J. Wattel, *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality*, *EC Tax Review* (4 - 2003), p. 194-202, at 201.

B. Wiman, *Equalizing the Income Tax Burden in a Group of Companies*, *28 Intertax* (2000-10), p. 352-359.

D. Weber, *The Bosal Holding Case: Analysis and Critique*, *EC Tax Review* (2003 - 4) p. 220-230, at 228.

U. Zehetner, *Austrian Supreme Administrative Court: exemption method and foreign losses – a change in the interpretation of DTC*, *EC Tax Review* (2002-1), pp. 39-40.

CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

– ECJ, 28 January 1992, Case C-204/90 *Hanns-Martin Bachmann v Belgian State*.

– ECJ, 14 February 1995, Case C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker*.

– ECJ, 30 November 1995, Case C-55/94 *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

– ECJ, 15 December 1995, Case C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean Marc Bosman*.

– ECJ, 15 May 1997, Case C-250/95 *Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions*.

– ECJ, 16 July 1998, Case C-264/96 *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*.

– ECJ, 14 December 2000, Case C-141/99 *Algemene Maatschappij voor Investeren en Diensverlening NV (AMID) v Belgische Staat*.

– ECJ, 8 March 2001, Joined Cases C-397/98 and C-410/98 *Metallgesellschaft Ltd and Others, Hoechst AG, Hoechst UK Ltd v Commissioners of Inland Revenue, H.M. Attorney General*.

– ECJ, 21 November 2002, Case C-436/00 *X,Y v Riksskatteverket*.

- ECJ, 12 December 2002, Case C-324/00 *Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt*.
- ECJ, 12 June 2003, Case C-234/01 *Arnoud Gerritse v Finanzamt Neukölln-Nord*.
- ECJ, 18 September 2003, Case C-168/01 *Bosal Holding BV v Staatssecretaris van Financiën*.

PENDING CASES:

- ECJ, Case C-446/03 *Marks & Spencer v David Hasley, Inspector of taxes*.
- ECJ, Case C-152/03 *Ritter v Bundesfinanzhof*.

HYBRID ENTITIES NEGLI STATI UNITI: GIANO BIFRONTI (*) (**)

(*) Ringrazio per questo contributo il Prof. Brainard «Skip» Patton del Graduate Tax Program della Boston University School of Law per i suggerimenti e i consigli ricevuti. Grazie al suo entusiasmo mi è stato possibile approcciare le *hybrid entities* che rappresentano un aspetto dell'*International Tax Law* statunitense affascinante e al contempo complesso.

(**) Giano, antica divinità Italica, viene comunemente raffigurato e ritratto con due facce ... Una rivolta in avanti e l'altra indietro. I Romani consideravano Giano il Dio degli Inizi. Il suo nome è stata una scelta obbligata per descrivere il primo mese dell'anno ... Un mese indicato dai Romani con il nome di *Ianuarius*, dunque «Gennaio», preso dalla parola etrusca *Janua* che significa «porta». In particolare, Giano proteggeva tutto ciò che nella vita appariva essere a doppio taglio e rappresentava la transizione tra ciò che è primitivo e la civilizzazione. I Romani dedicavano il primo di Gennaio al Dio dei cancelli e delle porte, Giano. Questi rappresenta la contemplazione circa gli avvenimenti dell'anno trascorso mentre rivolge lo sguardo al nuovo anno. Secondo alcune fonti, Giano era ritratto in tale forma a causa del fatto che cancelli e porte guardano in due direzioni. Pertanto, tale Dio potrebbe guardare contemporaneamente sia in avanti che indietro. Originariamente, Giano era ritratto con due facce: una con la barba e l'altra con il viso ben rasato. Tale distinzione avrebbe potuto simbolizzare la luna e il sole, o la giovinezza e la vecchiaia. Più tardi, Giano viene mostrato con la barba su entrambe i volti e frequentemente tiene una chiave nella mano destra. Le prime statue di Giano (del II sec. a.c.) lo raffiguravano con quattro facce. Giano, nel ruolo di guardiano degli Ingressi e delle Uscite, veniva ritenuto anche rappresentare tutto ciò che incomincia, gli Inizi dunque. La spiegazione di questa credenza si basa sul fatto che chiunque, per entrare in un nuovo luogo, deve prima passare attraverso una porta. Originariamente, Giano veniva onorato il primo giorno di ogni mese, oltre ad essere venerato all'inizio della stagione della semina e ancora al momento del raccolto. Deferenza, inoltre, gli veniva tributata nei momenti più importanti della vita di un individuo, quali la nascita e il matrimonio. Le origini di questa Divinità sono piuttosto varie. Una leggenda narra che Giano una volta fosse un mortale venuto dalla Tessaglia e accolto nel Lazio da una donna di nome Camese. Si narra che la coppia si sposò, condivise il regno ed ebbe molti figli tra cui, Tiberino, il Dio del fiume Tevere. A seguito della morte di Camese, Giano divenne il solo reggente del regno. Egli eresse un tempio in onore di Saturno quando questi fuggì da Giove. Come primo Re del Lazio, Giano assicurò un lungo periodo di pace, rettitudine e abbondanza per il proprio popolo ... un'era nota come l'Età dell'Oro. Egli introdusse la moneta, la coltivazione dei campi e le leggi. Tra i suoi figli si ricorda Fonte, Dio delle Stagioni. Fu solo dopo la sua morte che Giano venne deificato e divenne il protettore della Città Eterna.

Sintesi: Le Hybrid Entities (HE) sono strumenti societari che per le intrinseche caratteristiche fiscali hanno recentemente trovato largo utilizzo da parte dei contribuenti statunitensi. Questi ultimi sono stati l'oggetto del presente contributo e, considerate le notevoli implicazioni lungo tutto l'IRC, ci si è limitati ad una sommaria trattazione. Così, i principi che disciplinano l'International Tax Law statunitense sono stati omessi. Si è voluto entrare nel vivo fornendo un quadro asciutto delle opportunità che questo strumento «bifronte» offre: poiché la materia è dinamica, sono state riportate le proposte introdotte dal Dipartimento del Tesoro per contrastare potenziali usi abusivi con le HE.

La disciplina delle HE prende le mosse dalla *check the box regulation* che distingue tra eleggibilità e applicazione automatica.

La caratteristica saliente delle HE è l'implicazione con il *foreign tax credit* e con la *CFCs regulation*. A tale riguardo sono stati delineati 4 scenari ed in ognuno di essi si sono tratteggiati vantaggi e svantaggi: si migliora l'utilizzo del credito d'imposta indiretto; si favorisce uno scivolamento da un basket all'altro; si bilancia tra eccesso o carenza di *foreign tax credit*.

Una simile analisi è stata presentata anche con riguardo alla strutturazione di operazioni che coinvolgono una CFC ed una HE.

Si è accennato brevemente anche al trattamento delle perdite e alle opportunità che offrono le convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dagli SU con l'Inghilterra e l'Olanda. A completamento, molti scenari sono stati dotati di tavole esemplificative poste alla fine del contributo.

Al di là del dato tecnico, in sostanza e in termini di *policy* deve essere notato come il legislatore (tributario) statunitense stia prestando crescente attenzione alla competitività internazionale delle proprie multinazionali dotandole di idonei strumenti: il punto – oramai superato da tempo – non è più solo quello di creare gettito *per se*, ma facilitare la creazione di ricchezza anche e soprattutto al di fuori dei propri confini nazionali.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *Check-the-Box Regulation*. – 3. Uso all'estero delle *Hybrid Entities*: vantaggi e svantaggi. – 3.1. Implicazioni per il *Foreign Tax Credit* (FTC). – 3.2. Conseguenze per la disciplina nella Subpart F. – 3.3. Trattamento delle perdite. – 3.4. Opportunità di pianificazione internazionale e interazioni con alcune convenzioni internazionali: il caso della Gran Bretagna e dell'Olanda. – 4. Conclusioni.

1. – *Introduzione*

Che cosa sono le *Hybrid Entities* negli Stati Uniti (d'ora in avanti per brevità HE) (1)? Come, quando e perché questo strumento viene utilizzato dai contribuenti americani?

Con tale termine ci si riferisce generalmente ad una «creatura societaria con risvolti fiscali» che spesso viene usata al livello transnazionale da taxpayers statunitensi e che ha, come caratteristica principale, una contemporanea duplicità di trattamento fiscale, concordemente alle giurisdizioni in cui tale entità viene localizzata. Le due caratteristiche (o quattro, a seconda dei punti di vista) che la contraddistinguono sono: un

(1) Tutte le illustrazioni nelle tavole allegare al presente lavoro sono state in parte tratte e in parte rielaborate da lavoro di R. B. Harvey, S. Burke & S. K. Shapiro, *Uses of Hybrid Entities in the International Arena*, *Tax Notes* 215 - 224 (January 8, 1996).

trattamento fiscale come se si trattasse di una c.d. *disregarded entities* (entità ignorata, dal punto di vista fiscale US) a fronte dell'esistenza di una società straniera oppure, viceversa, un trattamento fiscale come se si trattasse di una società statunitense a fronte dell'esistenza di una *disregarded entity* straniera. Sostanzialmente, una unica entità può essere trattata fiscalmente diversamente sia nella stessa giurisdizione che in due differenti giurisdizioni, a seconda dell'esistenza di alcuni presupposti che di qui a poco si indicheranno.

Questo sofisticato strumento societario e fiscale sfrutta le differenze normative esistenti nelle varie giurisdizioni coinvolte (ossia prese di mira dal contribuente/investitore americano), al fine di massimizzare i benefici che possono essere raggiunti. In altre parole (e mettendo da parte l'analisi della natura meramente societaria di tale «creatura»), dalla prospettiva meramente tributaria una HE potrebbe essere trattata come una entità neutrale (o trasparente) secondo il diritto tributario statunitense e contemporaneamente come una società secondo il diritto tributario della giurisdizione straniera coinvolta. Al contrario, una HE potrebbe essere trattata come una società per finalità fiscali statunitensi e simultaneamente come una entità trasparente per finalità fiscali straniere (2).

L'uso accorto e ragionato di tali schemi permette al contribuente americano di ottimizzare le conseguenze ottenibili a seguito dell'applicazione del *Foreign Tax Credit*, della normativa relativa alle *CFCs*, oppure del presunto trasferimento di *assets* di cui alla *Section 367* dell'*Internal Revenue Code* (d'ora di avanti IRC), solo per richiamare qualche opportunità di pianificazione (3).

Inoltre, il concetto di entità *disregarded* (ossia ignorata) non viene definito nel Codice (IRC). Dunque, secondo l'interpretazione tributaria tradizionale, con tale termine si intende che la sua attività viene presumibilmente condotta da un unico imprenditore, da una *branch* o da una *division* dell'imprenditore (si veda il *Treas. Reg. § 301.7701-2(a)*). Così, il termine *disregarded* viene inteso nel senso che alcuni tipi di attività sono fittiziamente condotti direttamente dal titolare dell'impresa. Alcuni studiosi hanno affermato che non avere adeguatamente sottolineato le conseguenze fiscali dell'essere *disregarded* abbia inevitabilmente determinato un certo grado di incertezza (4).

(2) Si veda R. Peroni, *Disregarded Entities: The International Tax Aspects*, *American Bar Association - Section of Taxation*, 2002 Midyear Meeting (January 18, 2002), 2 - 3; e R. B. Harvey, M. S. Burke & S. K. Shapiro, *Uses of Hybrid Entities in the International Arena*, *Tax Notes* 215 - 224 (January 8, 1996).

(3) Potrebbe essere aggiunta anche la disciplina della *Foreign Currency Rule* nella *Sections 987 e 989* oppure il trattamento dei *Dual Consolidated Losses* nella *Section 1503(d)*. Tutti i riferimenti normativi e regolamentari in questo lavoro richiamano l'*Internal Revenue Code* (IRC) statunitense del 1986, così come modificato, e i regolamenti conseguentemente promulgati.

(4) Per le conseguenze fiscali dell'«essere *disregarded*» si veda C. Barton, *Much Ado About a Nothing the Taxation of Disregarded Entities*, *Tax Notes* June 30, 1997, 1883 - 1884.

Al fine di avere un quadro completo del fenomeno in esame, è anche necessario all'inizio, se non utile, distinguere la disciplina e le conseguenze fiscali di una HE localizzata negli USA e controllata da una entità straniera da quella di una HE localizzata in una giurisdizione fiscale straniera ma controllata da un contribuente americano. In questo breve contributo, mi occuperò esclusivamente del secondo caso, ossia dell'uso all'estero di una HE in particolare localizzata fuori dal territorio statunitense, ma controllata da un contribuente statunitense e delle conseguenze fiscali negli SU per lo stesso contribuente (5).

Sono partito dal trattaggiare la disciplina di riferimento delle *hybrid entities* rintracciabile nell'*Internal Revenue Code* considerando succintamente le conseguenze fiscali (in termini di vantaggi e svantaggi economici) di tale forma organizzativa nella giurisdizione fiscale di riferimento, alla luce della differente disciplina applicabile.

2. – *La Check-the-Box Regulation*

La HE è uno strumento flessibile concepito anche e soprattutto per le operazioni commerciali internazionali. Esso rappresenta una finzione giuridica e fiscale non direttamente governata dall'*Internal Revenue Code*. In realtà, le sue implicazioni fiscali attraversano per obliquo tutto il codice e possono essere ritrovate nelle sue parti più cruciali. Solo alla fine del 1996, con effetto dal 1° Gennaio 1997 (6) (lasciando il vecchio e dando il benvenuto al nuovo, contemplando il passato e guardando in avanti) il Dipartimento del Tesoro USA (l'amata e/o odiata «porta») introduceva sotto la *Section 7701(a)* una nuova disciplina per la classificazione sia delle entità straniere che di quelle domestiche chiamata nel gergo fiscale americano «*Check-the-Box*» (definizione derivata dal fatto della volontaria scelta del tipo societario concordemente ad un segno grafico apposto su una casella al momento della presentazione della dichiarazione dei redditi) (7). Questa disci-

(5) Al fine di comprendere ed approfondire le opportunità per l'investitore straniero (ad esempio Europeo) di intraprendere acquisizioni di società statunitensi e sfruttare negli SU il migliore veicolo societario (da un punto di vista giuridico e fiscale) si veda: B. L. Patton and J. Monette: *Foreign Acquisition of a U.S. Target Group and Subsequent Restructuring*, 55 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 440 - 453 (2001).

(6) Treas. Reg. § 301.7701-1(f).

(7) Treas. Reg. § 301.7701-1. I.R.C. 1986. Anche prima della disciplina *Check-the-Box*, questo settore è stato esplorato dai professionisti più creativi e all'avanguardia. «(...) [T]he regulations succeed both in allowing sophisticated taxpayers to achieve, with greater ease and less cost, a tax result that was available under prior law and succeed in allowing less sophisticated taxpayers to achieve the same tax result formerly available only to the sophisticated few», in J. Rabinovitz & E. Zolt, *Tax Nothings 75 Taxes* 870-871 (December 1997). Si veda, inoltre, M.L. Schler, *Initial Thoughts on the Proposed «Check-the-Box» Regulations*, *Tax Notes* 1679 - 1692 (June 17, 1996).

plina ha radicalmente cambiato la tassazione delle entità prive di personalità giuridica e rappresenta oggi uno strumento aggiuntivo che ha notevolmente incrementato le potenzialità delle HEs nell'ambito della pianificazione fiscale delle multinazionali americane. Al fine di avere un quadro completo, è utile riassumere brevemente la disciplina appena menzionata.

Al fine di classificare una entità da un punto di vista fiscale, la *Section 301.7701-1* intende per prima cosa stabilire se essa sia legalmente autonoma e separata. Questa è una questione che deve essere risolta con riferimento al diritto tributario federale statunitense e quindi concordemente con questi standards fiscali. Inoltre, il diritto tributario statunitense rimane impermeabile alle classificazioni e definizioni dei tipi societari dati dalle giurisdizioni straniere (8). Peraltro, la disciplina mira a determinare quando certe entità possano essere riconosciute come separate per finalità fiscali federali (9). Così, le *joint ventures* possono essere considerate come entità separate se i partecipanti portano avanti attività commerciale, d'affari o operazioni finanziarie e si distribuiscono i relativi profitti (10). Alcune entità istituite all'estero ed alcune organizzazioni con singoli proprietari possono essere riconosciute o ignorate come entità separate (*disregarded*) ovviamente solo per finalità fiscali federali (11).

Secondo le nuove norme, è necessario distinguere tra lo status eleggibile e la disciplina di applicazione automatica. Una entità con due o

(8) Treas. Reg. § 301.7701-1(a)(1). I.R.C. 1986 che stabilisce: «The Internal Revenue Code prescribes the classification of various organizations for federal tax purposes. Whether an organization is an entity separate from its owner for federal tax purposes is a matter of federal tax law and does not depend on whether the organization is recognized as an entity under local law».

(9) La classificazione più importante dal punto di vista fiscale che coinvolge le due entità di gran lunga più rilevanti sono la *C Corporation* e quella trasparente o *pass-through*. L'ultima viene a sua volta suddivisa in *S corporation*, *partnership* (tra cui vi è la *limited liability company*, o *LLC*) e la *sole proprietorship*.

(10) Treas. Reg. § 301.7701-1(a)(2). I.R.C. 1986. Inoltre, una *joint venture* costituita solo al fine di condividere le spese non costituisce una entità separata, così come la mera co-interessenza di immobili o proprietà date in locazione o ottenute in locazione.

(11) Treas. Reg. § 301.7701-1(a)(3)(4). I.R.C. 1986. Le entità domestiche e straniere hanno lo stesso trattamento fiscale. Per esempio, senza alcune elezioni, le conseguenze fiscali per una *partnership* domestica o una *LLC* sono automaticamente regolate dal *Subchapter K* del codice. Le motivazioni alla base della citata legislazione sembrano essere state quelle di favorire in generale la discesa della pressione fiscale esistente sulle società americane e contemporaneamente minimizzare la loro tassazione estera e federale, spingendole alla diversificazione e alla trasformazione del loro modo di intraprendere affari attraverso l'uso delle entità *disregarded*. Si veda al riguardo, Don W. Llewellyn and A. O'Connell Umbrecht, *No Choice of Entity after Check-the-Box 52 Tax Lawyer* 1, 1, 4-5.

più soggetti potrebbe essere trattata sia come una *corporation* che come una *partnership*. Se il soggetto socio della entità operativa è solamente uno, l'entità stessa potrebbe essere classificata e considerata fiscalmente sia come una *corporation* che come una entità ignorata, ossia *disregarded*. Nel caso in cui fosse ignorata, l'attività dell'entità sarà trattata per finalità fiscali come una *sole proprietorship*, una *branch* o una *division* del proprietario (12). Le entità *disregarded* che possono essere controllate o detenute da una *corporation*, da una *partnership* o da un individuo rappresentano una nuova alternativa in questo scenario regolamentare (13). Insieme allo status eleggibile, si ritrova qualche norma di applicazione automatica. La disciplina del 1997 distingue tra tre livelli:

1. – Se un'entità è già riconosciuta come società (*corporation*) secondo standards comparabili previsti dal diritto straniero e concordemente ad una lista disposta dall'IRC (14), sarà trattata come una *corporation per se* per finalità fiscali federali (15) (regola di applicazione automatica);

2. – Se l'entità non è di per sé una società straniera, può presentare una dichiarazione fiscale e chiedere di essere trattata come una *corporation*, una *partnership* se ha meno di due membri, o come una *disregarded entity* se ha un solo proprietario (16) (status eleggibile);

3. – Se l'entità straniera non richiede nessun trattamento fiscale, non è una società secondo il Dir. locale, la regola è che questa entità verrà trattata come una società straniera se il proprietario ha responsabilità limitata oppure come una *disregarded entity* se il proprietario non ha responsabilità limitata (17) (regola di applicazione automatica).

(12) Treas. Reg. § 301.7701-2(a). I.R.C. 1986.

(13) D.J. Rachofsky, *Overview of the U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities*, 55 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 388 (2001) at 389. Concordemente alla precedente disciplina, una entità operativa poteva essere classificata esclusivamente come una *corporation* oppure come una *partnership*.

(14) Treas. Reg. § 301.7701-2 (b)(8).

(15) Treas. Reg. § 301.7701-2(b)(8). I.R.C. 1986. In sostanza, una *Societe Anonime* francese, belga o lussemburghese verrà trattata ai fini fiscali USA come una *corporation* così come una *Aktiengesellschaft* tedesca, svizzera o austriaca, e una *Public Limited Company* irlandese, e una *Naamloze Venootschap* olandese, e una *Società per Azioni* italiana.

(16) Treas. Reg. § 301.7701-3(a). I.R.C. 1986.

(17) Treas. Reg. § 301.7701-3(b) (2)(i)(B), (C). I.R.C. 1986 secondo il quale: «(2) Foreign Eligible Entities. (i) In general. Except as provided in paragraph (b)(3) of this section, unless the entity elects otherwise, a foreign eligible entity is (A) A partnership if it has two or more members and at least one member does not have limited liability; (B) An Association if all member have limited liability; or (C) Disregarded as an entity separate from its owner if it has a single owner that does not have limited liability». Più diffusamente si veda R. Peroni, *Disregarded Entities: The International Tax Aspects American Bar Association - Section of Taxation*, 2002 Midyear Meeting (January 18, 2002), 1.

3. – *Use all'estero delle Hybrid Entities: vantaggi e svantaggi*

Come già detto, si cercherà qui di seguito di analizzare le opportunità di pianificazione insieme alle implicazioni fiscali statunitensi con riferimento principalmente all'uso del *foreign tax credit* e della disciplina sulle *CFC*. Ad ogni modo, dovrebbe essere chiarito fin da subito che ciò che caratterizza e costituisce le HEs è la fusione e simultanea esistenza di diversi elementi, in modo tale che da una prospettiva (da quella degli SU), l'entità appaia per esempio come una *disregarded* o una società, o una entità neutrale, e dall'altra prospettiva (da quella di una giurisdizione fiscale straniera) appaia contemporaneamente e diversamente come una società, una entità neutrale o una entità *disregarded*.

In pratica, l'illustrazione appena data rappresenta una parte del quadro complessivo. La HE deve essere vista e valutata in un contesto dinamico in cui alcune delle caratteristiche appena citate vengono mescolate insieme, in una continua interazione ed evoluzione (18). Ad esempio, un'entità *disregarded* in una giurisdizione straniera potrebbe fare elezione per essere trattata ai fini fiscali federali come una società.

Peraltro, non è da dimenticare che tale opzione o elezione è disciplinata dalla *Section 301.7701-3(g)(1)(iv)* e in certi casi trattata come una forma di trasferimento di *assets* del proprietario/imprenditore verso una nuova società straniera. Tale operazione (generalmente non tassabile se limitata all'ambito domestico) viene presa in considerazione contemporaneamente anche dalla *Section 367 (a)* del codice il quale sancisce al contrario la possibile tassazione di ogni plusvalenza derivante dal trasferimento di certi *assets* all'estero (tra i quali ad es. inventari, valuta straniera, crediti documentari, *intangibles* (*Section 367 (a)(3)(B)*). In sostanza e ai sensi della normativa appena citata, tutte le operazioni di ristrutturazione che in ambito domestico beneficiano di un trattamento fiscale di vantaggio, scontano, al contrario, nel caso di operazioni transnazionali l'applicazione dell'imposta ordinaria.

In ogni caso, anche se la HE mantiene una natura adattabile, da una prospettiva meramente fiscale (ossia dal punto di vista del fisco statunitense) questa dualità deve e sarà ridotta ad unità. In altre parole, la posizione del fisco americano sarà quella di chi vede un solo «volto», quello che la HE vuole esporre, dando l'idea temporanea di una entità fiscalmente definita (19). E fortunatamente, la dualità non è di per sé né sco-

(18) Treas. Reg. § 301.7701-3(g)(1)(iv) dispone che: «If an eligible entity that is disregarded as an entity separate from its owner elects under paragraph (c)(1)(i) of this section to be classified as an association, the following is deemed to occur: the owner of the eligible entity contributes all of the assets and liabilities of the entity to the association in exchange for stock of the association».

(19) Ad esempio, una BV olandese viene considerata una società o *corporation* dalla prospettiva fiscale olandese, ma contemporaneamente potrebbe essere considerata come una entità trasparente o una *corporation* o una *disregar-*

raggiata, né tassata. Se vogliamo considerare la HE come una porta, da qualunque prospettiva la si veda (interna o esterna) essa apparirà assolutamente non distinguibile. Dunque, gli effetti fiscali derivanti da quell'unica prospettiva che il fisco americano preferisce prendere in considerazione rappresentano contemporaneamente e da un lato la debolezza e la forza della politica fiscale statunitense e, dall'altro, le opportunità e i limiti per coloro che si occupano di pianificazione fiscale internazionale.

Come detto, le conseguenze fiscali di tali scelte societarie si riflettono inevitabilmente nei settori del *foreign tax credit* o della disciplina delle *CFCs* (conosciuta anche come *Subpart F regulation* dal nome della collocazione nell'IRC). Gli effetti, inoltre, possono essere differenti a seconda che l'entità sia trasparente, oppure sia una società, oppure che il *taxpayer* americano sia azionista unico, oppure no. In effetti, come già anticipato, una entità estera potrebbe essere considerata fiscalmente come una *C* o una *S corporation*, una *LLC*, una *partnership* oppure una entità *disregarded*. Così, per le operazioni internazionali in termini generali possiamo avere questi scenari:

A) un singolo contribuente statunitense o una entità trasparente che direttamente o indirettamente possiede una società straniera;

B) un contribuente statunitense o una entità trasparente che direttamente o indirettamente possiede una entità trasparente straniera;

C) una società statunitense che direttamente o indirettamente possiede una entità trasparente straniera;

D) una società statunitense che direttamente o indirettamente possiede una società straniera trattata come una entità trasparente in ambito locale.

Muoversi da uno scenario all'altro è relativamente semplice, anche se le varie conseguenze fiscali dovrebbero essere attentamente valutate in anticipo. Inoltre, è da dire anche come sia piuttosto comune ritrovare multinazionali con collegate multiple anche in un'unica giurisdizione fiscale (contemporaneamente società e *partnerships* per finalità fiscali statunitensi e vice versa per finalità fiscali della giurisdizione straniera) al fine di massimizzare i benefici in ogni operazione internazionale.

È da ricordare anche come, da una prospettiva di mera *tax policy*, le HEs sono normalmente e alternativamente considerate come *non-objectionable* (poiché ogni paese dispone dei benefici fiscali concordemente alla propria politica interna) oppure *objectionable* (poiché ogni paese considera la divisione dei redditi su base globale) (20).

ded entity dalla prospettiva fiscale statunitense a seconda del tipo di elezione che viene effettuata.

(20) Sull'aspetto della *policy* si veda più diffusamente M.L. Schler, *Initial Thoughts on the Proposed «Check-the-Box» Regulations*, *Tax Notes* 1679 - 1692 (June 17, 1996) at 1689.

3.1. – Implicazioni per il Foreign Tax credit

A) Un singolo contribuente statunitense (persona fisica) o una entità trasparente che direttamente o indirettamente possiede una società straniera.

Questo scenario potrebbe determinare una potenziale doppia imposizione insorgente nel momento in cui una ritenuta venga operata dall'amministrazione fiscale straniera a fronte di una distribuzione di dividendi verso gli SU. La ritenuta alla fonte può infatti essere doppiata dall'imposta sui redditi americana, mitigata in parte solo dall'applicazione del credito d'imposta diretto per le imposte straniere pagate come disciplinato dalle Sections 910 e 902, unitamente alla limitazione indiretta di cui alla Section 904 per l'ammontare di tasse statunitensi che il contribuente americano paga con rispetto al reddito tassabile di fonte estera (21). Come noto, il singolo contribuente ha la possibilità di vedersi riconosciuto solo il credito diretto per le imposte (come per la ritenuta alla fonte) pagate nella giurisdizione straniera sui redditi della società estera (al momento della distribuzione di dividendi), ma non per le imposte che la società paga sui propri utili. In tale fase, il singolo azionista americano perde il beneficio di aggiungere al credito d'imposta diretto and quello indiretto, ottenibile solo da entità strutturate, ossia societarie.

Tale scenario potrebbe essere modificato attraverso l'uso in una giurisdizione straniera di una entità trasparente o *disregarded* (come si vedrà successivamente nello scenario B). Dalla prospettiva fiscale statunitense, un'imposta straniera sui profitti dell'entità permette l'ottenimento del credito indiretto per le imposte pagate sui redditi prodotti all'estero facendo riferimento ad una società domestica, ad una entità trasparente oppure ad una entità *disregarded* (si veda la Tavola 2).

B) Un singolo contribuente americano o una entità trasparente che direttamente o indirettamente detiene una entità trasparente o una entità *disregarded*.

Quando il proprietario di una entità trasparente è un singolo contribuente, la HE è trattata come una *sole proprietorship*, una *branch* o una *division*, a meno che lo stesso proprietario abbia la responsabilità limitata. Con riferimento alla limitazione del credito d'imposta estero di cui alla Section 904, un'imposta straniera come una ritenuta alla fonte ricadrà nel *general basket* (Section 904(d)(1)(I)) che è diverso rispetto al *passive basket* per i dividendi (Section 904(d)(1)(A)). Avere l'opportunità e l'abilità di spostare il reddito da un *basket* all'altro significa essere in grado di minimizzare o eliminare la doppia imposi-

(21) Come noto, la limitazione del credito fiscale estero negli USA è organizzato intorno al concetto del *basket* o «canestro». Il codice ha disposto una serie di nove canestri, in sostanza limitazioni (unitamente ad un canestro residuale finale): ad esempio, uno per i *passive incomes* (dividendi, interessi e *royalties* (Sec. 904(d)(1)(A)), un altro per i dividendi derivanti da entità non considerate come *CFCs* (Sec. 904(d)(1)(E)).

zione, purché il contribuente non sia una società (22). La tecnica di spostare il reddito da un *basket* all'altro è inoltre usata nel caso di possesso di società non qualificabili come *CFC*, mentre si provvede di solito all'effettuazione dell'elezione (*check-the-box*) in favore di un'entità *disregarded* oppure in favore di una trasparente: dal *basket* chiamato 10/50 del primo (ossia una società non *CFC* di cui alla *Section 902*, nota come società 10/50 perché si tratta di una società straniera in cui un azionista statunitense detiene almeno il 10% ma non più del 50% del capitale azionario) è possibile scivolare nel *general basket* dell'imposta diretta sul reddito per le imposte estere usando in tal modo il credito d'imposta in modo più efficiente (23). In altre parole, poiché il sistema dei canestri separati può essere considerato come una limitazione separata al credito estero, come regola generale, un eccesso di credito di una *corporation 10/50* non può essere usato da un'altra *corporation 10/50*.

In realtà, attraverso l'uso di una entità trasparente o di una *disregarded* è possibile superare la barriera 10/50. Se il solo reddito della HE sarà quello derivante da attività commerciale o d'affari, gli utili distribuiti saranno considerati e ricompresi nel canestro *general income*.

C) Una *corporation* statunitense che direttamente o indirettamente detiene una entità trasparente.

L'uso di un'entità all'estero che per finalità fiscali viene ritenuta *disregarded*, porta con sé vantaggi e svantaggi. *In primis*, un individuo americano non è intitolato al *foreign tax credit* ai sensi della *Section 902* perché ottenibile solamente da azionisti (24). L'azionista (americano) di una società estera non ha nessun credito per la sua quota di capitale detenuto per le imposte pagate dalla società straniera. L'unico credito sarà quello eventuale per la ritenuta alla fonte operata sui soli dividendi.

(22) Si veda ancora sul punto R. Peroni, *Disregarded Entities: The International Tax Aspects*, *American Bar Association - Section of Taxation*, 2002 Midyear Meeting (January 18, 2002) p. 4. D.S. Miller, *The Strange Materialization of the Tax Nothing*, *Tax Notes* 685 - 701 (May 1, 2000) p. 690 esclude che tali imposte possano essere ricomprese entro il *passive income basket limitation* di cui alla *Section 904(d)(1)(A)*.

(23) Si vedano R.B. Harvey, M. S. Burke & S. K. Shapiro, *Uses of Hybrid Entities in the International Arena*, *Tax Notes* 215 - 224 (January 8, 1996), p. 218; D. J. Rachofsky, *Overview of the U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities*, *55 Bulletin for International Fiscal Documentation* 388 (2001) p. 392; J. Rabinovitz & E. Zolt, *Tax Nothings*, *75 Taxes* 869 - 886 (December 1997) pp. 876, 877.

(24) I.R.C. § 902(a) dispone che: «For purpose of this subpart, a domestic corporation which owns 10 percent or more of the voting stock of a foreign corporation from which it receives dividends in any taxable year shall be deemed to have paid the same proportion of such foreign corporation's post-1986 foreign income taxes as (1) the amount of such dividends (determined without regard of Section 78), bears to (2) such foreign corporation's post-1986 undistributed earnings».

Con una HE la situazione si ribalta. Se la HE venisse trattata fiscalmente come una *partnership*, il contribuente americano potrebbe essere trattato come se avesse pagato la sua quota (concordemente alla percentuale di capitale detenuto) di imposte all'estero così come si è verificato per la ritenuta alla fonte (25).

Se quanto appena visto è un vantaggio, dall'altro lato una HE annulla la flessibilità dello spostamento nel tempo delle richieste di *foreign tax credit* quando una società è in eccesso di credito d'imposta. Nel successivo scenario di cui alla lettera D), la società madre statunitense può fare slittare nel tempo la distribuzione dei dividendi e conseguentemente può usare l'opportunità data dalla *Section 902* del credito indiretto. Nel presente scenario, una entità trasparente all'estero controllata da una società madre statunitense non può approfittare dello spostamento temporale di cui alla *Section 902*: il *foreign tax credit* sarà riconosciuto sul reddito estero nel momento in cui le imposte straniere verranno versate.

Quando l'entità straniera viene trattata come trasparente per finalità fiscali straniere, le imposte straniere potrebbero essere accreditate negli SU concordemente alla *Section 901*, purché tale reddito non venga ritenuto come *Subpart F income*. Inoltre, la società madre americana potrà utilizzare il *foreign tax credit* al fine di compensare l'imposta americana sul reddito di fonte estera in una giurisdizione a bassa pressione fiscale, credito che viene ricompreso nello stesso *basket* di cui alla *Section 904(d)(1)* (26).

Un altro modo efficiente di utilizzare le HE è quello di bilanciare e controllare le situazioni di eccesso o carenza di *foreign tax credit*. Ad esempio, è molto comune stabilire una HE in una giurisdizione in cui la distribuzione dei dividendi non è tassata quando proviene da un'altra giurisdizione e il flusso economico continua verso gli SU. Tale situazione potrebbe essere modificata con la produzione di ulteriore reddito di fonte estera. Generalmente quanto detto si verifica attraverso la richiesta di un prestito effettuata dalla stessa HE ad una banca che non è parte del gruppo produttivo. Il pagamento degli interessi effettuato alla banca potrebbe rappresentare un buon mezzo per modificare ed operare sul reddito complessivo e controllare quante imposte estere dovrebbero essere pagate nelle giurisdizioni straniere (si veda la Tavola 3).

D) Una società statunitense che direttamente o indirettamente detiene una società straniera trattata come una entità trasparente dal diritto straniero (c.d. Reverse Hybrid, RH).

(25) Se la *partnership* è posseduta da una *corporation* per non più del 10%, potrebbe trovare applicazione il *Treas. Reg. Sec. 1.904-5(h)(2)* il quale dispone che il reddito estero e le imposte straniere potranno essere considerate come reddito passivo.

(26) Si vedano, R. Peroni, *Disregarded Entities: The International Tax Aspects*, *American Bar Association - Section of Taxation*, 2002 Midyear Meeting (January 18, 2002) p. 5 e J. Rabinovitz & E. Zolt, *Tax Nothings*, 75 *Taxes* 869 - 886 (December 1997) p. 880.

Questa circostanza si può verificare quando l'entità straniera venga considerata come una entità trasparente nella giurisdizione straniera e come una società dal lato americano. Quando la RH viene trattata come una società, il soggetto statunitense può beneficiare del credito d'imposta presuntivamente versato ai sensi della Sezione 902 per le imposte assolte all'estero sui profitti realizzati concordemente ai dividendi distribuiti. Generalmente, i soci di una *partnership* vengono assoggettati ad imposizione nella giurisdizione straniera sui redditi realizzati, ma la RH, viene assoggettata ad imposizione solo e nella misura in cui il proprio reddito venga distribuito alla controllante o al proprietario americano (poiché, come già detto, trattata come una società). In tal modo, un azionista statunitense può vedersi riconosciuto immediatamente il credito d'imposta estero e posporre il riconoscimento dei redditi societari.

Inoltre, il reddito di fonte estera può essere riconosciuto in un momento successivo finché i guadagni vengano rimpatriati attraverso una distribuzione o una vendita azionaria. Tale situazione può essere soggetta a trattamenti fiscali differenziati e naturalmente a risultati economici differenti dalla disciplina *anti-deferral* se dovesse trovare applicazione la normativa sulle CFC (27), sulle FPHC (28) o sulle PFIC (29).

3.2. – *Conseguenze con la disciplina prevista nella Subpart F*

Quando una società madre controlla direttamente o indirettamente una entità *disregarded* attraverso una CFC, il reddito dell'entità trasparente è trattato come reddito proprio della CFC, perché l'entità *disregarded* o quella trasparente viene fittiziamente e fiscalmente trattata come una *branch* del suo diretto proprietario. La disciplina prevista nella *Subpart F* del Codice, come noto, include anche il reddito delle *Personal Foreign Holding Company* (dividendi, interessi e profitti su azioni, etc., Section 954 (c)) o il reddito per la *Foreign Base Company Sale* (Section 954 (d)). In termini di *ratio* e di *policy*, il principio alla base del c.d. *deferral* è quello di rendere le società statunitensi competitive all'estero (30).

Dividendi, interessi e royalties inviati ad una CFC provenienti da una entità *disregarded* sono considerati *disregarded* dalla prospettiva fiscale statunitense. Le perdite della *disregarded entity* potrebbero ridurre il reddito della CFC così come il pagamento di interessi o royalties effettuati dalla CFC verso l'entità *disregarded* e comunque non rientrano nel reddito *Subpart F* del contribuente americano.

Un altro modo di utilizzare una HE straniera con conseguenze dirette sulla disciplina delle CFC si verifica nella situazione di una so-

(27) I.R.C. §§ 951-964 (1986).

(28) I.R.C. §§ 551-559 (1986).

(29) I.R.C. §§ 1291-1298 (1986).

(30) In tal senso, J. Rabinovitz & E. Zolt, *Tax Nothings*, 75 *Taxes* 869 - 886 (December 1997), p. 880.

cietà madre statunitense che controlla una *holding* straniera che a sua volta controlla due società straniere (si veda la Tavola 4). Quando più del 70% del reddito lordo di una delle due controllate straniere è qualificabile come di tipo *Subpart F*, troverà applicazione la Sezione 954 (b)(3)(B) secondo cui l'intero reddito di questa controllata verrà riconosciuto dalla società madre americana (la c.d. regola dell'inclusione totale) (31). Se le due controllate, al contrario, venissero considerate come HES, il test del 70% viene spostato al livello della holding con la conseguenza fiscale di una potenziale diluizione del reddito. In tal modo, se meno del 70% del reddito combinato è qualificabile come *Subpart F*, allora solo parte dell'attuale reddito *Subpart F* di una delle due controllate straniere è incluso nel reddito lordo della società madre.

Tradizionalmente una strategia efficiente prevede una struttura di gruppo in cui una società madre statunitense controlla una CFC che a sua volta controlla una entità *disregarded* stabilita in una giurisdizione dove la pressione fiscale sugli interessi, royalties e dividendi è piuttosto bassa. Infatti, la CFC e l'entità *disregarded* strutturano la seguente operazione: la CFC trasferisce solitamente proprietà immateriali alla *disregarded* licenziataria, la quale a sua volta le licenzia indietro alla CFC. In breve, la CFC può dedurre il pagamento di interessi e royalties (sia se l'entità *disregarded* venisse considerata contemporaneamente come una società dalla giurisdizione dove è sita la CFC), sostanzialmente trasferendo nell'entità *disregarded* liquidi e nel contempo riducendo le imposte straniere dovute dalla CFC. A sua volta, il reddito dell'entità *disregarded* non verrà considerato come reddito *Subpart F* dal punto di vista del fisco statunitense (32).

Un'altra struttura operativa simile a quella già menzionata è quella volta all'applicazione della regola dell'«eccezione dello stesso paese» di cui alla Sezione 954(c)(3) per i redditi ricevuti da un sog-

(31) I.R.C. § 954 (b)(3)(B). «If the sum of the foreign base income (determined without regard to paragraph (5)) and the gross insurance income for the taxable year exceeds 70% of gross income, the entire gross income of the taxable year shall, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5), be treated as foreign base company income or insurance income (whichever is appropriate)». Più estensivamente si vedano R. B. Harvey, M. S. Burke & S. K. Shapiro, *Uses of Hybrid Entities in the International Arena*, *Tax Notes* 215 - 224 (January 8, 1996), 221; e J. L. Walser and R. E. Culbertson, *Encore Une Fois: Check-The-Box on the International Stage*, *Tax Notes*, July 21, 1997, p. 413.

(32) I.R.C. § 954(d)(2) non troverà applicazione al fine di creare il c.d. reddito di una holding personale estera. Il dipartimento del Tesoro Americano ha proposto la Prop. Treas. Reg. § 1.954-9 con la finalità di prevenire tale situazione elusiva. Sul punto si veda in maggior dettaglio David J. Rachofsky, «Overview of U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities» 55 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 388 (2001) p. 394; e R. Peroni, *Disregarded Entities: The International Tax Aspects*, *American Bar Association - Section of Taxation*, 2002 Midyear Meeting (January 18, 2002) p. 7.

getto correlato (33) (entro i limiti dell'eccezione di cui alla Sezione 954(c)(3)(B) (34) e di cui alla Sezione 952 (c) (35)). Se la controllata straniera presta denaro alla entità *disregarded* la quale a sua volta ha beni utilizzati nell'attività di affari in quel paese, ne consegue che gli interessi pagati dalla HE alla sussidiaria non sono qualificabili come reddito *Subpart F* a causa della eccezione «dello stesso paese» (36).

Un'altra eccezione stabilita nella disciplina di cui alla *Subpart F* e usata per il tramite di una HE è quella di cui alla Sezione 954(b)(4) secondo cui il reddito assoggettato ad un'aliquota d'imposta estera superiore al 90% della corrispondente aliquota societaria statunitense non verrà considerato come reddito *Subpart F* (37). In tale scenario, una società americana che possiede una sussidiaria e una *holding* in una giurisdizione fiscale ad alta pressione fiscale (e soddisfa l'eccezione di cui alla Sezione 954(b)(4)) e una HE localizzata in un paese a bassa pressione fiscale può strutturare la seguente operazione. La società straniera presta denaro alla HE ma gli interessi pagati dalla sussidiaria straniera non soddisfano l'eccezione e dunque i redditi e i profitti della HE «pas-

(33) I.R.C. § 954 (c)(3)(A) dispone che: «Except as provided in subparagraph (B), the term *foreign personal holding company income* does not include – (i) dividends and interest received from a related person which (I) is a corporation created or organized under the laws of the same foreign country under the laws of which the controlled foreign corporation is created or organized, and (II) has a substantial part of its assets used in its trade or business located in such same foreign country, and (ii) rents and royalties received from a corporation which is a related person for the use of, or the privilege of using, property within the country under the laws of which the controlled foreign corporation is created».

(34) I.R.C. § 954 (c)(3)(B) stabilisce che: «subparagraph (A) shall not apply in the case of any interest, rent, or royalty to the extent such interest, rent, or royalty reduces the payor's subpart F income or creates (or increases) a deficit which under section 952(c) may reduce the subpart F income of the payor or another controlled foreign corporation».

(35) I.R.C. § 952 (c)(1)(A) sancisce che: «For purposes of subsection (a), the subpart F income of any controlled foreign corporation for any taxable year shall not exceed the earnings and profits of such corporation for such taxable year».

(36) Più in dettaglio si veda Treas. Reg. § 1.954-2(b)(4)(iv)(v) e R. B. Harvey, M. S. Burke & S. K. Shapiro, *Uses of Hybrid Entities in the International Arena*, *Tax Notes* 215 - 224 (January 8, 1996), 221.

(37) I.R.C. § 954(b)(4) dispone che: «For purposes of subsection (a) and section 953, foreign base company income and insurance income shall not include any item of income received by a controlled foreign corporation if the taxpayer establishes to the satisfaction of the Secretary that such income was subject to an effective rate of income tax imposed by a foreign country greater than 90% of the maximum rate of tax specified in section 11. The preceding sentence shall not apply to foreign base company oil-related income described in subsection (a)(5)».

sano attraverso», diretti verso la madre (nel senso di essere irrilevanti fiscalmente. Si veda la Tavola 5).

Oltre a quanto già visto, un altro modo di utilizzare una entità *disregarded* è quello di eleggere una CFC di seconda fila come entità *disregarded* le cui azioni o il cui capitale verrà venduto da una CFC controllante. La vendita della CFC da un punto di vista fiscale è trattata come una distribuzione dei beni della CFC di prima fila e, dunque, eludendo l'applicazione della disciplina del reddito *Subpart F* (come se fosse stata una vendita di azioni) (38).

Secondo quanto sancito dalla *Section 954(b)(5)*, il reddito *Subpart F* potrebbe essere ridotto operando sullo spostamento delle spese. Generalmente, in base alla norma appena richiamata, i redditi (solitamente consistenti in interessi) ricevuti da un azionista statunitense e da una CFC sono ritenuti come *Foreign Personal Holding Company income* ossia come *passive income*. Dunque, se l'azionista statunitense possiede una finanziaria straniera che a sua volta controlla una HE operativa in una giurisdizione ad alta fiscalità, il pagamento degli interessi dalla HE verso la madre statunitense è trasferito alla madre attraverso la finanziaria estera nella forma della *distributive share of partnership income and loss* della finanziaria straniera compensando il *passive income* della stessa finanziaria estera (si veda la Tavola 6).

3.3. – *Trattamento delle perdite*

Come regola generale, una società statunitense con una *branch* all'estero non può utilizzare le perdite della stessa nel tentativo di incidere il proprio reddito. Al contrario, la presenza di una HE permette l'utilizzo delle perdite da parte della madre. Tale opportunità deve essere analizzata alla luce della *Section 1503(d)* del Codice, la regola della *dual consolidated loss* e della successiva regolamentazione (39). Il termine *dual consolidated loss* si riferisce «ad ogni perdita operativa netta di una società statunitense che è soggetta ad imposizione in una giurisdizione straniera sui propri redditi indipendentemente se prodotti in questo paese straniero o al di fuori dello stesso, oppure [la società US] è soggetta ad imposizione sulla base della propria residenza» (Sec.

(38) Anche per questa particolare situazione potenzialmente elusiva, il Dipartimento del Tesoro statunitense ha proposto il Prop. Treas. Reg. § 301.7701-3(h) al fine di prevenire questo tipo di operazioni. Si vedano, inoltre, R. Peroni, *Disregarded Entities: The International Tax Aspects*, American Bar Association - Section of Taxation, 2002 Midyear Meeting (January 18, 2002) p. 6; e D. J. Rachofsky, *Overview of U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities*, 55 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 388 (2001) p. 394.

(39) I.R.C. § 1503(d) dispone che: «In general – the dual consolidated loss for any taxable year of any corporation shall not be allowed to reduce the taxable income of any other member of the affiliated group for the taxable year or any other taxable year».

1503(d)(2)(A)). In sostanza, e concordemente al Treas. Reg. § 1.1503-2(c)(5), il *dual consolidated loss* è la perdita operativa netta avuta dalla società statunitense in un anno fiscale determinatasi quando la stessa società era residente in due giurisdizioni (ossia, quando una società USA è soggetta ad imposizione nel paese estero sul proprio reddito *worldwide* oppure concordemente alla propria residenza, Treas. Reg. § 1.1503-2(c)(2)). I limiti all'utilizzo delle perdite delle controllate straniere nella giurisdizione straniera e negli SU si basa sul necessario bilanciamento dei potenziali vantaggi competitivi delle imprese che fanno affari all'estero rispetto alle imprese americane, le quali non possono ottenere tale «doppia deduzione» (40).

La possibilità di spostare le perdite può funzionare nell'ipotesi di gruppi diversificati e composti da numerose controllate, alcune delle quali trattate come HE e localizzate in varie giurisdizioni. Dunque, lo scenario migliore è quello in cui si ritrovano diverse entità operative, tra cui *partnership* oppure HE (41), in cui la madre statunitense dimostra che le perdite non potranno essere utilizzate per compensare il reddito di qualunque altra collegata al gruppo localizzata all'estero. In tale situazione, un certo margine di cautela è necessario in considerazione del funzionamento della regola della *recapture* delle perdite e degli interessi, secondo la quale al determinarsi di una serie di specifici «eventi scatenanti» (Treas. Reg. § 1.1503-2(g)(2)(iii)(A)) il contribuente statunitense deve riportare come reddito lordo l'ammontare complessivo della doppia perdita consolidata nell'anno in cui quell'evento scatenante si è determinato (42). Così, il soggetto USA deve ricattare le perdite che erano state previamente dedotte con l'aggiunta degli interessi. Se la HE è trasformata in una società, ne conseguirà che le perdite saranno ricatturate, ma saranno assoggettate alla regola del *branch recapture loss* di cui alla Sezione 367(a)(3)(C) e alla Sezione 904(f)(3).

Come visto, le perdite di una entità *disregarded* potrebbero essere deducibili da un azionista americano. Anche se una entità *disregarded* non fosse soggetta al regime del *deferral* (ossia proprio della disciplina della *Subpart F*), la stessa potrebbe ottenere il beneficio della deduzione delle proprie perdite. Una CFC normalmente tiene conto delle perdite di una entità *disregarded* influenzando in tal modo i profitti accumulati. Qualche volta potrebbe accadere che le perdite di una entità *disregarded* non siano in grado di ridurre le imposte estere che un governo straniero ha riscosso sulla base del reddito prodotto dalla CFC. Di conseguenza, l'azionista della CFC potrebbe ottenere un risultato incerto con riguardo alla possibilità di ottenere un credito totale per tutte le imposte estere

(40) J. Rabinovitz & E. Zolt, *Tax Nothings*, 75 *Taxes* 869 - 886 (December 1997) 880; Joint Committee on Taxation, 99th Congress, 2d Session, *General Explanation of the Tax Reform Act of 1986* (Comm. Print 1987) at 1064-1065.

(41) Treas. Reg. § 1.1503-2(c)(5)(i)(ii)(iii), I.R.C. 1986.

(42) Treas. Reg. § 1.1503-2(g)(2)(vii)(A)(1), I.R.C. 1986.

pagate in via definitiva (o ritenute pagate) e concordemente alla limitazione di cui alla Sezione 904 (43).

3.4. – *Opportunità di International Planning e interazioni con alcune Convenzioni contro le doppie imposizioni: UK e Olanda*

Le interazioni tra la disciplina fiscale statunitense e i trattati contro le doppie imposizioni sono state oggetto di analisi. Ad esempio, è tipico creare un meccanismo formato sostanzialmente da un'entità trasparente negli SU e da una analoga (dal punto di vista della giurisdizione straniera) in uno Stato in cui la tassazione dei dividendi sia esente. In tal modo, la società madre estera può prestare denaro al soggetto USA (che nel frattempo fa elezione per essere trattato come una società) che a sua volta conferisce indietro interessi che non subiscono la ritenuta negli SU. Tale meccanismo è disciplinato nella convenzione contro le doppie imposizioni tra gli SU e la Gran Bretagna.

Inoltre, la convenzione introduce una esenzione della ritenuta (e dalla *branch profit tax*) su alcuni tipi di dividendi nel Regno Unito. Tale esenzione si applica ai dividendi pagati ad una entità statunitense che possiede l'80% del capitale espressione del potere di voto (per almeno 12 mesi) della entità UK (44). Se entrambe le entità optano per il consolidato, i dividendi pagati dall'entità straniera non saranno presi in considerazione negli SU (45).

La nuova convenzione sottoscritta il 24 Luglio 2001 tra SU e UK introduce nel proprio paragrafo 8 all'art. 1 una disposizione diretta a governare le entità fiscalmente trasparenti (per la prima volta in un trattato) (46). Tale norma sancisce che nel caso in cui lo Stato di residenza (di un soggetto-partecipante in una entità situata in uno Stato terzo) consideri una entità come fiscalmente trasparente e lo Stato della fonte sia in disaccordo con tale visione, lo Stato della fonte deve modificare la propria visione concordemente alla Convenzione che tratta tale entità come

(43) D.J. Rachofsky, *Overview of U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities*, 55 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 388 (2001) p. 394 e R. Peroni, *Disregarded Entities: The International Tax Aspects*, *American Bar Association - Section of Taxation*, 2002 Midyear Meeting (January 18, 2002) p. 6.

(44) Si veda l'art. 10 della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra gli Stati Uniti e la Gran Bretagna. Su tale punto si veda più diffusamente, Dr. J.F. Avery Jones, *First Impression from the United Kingdom - United States Tax Treaty*, 55 *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 11, (2001) 557.

(45) *Treas. Reg. § 1.1502-13(f)(2)(ii)*.

(46) L'art. 1(8) dispone che: «An item of income, profit or gain derived through a person that is fiscally transparent under the laws of either Contracting State shall be considered to be derived by a resident of a Contracting State to the extent that the item is treated for the purposes of the taxation law of such Contracting State as the income, profit or gain of a resident».

fiscalmente trasparente. Al contrario, se lo Stato di residenza (di un soggetto-partecipante in una entità situata in uno Stato terzo) non tratta l'entità come trasparente fiscalmente, allora la Convenzione (con la sua forza di riqualificazione) non troverà applicazione. Dunque, è tipico che una situazione appena descritta coinvolga tre Stati; e in tale circostanza potrebbe determinarsi una situazione di doppia imposizione. Ciò accade quando, ad esempio, lo Stato della fonte e lo Stato del partecipante coincidano (ossia, lo Stato dove il reddito è prodotto e lo Stato di residenza del proprietario della HE è lo stesso) ed entrambi trattano l'entità come fiscalmente trasparente, ma non così il terzo stato dove l'entità è localizzata. In tale caso, lo Stato della fonte deve continuare ad applicare la convenzione (anche se da una prospettiva il fluire del reddito potrebbe apparire come un fatto meramente interno). Un rimedio a tale situazione è riconosciuto dallo Scambio di Note allegato alla convenzione (47).

Un altro interessante esempio di interazione è quella con la convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra gli Stati Uniti e l'Olanda. Si consideri uno scenario in cui una società madre statunitense controlli una finanziaria localizzata in Olanda che è una entità trasparente (HE) dalla prospettiva olandese ma una società dalla prospettiva fiscale americana (nota come *reverse hybrid*). Tale finanziaria controlla a sua volta una società operativa nella stessa giurisdizione. La società operativa prende a prestito denaro dalla finanziaria *Hybrid* e ripaga interessi alla stessa. La società operativa è in grado di dedurre interessi che paga alla HE e, in conseguenza, riduce il proprio reddito. Dalla prospettiva olandese, gli interessi sono trattati come se fossero pagati direttamente alla madre statunitense (come un partner della finanziaria *Hybrid*) e secondo la convenzione non troverà applicazione alcuna ritenuta sugli interessi. In questo scenario, la Sezione 954(c)(3) del codice sancisce che tale reddito non è considerato come *Subpart F* e il *deferral* può essere mantenuto (ossia il rimpatrio di redditi può essere postposto nel tempo) (48). In sostanza, in tale scenario un contribuente americano è in grado di ridurre il proprio reddito estero (e imposte estere) ed eliminare la ritenuta estera (si veda la Tavola 1).

4. – Conclusioni

Negli ultimi 5 anni negli Stati Uniti, l'utilizzo delle HE quale strumento di pianificazione fiscale internazionale è aumentato in maniera esponenziale (49). Ciò è accaduto perché gli investimenti tran-

(47) Più diffusamente: Dr. J.F. Avery Jones, *First Impression from the United Kingdom – United States Tax Treaty*, 55 *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 11, (2001) 557-558.

(48) J.L. Walser and R.E. Culbertson, *Encore Une Fois: Check-The-Box on the International Stage*, *Tax Notes*, July 21, 1997, p. 415.

(49) Più in dettaglio si veda T. May, *Warning: Hybrid Entities - Proceed With Caution*, *Tax Notes*, January 24, 2000, p. 533.

snazionali hanno rappresentato una soluzione alternativa e competitiva all'attività meramente domestica e soprattutto perché molte imprese non erano più orientate verso l'estero oppure perché altre imprese erano in grado di ottenere benefici fiscali proprio attraverso la realizzazione di attività all'estero. Allo stato attuale, è difficile capire se in termini di *policy* le opportunità internazionali create dalle HE finiranno o si modificheranno. Ad ogni modo sembra vero che le HE sono state in grado di svilupparsi proprio nell'ambiente fiscale internazionale grazie alle opportunità fiscali (ad esempio, dal punto di vista del *foreign tax credit*) esistenti in un mondo non armonizzato (ossia fiscalmente competitivo). Il Dipartimento del Tesoro americano e l'IRS hanno risposto nel tempo con progetti di nuove regolamentazioni come per il Prop. Treas. Reg. § 301.7701-3(h) per l'uso delle entità *disregarded* nelle transazioni straordinarie. Non sappiamo se in termini di *policy* queste opportunità di pianificazione (o di investimento) rimarranno disponibili oppure se tale «porta» verrà chiusa con una nuova legislazione fiscale.

Inoltre, si consideri che in ogni scenario legislativo da disegnare, i pianificatori saranno pronti ad esplorare nuove strategie e opportunità sia per le società che per gli investitori. Come un meccanismo inesauribile che richiede equilibrio tra continui investimenti di tempo, denaro e sforzi intellettivi. Una spirale talmente interessante, che incuriosisce nei suoi probabili sviluppi futuri, o, almeno, nelle sue possibili direzioni.

Guardando il vecchio e dando il benvenuto al nuovo, cercando di intuire un nuovo orizzonte. Come ogni volta che apriamo una «porta».

prof. LUCA CM MELCHIONNA, LL.M.

Tavola 1

Reverse Hybrid nella convenzione US/Holland. Freccia Rossa: denaro preso a prestito. Freccia Verde: pagamento degli interessi.

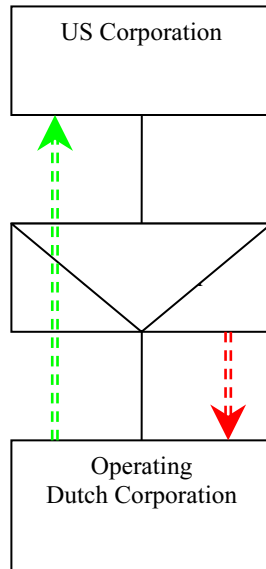


Tavola 2

Conseguenze per il *Foreign Tax credit*. Prima e dopo l'elezione della società straniera come HE per il contribuente statunitense:

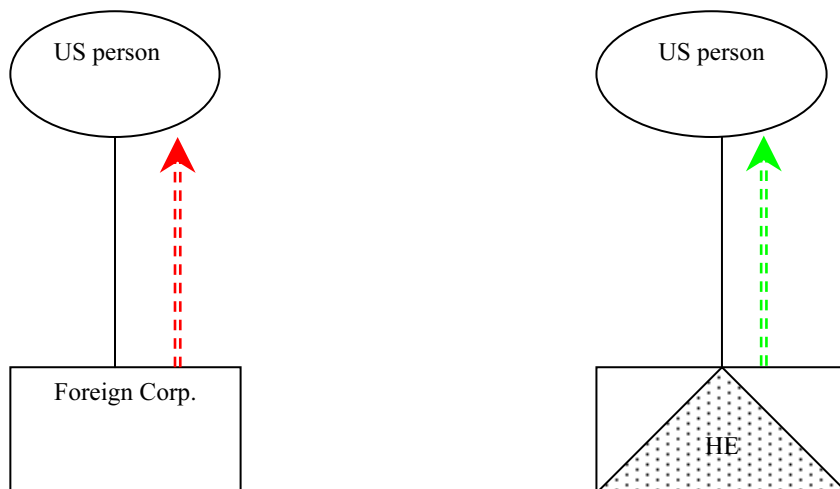
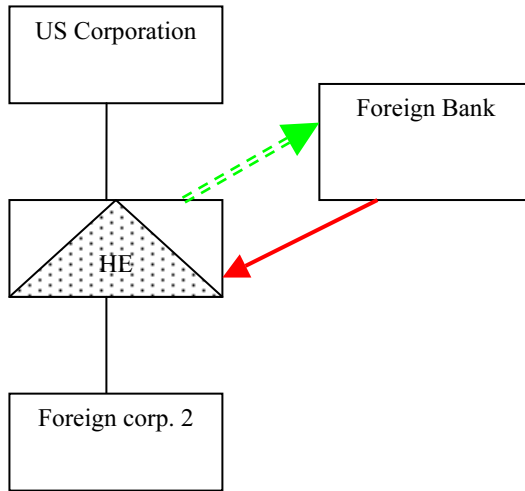


Tavola 3

Modificazioni dei livelli di reddito di fonte estera (Prestito in rosso e gli interessi in verde si muovono verso la banca):

*Tavola 4*

Elusione della regola del 70%:

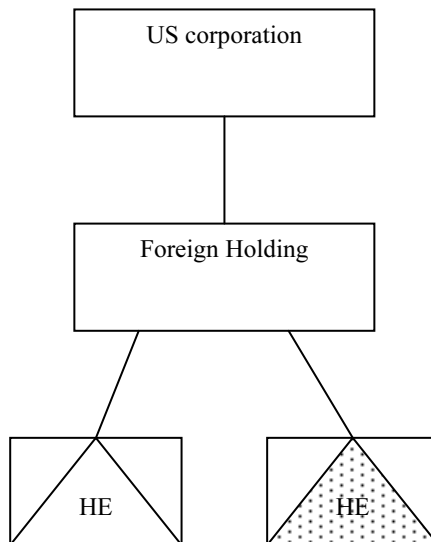


Tavola 5

Subpart F. Eccezione di cui alla Section 954(b)(4):

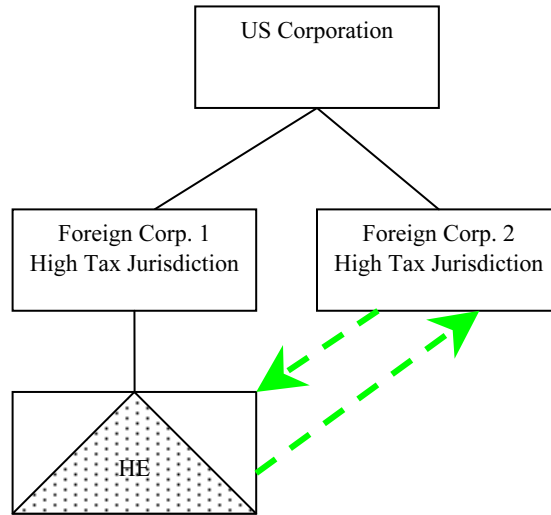
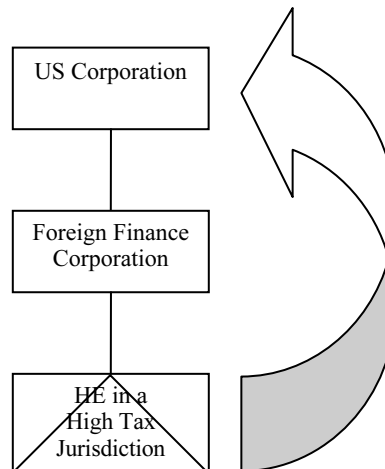


Tavola 6

Section 954(b)(5) eccezione nel trattamento delle spese. La freccia rappresenta il fluire degli interessi:



LA DIRETTIVA SUGLI INTERESSI E SULLE *ROYALTIES* INFRA-GRUPPO (*)

Sintesi: The author makes a rather detailed analysis of the most important provisions laid down in the interest and Royalties Directive.

Further comments have been devoted to some provisions of the Directive and to their interaction with Italian domestic law.

In addition, some possible incompatibilities with primary EC law (i.e. EC Treaty) have been envisaged by the author as well as some comparisons with the content of the relevant parts of the OECD Model Convention have been highlighted.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le finalità della Direttiva. – 3. L'ambito di applicazione della Direttiva. – 3.1. Considerazioni generali. – 3.2. La Direttiva e le operazioni transfrontaliere. – 3.2.1. I problemi relativi alle stabili organizzazioni di società extra-CE. – 3.3. Le operazioni escluse dall'ambito di applicazione della Direttiva. – 3.3.1. Le operazioni menzionate all'art. 1.8. – 3.3.2. Le operazioni escluse per carenza di uno dei presupposti di applicazione della Direttiva. – 3.3.3. La strana natura dell'art. 1.8. – 3.4. Il concetto di «provenienza». – 3.4.1. La relazione tra Direttiva e le convenzioni contro le doppie imposizioni. – 3.5. Il concetto di «beneficiario effettivo». – 3.5.1. Il concetto di «beneficiario effettivo» riferito ad una società. – 3.5.2. Il concetto di «beneficiario effettivo» riferito alla stabile organizzazione. – 4. Le definizioni di «interesse» e di «royalty». – 4.1. Le definizioni della Direttiva. – 4.2. Le definizioni contenute nel Modello di Convenzione OCSE. – 4.2.1. La definizione di «interesse». – 4.2.2. La definizione di «royalty». – 4.3. La definizione di «interesse» della Direttiva e la sua interazione con la norma italiana. – 4.3.1. Il quadro normativo attuale e la sua apparente incompatibilità con le finalità della Direttiva. – 4.3.2. Eventuali possibili soluzioni. – 4.4. L'interazione tra la normativa domestica e la definizione di «soggetto pagatore» contenuta nella Direttiva ed i suoi profili di compatibilità con l'art. 43 del Trattato. – 5. Altre definizioni contenute nella Direttiva. – 5.1. Società di uno Stato membro. – 5.1.1. Il concetto di trasparenza ai fini fiscali e la definizione di «società di uno Stato membro». – 5.2. Società consociata. – 5.3. Stabile organizzazione. – 6. Cause di esclusione di applicazione della Direttiva. – 6.1. Pagamenti considerati utili distribuiti o capitale rimborsato ai sensi della legislazione dello Stato d'origine. – 6.1.1. Considerazioni generali e norme sulla Thin Capitalisation domestica. – 6.1.2. L'indeducibilità ai sensi della Thin Capitalisation italiana e l'applicazione della direttiva madre-figlia. – 6.1.3. Thin Cap e le convenzioni contro le doppie imposizioni. – 6.2. Pagamenti relativi a crediti recanti una clausola di partecipazione agli utili del debitore. – 6.3. Pagamenti relativi a crediti che autorizzano il creditore a rinunciare al suo diritto agli interessi in cambio del diritto a partecipare agli utili del debitore. – 6.4. Pagamenti relativi a crediti che non contengono disposizioni per la restituzione del capitale o per i quali il rimborso debba essere effettuato trascorsi più di 50 anni dalla data di emissione. – 6.5. La mancata riproposizione della applicabilità della direttiva madre-figlia. – 6.6. Interessi e royalties non al valore normale. – 7. Il periodo minimo di detenzione. – 8. Le disposizioni di contrasto alle fro-

(*) L'autore desidera ringraziare Barbara Pizzoni per il suo inestimabile contributo alla redazione del presente articolo.

di e agli abusi. – 9. Sulla immediata applicabilità della Direttiva. – 9.1. La Diretta applicabilità delle Direttive comunitarie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 9.2. La diretta applicabilità delle direttive comunitarie nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 9.3. Considerazioni finali. – 9.3.1. Il testo della Direttiva è incondizionato. – 9.3.2. Il testo della Direttiva è sufficientemente preciso. – 9.3.3. Lo Stato Italiano è inadempiente. – 9.3.4. Ulteriori considerazioni finali.

1. – *Premessa*

Il presente articolo ha per oggetto la disamina della direttiva interessi e *royalties* approvata dal Consiglio Europeo in data 3 giugno 2003 (1) (in seguito, anche la «Direttiva»).

La materia ha avuto, a livello comunitario, una genesi lunga e complessa che può essere utile riepilogare brevemente.

Una prima proposta di direttiva venne presentata dalla Commissione nell'ormai lontano 6 dicembre 1990 (2). Successivamente, nel Rapporto Ruding, la proposta di direttiva sugli interessi e *royalties* venne indicata quale uno dei passaggi necessari per il conseguimento del Mercato Unico privo di ogni distorsione di natura fiscale.

Nel 1994, la Commissione, attesa l'impossibilità di arrivare ad un accordo unanime da parte degli Stati appartenenti alla Comunità Europea, ritirò la proposta di direttiva (3). Una nuova proposta apparve in modo informale nel 1996 quando venne introdotta nell'agenda di un incontro dei Ministri delle Finanze degli Stati membri.

Infine, la prima versione della attuale direttiva venne reinserita in occasione del Consiglio ECOFIN del 1 Dicembre 1997 nel più ampio contesto del cosiddetto «pacchetto fiscale» comprendente anche il Codice di Condotta e la proposta di direttiva per la tassazione del risparmio.

Tutti e tre i documenti citati (le due proposte di direttiva ed il Codice di Condotta) costituiscono un impegno solenne intrapreso da tutti i Stati membri volto alla sospensione e progressiva eliminazione di ogni forma di misura fiscale «dannosa» (4) all'interno della Comunità.

(1) Direttiva 2003/49/CE del Consiglio del 3 giugno 2003 concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi, in G.U.C.E. L 157 del 26 giugno 2003, 49.

(2) Proposta di direttiva del Consiglio concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni effettuati tra società madri e società figlie di stati membri diversi (COM/90/571DEF), in G.U.C.E. C 53 del 28 febbraio 1991, 26, successivamente emendata dalla Proposta di direttiva del Consiglio concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni effettuati tra società madri e società figlie di Stati membri diversi (COM/93/196DEF), in G.U.C.E. C 178 del 30 giugno 1993, 18.

(3) Si ricorda, a tal proposito, che in virtù del combinato disposto degli artt. 94 e 95.2 le direttive in materia di fiscalità debbono avere l'unanimità dei consensi da parte degli Stati membri.

(4) Per misura fiscale «dannosa» come definita ai paragrafi A e B del Co-

A tal proposito, si ritiene opportuno segnalare come il governo italiano, unitamente a quello belga e portoghese, abbia indissolubilmente legato i destini della proposta di direttiva sugli interessi e *royalties* a quella della tassazione del risparmio. Esso infatti subordinò il proprio consenso alla Direttiva alla contestuale approvazione della Direttiva sulla tassazione del risparmio. Entrambe le direttive vennero, infatti, approvate contestualmente dalla Commissione il giorno 3 giugno 2003.

2. – *Le finalità della Direttiva*

La Direttiva, come evidenziato nel Preambolo (5), mira ad eliminare gli ostacoli di natura fiscale (rappresentati dalla imposizione nello Stato della fonte) inerenti ai flussi transnazionali di interessi e *royalties* tra società consociate di Stati membri diversi.

Ulteriori considerazioni sono contenute nel «Memorandum esplicativo» che accompagna una delle precedenti proposte di direttiva (6). In

dice di Condotta, si intende qualsiasi misura che riduce significativamente il carico fiscale e che influenza, o abbia la capacità di influenzare, la localizzazione delle attività imprenditoriali all'interno della Comunità.

(5) Si legge nel Preambolo alla Direttiva:

«In un mercato unico avente le caratteristiche di un mercato interno le operazioni tra società di Stati membri diversi non dovrebbero essere assoggettate ad un trattamento fiscale meno favorevole di quello applicabile alle medesime operazioni effettuate tra società dello stesso Stato membro» (primo considerando);

«Attualmente tale condizione non è soddisfatta riguardo ai pagamenti di interessi e di canoni. Le legislazioni fiscali nazionali, unitamente, ove esistano, alle convenzioni bilaterali o multilaterali, non possono sempre assicurare l'eliminazione della doppia imposizione e la loro applicazione comporta spesso formalità amministrative onerose e problemi di flussi di liquidità per le imprese interessate» (secondo considerando);

«È necessario vigilare affinché i pagamenti di interessi e di canoni siano assoggettati ad imposizione fiscale una sola volta in uno Stato membro» (terzo considerando);

«L'abolizione delle imposte, siano esse riscosse tramite ritenuta alla fonte o previo accertamento, sui pagamenti di interessi e di canoni nello Stato membro da cui essi provengono costituisce la soluzione più idonea per eliminare le formalità e i problemi sopraindicati e per garantire la parità di trattamento fiscale tra operazioni nazionali e operazioni transfrontaliere. È particolarmente necessario abolire tali imposte per quanto riguarda i pagamenti del predetto tipo effettuati tra società consociate di Stati membri diversi nonché tra stabili organizzazioni di tali società» (quarto considerando).

(6) Sebbene il «Memorandum esplicativo» citato si riferisca alla *Proposta di direttiva del Consiglio concernente il regime fiscale comune applicabile ai paganti di interessi di diritti tra società consociate di Stati membri diversi* del 6 marzo 1998, COM(1998) 67 def., in G.U.C.E. del 22 aprile 1998 C 123, 9 si ritiene che le considerazioni ivi riportate mantengano il proprio valore e significato anche con riferimento al testo definitivamente approvato, ad

tale documento, ai paragrafi 6 e 7, viene indicato che sia la Commissione che le associazioni imprenditoriali internazionali hanno sempre espresso la necessità di un provvedimento di questa natura a livello comunitario in quanto sia le disposizioni unilaterali dei singoli Stati membri che le Convenzioni bilaterali tra gli stessi sono per loro natura insufficienti a realizzare gli obiettivi della Direttiva.

Infatti, misure unilaterali e Convenzioni bilaterali generalmente consentono la compensazione della ritenuta alla fonte sugli interessi e *royalties* con le imposte pagabili su detti redditi ad opera delle società percipiente, senza tuttavia garantire l'integrale recupero dell'imposta versata all'estero.

Detto Memorandum evidenzia altresì che gli accordi bilaterali generalmente subordinano la concessione delle agevolazioni ivi previste all'esecuzione di una serie di procedure amministrative. Una delle finalità della Direttiva è proprio quella di ridurre al minimo ogni ostacolo di natura amministrativa alla libera circolazione dei pagamenti di interessi e *royalties* all'interno della Comunità. Per il che, questo tipo di «restrizioni» di natura amministrativa non possono essere più accettate all'interno della Comunità.

Inoltre, viene rilevato come l'applicazione delle ritenute alla fonte sia causa di problemi correlati ai flussi di cassa delle società in considerazione del tempo che intercorre tra il momento dell'effettuazione della ritenuta ed il momento in cui la stessa viene scomputata dalle imposte dovute dalla società.

Infine, viene menzionata la limitazione alla libera determinazione delle scelte di finanziamento all'interno dei gruppi di imprese ascrivibile all'applicazione della ritenuta alla fonte.

Le finalità dianzi indicate hanno quindi indotto la Commissione e gli Stati membri a ritenere la soluzione della Direttiva come l'unica in grado di uniformare all'interno della Comunità lo schema legislativo di riferimento per i pagamenti aventi per oggetto interessi e *royalties*.

È dunque a queste finalità che il legislatore nazionale ed eventualmente il giudice (nazionale e comunitario) debbono guardare nell'implementare ed interpretare la Direttiva. Analogamente, alle medesime finalità debbono fare riferimento le autorità fiscali nell'interpretare ed applicare la legge nazionale.

In questo senso, la Corte di Giustizia, in un recente caso (7) di interpretazione della direttiva n. 90/435 (8) (cosiddetta direttiva «madre-

eccezione dei casi in cui quest'ultimo si discosta sostanzialmente da quello in vigore.

(7) Sentenza 4 ottobre 2001, C-294/00, *Athinaiki*, in *Raccolta* 2001, I-06797, paragrafo 4.

(8) Direttiva del Consiglio 90/435/CEE del 23 luglio 1990 concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, in G.U.C.E. L 225, p. 6.

figlia»), ha espressamente fatto riferimento alle finalità della stessa così come riportate nel Preambolo. È quindi evidente come le stesse debbano essere debitamente considerate ad opera di tutti gli attori coinvolti: legislatori nazionali, organi giurisdizionali, autorità fiscali ed operatori economici.

3. – *L'ambito di applicazione della Direttiva*

3.1. – *Considerazioni generali*

L'art. 1.1 (9) della Direttiva esenta i pagamenti di interessi e di *royalties* da qualsiasi tassazione nello Stato membro della fonte sia essa nella forma di ritenuta a titolo definitivo ovvero conseguente alla presentazione di dichiarazione ad opera della società non residente. Per il che, verificatesi le condizioni a cui la Direttiva subordina l'esenzione, non può essere accettata nessuna forma di tassazione preventiva nello Stato della fonte, ancorché successivamente eliminabile a seguito di istanza di rimborso da presentarsi ad opera della società percipiente.

A parere di chi scrive, infatti, l'eventualità menzionata ai paragrafi 15 (10) e 16 (11) dell'art. 1 non deve intendersi come situazione fisiologica all'applicazione della Direttiva. In altri termini, la situazione ivi di-

(9) L'art. 1 paragrafo 1 dispone: «I pagamenti di interessi o di canoni provenienti da uno Stato membro sono esentati da ogni imposta applicata in tale Stato su detti pagamenti, sia tramite ritenuta alla fonte sia previo accertamento fiscale, a condizione che il beneficiario effettivo degli interessi o dei canoni sia una società di un altro Stato membro o una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro, di una società di uno Stato membro (sottolineatura aggiunta)».

(10) Il paragrafo 15 recita come segue:

«Se la società o la stabile organizzazione che effettua il pagamento ha operato una ritenuta alla fonte cui si applica l'esenzione a norma del presente articolo, un'istanza di rimborso può essere presentata relativamente a tale ritenuta alla fonte. Lo Stato membro può richiedere le informazioni di cui al paragrafo 13. L'istanza di rimborso deve essere presentata entro il termine previsto. Detto termine è di almeno due anni a decorrere dalla data in cui sono pagati gli interessi o i canoni».

(11) Il paragrafo 16 recita come segue:

«Lo Stato di origine rimborsa l'eccedenza di imposta ritenuta alla fonte entro un anno dalla debita ricezione dell'istanza e delle informazioni a sostegno che esso può ragionevolmente richiedere. Se la ritenuta alla fonte non è rimborsata entro detto termine, alla scadenza dell'anno in questione la società beneficiaria o la stabile organizzazione beneficiaria ha diritto agli interessi sull'imposta rimborsata, il cui tasso corrisponde al tasso d'interesse nazionale applicabile a casi analoghi ai sensi della legislazione nazionale dello Stato d'origine».

sciplinata (*i.e.* il rimborso di ritenute operate nello Stato della fonte) rappresenta la conseguenza di un errore compiuto dal soggetto pagatore dell'interesse e/o della *royalty* ovvero di un suo pagamento precauzionale in condizioni di incertezza circa l'applicabilità della norma.

In questo senso, infatti, la Direttiva è estremamente chiara nel prevedere l'esenzione da qualsiasi forma di tassazione nello Stato della fonte. Sia il ricordato art. 1.1 che il quarto considerando della Direttiva, sono invero assolutamente univoci nel vietare qualsiasi forma di tassazione anticipata alla fonte.

3.2. – *La Direttiva e le operazioni transfrontaliere*

La Direttiva si applica non solo ai pagamenti di interessi e *royalties* intercorsi tra società residenti in differenti Stati membri ma anche tra società e stabili organizzazioni di società residenti in Stati membri nonché tra stabili organizzazioni ubicate in differenti Stati membri appartenenti a società residenti in Stati membri.

Elemento comune a tutti i tipi di transazione coperti dalla Direttiva è il pagamento transfrontaliero di interessi e *royalties*. In altri termini, la Direttiva non copre pagamenti di interessi e *royalties* che si caratterizzano per essere transazioni meramente interne ad uno Stato membro.

Il 1° comma dell'art. 1 espressamente indica la condizione che il beneficiario degli interessi o delle *royalties* debba essere una società ovvero una stabile organizzazione di un altro Stato membro diverso rispetto a quello in cui è ubicato il soggetto pagatore (quest'ultimo inteso come società o stabile organizzazione). A titolo esemplificativo, le disposizioni della Direttiva non sono applicabili quando il beneficiario effettivo degli interessi o delle *royalties* è una stabile organizzazione situata nello stesso Stato membro della società o della stabile organizzazione pagante ed il credito fruttifero o il diritto rispetto al quale l'interesse o la *royalty* è stata pagata sono effettivamente connesse con detta stabile organizzazione.

Nella precedente versione, la Direttiva (art. 2.1.b) escludeva esplicitamente la sua applicazione nel caso in cui l'interesse o la *royalty* fossero stati pagati da una società di uno Stato membro (A) ad una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro (B) di una società consociata del primo Stato membro (A) qualora il pagamento di un interesse o *royalty* effettuato a favore di una società residente nello stesso Stato membro del soggetto pagante (A) fosse stato ivi assoggettato a ritenuta alla fonte ovvero a tassazione per mezzo di dichiarazione. Tale eccezione non operava (dunque la Direttiva spiegava i suoi effetti) qualora il credito fruttifero o il diritto rispetto al quale l'interesse o la *royalty* era stata pagata erano effettivamente connesse con detta stabile organizzazione situata nell'altro Stato membro (B).

Nella versione definitiva della Direttiva, la citata norma è stata tolta in quanto inerente ad una fattispecie già coperta di fatto dal testo definitivo. Infatti, se il credito fruttifero o il diritto rispetto al quale l'interesse

o la *royalty* viene pagata è effettivamente connesso con la stabile organizzazione situata nell'altro Stato membro, si configura una situazione transfrontaliera menzionata all'art. 1, 1° e 2° comma. Qualora, invece, il credito fruttifero o il diritto non fossero effettivamente connessi alla stabile organizzazione nessun problema di tassazione si porrebbe nello Stato membro di ubicazione della stabile organizzazione in quanto nessun reddito sarebbe ad essa attribuibile e, qualora detto Stato volesse comunque tassare detto flusso di reddito, l'art. 7 della Convenzione contro le doppie imposizioni tra i due Stati membri (A e B) restringerebbe B.

3.2.1. – *I problemi relativi alle stabili organizzazioni di società extra-CE*

Dubbi sussistono in relazione all'applicabilità dell'esenzione da ritenuta al pagamento di interessi o *royalties* ad opera di una stabile organizzazione comunitaria di una società di un Paese terzo a favore di una società di uno Stato membro (ovvero di una stabile organizzazione ubicata in uno Stato membro di una società di un altro Stato membro).

In tale circostanza, infatti, una prima lettura dell'art. 1.2 (12) sembrerebbe consentire l'applicazione della Direttiva e, quindi, vietare allo Stato membro di ubicazione della stabile organizzazione di applicare alcuna forma di imposizione.

Tuttavia, la lettura del combinato disposto degli artt. 1.2, 3.a (13) e 3.c (14) sembra escludere l'applicabilità della Direttiva a siffatta fattispecie. L'art. 3.c, infatti, nel definire il termine «stabile organizzazione» ai fini dell'applicazione della Direttiva richiede esplicitamente che essa sia una sede fissa di affari di una «società di uno Stato membro».

A sua volta l'art. 3.a definisce la «società di uno Stato membro» come una società che ha una delle forme giuridiche indicate nell'allegato alla Direttiva; una società di un Paese terzo non potrà mai rivestire una delle forme giuridiche ivi menzionate, con la conseguenza che la stabile organizzazione in commento non potrà mai qualificarsi come tale ai sensi della Direttiva. Per il che, il caso dianzi descritto non dovrebbe

(12) L'art. 1.2 recita come segue: «Un pagamento effettuato da una società di uno Stato membro o da una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro è considerato proveniente da detto Stato membro, in seguito denominato "Stato d'origine"».

(13) L'art. 3.a recita come segue: «Ai fini della presente direttiva si intendono per "società di uno Stato membro": qualsiasi società che *i*) ha una delle forme enumerate nell'allegato; e (...)».

(14) L'art. 3.c recita come segue: «Ai fini della presente direttiva si intendono per ... "stabile organizzazione": una sede fissa di affari situata in uno Stato membro, attraverso la quale una società di un altro Stato membro esercita in tutto o in parte la sua attività» (sottolineatura aggiunta).

rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva, con la conseguenza che lo Stato membro di ubicazione della stabile organizzazione (inesistente come tale ai fini dell'applicazione della Direttiva) sembrerebbe legittimato a tassare il flusso di interessi e *royalties* in conformità alla propria legislazione domestica.

A parere di chi scrive, siffatta interpretazione, sebbene apparentemente rispettosa del tenore letterale della norma, risulta contraria alle finalità della Direttiva in quanto disconosce la sostanziale equivalenza tra società e stabile organizzazione. Se è ben vero che siffatto diverso trattamento non configura una discriminazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 43 e 48 del Trattato, atteso che la stabile organizzazione in questione non appartiene ad una società di uno Stato membro, è altresì vero che la facoltà concessa allo Stato membro di ubicazione della stabile organizzazione di applicare la (eventuale) forma di imposizione prevista dalla propria legislazione interna, confligge con il terzo considerando della Direttiva, in forza del quale i pagamenti di interessi e di *royalties* debbono essere assoggettati ad imposizione fiscale una sola volta ed in uno Stato membro.

Allo stesso modo appare ingiustificata l'esplicita esclusione dall'ambito di applicazione della Direttiva del caso speculare della stabile organizzazione comunitaria di società extra-CE percettore degli interessi o *royalties*. Tale esclusione discende dalla lettera dell'art. 1.1 che impone che la stabile organizzazione (ubicata in uno Stato membro) appartenga ad una società di un altro Stato membro.

L'irragionevolezza di tale previsione risulta evidente in considerazione del fatto che sia la stabile organizzazione comunitaria che la società di uno Stato membro sono generalmente equiparate dal punto di vista del trattamento impositivo. In tale circostanza, dunque, la disapplicazione della Direttiva non può essere motivata dalla volontà di evitare fenomeni di erosione della base imponibile ed appare quindi ingiustificata.

Ad analoghe conclusioni previene anche una parte della dottrina (15) la quale muove dall'assunto che l'art. 3.c debba essere interpretato in senso oggettivo, nel senso di considerare esistente una stabile organizzazione a prescindere dalla sua appartenenza ad una società di uno Stato membro. Nel caso di stabile organizzazione pagatrice e muovendo dal citato assunto dell'interpretazione oggettiva da attribuire alla locuzione stabile organizzazione, si sostiene l'opportunità di un'interpretazione estensiva della Direttiva nel senso di considerarla applicabile anche al caso in commento.

(15) Sul punto si veda M. Gusmeroli, *Triangular Cases and the Interest and Royalties Directive: Untying the Gordian Knot? – Part 3*, in *European Taxation*, 2005, 93.

3.3. – *Le operazioni escluse dall'ambito di applicazione della Direttiva*

Le operazioni escluse dell'ambito di applicazione dalla Direttiva possono suddividersi in due categorie:

- quelle esplicitamente escluse ai sensi dell'art. 1.8 (16);
- quelle escluse per carenza di uno dei suoi presupposti di applicazione.

3.3.1. – *Le operazioni menzionate all'art. 1.8*

Le operazioni sono:

a) *pagamenti di interessi e royalties da parte di stabili organizzazioni ubicate in Paesi terzi di società di uno Stato membro a società consociata residente in altro Stato membro;*

b) *pagamenti di interessi e royalties a stabili organizzazioni ubicate in Paesi terzi di società di uno Stato membro da parte di società consociata residente in altro Stato membro.*

3.3.2. – *Le operazioni escluse per carenza di uno dei presupposti di applicazione della Direttiva*

Con riferimento alle operazioni menzionate nel paragrafo che precede si osserva che, sebbene non esplicitamente indicato, la Direttiva non si applica qualora gli interessi e le *royalties*:

- siano pagati ad una stabile organizzazione comunitaria di un soggetto comunitario (*sub a*));
- siano pagati da una stabile organizzazione comunitaria di un soggetto comunitario (*sub b*)).

Sono inoltre escluse dall'ambito di applicazione della Direttiva le seguenti operazioni:

a) *pagamenti di interessi e royalties da parte di una società di uno Stato membro alla stabile organizzazione (ubicata nello stesso Stato membro) di società consociata residente in altro Stato comunitario.*

In questa situazione infatti il pagamento degli interessi e delle *royalties* non è considerato transfrontaliero.

b) *pagamenti di interessi e royalties tra stabili organizzazioni ubicate nel medesimo Stato membro di società consociate residenti in Stati membri diversi.*

(16) L'art. 1.8 recita come segue: «Il presente articolo non si applica se gli interessi o canoni sono pagati da o ad una stabile organizzazione situata in uno Stato terzo di una società di uno Stato membro le cui attività vengono esercitate in tutto o in parte attraverso detta stabile organizzazione».

Analogamente al caso precedente, anche in questa situazione il pagamento degli interessi o delle *royalties* non è considerato transfrontaliero.

c) pagamenti di interessi e royalties tra società residenti in Stati membri diversi tra le quali sussiste un rapporto di controllo indiretto (nel senso che l'una è la nonna dell'altra).

In tale circostanza, la Direttiva non è applicabile in quanto le due società non sono società consociate ai sensi dell'art. 3.b mancando il possesso diretto

Tale esclusione appare priva di logica dal momento che tra le due società esiste un indubbio legame economico e finanziario (17).

3.3.3. – *La strana natura dell'art. 1.8*

L'art. 1.8 concerne gli interessi e le *royalties* pagate (o percepite) da stabili organizzazioni ubicate in Paesi terzi di società di Stati membri. Tuttavia, come già in precedenza chiarito (18), l'art. 3.c, ai fini dell'applicazione della Direttiva, la «stabile organizzazione» è tale soltanto se ubicata in uno Stato membro ed appartenente ad una società di uno Stato membro.

Per il che, la previsione contenuta nell'art. 1.8 appare del tutto superflua, in quanto una stabile organizzazione ubicata in un Paese terzo non configura affatto «stabile organizzazione» ai sensi della Direttiva. Diversamente, qualora si volesse mantenere l'utilità dell'art. 1.8, si dovrebbe accedere alla teoria (19) che il termine «stabile organizzazione» nel contesto della Direttiva assume un carattere oggettivo prescindendo quindi dalla sua appartenenza ad una società di uno Stato membro.

È solo accedendo a questa tesi che la previsione dell'art. 1.8 acquista un senso compiuto, in quanto volta ad escludere dai benefici della Direttiva quei flussi di interessi e *royalties* pagati (o percepiti) da stabili organizzazioni non ubicate nel territorio della Comunità Europea. Tuttavia, se questa è l'interpretazione corretta, allora il caso dubbio menzionato al paragrafo 3.2.1 deve essere risolto in senso affermativo, in quanto l'argomento basato sulla lettera dell'art. 3.c deve ritenersi non fondato.

3.4. – *Il concetto di «provenienza»*

Come indicato in precedenza, la Direttiva (20) si applica agli interessi ed alle *royalties* «provenienti» da uno Stato membro.

(17) Sul punto si vedano anche M. Distaso - R. Russo, *The EC Interest and Royalties Directive – A Comment*, in *European Taxation*, 2004, 145.

(18) Si veda il precedente paragrafo 3.2.1.

(19) Sostenuta anche da M. Gusmeroli, *op. cit.*

(20) Cfr. art. 1.1.

Un pagamento è considerato proveniente da uno Stato membro (Stato d'origine) quando è effettuato da una società di uno Stato membro o da una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro.

La definizione di «società di uno Stato membro» è contenuta nell'art. 3(a) della Direttiva ed è oggetto di separata analisi nel presente articolo.

Per quanto concerne, invece, il pagamento effettuato da una stabile organizzazione, l'art. 1.3 (21) espressamente prevede che un pagamento si considera effettuato da una stabile organizzazione se esso risulta deducibile ai fini fiscali nello Stato membro in cui essa è situata.

Analoga condizione (*i.e.* deducibilità dei pagamenti ai fini fiscali) non viene invece imposta con riferimento ai pagamenti effettuati da una società di uno Stato membro. Siffatta discrasia desta perplessità in quanto pone la società e la stabile organizzazione su piani differenti pur senza una valida ragione.

Infatti, nel momento in cui la Direttiva, ai fini della propria applicazione, attribuisce pari dignità agli interessi ed alle *royalties* pagate da una società e da una stabile organizzazione (ovvero agli interessi ed alle *royalties* conseguite da una società e da una stabile organizzazione), appare privo di senso imporre la deducibilità fiscale quale condizione per l'applicazione dei benefici della Direttiva limitatamente ai redditi pagati dalla stabile organizzazione.

Siffatta anomalia risulta ancor più evidente alla luce del consolidato orientamento della Corte di Giustizia delle Comunità Europea volto ad assimilare la stabile organizzazione ad una società nazionale (22).

Certamente, la giustificazione non può essere ricondotta alla circostanza che una società per essere considerata «società di uno Stato membro» debba essere residente ai fini fiscali in detto Stato. Infatti, la residenza ai fini fiscali nulla implica con riferimento alla deducibilità degli interessi e delle *royalties*. L'art. 48 (23) del Trattato istitutivo della

(21) L'art. 1.3 recita: «Una stabile organizzazione è considerata pagatore di interessi o canoni soltanto nella misura in cui i pagamenti in questione rappresentano per la stabile organizzazione spese fiscalmente deducibili nello Stato membro in cui essa è situata».

(22) *Ex pluribus*, si rinvia alle sentenze 13 luglio 1993, C-330/91, *Commerzbank*, in *Raccolta* 1993, I-04017; 12 aprile 1994, C-1/93, *Halliburton*, in *Raccolta* 1994, I-01137; 21 settembre 1999, C-307/97, *Saint Gobain*, in *Raccolta* 1999, I-06161, paragrafi 47 e 48.

(23) L'art. 48 recita come segue:

«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.

Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale,

Comunità Europea (di seguito, anche il Trattato) definisce come «nazionali» 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». Il concetto di nazionalità (rilevante ai fini della verifica delle eventuali violazioni delle libertà fondamentali garantite dal Trattato) è indipendente con quello della residenza, sebbene, di norma, una società risulti fiscalmente residente nello Stato membro di cui essa è nazionale.

È opinione dello scrivente che sarebbe stato più corretto vincolare l'applicazione della Direttiva alla unica circostanza che l'interesse o la *royalty* si ricolleghino effettivamente alla stabile organizzazione.

Tuttavia, atteso il testo della Direttiva che apparentemente contempla solamente il caso della stabile organizzazione comunitaria di una società comunitaria, il disconoscimento della stabile organizzazione quale soggetto pagatore non determina particolari effetti per la società percipiente in quanto, in tale circostanza, soggetto pagatore sarebbe la società e dunque il divieto impositivo rimane comunque garantito, fatta eccezione per il rischio di doppia imposizione descritto successivamente (24).

3.4.1. – *La relazione tra Direttiva e le convenzioni contro le doppie imposizioni*

Come ricordato in precedenza e fatto salvo il caso di cui al precedente paragrafo 3.2.1, l'esenzione da imposizione nello Stato della fonte opera a condizione che detti pagamenti siano effettuati da (25) una società di *uno* Stato membro o da una stabile organizzazione, situata nel territorio di *uno* Stato membro, di una società di *un altro* Stato membro a favore di una società consociata di *un altro* Stato membro che sia il beneficiario effettivo di detti pagamenti ovvero a favore di una stabile organizzazione situata in *un altro* Stato membro (rispetto a quello della fonte dell'interesse o della *royalty*) di una società di *uno* Stato membro, anche in questo caso a condizione che essa (stabile organizzazione) sia il beneficiario effettivo di detti pagamenti.

La Direttiva opera dunque una assimilazione, sostanzialmente sconosciuta in questi termini nel diritto tributario internazionale, tra una società comunitaria ed una stabile organizzazione comunitaria.

ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro».

(24) Cfr. paragrafi n. 4.3 e 4.4.

(25) È interessante notare come nella versione finale della Direttiva sia stata eliminata la locuzione «pagamenti effettuati da o per conto di».

Quando la stabile organizzazione paga o riceve (in qualità di beneficiario effettivo) interessi o *royalties*, essa stessa diventa soggetto della Direttiva, non la società da cui essa dipende ed appartiene.

In tal senso si esprime infatti chiaramente il paragrafo sesto dell'art. 1, il quale afferma che «se una stabile organizzazione di una società di uno *Stato membro* è considerata pagatore o beneficiario effettivo di interessi o canoni, nessun'altra parte di tale società è considerata pagatore o beneficiario effettivo di tali interessi o canoni ai fini del presente articolo».

Più precisamente, in una situazione triangolare (26) quale quella di cui all'art. 1.6 della Direttiva, esso impone che, se la stabile organizzazione deve considerarsi quale soggetto pagatore ai sensi della Direttiva, allora lo Stato della società a cui detta stabile organizzazione appartiene (27) non può essere considerato come secondo Stato della fonte dell'interesse.

Una analoga previsione non è contenuta nel Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni predisposto dall'OCSE (di seguito, Modello OCSE) in cui, in linea generale, alla stabile organizzazione non è riconosciuta alcuna soggettività autonoma rispetto alla società a cui essa appartiene.

Limitandosi alla applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni conformi al modello OCSE, ad analoga conclusione di unicità del Paese della fonte dell'interesse, perviene una parte minoritaria della dottrina (28) la quale ritiene che una previsione per certi aspetti simile (quantomeno nei suoi effetti) a quella riportata nella Direttiva sia contenuta all'art. 11(5) (secondo periodo) (29) del Modello OCSE. Applicando la Convenzione sottoscritta tra il Paese di residenza della società che eroga l'interesse e quello di ubicazione della stabile organiz-

(26) La situazione può essere riassunta nei seguenti termini: una società di uno Stato membro (A) paga interessi ad una società di un altro Stato membro (B) e la prima società possiede una stabile organizzazione in un altro Stato membro (C) alla quale l'indebitamento che ha originato il pagamento degli interessi è effettivamente connesso.

(27) Più precisamente i Paesi nei cui confronti detta norma produce effetti sono sia il Paese del quartier generale a cui la stabile organizzazione appartiene che quello di ubicazione eventuali ulteriori stabili organizzazioni della società (purché comunitari).

(28) Cfr. J. Avery Jones – C. Bobbet, *Triangular Treaty Problems. A Summary of the Discussion in Seminar at The IFA Congress in London*, in *Bullettin of Fiscal Documentation*, 1999, 18.

(29) L'art. 11(5) recita: «Interest shall be deemed to arise in a Contracting State when the payer is a resident of that State. Where, however, the person paying the interest, whether he is a resident of a Contracting State or not, has in a contracting State a permanent establishment in connection with which the indebtedness on which the interest is paid was incurred, and such interest is borne by such permanent establishment, then such interest shall be deemed to arise in the State in which the permanent establishment is situated» (sottolineatura aggiunta).

zazione, tale articolo avrebbe infatti l'effetto di privare il primo del diritto di tassazione sul flusso di interessi pagati dalla società ivi residente.

Tuttavia, la maggior parte della dottrina ritiene che l'interpretazione corretta da dare all'art. 11(5) (secondo periodo) sia un'altra. Più precisamente, l'art. 11(5) (primo periodo) della Convenzione tra il Paese residenza della società a cui appartiene la stabile organizzazione (*i.e.* il Paese del quartier generale della società pagatrice) ed il Paese di residenza del soggetto beneficiario effettivo dell'interesse, considera l'interesse come sorto nel Paese del quartier generale il quale quindi non è ristretto nel tassare (30) tale interesse (ovviamente fino a concorrenza di quanto previsto dal trattato medesimo).

Analogamente, l'art. 11(5) (secondo periodo) del trattato tra il Paese della stabile organizzazione ed il Paese del beneficiario effettivo dell'interesse, considera l'interesse come sorto nel Paese di ubicazione della stabile organizzazione il quale quindi non è ristretto nel tassare (31) detto interesse (ovviamente fino a concorrenza di quanto previsto dal trattato medesimo).

In questa situazione quindi il medesimo flusso di interesse viene ad essere tassato due volte (*i.e.* nello Stato del quartier generale della società pagatrice ed in quello di ubicazione della stabile organizzazione).

Alla luce di quanto sopra esposto, gli effetti dell'art. 1.6 della Direttiva sono di immediata evidenza in quanto consente di evitare situazioni di doppia imposizione (32) altrimenti inevitabili. In tale circostanza, infatti, l'art. 1.6 toglie alla Stato di residenza della società la natura di Stato della fonte vietandogli quindi ogni forma di imposizione. Lo Stato della fonte diviene solo lo Stato della stabile organizzazione il quale, a sua volta, è precluso (dalla Direttiva) dal tassare alla fonte gli interessi in uscita.

Tuttavia, come si avrà modo di verificare successivamente, la Direttiva non contiene alcuna speculare previsione nel caso in cui la stabile organizzazione non si qualifichi come soggetto pagatore ai sensi della stessa ma lo sia invece conformemente alla legge domestica dello Stato membro di propria ubicazione consentendo quindi che quest'ultimo tassi l'interesse in uscita.

3.5. – *Il concetto di «beneficiario effettivo»*

Per poter beneficiare della Direttiva il percettore dei redditi (società

(30) Sempreché beninteso una norma di diritto interno a tale Stato lo preveda.

(31) Sempreché beninteso una norma di diritto interno a tale Stato lo preveda.

(32) Tassazione del flusso di interessi sia nello Stato del quartier generale che in quello di ubicazione della stabile organizzazione.

o stabile organizzazione) deve esserne il «beneficiario effettivo» degli stessi.

La determinazione del significato di tale locuzione si presenta di particolare difficoltà, attesa la assenza di alcuna definizione in positivo nel test della Direttiva. Né può essere di ausilio all'interprete la definizione contenuta all'art. 2(1) della «Direttiva in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi» (33) in quanto riferita al caso di una persona fisica, situazione quest'ultima esplicitamente esclusa dall'ambito di applicazione della Direttiva.

La Direttiva stessa contiene due differenti definizioni di «beneficiario effettivo» a seconda che esso si riferisca ad una società o ad una stabile organizzazione. La differente definizione di beneficiario effettivo nel caso di società e nel caso di stabile organizzazione, oltre ad apparire ingiustificata, si presta anche a delle censure dal punto di vista della compatibilità con il Trattato, posto che crea una differenziazione marcata tra le due entità (società e stabile organizzazione) che sembra ad andare contro la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia volta ad affermare la assoluta equivalenza delle due entità in analoghe condizioni di fatto.

Tuttavia vero è che, in base al testo vigente della Direttiva, l'eventuale disconoscimento della qualità di beneficiario effettivo in capo alla stabile organizzazione determina in automatico il riconoscimento di tale *status* alla società e quindi, in ogni caso, la sua applicazione (*i.e.* l'esenzione da ogni forma di tassazione nello Stato della fonte sebbene non in quello di ubicazione della stabile organizzazione). Come illustrato meglio *infra*, a diverse conclusioni (34) si potrebbe invece arrivare qualora fosse accolto l'emendamento al testo della Direttiva contenuto nella proposta di direttiva del 22 dicembre 2003 (35).

3.5.1. – *Il concetto di «beneficiario effettivo» riferito ad una società*

L'art. 1.4 dispone che una società di uno Stato membro sia «beneficiario effettivo» solo nel caso in cui riceva i pagamenti degli interessi o delle *royalties* nella sua qualità di «beneficiaria finale e non di intermedia, quale agente, delegato o fiduciario di un'altra persona».

(33) Direttiva del 3 giugno 2003, 2003/48/CE, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, in G.U.C.E. L 157 del 26 giugno 2003, 38.

(34) Tale proposta condiziona l'esenzione da imposizione nello Stato della fonte alla imposizione degli interessi o *royalties* nello Stato del beneficiario effettivo.

(35) Proposta di direttiva del Consiglio che modifica la direttiva 2003/49/CE concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi del 30 dicembre 2003, COM(2003) 841 def., in G.U.C.E. C 96, del 13 gennaio 2004, 37.

Nella versione in inglese della Direttiva, la locuzione utilizzata è quella di «beneficial owner» che riceve gli interessi o le *royalties* «for its own benefit and not as an intermediary, such as an agent, trustee or authorised signatory, for some other person».

Conseguentemente, è opinione dello scrivente che, ai fini della corretta interpretazione del concetto di beneficiario effettivo, sia possibile fare riferimento alle pubblicazioni dell'OCSE sull'argomento nonché alla dottrina e giurisprudenza ad essa inerente.

Il Commentario al Modello OCSE di Convenzione per evitare le doppie imposizioni (36) nega la qualifica di beneficiario effettivo a colui che sia un «intermediary such as agent or nominee».

Orbene, comparando le due esemplificazioni emerge che quella contenuta nella Direttiva contiene un riferimento alla figura del *trustee* ed alla figura dell'«authorised signatory» che risultano invece assenti nella definizione (in negativo) contenuta nel Commentario OCSE, mentre quest'ultimo riporta la figura del *nominee*, assente nella definizione comunitaria.

Tra le differenze rilevate si ritiene degna di menzione la previsione di esclusione immediata della figura del *trustee*. Sebbene non sia questo il contesto più opportuno per commentare siffatta esclusione, si ritiene che la stessa sia troppo rigida soprattutto con riferimento ad alcune figure di *trust* (37) per le quali l'impossibilità di identificare un beneficiario rende di fatto inapplicabile la Direttiva.

L'esemplificazione contenuta nel commentario OCSE per quanto sostanzialmente corrispondente a quella della Direttiva, non consente di trarre una definizione in positivo del concetto di «beneficiario effettivo».

Un aiuto maggiore può invece essere rintracciato nel rapporto OCSE denominato «Double Taxation Conventions and the Use of Con-

(36) Cfr. paragrafi 8.2 del Commentario all'art. 11 (interessi) e 4.2 del Commentario all'art. 12 (*royalties*). Inoltre, il Commentario OCSE (art. 11, paragrafo n. 8, terzo periodo ed art. 12, paragrafo 4, terzo periodo) afferma che «... al termine beneficiario effettivo non deve essere attribuito un significato ristretto dal tenore letterale dello stesso, bensì esso deve essere interpretato nel contesto della finalità del Trattato che contemplano sia l'eliminazione delle doppia imposizione che la prevenzione di fenomeni di evasione e di elusione» (libera traduzione dell'Autore). Il Commentario esclude dalla definizione di «beneficiario effettivo» le società cosiddette «conduit» cioè a dire di società che fungono da semplice schermo tra il soggetto pagatore ed i beneficiari effettivi del reddito («a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties»). Pur senza entrare nel merito di tale definizione, appare subito la sua ellitticità e dunque la sua scarsa applicabilità pratica.

(37) Ad esempio, *trust* irrevocabili e discrezionali laddove la scelta del *beneficiary* può essere rimandata a diversi anni dopo la costituzione del *trust*, per il che rendendo *medio tempore* inapplicabile la Direttiva.

duit Companies» (38). In tale rapporto viene enfatizzato il concetto di potere di disposizione del reddito conseguito (39); se e nella misura in cui la società ha il potere di disposizione sul reddito conseguito e sul capitale da cui esso deriva, essa deve essere considerata quale beneficiaria effettiva del reddito. Nello stesso senso si sono espressi anche David Oliver (40), Klaus Voegel (41) e la Corte Suprema olandese (42).

Inoltre, confrontando il testo in inglese della Direttiva che richiede che il beneficiario effettivo riceva i proventi «for its own benefit» è possibile affermare che la società percipiente debba necessariamente derivare un proprio beneficio economico dall'operazione di concessione di prestito o di licenza; tale circostanza dovrebbe essere sufficiente per qualificare la società come beneficiario effettivo.

In altri termini, nella misura in cui la remunerazione della società è coerente con le funzioni da essa esercitate, i rischi da essa assunti ed i beni da essa posseduti, è indubbio che la transazione configuri un giusto beneficio per la società e dunque i flussi di redditi (interessi e *royalties*) legittimamente beneficino delle previsioni della Direttiva.

Secondo una dottrina minoritaria (43) il «*beneficial owner*» è tale

(38) OECD Committee on Fiscal Affairs, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, in *International Tax Avoidance and Evasion*, Issues in International Taxation Series No. 1, Parigi, 1987.

(39) Il paragrafo 14.b della Parte II.B recita come segue:

«the [beneficial owner] limitation is not available when, economically, it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income»;

«a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interest parties» (most likely the shareholders of the conduit company).

(40) J.D.B. Oliver, J.B. Libin, S. van Weeghel and C. du Toit, *Beneficial ownership*, in *Bullettin on fiscal documentation*, 2002, 310. A p. 319, Oliver sostiene che «An investigation into beneficial ownership is an investigation into the nature and extent of ownership rights or ownership attributes held by different person. A person who although being the legal owner of a thing, has no right to deal with the thing as his own and, in addition, does not carry any risk in respect of the thing is not the beneficial owner».

(41) Klaus Voegel *On double Tax Conventions*, Third Edition, London/The Hague/Boston, 1997, p. 562, 9. Voegel afferma che il «beneficial owner» è colui che «is free to decide (1) whether or not the capital or other assets should be used or made available for use by others or (2) on how the yields therefrom should be used or (3) both».

(42) No. 28 638, BNB 1994/217, 6 aprile 1994.

(43) J.D.B. Oliver *et al.*, *op. cit.*, 322, in cui Libin afferma che «the question that arises for the purpose of defining the beneficial owner of the payment is whether the recipient of the payment is subject to tax on that payment in the residence country, not simply subject to tax or liable to tax generally, but subject to tax on that payment». A detto quesito l'Autore risponde in senso affer-

solo nella misura in cui è assoggettato a tassazione effettiva sul flusso di reddito. Il ragionamento è che se il flusso di reddito non è tassato nella mani del percettore non vi può essere doppia tassazione e dunque lo stato della fonte non può essere limitato nei propri diritti impositivi. Detto ragionamento sembra essere riproposto dalla Direttiva con riferimento ai redditi (interesse e *royalty*) conseguiti dalla stabile organizzazione nonché, come si avrà modo di vedere successivamente, esteso alle società con le modifiche al testo della Direttiva contenute nella proposta di direttiva del 30 Dicembre 2003.

Diversamente da quanto previsto con riferimento alla stabile organizzazione e ad eccezione di quanto testé ricordato, la Direttiva non contiene alcun riferimento alla tassazione in capo alla società «beneficiario effettivo» degli interessi e/o delle *royalties*.

In altri termini, la Direttiva, nel suo testo attuale, non sembra richiedere la tassazione di detti flussi di reddito quale requisito per la sua applicabilità. Tuttavia, detta interpretazione sebbene fedele al testo della norma, sembra contrastare con le finalità della stessa, nei casi in cui la società benefici di particolari regimi di esenzione o di riduzione della tassazione nel proprio Stato di residenza. Il terzo considerando della Direttiva, invero, prevede che il flusso di interessi e *royalties* debba essere tassato una sola volta all'interno della Comunità: nello stato di residenza della società ovvero in quello di ubicazione della stabile organizzazione.

A conferma di tale conclusione, si segnala la proposta di modifica della Direttiva (44), volta proprio ad inserire l'assoggettamento a tassazione del flusso di interessi e *royalties* in capo al soggetto beneficiario quale condizione per l'applicazione della medesima.

Il commento ufficiale alla norma che modifica l'attuale art. 1.1 (45) della Direttiva si esprime, infatti, come segue:

«Il presente paragrafo mira a modificare l'attuale art. 1, paragrafo 1. Esso chiarisce che gli Stati membri devono accordare i benefici della direttiva solo qualora il pagamento al beneficiario effettivo degli interessi o dei canoni in questione non sia esente dall'imposta sulle società. Questo riguarda in particolare il caso di una società che, pur soggetta all'imposta

mativo, sostenendo che «if the recipient is not subject to tax on that payment, you immediately realize there may be no risk of double taxation here».

(44) Vedi *supra* nota 35.

(45) Per effetto della modifica proposta il nuovo art. 1(1) della Direttiva sarebbe il seguente:

«1. I pagamenti di interessi o di canoni provenienti da uno Stato membro sono esentati da ogni imposta applicata in tale Stato su detti pagamenti, sia tramite ritenuta alla fonte sia previo accertamento fiscale, a condizione che il beneficiario effettivo degli interessi o dei canoni sia una società di un altro Stato membro o una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro, di una società di uno Stato membro, e che sia effettivamente sottoposto ad imposizione sui pagamenti di interessi o canoni in tale altro Stato membro» (sottolineatura aggiunta dall'Autore).

sulle società, fruisca tuttavia di un regime fiscale nazionale speciale che esenta i pagamenti di interessi e canoni percepiti dall'estero. In tal caso lo Stato di origine non sarebbe tenuto a esentare tali pagamenti dalla ritenuta alla fonte prevista dalla Direttiva» (sottolineatura aggiunta dall'Autore).

Ad analoghe conclusioni si perviene anche dalla lettura del primo considerando (46) della proposta di modifica della Direttiva.

Al fine di conseguire detta finalità è quindi necessario che il beneficiario effettivo non goda di esenzioni particolari su tali categorie di redditi; tuttavia, la circostanza che su tali proventi la società beneficiaria non paghi alcuna imposta in virtù di perdite fiscali non incide in alcun modo sulla loro condizione di soggezione ad imposizione.

3.5.2. – *Il concetto di «beneficiario effettivo» riferito alla stabile organizzazione*

La Direttiva attribuisce un'identità soggettiva alla stabile organizzazione la quale, pertanto, può essere beneficiario effettivo degli interessi o delle *royalties*, in modo disgiunto rispetta alla sua casa madre. Tale connotato rappresenta certamente un elemento di diversità della rispetto alla prassi internazionale.

A livello internazionale, sebbene un'autonomia impositiva in capo alla stabile organizzazione sia riconosciuta dall'art. 7 del Modello OCSE (nonché ulteriormente rafforzata dalla bozza del documento avente per oggetto l'allocazione dei profitti (47)), tuttavia la stessa non ha la stessa ampiezza prevista dalla Direttiva.

(46) Il primo considerando recita come segue: «La direttiva 2003/49/CE non pone come presupposto esplicito che il beneficiario effettivo del pagamento di un interesse o di un canone sia effettivamente soggetto ad imposizione relativamente a tale pagamento. Per assicurare il conseguimento delle finalità di tale direttiva è necessario prevedere tale presupposto in modo da escludere dai benefici della direttiva 2003/49/CE tutti i casi in cui gli interessi o i canoni ricevuti in pagamento non sono assoggettati ad imposizione fiscale».

(47) Nel secondo *discussion draft* pubblicato nell'agosto 2004 (analogamente a quanto già contenuto nel primo draft del febbraio 2001) intitolato «Discussion draft on the attribution of profit to permanent establishment», il «Committee on fiscal affairs» dell'OCSE ha adottato quale ipotesi di lavoro il cosiddetto «functionally separate entity approach» (Cfr. paragrafo n. 28). Più precisamente, in base a tale impostazione la stabile organizzazione viene considerata come una entità autonoma rispetto alla società da cui in realtà dipende e ad essa deve essere attribuito lo stesso profitto che sarebbe stato conseguito da una impresa indipendente in analoghe condizioni di mercato e svolgente le medesime attività («The profits attributed to the permanent establishment are the profit that the permanent establishment would have earned at arm's length as if it were a "distinct and separate enterprise" performing the same or similar functions under the same or similar conditions, determined by applying the arm's length principle under Art. 7 (2)» – Paragrafo n. 19 penultimo periodo).

In tale contesto, infatti, oltre alle difficoltà proprie della definizione di «beneficiario effettivo» viste in precedenza, si somma l'ulteriore complessità concettuale di dover considerare «beneficiario effettivo» una entità (la stabile organizzazione) sostanzialmente priva di alcun riconoscimento in contesti diversi rispetto a quelli tributari.

Nel contesto della Direttiva, invece, tale autonomia soggettiva si è concretizzata nell'art. 1.6 che esclude rilevanza alla «casa madre» qualora la stabile organizzazione sia beneficiario effettivo o pagatore di interessi e/o *royalties* ai sensi dei commi da 3° a 5° del medesimo art. 1.

Più precisamente, la Direttiva prevede che «se una stabile organizzazione di una società di uno *Stato membro* è considerata pagatore o beneficiario effettivo di interessi o canoni, nessun'altra parte di tale società è considerata pagatore o beneficiario effettivo di tali interessi o canoni ai fini del presente articolo» (art. 1.6).

La previsione contenuta al paragrafo 6 dell'art. 1 rappresenta una *tie breaker rule* interna al medesimo soggetto con funzioni per certi versi analoghe a quella contenuta nell'art. 4 paragrafi 2 e 3 del Modello OCSE per i casi di doppia residenza.

Nel Memorandum esplicativo alla precedente versione della Direttiva veniva infatti chiarito che, in via di principio, ogni interesse e *royalty* pagata alla stabile organizzazione deve intendersi in realtà effettuato alla società nel suo complesso e che, dunque, l'operatività della Direttiva in tal senso è garantita dell'artificio di verificare l'effettivo concorso di tale elementi reddituali alla formazione del reddito imponibile della stabile organizzazione.

Per quanto attiene ai presupposti per il riconoscimento dello *status* di beneficiario effettivo alla stabile organizzazione, l'art. 1.5 della Direttiva stabilisce che la stabile organizzazione è considerata beneficiario effettivo degli interessi e delle *royalties* ricevute soltanto qualora detti ricavi siano ad essa effettivamente connessi e concorrano alla formazione del suo reddito imponibile.

Tale ultimo requisito non è previsto ai fini del riconoscimento dello *status* di beneficiario effettivo delle società e costituisce una novità introdotta soltanto nella versione definitiva della Direttiva (48).

Inoltre, tale condizione non è prevista neppure dal Modello OCSE, il cui Commentario esplicitamente afferma che l'imponibilità, rispettivamente, degli interessi e delle *royalties* nello Stato di residenza del be-

(48) Si rileva, infatti, come tale asimmetria tra i requisiti previsti per la società e per la stabile organizzazione non fosse presente nella proposta del 1998 e come, peraltro, la stessa potrebbe essere superata in caso di approvazione della più volte citata proposta del 30 dicembre 2003 che impone la tassazione sul flusso di reddito anche per la società.

neficiario non rappresenta una condizione per la parziale imponibilità (ovvero esenzione) dell'interesse (o della *royalty*) nello Stato della fonte (49).

4. – *Le definizioni di «interesse» e di «royalty»*

4.1. – *Le definizioni della Direttiva*

L'art. 2.a definisce il termine «interesse» ai fini della Direttiva come segue:

Ai fini della presente direttiva si intendono per:

«interessi»: i redditi di crediti di qualsivoglia natura, assistiti o meno da garanzie ipotecarie e che comportino o meno una clausola di partecipazione agli utili del debitore, e segnatamente i redditi derivanti da obbligazioni o prestiti, ivi compresi i premi a questi connessi. Gli interessi di mora non sono considerati interessi.

L'art. 2.b definisce il termine «royalty» ai fini della Direttiva come segue:

Ai fini della presente direttiva si intendono per:

«canoni»: i compensi di qualsiasi natura percepiti per l'uso la concessione in uso del diritto di autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, comprese le pellicole cinematografiche, e il software, di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico; sono considerati canoni i compensi per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche.

4.2. – *Le definizioni contenute nel Modello di Convenzione OCSE*

4.2.1. – *La definizione di «interesse»*

La definizione contenuta nella Direttiva (50) ricalca sostanzial-

(49) Il Commentario (paragrafo n. 10 all'art. 11 e paragrafo 6 all'art. 12) così recita: «It (si riferisce al testo dell'articolo, n.d.r.) does not specify whether or not the relief in the State of source should be conditional upon the interest – royalties being subject to tax in the State of residence. This question can be settled by bilateral negotiations».

(50) La versione in inglese dell'art. 2.1 della Direttiva recita come segue:
«The term “interest” means income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to par-

mente quella contenuta all'art. 11(3) del Modello OCSE (51) con l'unica eccezione del riferimento ai redditi derivanti da titoli di Stato che sono stati esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva (come peraltro già indicato nel Memorandum esplicativo della precedente versione della Direttiva).

Detta comparazione è stata fatta con la versione inglese della Direttiva, in quanto, a parere dello scrivente, l'espresso riferimento all'art. 11 del Modello OCSE del 1996 contenuto nel Memorandum esplicativo della precedente versione della Direttiva, autorizza l'interprete a fare riferimento anche al Commentario OCSE per la soluzione di qualsiasi problema interpretativo che dovesse sorgere con riferimento alla Direttiva ed alla relativa normativa di recepimento.

4.2.2. – *La definizione di «royalty»*

Anche con riferimento alla definizione di *royalty*, il Memorandum esplicativo alla precedente versione della Direttiva fa esplicito riferimento all'art. 12 del Modello OCSE del 1996; tuttavia, la definizione contenuta nella Direttiva diverge da quella dell'attuale Modello OCSE (52) in quanto:

ticipate in the debtor's profits, and in particular, income from securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures; penalty charges for late payment shall not be regarded as interest».

(51) L'art. 11(3) del Modello OCSE recita come segue:

«The term "interest" as used in this Article means income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor's profits, and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures. Penalty charges for late payment shall not be regarded as interest for the purpose of this Article» (sottolineatura dell'Autore).

(52) L'art. 12(2) del Modello OCSE recita come segue:

«The term "royalties" as used in this Article means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work including cinematograph films, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience».

La versione inglese dell'art. 2(b) della Direttiva recita come segue:

«The term "royalties" means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work, including cinematograph films and software, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience; payments for the use of, or the right to use, industrial, commercial or scientific equipment shall be regarded as royalties» (sottolineatura dell'Autore).

a) fa esplicitamente riferimento alle transazioni aventi per oggetto il *software*;

b) considera *royalties* i compensi per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche.

Con riferimento al secondo elemento di differenziazione, è interessante notare come la definizione di *royalty* contenga la locuzione «per l'uso o il diritto d'uso di attrezzature industriali, commerciali e scientifiche» che è stata invece espunta dalla definizione di *royalty* contenuta nell'art. 12 del Modello OCSE.

Le ragioni di tale elisione sono ascrivibili alla circostanza che detta locuzione copre anche i pagamenti per canoni di *leasing* che invece ora ricadono correttamente nella categoria dei redditi di impresa (art. 7: *business income*) (53).

Conseguentemente, ad una prima lettura potrebbe sembrare che ciò che ora rientra nei redditi di impresa attraverso il combinato disposto degli artt. 7 e 12 del Modello OCSE, ricada per effetto della Direttiva nella definizione di *royalties*.

Tuttavia, dal punto di vista fattuale la situazione non cambia (ad eccezione di quelle Convenzioni sottoscritte in epoca antecedente alla modifica del Modello OCSE e tuttora in vigore) atteso che, né allo stato attuale (in virtù dell'applicazione dell'art. 7 della Convenzione) né per effetto dell'applicazione della Direttiva, detti pagamenti saranno assoggettati ad alcuna forma di imposizione nello Stato della fonte.

Diversamente, per quegli Stati membri con i quali sono in vigore Convenzioni contro le doppie imposizioni che contengono la locuzione «per l'uso o il diritto d'uso di attrezzature industriali, commerciali e scientifiche» nella definizione di *royalty*, la Direttiva comporterà l'eliminazione della ritenuta nello Stato della fonte.

L'art. 2 espressamente prevede che la definizione di interesse e *royalty* ivi contenuta esplica i suoi effetti limitatamente ai fini dell'applicazione della Direttiva. Ciò significa che qualora la Direttiva non trovi applicazione, l'inclusione nella definizione di *royalty* della locuzione di pagamenti «per l'uso o il diritto d'uso di attrezzature industriali, commerciali e scientifiche» risulta priva di efficacia, e restano dunque applicabili le definizioni contenute nelle pertinenti convenzioni contro le doppie imposizioni sottoscritte dall'Italia con gli altri Stati membri della Comunità Europea.

È interessante notare come, diversamente dalla versione definitiva della Direttiva, nella versione precedente, l'art. 2.2 (54) conteneva una

Le porzioni di testo sottolineate contenute nella definizione propria della Direttiva evidenziano le differenze rispetto alla definizione contenuta nel Modello OCSE.

(53) Cfr. Commentario OCSE, paragrafo 9 all'art. 12.

(54) L'art. 2.2 recitava: «Sono altresì considerati interessi o diritti, ai fini della presente direttiva, oltre ai redditi ed ai pagamenti di cui al paragrafo 1,

previsione residuale in forza della quale le disposizioni della Direttiva si applicavano anche a tutti i pagamenti considerati interessi e *royalties* in base alla convenzione contro le doppie imposizioni sottoscritta tra lo Stato membro in cui l'interesse o la royalty «maturava» e quello di residenza del beneficiario effettivo di tali redditi. Inoltre, era previsto che, in assenza di convenzione, si applicassero le definizioni di interesse e *royalty* contenute nella legge nazionale del Paese in cui essi «maturano».

4.3. – *La definizione di «interesse» della Direttiva e la sua interazione con la norma italiana*

4.3.1. – *Il quadro normativo attuale e la sua apparente incompatibilità con le finalità della Direttiva*

Come riportato in precedenza, la definizione di «interesse» contenuta nella Direttiva riporta la locuzione «redditi di crediti di qualsivoglia natura ... che comportino o meno una clausola di partecipazione agli utili del debitore» (sottolineatura aggiunta dall'Autore).

La norma interna italiana (55) vieta la deducibilità della quota parte della remunerazione degli strumenti finanziari che «direttamente o indirettamente comporti la partecipazione ai risultati economici della società emittente ...». Detta norma si applica sia alle società residenti ai fini fiscali in Italia sia alle stabili organizzazioni ivi ubicate di società non residenti (56).

Diviene quindi interessante analizzare le conseguenze di tale indeducibilità sull'applicazione della Direttiva. Esse divergono nel caso in cui il soggetto debitore (ai fini della Direttiva) sia una società (residente ai fini fiscali in Italia) ovvero una stabile organizzazione (ubicata nel territorio italiano di una società di un altro Stato membro).

Nel primo caso, l'indeducibilità prevista dalla norma interna non ha alcun riflesso in quanto la Direttiva (57) non subordina la propria applicazione alla deducibilità dell'interesse ai fini del calcolo del reddito imponibile del soggetto pagatore; conseguentemente, lo Stato di residenza

tutti i redditi e i pagamenti che, salvo per la natura del pagatore o del beneficiario, verrebbero considerati interessi o diritti in virtù di una convenzione sulla doppia imposizione in vigore tra lo Stato membro nel quale gli interessi o i diritti maturano e lo Stato membro del beneficiario, o in assenza di tale convenzione, in virtù della legislazione tributaria dello Stato membro nel quale maturano gli interessi o i diritti».

(55) Cfr. art. 109(9)(a) del d.p.r. n. 917 del 1986.

(56) Cfr. art. 152(1) del d.p.r. n. 917 del 1986.

(57) Art. 1(4).

della società non può applicare alcuna forma di tassazione al flusso di reddito in uscita.

Diversamente, nel caso di stabile organizzazione quale soggetto pagatore, l'ineducibilità prevista dalla norma interna rende di fatto inapplicabile la Direttiva atteso che quest'ultima (58) impone la deducibilità fiscale degli interessi quale requisito per considerare la stabile organizzazione soggetto pagatore del reddito.

In prima approssimazione, nessuna conseguenza negativa sembrerebbe essere ascritta a detta circostanza in quanto, ai sensi della Direttiva, l'interesse sarà considerato pagato dalla società (a cui la stabile organizzazione italiana è riconducibile) e dunque nessuna tassazione del flusso di reddito sarà consentita nello Stato di residenza del pagatore (*i.e.* la società).

Tuttavia, atteso che la norma interna italiana (59) considera detti interessi (60) come «prodotti nel territorio dello Stato», essa li assoggetta a tassazione (61), con la conseguenza di vanificare le finalità della Direttiva. Infatti, il beneficiario effettivo degli interessi dovrà subire una ritenuta alla fonte anche in Italia (Stato di ubicazione della stabile organizzazione non ristretto nella sua potestà impositiva dalle disposizioni della Direttiva).

Al fine di eliminare (o quantomeno ridurre) la tassazione in Italia, il beneficiario effettivo dell'interesse dovrà verificare la convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra quest'ultima il suo Stato di residenza.

Qualora detta convenzione contenga una norma analoga a quella riportata nel secondo periodo dell'art. 11(5) dello schema di convenzione OCSE (62), l'Italia potrà applicare la ritenuta fino a concorrenza della percentuale prevista nell'articolo della Convenzione corrispondente all'art. 11(2) dello schema OCSE.

Infatti, la convenzione sottoscritta tra lo Stato membro di residenza del beneficiario effettivo del reddito e l'Italia, riconoscendo l'interesse come sorto in Italia non vieta a quest'ultima di applicare la propria tassazione a tale flusso di reddito sebbene essa non possa essere superiore all'aliquota prevista al paragrafo 2 dell'art. 11.

Diversamente, nel caso in cui nella convenzione sottoscritta dall'Italia ed lo Stato di residenza del beneficiario effettivo:

– non fosse riprodotta una norma di contenuto identico (od analogo) a quello riportato nel secondo periodo dell'art. 11(5) dello schema OCSE, e

– fosse contenuta una norma di contenuto identico (od analogo) a quello riportato nell'art 21 (generalmente da considerarsi ricompresa

(58) Art. 1(3).

(59) Cfr. art. 23(1)(b) del d.p.r. n. 917 del 1986.

(60) Cfr. art. 44 del d.p.r. n. 917 del 1986.

(61) Cfr. art. 26 del d.p.r. n. 600 del 1973.

(62) Cfr *supra* paragrafo 3.4.1.

nell'art. 7 per gli Stati non a matrice anglosassone (63)) dello schema OCSE;

– l'Italia non potrebbe prelevare alcuna ritenuta alla fonte (64).

L'interazione tra la norma interna italiana ed il testo della Direttiva genera conseguenze per certi aspetti paradossali in quanto l'indeducibilità del flusso di interesse consente all'Italia un doppio prelievo: una prima volta in sede di imposizione sul reddito della stabile organizzazione ed una seconda in sede di pagamento dell'interesse sotto forma di ritenuta alla fonte.

Siffatta tassazione risulta quindi in palese contrasto con le finalità della Direttiva che imporrebbero un'unica tassazione del flusso di reddito all'interno della Comunità nello Stato di residenza del beneficiario effettivo.

4.3.2. – *Eventuali possibili soluzioni*

Al fine di eliminare siffatta anomalia nonché incongruità rispetto alle finalità della Direttiva, a parere di chi scrive due sono le possibili soluzioni.

Una prima soluzione impone di modificare il testo della Direttiva con riferimento:

i) alle *sourcing rules* previste ai paragrafi 3 e 4 dell'art. 1;

ii) all'art. 1.6 nel senso rendere bivalente la funzione di *tie breaker rule* interna.

Una seconda soluzione (di più agevole adozione rispetto alla prima in quanto non richiede una modifica della Direttiva) prevede che gli Stati membri, in sede di recepimento della Direttiva, considerino l'interesse come ivi sorto alla sola condizione che l'indebitamento al quale esso si ricollega sia effettivamente connesso con l'attività della stabile organizzazione ubicata nel loro territorio eliminando quindi qualsiasi riferimento alla indeducibilità di tale elemento di reddito.

(63) Nei Paesi anglosassoni normalmente non esiste la norma tale per cui tutti i redditi conseguiti da una società sono classificabili tra i redditi di impresa (coperti dall'art. 7 dello schema di Convenzione OCSE). In tali Paesi la suddivisione tra «trade or business income» (reddito di impresa) e «passive income» (redditi non correlati all'esercizio di una attività di impresa) permane anche se conseguiti da società. Per il che, l'assenza di una previsione analoga all'art. 21 lascerebbe prive di copertura da trattato i *passive incomes* (ad esempio gli interessi) conseguiti da società.

(64) In tal caso, infatti, il flusso di reddito proveniente dalla stabile organizzazione italiana non potrebbe essere qualificato come interesse di fonte italiana, in quanto la *sourcing rule* del secondo periodo dell'art. 11(5) risulta assente, con la conseguenza che, in virtù dell'art. 7 o 21, l'Italia non potrebbe applicare la propria tassazione interna (*i.e.* la ritenuta alla fonte prevista all'art. 26 del d.p.r. n. 600 del 1973).

Nel merito della prima soluzione, la modifica delle *sourcing rules* deve essere volta eliminare il requisito della deducibilità imposto in capo alla stabile organizzazione per qualificarsi come soggetto pagatore.

Detta modifica, unitamente alla previsione di bivalenza dell'art. 1.6, garantirebbe il perseguimento delle finalità della Direttiva (*i.e.* l'eliminazione dell'imposizione nello Stato della fonte).

L'attuale formulazione dell'art. 1.6 risulta inadeguata allo scopo; essa, infatti, prevede che se la stabile organizzazione è considerata come il soggetto pagatore, nessun'altra parte della società (*i.e.* «quartier generale» o altre stabili organizzazioni) possa essere considerata tale.

Ciò nondimeno, se la stabile organizzazione non è considerata il «soggetto pagatore» (poiché, ad esempio, la norma interna esclude la deducibilità dell'interesse) il combinato disposto dei paragrafi 3 e 4 dell'art. 1 della Direttiva determina in automatico che sia la società a qualificarsi come soggetto pagatore e che dunque sia il proprio Stato di residenza a non dover trattenere alcuna ritenuta alla fonte.

Tuttavia, non sussistendo una disposizione speculare a quella dell'attuale art. 1.6, la Direttiva non vieta che lo Stato membro di ubicazione della stabile organizzazione (sebbene quest'ultima non sia il soggetto pagatore ai sensi della Direttiva) possa considerarsi (conforme alla propria normativa domestica) come (ulteriore) Stato della fonte dell'interesse e quindi applicare una imposizione alla fonte.

La suggerita modifica dell'art. 1.6 risolverebbe alla radice ogni possibile forma di tassazione alla fonte in quanto non riconoscerebbe agli Stati membri di ubicazione della stabile organizzazione la qualifica di Stati della fonte.

La seconda soluzione ipotizzata, invece, prescinde dalla modifica del contenuto della Direttiva e prevede che le *sourcing rules* di ogni Stato membro contengano una disposizione in forza della quale la stabile organizzazione ubicata nel proprio territorio si configura come fonte dell'interesse unicamente nel caso in cui il debito in relazione al quale l'interesse è pagato sia ad essa effettivamente connesso, trascurando il requisito della deducibilità dell'interesse ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione.

In tale circostanza, il problema del doppio Stato della fonte conseguente alla mancata bivalenza dell'art. 1.6 verrebbe superato *ab origine* in quanto:

– nel caso in cui il debito in relazione al quale l'interesse pagato fosse effettivamente connesso con la stabile organizzazione, l'attuale formulazione dell'art. 1.6 vieterebbe allo Stato membro di residenza della società di prelevare alcuna imposizione alla fonte;

– nel caso in cui il debito in relazione al quale l'interesse pagato non fosse effettivamente connesso con la stabile organizzazione, mancherebbe la volontà impositiva dello Stato di ubicazione della stabile organizzazione con la conseguenza che non si verrebbe a creare alcuna duplicazione di Stati della fonte.

Inoltre, come già ricordato in precedenza, in base all'attuale testo

della Direttiva, lo Stato di ubicazione della stabile organizzazione pagatrice di interessi e/o *royalties* risulta doppiamente beneficiario di tale anomalia in quanto gli stessi:

- i)* non sono deducibili ai fini delle imposte sui redditi;
- ii)* sono assoggettati a ritenuta alla fonte.

Non si comprende quali finalità assolva la condizione della deducibilità imposta in capo alla stabile organizzazione. Se l'assenza del requisito di deducibilità è stato ritenuto sufficiente per gli interessi pagati da una società non si capisce perché lo stesso non sia stato considerato analogamente affidabile nel caso di interessi pagati da una stabile organizzazione atteso che l'art. 1(6) in ogni caso ricondurrebbe lo Stato della fonte ad uno solo.

Atteso che il testo della Direttiva non può essere cambiato in tempi brevi e la proposta di modifica della Direttiva del 30 dicembre 2003 nulla contiene a tal proposito, si è dell'auspicio che il Legislatore nazionale inserisca nel nostro corpo normativo una previsione che escluda di considerare la stabile organizzazione italiana di un soggetto comunitario quale soggetto pagatore degli interessi da essa «corrisposti» nella sola ipotesi in cui il debito in relazione al quale l'interesse è pagato non sia ad essa effettivamente connesso.

4.4. – *L'interazione tra la normativa domestica e la definizione di «soggetto pagatore» contenuta nella Direttiva ed i suoi profili di compatibilità con l'art. 43 del Trattato*

L'interazione della normativa domestica di uno Stato membro (che impone – a qualsiasi titolo – la non deducibilità dei redditi – interessi e/o *royalties* – corrisposti da stabili organizzazioni ivi situate) con le previsioni della Direttiva rendono, di fatto, più sconveniente per un nazionale di un altro Stato membro esercitare la propria attività di impresa nel primo Stato attraverso la stabile organizzazione piuttosto che mediante una società controllata.

A parere di chi scrive, ciò confligge con il divieto di ogni compressione, non giustificata dal Trattato, della libertà di stabilimento garantita dall'art. 43 dello stesso.

La norma domestica di per sé non può essere ritenuta una restrizione della libertà di stabilimento in quanto essa si applica (ad esempio, in Italia) allo stesso modo ed alle stesse condizioni con riferimento agli interessi pagati da società residenti e da stabili organizzazioni di società non residenti.

Paradossalmente, la restrizione origina dalla Direttiva e deve essere ascritta alle difformi condizioni (65) poste ad una società ovvero ad una

(65) Ci si riferisce al requisito della deducibilità dell'interesse ai fini della determinazione del reddito imponibile imposto alla stabile organizzazione e non alla società.

stabile organizzazione per qualificarsi come soggetti pagatori dell'interesse o della *royalty*.

Più precisamente, l'imposizione in capo alla stabile organizzazione di un requisito ulteriore rispetto a quelli richiesti per una società rischia di porre la prima in una situazione di svantaggio rispetto alla seconda; dal che origina la possibile restrizione alla libertà di stabilimento.

Sebbene, la situazione di svantaggio sia conseguenza della interazione tra la norma domestica (che impone l'indeducibilità degli interessi passivi in capo alla stabile organizzazione) e quella comunitaria (che impone il requisito della deducibilità per la stabile organizzazione e che non contiene una norma speculare a quella riportata all'art. 1.6) è di immediata evidenza come la stessa debba necessariamente essere ricondotta alla Direttiva che tratta in modo difforme due realtà (società e stabile organizzazione) tra loro paragonabili.

In merito alla legittimità del diverso trattamento di una filiale (*i.e.* società) rispetto ad una succursale (*i.e.* stabile organizzazione) la giurisprudenza è costantemente concorde (66) nel condannare ogni forma di discriminazione e/o restrizione creata dalla normativa dello Stato ospite (*i.e.* Stato ubicazione della stabile organizzazione (67)) che ponga la stabile organizzazione in una posizione di svantaggio rispetto ad una società dello stesso Stato membro, laddove detta normativa equipari le due realtà (*i.e.* società e stabile organizzazione) agli altri fini impositivi.

Fino ad oggi la giurisprudenza non si è mai occupata di forme di discriminazione e/o restrizione con riferimento ad una normativa dello Stato di origine che tratta in modo difforme dei propri nazionali che hanno esercitato il diritto di stabilimento mediante filiali rispetto ad altri nazionali che hanno esercitato detto diritto attraverso succursali.

È tuttavia attualmente pendente un caso presso la Corte di Giustizia (68) che riguarda proprio una fattispecie simile laddove il contribuente ravvisa, *inter alia*, un'indebita restrizione nella impossibilità riconosciuta dalla norma di diritto interno britannico di conteggiare le perdite delle società controllate ubicate in Stati membri mentre tale conteggio è riconosciuto in caso di stabili organizzazioni ivi ubicate di società inglesi.

Orbene, l'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni (69) afferma che una tale restrizione non sussiste dal momento che per il contesto normativo dello Stato britannico una filiale ubicata in uno Stato membro non si trova in una situazione analoga a quella di una succursale ubicata in uno Stato membro di una società inglese; per il che, un diverso trat-

(66) *Ex pluribus* sentenze 28 gennaio 1986, *Commissione/Francia*, C-270/83, in *Raccolta*, I-273, paragrafo 18; 29 aprile 1999, C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, in *Raccolta* I-2651; *Saint-Gobain*, cit.

(67) La quale a tutti gli effetti è un nazionale di un altro Stato membro.

(68) Caso *Marks&Spencer*, causa C-446/93.

(69) Cfr. paragrafi da 42 a 49 delle Conclusioni presentate in data 7 aprile 2005.

tamento tra le due realtà (filiale e succursale) non può dare adito a discriminazione e/o restrizione.

Tuttavia, diversamente dalle situazioni di discriminazione fino ad ora affrontate dalla giurisprudenza comunitaria (imposte dallo Stato membro ospite) ovvero in corso di analisi (imposte dallo Stato membro di origine), la forma di restrizione di cui si discorre sembrerebbe essere imposta proprio dalla Direttiva.

Ad oggi, nessuna sentenza della Corte di Giustizia ha mai avuto a riferimento una presunta incompatibilità di una normativa comunitaria secondaria (una direttiva) rispetto alla normativa comunitaria primaria (il Trattato); ciò nondimeno non si vedono dei motivi ostativi a che la Corte giudichi incompatibile siffatta restrizione.

Invero, proprio perché la società e la stabile organizzazione si trovano in situazione identiche (entrambe pagatrici di redditi ed entrambe soggette ad imposizione sui redditi percepiti), non risulta accettabile l'imposizione di un requisito ulteriore in capo alla stabile organizzazione (*i.e.* la deducibilità fiscale degli interessi e canoni) che pone quest'ultima in una situazione di vantaggio rispetto alla forma societaria e che assoggetta la società a cui la stabile organizzazione si riferisce ad una forma di imposizione alla fonte non voluta ed anzi vietata dalla Direttiva medesima disincentivandola per il che all'esercizio del proprio diritto di stabilimento garantito dall'art. 43 del Trattato.

5. – Altre definizioni contenute nella Direttiva

L'art. 3 contiene le definizioni di «società di uno *Stato membro*», «società consociata», «Stabile Organizzazione».

È opportuno analizzare separatamente ciascuna delle citate definizioni.

5.1. – Società di uno *Stato membro*

Si riporta quanto previsto all'art. 3.a della Direttiva:

«Ai fini della presente Direttiva si intendono per “società di uno *Stato membro*” qualsiasi società che

i) ha una delle forme enumerate nell'allegato; e

ii) secondo la normativa fiscale dello *Stato membro* in questione, è considerata residente ai fini fiscali in detto *Stato membro* e non è considerata, ai sensi di una convenzione sulle doppie imposizioni sui redditi conclusa con uno Stato terzo, residente ai fini fiscali al di fuori della Comunità; e

iii) è assoggettata, senza esserne esentata, ad una imposta seguita ovvero a un'imposta identica o sostanzialmente simile applicata dopo la data di entrata in vigore della presente direttiva, in aggiunta o in sostituzione di dette imposte:

... *omissis* ...».

In via preliminare, si ritiene opportuno segnalare come la norma non richieda che tutti e tre i requisiti si verifichino con riferimento ad un unico Stato membro. Si ritiene quindi che una società costituita in uno Stato membro ma residente ai fini fiscali in un altro Stato membro possa soddisfare i requisiti previsti dalla Direttiva.

Si analizzano di seguito le tre caratteristiche che la società deve possedere per essere considerata «società di uno *Stato membro*».

i) *Avere una delle forme giuridiche espressamente indicate nell'allegato alla Direttiva.*

Diversamente da quanto previsto nella precedente versione (70), l'attuale testo della Direttiva, analogamente alle Direttive n. 434/90 (cd. Direttiva sulle fusioni) e n. 435/90 (cd. direttiva madre-figlia), contempla una elenco tassativo di società che possono ricadere nel suo ambito di applicazione.

La precedente versione della Direttiva appare migliore della versione attuale, in quanto maggiormente flessibile, atteso che ne avrebbe garantito l'operatività senza rendere necessario emendare la lista delle società ammesse ogni qual volta uno Stato membro creasse o avesse creato un nuovo tipo societario ovvero un nuovo Stato entrasse nella Comunità.

Sebbene l'emendamento volto ad introdurre la Società Europea non sia necessario, la Commissione ha ritenuto comunque opportuno inserire la figura della SE nella citata lista (71). Detto emendamento non è necessario in quanto, benché lo Statuto della SE non contenga una esplicito riferimento alla fiscalità, esso tuttavia richiede che alla SE si applichino le «disposizioni di legge degli Stati membri che si applicherebbero ad una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale» (72). Per il che, la SE gode di fatto dei vantaggi della Direttiva in quanto lo Stato membro in cui essa ha la propria sede legale deve accordarle gli stessi vantaggi che accorda al tipo di corrispondente di società per azioni nazionale.

ii) *Essere residente ai fini fiscali in uno Stato della Comunità e non essere considerata residente in uno Stato terzo in virtù di una Convenzione contro le doppie imposizioni.*

Questo requisito richiede che la società sia considerata residente ai fini fiscali in uno Stato comunitario e che essa non sia considerata residente in Paese terzo in base ad una convenzione contro le dop-

(70) Che conteneva un semplice rimando alle società costituite in conformità alla legislazione di uno Stato membro.

(71) In analogia a quanto fatto con riferimento alle proposte di modifica delle direttive sulle fusioni (90/434/CEE) e sulla madre-figlia (90/435/CEE), in cui la SE è espressamente inclusa nell'elenco delle società a cui si applicano le direttive.

(72) Art. 9.1.(c) II del Regolamento (CE) n. 2157 del 2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001.

pie imposizioni sottoscritta tra quest'ultimo ed il predetto Stato membro.

La ragione di tale seconda previsione (*i.e.* la non residenza ai fini convenzionali in un Paese terzo) è di immediata evidenza in quanto qualora così fosse, la società potrebbe beneficiare della Direttiva senza essere però assoggettata a tassazione nella Comunità Europea proprio in virtù della residenza convenzionale nel Paese terzo (73).

Un esempio può aiutare a meglio comprendere il merito della previsione. Ipotizziamo una società costituita in Olanda ma effettivamente gestita in Canada; l'Olanda è uno Stato che considera residente una società qualora essa sia stata ivi costituita, tuttavia la *tie-breaker rule* contenuta nella convenzione contro le doppie imposizioni sottoscritta tra Olanda e Canada assegna la residenza ai fini della convenzione in Canada.

Orbene, in assenza della previsione in commento, gli interessi e le *royalties* pagate dalla società italiana alla società consociata olandese sarebbero privi di ritenuta alla fonte italiana (74). Tuttavia, l'Olanda non potrebbe tassare detti redditi in quanto ciò le sarebbe precluso dall'art. 7 della Convenzione con il Canada (75) (salvo che le attività in Olanda della società olandese non si qualificano come stabile organizzazione ai sensi della convenzione Canada-Paesi Bassi ed i redditi siano ad essa effettivamente connessi).

In assenza di questo requisito, quindi, il flusso di interessi e *royalties* non sarebbe assoggettato a ritenuta alla fonte in Italia (in virtù della Direttiva) ed a tassazione in Olanda (in virtù della convenzione con il Canada), ma solo in Canada con un evidente pregiudizio degli interessi erariali degli Stati comunitari e con una palese frustrazione delle finalità della Direttiva che vuole il flusso di redditi tassato una sola volta all'interno della Comunità Europea.

iii) *Essere assoggettata, senza esenzione, ad una delle imposte sui redditi vigenti nei Paesi membri ovvero a quelle eventuali che dovessero sostituire quelle vigenti.*

A parere di chi scrive, la locuzione «essere assoggettata» implica un nominale assoggettamento, dei flussi di interessi e *royalties*, ad imposizione fiscale nello Stato di residenza della società, senza la facoltà di quest'ultima di beneficiare di regimi di esenzione (totale o parziale) con riferimento a quelle particolari categorie di redditi; la circostanza che, ad esempio a causa di perdite fiscali, quei determinati flussi di reddito non siano oggetto di effettiva tassazione, è irrilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva.

(73) Ad eccezione del caso in cui la presenza della società nello Stato comunitario configuri l'esistenza di un stabile organizzazione anche in base alla convenzione tra detto Stato ed il Paese terzo.

(74) Nell'ipotesi che tutte le altre condizioni previste dalla Direttiva siano soddisfatte.

(75) Supposta essere conforme al Modello OCSE.

In altri termini, al pari dell'art. 4(1) del modello di Convenzione OCSE, il requisito in commento si qualifica per essere una «liable to tax clause» e non una «subject to tax clause» (76). A favore di questa interpretazione, secondo lo scrivente, depone anche la proposta di modifica della Direttiva datata 30 dicembre 2003 che espressamente richiede l'assoggettamento ad imposizione del flusso di reddito (interessi o *royalty*) in capo alla società che lo riceve. Invero, se la locuzione «essere assoggettata» significasse effettivo pagamento di imposte la citata proposta sarebbe priva di alcun significato.

5.1.1. – *Il concetto di trasparenza ai fini fiscali e la definizione di «società di uno Stato membro»*

L'art. 1.1 fa ricadere nell'ambito della Direttiva «i pagamenti di interessi o di canoni provenienti da uno *Stato membro* ... a condizione che il beneficiario effettivo sia una società di uno *Stato membro* o una stabile organizzazione di una società di uno *Stato membro*»; il 2° comma dell'art. 1 definisce come «proveniente da uno *Stato membro*» il pagamento effettuato da «una società di uno *Stato membro* o una stabile organizzazione di una società di uno *Stato membro*». Elemento chiave è quindi la definizione di «società di uno Stato membro» contenuta all'art. 3.a.

L'art. 3.a.iii prevede che la società debba essere assoggettata ad una delle imposte ivi elencate; ne consegue, a parere di chi scrive, che detto requisito non possa dirsi realizzato con riferimento ad un soggetto i cui redditi sono imputati per trasparenza ai propri soci.

A tal proposito, si ritiene quindi necessario definire, in via preliminare, il concetto di trasparenza. A livello di principi internazionali (77), una società si definisce trasparente ai fini fiscali se l'ammontare delle imposte inerenti al suo reddito viene determinato con riferimento alle condizioni personali dei suoi soci (78).

(76) Per una disamina di tali concetti si rinvia all'opera di R. Couzin, *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, 2002.

(77) Rapporto OCSE «The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships» del 1999 (in seguito anche il *Partnership Report*).

(78) Il paragrafo 40 del *Partnership Report* recita come segue:
«The Committee agreed that for purposes of determining whether a partnership is liable to tax, the real question is whether the amount of tax payable on the partnership income is determined in relation to the personal characteristics of the partners (whether the partners are taxable or not, what other income they have, what are the personal allowances to which they are entitled and what is the tax rate applicable to them). If the answer to that question is yes, then the partnership should not itself be considered to be liable to tax. The fact that the income is computed at the level of the partnership before being allocated to the

Con riferimento all'applicazione della direttiva madre-figlia (contenente presupposti applicativi pressoché analoghi) alcuna dottrina (79) ha sostenuto che le società trasparenti ai fini fiscali ne fossero escluse. Detta esclusione sarebbe motivata sia dalla definizione di «società assoggettata ad imposizione» (80) nella accezione usualmente condivisa nella comunità fiscale internazionale sia dalla visione dei lavori preparatori della Commissione (81).

Per quanto concerne il nostro Paese, fino all'introduzione della riforma fiscale del 2004, erano da considerarsi trasparenti le società ed i soggetti indicati all'art. 5 del t.u.i.r., i quali peraltro sono comunque esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva.

Per effetto della citata riforma (82), la trasparenza è altresì ammessa per le società di capitali ai quali sono rivolte le norme della Direttiva. Anche con riferimento a tali società, quindi, le imposte relative al loro reddito non sono determinate in funzione dello stesso bensì tengono conto delle condizioni proprie dei soci (ad esempio, perdite fiscali). Non è quindi possibile affermare che le società sono assoggettate ad una delle imposte elencate. Sono infatti i soci (persone fisiche e/o società) ad essere assoggettati ad imposizione sulla quota parte del reddito a loro riferibile (83).

Con riguardo al caso di società italiana «trasparente» con soci società comunitarie e sebbene con riferimento alla direttiva madre-figlia, parte della dottrina (84) si è espressa in senso positivo, ancorché l'interpretazione letterale della norma porti ad una sua esclusione.

Le ragioni di tale parere positivo sono di natura sistematica in quanto si sostiene che:

- i) la società «trasparente» non perde la soggettività passiva IRES;
- ii) il reddito imputato per trasparenza è comunque soggetto all'IRES;

partners, that the tax is technically paid by the partnership or that it is assessed on the partnership as described in the preceding paragraph will not change that result».

(79) H. De Hosson, *The Direct Investment Tax Initiatives of the European Community*, Deventer, The Hague 1990, 35.

(80) «Subject to tax» nella versione inglese della Direttiva.

(81) A tal proposito, si desidera ricordare che i lavori preparatori della Commissione sono segretiati; tuttavia l'Autore sembra averne profonda conoscenza.

(82) Cfr. artt. 115 e 116 del t.u.i.r.

(83) Circa l'insussistenza della soggettività tributaria delle società trasparenti si veda V. Ficari, *Imposizione per trasparenza delle società di capitali*, in *Rass. trib.*, n. 1/2005, 38.

(84) L. Miele, *Regime di trasparenza fiscale e soci esteri*, in *Corr. trib.*, 2004, 259.

iii) la società trasparente è comunque soggetta a dichiarazione ed accertamento nel territorio dello Stato;

iv) la società «trasparente» è responsabile in solido con ciascun socio per imposte, interessi e sanzioni.

Si ritiene condivisibile la conclusione riportata per la ragione *sub ii*), cioè a dire perché in ogni caso il reddito della società trasparente è soggetto ad una delle imposte elencate dalla Direttiva ovvero «a un'imposta identica o sostanzialmente simile applicata dopo la data di entrata in vigore della presente direttiva, in aggiunta o in sostituzione di dette imposte» (85). In questo modo, quindi, si garantisce che il flusso di interesse o *royalty* sia assoggettato a tassazione all'interno della Comunità Europea.

La giustificazione *sub i*), invece, appare ontologicamente incompatibile con il concetto di trasparenza mentre quelle *sub iii*) e *iv*) appaiono irrilevanti rispetto al testo della Direttiva.

Ciò significa che i flussi di interessi e di *royalties* corrisposti e ricevuti da soggetti trasparenti ai fini fiscali dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva (86); tuttavia, detta interpretazione non poggia sul dato letterale della norma (in base alla quale le società trasparenti non dovrebbero essere ricomprese nella definizione di «società di uno Stato membro»), bensì su una interpretazione estensiva della stessa fondata su giustificazioni di carattere sistematico (87).

5.2. – Società consociata

L'art 3.b considera una società consociata di un'altra quando:

«*i*) la prima detiene una partecipazione diretta minima del 25% nel capitale della seconda, oppure

ii) la seconda società detiene una partecipazione diretta minima del 25% nel capitale della prima, oppure

(85) Ad eccezione di casi in cui i soci della società trasparente siano trasparenti a loro volta ed almeno uno dei soci sia non residente ai fini fiscali in Italia.

(86) A condizione che i soci (società residente nello stesso Stato ovvero stabili organizzazioni ivi situate di soggetti non residenti) delle società «trasparenti» siano a loro volta assoggettati alla stessa imposta a cui la società trasparente è «sfuggita».

(87) In senso contrario, seppur con riferimento ad altre direttive comunitarie, F. Bulgarelli, *Direttiva «Madre-Figlia» e riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2005, 115. In senso contrario con riferimento alla direttiva in discussione, M. Greggi, *La Direttiva 2003/49/CE e il regime di tassazione degli interessi e delle royalties*, in *Rass. trib.*, 2004, 505.

iii) una terza società detiene una partecipazione diretta minima del 25% nel capitale sia della prima sia della seconda».

Con riferimento alla citata definizione, si ritiene di segnalare, in primo luogo, che non esiste una definizione di «capitale» nella Direttiva.

Inoltre, è da rimarcare il fatto che nella precedente versione della Direttiva (88) la partecipazione poteva essere sia diretta che indiretta, mentre in quella definitivamente approvata è stata inspiegabilmente eliminata la partecipazione indiretta.

La Direttiva prevede inoltre la facoltà di sostituire il criterio della partecipazione al capitale con quello del diritto di voto (89) senza peraltro modificare, come invece previsto nella precedente versione della Direttiva, la percentuale di possesso del capitale o la titolarità del diritto di voto.

La circostanza che la Direttiva menzioni i due criteri separatamente (percentuale del capitale o del diritto di voto) implica, a parere di chi scrive, che i due criteri siano tra loro alternativi e che nessuno Stato membro è autorizzato a richiedere la contestuale ricorrenza di entrambi i requisiti.

Inoltre, con riferimento alla facoltà di sostituire il criterio della partecipazione al capitale con quello del diritto di voto, la Direttiva non dice né se il titolare di tale diritto debba anche essere socio né se, ai fini del computo dei diritti di voto si debba tenere conto di tutte le azioni della società ovvero soltanto di quelle dotate di diritti di voto.

Infine, la Direttiva contiene una frase alquanto criptica, non contenuta nella precedente versione (90), che testualmente recita «le partecipazioni devono comprendere soltanto le società residenti nel territorio della Comunità».

A tal proposito, alcuni autori (91) hanno sostenuto che essa debba essere necessariamente interpretata nel senso che, nella situazione descritta all'art. 3.b.iii, tutto il rapporto partecipativo (*i.e.* sia la società che detiene le partecipazioni che entrambe le società partecipate) deve inerire a società di uno Stato membro; in caso contrario, non vi sarebbe motivo di affermare quanto già contenuto ai paragrafi 1, 2 e 7 dell'art. 1.

Detta interpretazione quindi escluderebbe dai benefici della Direttiva i pagamenti di interessi e *royalties* nel caso di cui al precedente *sub iii*) qualora la «terza società» ivi menzionata non sia residente ai fini fiscali nella Comunità Europea.

(88) Cfr. art. 3.1.b.i, ii e iii.

(89) Art. 3.b, terzo periodo: «Tuttavia, gli Stati membri possono sostituire il criterio della partecipazione di una quota minima nel capitale con quello di una quota minima dei diritti di voto».

(90) Cfr. art. 3.1.b.

(91) M. Distaso - R. Russo, *op. cit.*, 146.

Chi scrive, tuttavia, non ritiene tale interpretazione corretta. È vero che l'interpretazione volta ad applicare la Direttiva anche nel caso in cui solo le società «sorelle» siano residenti nella Comunità Europea e posseggano gli altri requisiti soggettivi, appare ridondante in quanto nulla aggiunge rispetto a quanti già contenuto nei paragrafi 1, 2 e 7 dell'art. 1, ciò nondimeno, essa rappresenta l'unica interpretazione possibile.

È opinione dello scrivente, infatti, che negare i benefici della Direttiva in quanto la «terza società» non è residente nella Comunità Europea potrebbe rappresentare una violazione della libertà di circolazione dei capitali prevista dall'art. 56 del Trattato.

La particolarità di questa libertà è, infatti, quella di tutelare anche la circolazione di capitali con Paesi terzi (*i.e.* non appartenenti alla Comunità Europea). È quindi evidente che sottoporre ad una tassazione più elevata i flussi di interessi e *royalties* per la sola ragione che la società che detiene una partecipazione (non inferiore al 25%) nelle due società coinvolte nella transazione non appartiene alla Comunità Europea, costituisce una restrizione vietata dal Trattato.

Alla luce di quanto sopra, quindi, detta locuzione (*i.e.* «le partecipazioni devono comprendere soltanto le società residenti nel territorio della Comunità») non può che essere interpretata nel senso che essa deve necessariamente riferirsi alle società tra le quali intervengono i pagamenti di interessi e/o *royalties* e non alla società che eventualmente controlla le medesime.

Un ulteriore argomento a sostegno di tale conclusione può essere tratto dalla circostanza che la locuzione in questione, facendo riferimento alle partecipazioni, attiene alle sole società partecipate e non ad entrambi i soggetti del rapporto partecipativo (partecipante e partecipate), con la conseguenza che la società partecipante non debba necessariamente essere residente nel territorio di uno Stato membro (92).

5.3. – *Stabile organizzazione*

L'art. 3(c) della Direttiva definisce il concetto di stabile organizzazione come segue:

«una sede fissa di affari situata in uno *Stato membro*, attraverso la quale una società di un altro *Stato membro* esercita in tutto o in parte la sua attività».

Tale definizione di stabile organizzazione ivi riportata ricalca esat-

(92) In senso conforme S. Serbini - P. Flora, *Riflessioni sulla direttiva 2003/49/CE in materia di interessi e royalties intragrupo*, in *Boll. trib.*, 2004, 1394.

tamente quella contenuta all'art. 5(1) del Modello di Convenzione OCSE (93).

Tuttavia, l'art. 5 del Modello OCSE si compone di complessivi 7 paragrafi e definisce tre tipologie di stabile organizzazione (94), mentre la definizione comunitaria si limita a riprendere la definizione contenuta nel primo paragrafo del Modello OCSE, «dimenticandosi» delle altre due tipologie.

A parere di chi scrive, detta mancanza pone dei problemi in merito alla compatibilità della Direttiva medesima con la libertà di stabilimento garantita dall'art. 43 del Trattato.

Si consideri ad esempio la situazione di una società comunitaria che decide di operare in Italia attraverso una cd. «Agency P.E.», cioè a dire attraverso una stabile organizzazione creatasi per effetto dell'operare nel territorio italiano di uno o più soggetti (95) in grado di impegnare l'impresa comunitaria nella negoziazione di contratti (96).

Orbene, qualora all'attività di detta stabile organizzazione sia effettivamente riconducibile un finanziamento contratto dall'impresa comunitaria con una «società consociata» (ai sensi della Direttiva), la stabile organizzazione (qualora fosse riconosciuta ai fini della Direttiva) sarebbe considerata il soggetto pagatore degli interessi passivi relativi al finanziamento (97). Tuttavia, poiché detta tipologia di stabile organizzazione non è ricompresa nella definizione contenuta nella Direttiva (la quale, come ricordato, contempla unicamente la «sede fissa d'affari») l'interesse pagato non rientra nel suo ambito di applicazione e quindi soggiace alla ritenuta alla fonte italiana (98).

(93) L'art. 5(1) della versione in inglese della Direttiva recita come segue: «For the purposes of this Convention, the term "permanent establishment" means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on».

(94) Generalmente definibili utilizzando la terminologia anglosassone come:

«Physical P.E.»: art. 5(1) e (2) del Modello OCSE;

«Construction P.E.»: art. 5(3) del Modello OCSE;

«Agency P.E.»: art. 5(5) e (6) del Modello OCSE.

(95) Residenti o meno ai fini fiscali in Italia.

(96) Ad eccezione di quei contratti aventi per oggetto attività accessorie ed ausiliarie così come descritte nell'articolo della Convenzione sottoscritta tra l'Italia e detto Paese comunitario corrispondente all'art. 5(4) del Modello OCSE.

(97) Sul presupposto, ad evidenza, dell'ulteriore requisito della deducibilità di tali interessi ai sensi dell'art. 1(c) della Direttiva.

(98) Come visto in precedenza, infatti, la norma interna italiana considera di fonte italiana gli interessi pagati da una stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente; inoltre, tutti i trattati conclusi dall'Italia con i Paesi membri contengono una previsione analoga a quella contenuta all'art. 11(5),

Diversamente, qualora la società comunitaria decidesse di operare in Italia attraverso una società controllata che esercita le stesse attività in precedenza esercitate dalla stabile organizzazione non riconosciuta dalla Direttiva, gli stessi interessi passivi (relativi allo stesso finanziamento contratto non più dalla società comunitaria per il beneficio della sua stabile organizzazione italiana bensì direttamente dalla sua controllata italiana) rientrerebbero nell'ambito di applicazione della Direttiva e quindi non sconterebbero alcuna ritenuta alla fonte in Italia.

Così come redatta, quindi, la Direttiva impone, di fatto, alla società comunitaria di esercitare la propria attività in Italia attraverso una società controllata piuttosto che mediante una stabile organizzazione del tipo cd. «Agency P.E.», realizzando, per il che, una sorta di «discriminazione» tra la stabile organizzazione (nella forma della «Agency P.E.») rispetto ad una società controllata.

Tale forma di discriminazione però non è mai stata oggetto di verifica da parte della Corte Europea di Giustizia la quale ha, fino ad ora, invece verificato la compatibilità con l'art. 43 del Trattato di norme interne proprie dello Stato ospite (99); nessuna interpretazione invece è mai stata fornita con riferimento a norme proprie dello Stato di origine ovvero a normative comunitarie secondarie (quali sono, ad esempio, le Direttive del Consiglio).

A tal proposito, è pendente davanti alla Corte il caso *Marks & Spencer* (100) volto, *inter alia*, ad appurare la compatibilità con il Trattato di normative interne allo Stato di origine che trattano in modo differenziato propri nazionali che esercitano il diritto di stabilimento attraverso una controllata ovvero attraverso una stabile organizzazione.

Con riferimento a tale procedimento, l'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni (101) afferma che detto differente trattamento non risulta incompatibile con il Trattato in virtù del diverso *status* fiscale che caratterizza la società e le stabili organizzazioni nel sistema impositivo britannico.

Tuttavia appare curioso che proprio una norma comunitaria secondaria imponga nei fatti un diverso trattamento tra stabile organizzazione e società in un contesto, quello della Direttiva, volto proprio a cercare di

secondo periodo che riconosce tale tipologia di interesse come reddito di fonte italiana. Conseguentemente, l'Italia non è ristretta né dal Trattato né dalla Direttiva ad applicare la propria ritenuta alla fonte.

(99) *Ex pluribus*, cfr. *Commerzbank*, cit.; *Halliburton*, cit.; *Saint Gobain*, cit., paragrafi 47 e 48.

(100) C-446/03.

(101) Paragrafi da 42 a 50 delle Conclusioni presentate in data 7 aprile 2005 dall'Avvocato Generale, Poiares Maduro.

eguagliare le due modalità di esercizio del diritto di stabilimento garantito dal Trattato.

6. – Cause di esclusione di applicazione della Direttiva

Le principali possibili cause di esclusione di applicazione della Direttiva sono contenute all'art. 4 della medesima che recita:

«Lo Stato d'origine non è tenuto a concedere i benefici della presente direttiva nei casi seguenti:

a) pagamenti considerati utili distribuiti o capitale rimborsato ai sensi della legislazione dello Stato d'origine;

b) pagamenti relativi a crediti recanti una clausola di partecipazione agli utili del debitore;

c) pagamenti relativi a crediti che autorizzano il creditore a rinunciare al suo diritto agli interessi in cambio del diritto a partecipare agli utili del debitore;

d) pagamenti relativi a crediti che non contengono disposizioni per la restituzione del capitale o per i quali il rimborso debba essere effettuato trascorsi più di 50 anni dalla data di emissione».

A tal proposito, è necessario sottolineare come gli Stati membri abbiano la facoltà e non il dovere di disapplicare la Direttiva nei casi precedentemente menzionati; atteso il rilievo pratico tali fattispecie possono assumere nella pratica, si ritiene opportuno procedere ad una loro analisi disgiunta.

La prima grande differenza che intercorre tra le possibili cause di esclusione, attiene alla circostanza che quelle riportate alle lett. *b)*, *c)* e *d)*, diversamente da quanto previsto alla lett. *a)*, si applicano a prescindere dal fatto che lo Stato della fonte consideri il flusso di reddito come utile distribuito o capitale rimborsato.

È infatti evidente che, poiché la legislazione interna dello Stato della fonte non caratterizza i pagamenti di cui alle lett. da *b)* a *d)* come dividendi bensì come interessi, esso, in linea di massima, non riconoscerà l'applicazione della direttiva madre-figlia.

Conseguentemente, la disapplicazione della Direttiva determinerà l'assoggettamento di tali flussi di reddito (interessi) a ritenuta alla fonte (domestica o convenzionale), con la conseguenza di ricostituire lo *status quo ante* la sua approvazione.

Come osservato in dottrina la ragione di tale disapplicazione è probabilmente correlata alla volontà di evitare che nello Stato di residenza del beneficiario effettivo, a motivo della propria legislazione interna, i flussi di reddito in commento (tipicamente interessi) possano essere riqualificati come dividendi e quindi beneficiare di un eventuale regime di *participation exemption* ormai presente in quasi tutti gli Stati membri.

In tale circostanza, infatti, l'effetto della Direttiva sarebbe stato quello di evitare la ritenuta alla fonte nello Stato di ubicazione del soggetto pagatore (società o stabile organizzazione) e contestualmente di

beneficiare di un regime di tassazione agevolato (se non nullo) nello Stato di ubicazione del beneficiario effettivo.

Tuttavia, è assai verosimile che alla riclassificazione in dividendi operata dalla legge interna dei singoli Stati membri consegua altresì la loro ineducibilità a fini delle imposte sui redditi, con la conseguenza di rendere non strettamente necessaria l'applicazione di una ulteriore ritenuta alla fonte.

6.1. – *Pagamenti considerati utili distribuiti o capitale rimborsato ai sensi della legislazione dello Stato d'origine*

6.1.1. – *Considerazioni generali e norme sulla Thin Capitalisation domestica*

Nel caso in cui lo Stato della fonte, ai sensi della propria legislazione interna, riqualifichi un interesse od una *royalty* come distribuzione di utili, esso è legittimato a non estendere a detto pagamento i benefici della Direttiva.

Con riferimento al caso italiano ed in considerazione del fatto che ai soggetti non residenti (privi di stabile organizzazione nel territorio dello Stato) si applica il cd. principio del trattamento isolato del reddito (102), sarà necessario verificare ciascuna delle diverse categorie di reddito producibili da una persona fisica residente al fine di verificare se esiste una norma che opera detta assimilazione.

Orbene, l'art. 44(1)(e) del d.p.r. n. 917 del 1986 (in seguito t.u.i.r.) che elenca le diverse tipologie di redditi di capitale afferma che «è ricompresa tra gli utili (derivanti dalla partecipazione al capitale di società, n.d.r.) la remunerazione dei finanziamenti eccedenti di cui all'art. 98 direttamente erogati dal socio o dalle sue parti correlate».

La norma interna italiana quindi determina siffatta assimilazione ed in senso conforme si è espresso il Ministero delle Finanze (103). Per il che, la circostanza che il citato art. 44(1)(e) del t.u.i.r. prevede tale assimilazione legittima il legislatore nazionale ad escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva quegli interessi pagati da società residenti (ovvero da stabili organizzazioni ubicate nel territorio italiano) resi ineducibili dalle norme sulla *Thin Cap* domestica.

(102) In virtù dell'art. 152(2), i soggetti non residenti conseguono le stesse categorie di reddito delle persone fisiche residenti.

(103) Cfr. Circolare 26 del 16 giugno 2004, paragrafi 2.6, 4.2 e 4.6.

6.1.2. – *L'indeducibilità ai sensi della Thin Capitalisation italiana e l'applicazione della direttiva madre-figlia*

Limitando l'analisi al caso di interessi passivi indeducibili *ex art.* 98 t.u.i.r. corrisposti ad un soggetto residente in uno Stato appartenente alla Comunità Europea, tale circostanza sembra legittimare l'applicazione della Direttiva Madre-Figlia a tali interessi indeducibili (104); in tal senso si è espressa anche la nostra Amministrazione finanziaria (105).

A tal proposito è opportuno ricordare come nella precedente versione della Direttiva l'art. 4 conteneva l'esplicita previsione in forza della quale agli interessi ed alle *royalties* con riferimento alle quali era stata esercitata da parte degli Stati membri la facoltà di disapplicare la Direttiva avrebbe dovuto obbligatoriamente applicarsi la direttiva Madre-Figlia; detta previsione non è stata però riproposta nella versione definitivamente approvata.

Dal punto di vista della coerenza del sistema fiscale, l'assimilazione degli interessi indeducibili agli utili da partecipazione ha sicuramente una propria validità concettuale, volta ad evitare una doppia tassazione economica sul flusso di interessi.

La disapplicazione della Direttiva e la non applicazione della direttiva Madre-Figlia agli stessi elementi di reddito, determinerebbe infatti l'aumento:

- del rischio di doppia imposizione sia giuridica che economica sul flusso transazionale del reddito;
- delle onerose formalità amministrative conseguenti al recupero della ritenuta alla fonte; e
- dei problemi correlati ai flussi di liquidità;

circostanze tutte indicate nel secondo Considerando della Direttiva come i principali problemi a cui la Direttiva medesima intende porre soluzione.

La dottrina internazionale (106) è tendenzialmente concorde nel concedere l'applicazione della direttiva madre-figlia agli interessi passivi indeducibili ai sensi delle norme sulla *Thin Capitalisation*.

Tuttavia sia l'OCSE (107) che l'orientamento dottrinale prevalente (108) acconsentono alla riclassificazione da interessi a dividendi (e

(104) Sul presupposto, ad evidenza, che tutti gli altri requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla Direttiva siano soddisfatti.

(105) Cfr nota 104, paragrafo 4.6.

(106) Cfr. M. Helminen, *Classification of Cross-Border Payments on Hybrid Instruments*, in *Bullettin of Fiscal Documentation*, 2004, 56; B. Terra - P. Wattel, *European Taxation*, Amsterdam, 2001, 354.

(107) Cfr *supra* note n. 102 e 103.

(108) M. Helminen, *op. cit.*, afferma che «The Parent-Subsidiary Directive should cover distributions by a subsidiary to a parent company on hybrid instruments classified as equity for domestic tax law purposes» ed ancora «If the

quindi alla conseguente applicazione della direttiva madre-figlia) se e nella misura in cui la norma interna dello Stato della fonte riqualifica il debito in capitale sulla base di criteri obiettivi atti a dimostrare la reale natura di capitale del (presunto) debito e la sua sostanziale compartecipazione al rischio di impresa.

Applicando questa impostazione al caso italiano, si deve tornare alla verifica delle ragioni della riqualificazione degli interessi passivi indeducibili *ex art. 98 del t.u.i.r.*

La norma interna, infatti, non riqualifica il debito eccedente in capitale (109). Essa si limita a rendere l'interesse indeducibile per il soggetto erogante, assimilandolo ad un dividendo solo parzialmente imponibile in capo al percettore (110).

La dottrina internazionale non è giunta a conclusioni unanimi sul punto; c'è chi sostiene che gli interessi indeducibili da *thin cap* dovrebbero essere assimilati a tutti gli effetti ai dividendi (111) mentre altri (112) affermano che detta assimilazione sia possibile con riferimento agli interessi (riqualificabili come dividendi) in entrata ma non per quelli in uscita.

La ragione di tale differente interpretazione risiede nel differente tenore letterale della norma dell'art. 4 (distribuzioni di utili in entrate nel Paese della Madre) rispetto all'art. 5 (distribuzioni di utili in uscita dal Paese della Figlia).

In linea di massima gli autori sembrano condividere che, dal punto di vista sostanziale, gli interessi indeducibili rappresentino delle distribuzioni di utili. In tale contesto ed in considerazione del fatto che tra le principali finalità della direttiva madre-figlia vi è quella di eliminare la doppia tassazione sulle distribuzioni di utili, gli autori concordano sul fatto che negare la qualificazione di utili agli interessi passivi in uscita da uno Stato membro significherebbe concedere a tale Stato un doppio beneficio.

Da una parte, infatti, la non deducibilità dal reddito imponibile, in assenza di una disciplina comune, è lasciata alla legislazione del singolo

source state treats an investment as equity and the return on the investment as dividend, it is difficult for the source state to argue that the return would not be the kind of profit distribution covered by the Parent-Subsidiary Directive».

(109) Ad esempio ai fini dell'applicazione successiva dell'art. 97.

(110) Tuttavia, per coerenza logico-sistematica, l'applicazione della direttiva madre-figlia dovrebbe determinare che i finanziamenti eccedenti siano ricaratterizzati come capitale ai fini della verifica della ricorrenza dei presupposti applicativi della direttiva medesima.

(111) Cfr. B. Oliver, *Interest, dividends and the elimination of double taxation (Articles 10, 11 and 23)*, in *Intertax*, 1992, 680 e ss.

(112) F. Vanistendael, *The implementation of the Parent/Subsidiary Directive in EC – Comments on some unresolved questions*, in *Tax Notes International*, 21 settembre 1992. P. Farmer e R. Lyal, *Chapter 12: Parent-Subsidiary Directive*, in *EC Tax Law*, Oxford, 1994, 272.

Stato membro e, dall'altra, la negazione della qualificazione di utili e la conseguente applicazione della ritenuta alla fonte prevista dalla normativa interna e convenzionale costituirebbe un ulteriore beneficio, privo di alcuna giustificazione e comunque contrario all'obiettivo di evitare la doppia tassazione.

Tuttavia, oltre a considerazioni di carattere teleologico, ciò che concretamente rende possibile siffatto approccio è il testo dell'art. 5 della Direttiva madre-figlia; esso, infatti, nel prevedere l'esenzione da ritenuta, non la subordina alla circostanza che la distribuzione degli utili ad opera della società figlia avvenga in conseguenza del rapporto partecipativo con la società madre. Analogo silenzio non è invece contenuto nell'art. 4, laddove la norma chiaramente afferma che il regime di esenzione si applica agli utili ricevuti dalla società madre nella propria qualità di socio della società figlia.

Questa diversa costruzione letterale della norma autorizza quindi una diversa interpretazione tra utili in «uscita» ed utili in «entrata». Infine, una interpretazione volta a riconoscere allo Stato di residenza della società madre l'obbligo di esentare da tassazione gli utili in entrata rappresenterebbe un vincolo troppo forte in quanto significherebbe subordinare la propria capacità impositiva al diverso atteggiarsi delle disposizioni interne degli Stati nei quali risiedono le sue società figlie.

Sebbene questa diversa interpretazione della norma possa apparire curiosa, essa appare ulteriormente confermata dalla, per certi versi analoga, situazione che si viene a creare con riferimento alla mancata esclusione dall'applicazione dei benefici della direttiva madre-figlia alle distribuzioni di utili effettuate in occasione della liquidazione.

Infatti, mentre l'art. 5 della citata direttiva non fa menzione di tale circostanza, l'art. 4 espressamente li esclude dall'ambito di applicazione. Conseguentemente, mentre si è portati a ritenere applicabile la direttiva agli utili in uscita in occasione di liquidazione di società figlie (*i.e.* esenzione da ritenuta alla fonte) si è portati a ritenere non applicabili i benefici della direttiva agli utili ricevuti dalle società madri in occasione delle liquidazioni delle società figlie.

6.1.3. – Thin Cap e le convenzioni contro le doppie imposizioni

Le norme sulla *thin capitalisation* hanno da tempo interessato la dottrina ed organismi internazionali (113). Pur non essendo questa la

(113) Ci si riferisce a rapporto sulla *Thin Capitalisation* adottato dall'OCSE in data 26 Novembre 1986 nonché alle consequenziali modifiche adottate al Commentario agli artt. 10 e 11 del Modello di Convenzione.

sede per un approfondimento della questione si ritiene opportuno ricordare che l'OCSE nel proprio rapporto del 1986 e nel Commentario al proprio Modello di Convenzione afferma che gli artt. 10 e 11 del Modello non ostano a che la legge domestica (sulla *thin capitalisation*) dello Stato della fonte assimili l'interesse a dividendo e che quindi applichi le disposizioni dell'art. 10 piuttosto che quelle dell'art. 11.

A tal proposito, si ritiene opportuno ricordare come la Convenzione di per sé non imponga agli Stati contraenti alcuna definizione o riclassificazione degli elementi di redditi; ciò che una convenzione può fare è quello di non accettare eventuali classificazioni (ai fini della propria applicazione) che gli Stati contraenti effettuano in base alla loro legge interna. La convenzione quindi non riqualifica elementi di reddito ma accoglie o rifiuta, ai fini della propria applicazione, riqualificazioni effettuate dallo Stato della fonte in base alla propria normativa interna. Si deve quindi sempre partire dalla normativa interna.

In altre parole ed in via esemplificativa, se lo Stato della fonte definisce (per propria norma interna) un determinato reddito come interesse mentre detto reddito è, ai fini convenzionali, un dividendo, lo Stato della fonte sarà ristretto nell'applicare la propria ritenuta interna sugli interessi da quanto previsto dal Trattato con riferimento ai dividendi (e non agli interessi).

Avendo presente quanto sopra ricordato, l'OCSE nel suo rapporto del 1986 acconsente a che lo Stato della fonte riclassifichi (in base alla propria norma interna) un interesse come dividendo e che detta classificazione governi altresì l'applicazione del pertinente articolo del Trattato (*i.e.* art. 10 anziché l'art. 11). Tale effetto sull'applicazione della convenzione avviene, però, a condizione che il debito con riferimento al quale le norme domestiche sulla *thin capitalisation* hanno determinato la riclassificazione in commento, possieda sostanzialmente le caratteristiche di capitale (*i.e.* soggiaccia sostanzialmente al rischio di impresa in misura analoga al capitale sociale) (114).

(114) Il paragrafo 85 del *Report* recita come segue:

«As regards Articles 10 and 11 of the Model, the Committee is of the following opinion:

a) Article 10 deals not only with dividends as such but also with interest on loans insofar as the lender effectively shares the risks run by the company. When interest of this kind is in point Articles 10 and 11 do not prevent the treatment of interest as dividends under the national rules on thin capitalisation of the borrower's country (see paragraph 57);

b) i) In the light of the definition of interest in Article 11(3), interest on participating bonds should not normally be regarded as a dividend,

ii) Interest on convertible bonds should not normally be regarded as a dividend until such time as the bonds are actually converted into shares,

iii) Article 11(6) enables the amount of interest to be corrected but not the recharacterisation of the relevant loan as a contribution to equity capital (see paragraph 59);

Analogamente, il Commentario all'art. 10 riconosce il diritto dello Stato della fonte di applicare l'art. 10 del Trattato agli interessi originati da finanziamenti che posseggono la natura di contribuzioni di capitale ed elenca altresì alcuni dei fattori che possono guidare tale ricaratterizzazione (115) rimandando tuttavia ad una analisi caso per caso.

Tuttavia la questione principale attiene alla esatta formulazione letterale della definizione di dividendo contenuta nella convenzione. La formulazione del Modello OCSE (116) se, da una parte, richiama in via residuale gli elementi di reddito che sono classificati come dividendi ai sensi della normativa domestica di uno Stato contraente, dall'altra, limita detto richiamo a quegli elementi di reddito che si ricollegano ai «corporate rights».

Nel caso degli interessi indeducibili da *thin capitalisation*, tale ultimo richiamo rende alquanto difficile accogliere ai fini della convenzione la ricaratterizzazione da interesse a dividendo in quanto essa non opera in virtù di «corporate rights» bensì in connessione con un livello di indebitamento ritenuto eccessivo dalla norma interna di un Stato con-

c) It is desirable to remove a possible danger of ambiguity or overlap between the types of income dealt with respectively by Articles 10 and 11 (see paragraph 60)) (sottolineatura aggiunta dall'Autore).

(115) Il paragrafo 25 al Commentario all'art. 10 del Modello di Convenzione OCSE recita come segue:

«Article 10 deals not only with dividends as such but also with interest on loans insofar as the lender effectively shares the risks run by the company, i.e. when repayment depends largely on the success or otherwise of the enterprise's business. Articles 10 and 11 do not therefore prevent the treatment of this type of interest as dividends under the national rules on thin capitalisation applied in the borrower's country. The question whether the contributor of the loan shares the risks run by the enterprise must be determined in each individual case in the light of all the circumstances, as for example the following:

- the loan very heavily outweighs any other contribution to the enterprise's capital (or was taken out to replace a substantial proportion of capital which has been lost) and is substantially unmatched by redeemable assets;
- the creditor will share in any profits of the company;
- repayment of the loan is subordinated to claims of other creditors or to the payment of dividends;
- the level or payment of interest would depend on the profits of the company;
- the loan contract contains no fixed provisions for repayment by a definite date» (sottolineatura aggiunta dall'Autore).

(116) Il paragrafo 3 dell'art. 10 recita come segue:

«The term "dividends" as used in this Article means income from shares, "jouissance" shares or "jouissance" rights, mining shares, founders' shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident».

traente (117). La ricaratterizzazione non trovi quindi la sua radice causale in un rapporto societario bensì in un mero rapporto di finanziamento.

Ai fini di siffatto accoglimento è quindi necessario che la definizione di dividendo contenuta nella convenzione includa tutti quei redditi che sono assimilati ai fini fiscali ai dividendi nello Stato della fonte. Per quanto riguarda l'Italia, siffatta inclusione risulta esistente solo in un numero limitato di Convenzioni (118).

6.2. – *Pagamenti relativi a crediti recanti una clausola di partecipazione agli utili del debitore*

A tal proposito, si desidera rilevare come la norma parli solo degli utili del debitore e non di quelli di società del Gruppo mentre la norma interna (119) ai fini della loro indeducibilità fa espresso riferimento anche agli utili di altre società appartenenti al gruppo a cui appartiene la società debitrice (senza peraltro fornire alcuna specificazione di cosa si intende per gruppo).

Conseguentemente, qualora il legislatore Italiano decidesse di esercitare la facoltà di cui all'art. 4.1.b, le possibili situazioni che si verrebbero a creare sarebbero le seguenti:

a) debito con clausola di partecipazione agli utili di società appartenenti al medesimo gruppo del debitore o agli utili di un singolo affare:

– se gli interessi sono pagati (ai sensi della Direttiva) da una società residente in Italia, essi sono indeducibili dal reddito della società residente tuttavia non scontano ritenuta alla fonte in Italia in quanto la Direttiva si applica (120);

– se gli interessi sono corrisposti da una stabile organizzazione in Italia e sono relativi ad un debito ad essa effettivamente connesso, essi sono indeducibili dal reddito della società residente e scontano la ritenuta alla fonte in Italia in quanto la Direttiva non risulta applicabile (121);

(117) In senso conforme si veda K. Vogel, *Double Taxation conventions*, Kluwer, 1997, 651.

(118) Trattasi delle convenzioni stipulate con Australia, Francia e Germania.

(119) Cfr. art. 109(9)(b) t.u.i.r.

(120) A condizione ovviamente che anche tutti gli altri requisiti previsti dalla Direttiva siano soddisfatti.

(121) Ai fini della propria applicazione, infatti, la Direttiva prevede, *inter alia*, che gli interessi e/o i canoni corrisposti da una stabile organizzazione debbano essere deducibili ai fini delle imposte sui redditi. Poiché tale condizione non ricorre nel nostro caso la Direttiva non si applica e quindi l'Italia non è ri-

b) debito con clausola di partecipazione agli utili del debitore:

– se gli interessi sono pagati (ai sensi della Direttiva) da una società residente in Italia, essi sono indeducibili dal reddito della società residente e scontano la ritenuta alla fonte in Italia in quanto la Direttiva non risulta applicabile (122);

– se gli interessi sono corrisposti da una stabile organizzazione in Italia e sono relativi ad un debito ad essa effettivamente connesso, essi sono indeducibili dal reddito della società residente e scontano la ritenuta alla fonte in Italia in quanto la Direttiva non risulta applicabile (123).

6.3. – Pagamenti relativi a crediti che autorizzano il creditore a rinunciare al suo diritto agli interessi in cambio del diritto a partecipare agli utili del debitore

Con riferimento a tale tipologia di strumenti finanziari giova sottolineare come essa riguardi unicamente quei titoli nei quali il creditore ha la facoltà di convertire il proprio diritto a percepire gli interessi in diritto a partecipare alla suddivisione degli utili del debitore. Non si tratta quindi delle obbligazioni convertibili laddove il diritto del creditore è quello di convertire il proprio credito in linea capitale e non il diritto agli interessi.

Inoltre, dal tenore letterale della norma sembrerebbe che la facoltà concessa agli Stati membri di non concedere i benefici della Direttiva a detti strumenti finanziari prescinda dall'effettivo esercizio del diritto alla conversione degli interessi in quota parte degli utili del debitore,

stretta da alcuna norma (salvo verifica delle previsioni contenute nell'eventuale Trattato contro le doppie imposizioni in essere tra essa e lo Stato del beneficiario effettivo del reddito).

(122) Poiché l'Italia ha esercitato la facoltà di cui all'art. 4(1)(b) della Direttiva, essa non si applica e quindi l'Italia non è ristretta da alcuna norma (salvo verifica delle previsioni contenute nell'eventuale Trattato contro le doppie imposizioni in essere tra essa e lo Stato del beneficiario effettivo del reddito).

(123) Poiché *i*) l'Italia ha esercitato la facoltà di cui all'art. 4(1)(b) della Direttiva e *ii*) l'interesse non è comunque deducibile ai fini delle imposte sui redditi della stabile organizzazione, la Direttiva non si applica e quindi l'Italia non è ristretta da alcuna norma (salvo verifica delle previsioni contenute nell'eventuale Trattato contro le doppie imposizioni in essere tra essa e lo Stato del beneficiario effettivo del reddito).

il che, come sottolineato da autorevole dottrina (124) appare eccessivo.

Infine, si desidera evidenziare come, salvo eventuali interazioni con le altre lettere dell'art. 4, da tale norma siano esclusi i titoli che consentono al creditore di convertire il proprio diritto a percepire gli interessi in diritto a partecipare alla suddivisione degli utili di un soggetto diverso dal debitore (sia esso appartenente o meno alla Comunità Europea).

6.4. – Pagamenti relativi a crediti che non contengono disposizioni per la restituzione del capitale o per i quali il rimborso debba essere effettuato trascorsi più di 50 anni dalla data di emissione

La Direttiva indica in modo chiaro che l'esclusione possa essere estesa a quei crediti che non prevedono una data di rimborso (cd. irredimibili) ovvero che hanno una data non anteriore di 50 anni rispetto al momento dell'erogazione del finanziamento.

La logica è quella evidente di non applicare i benefici della Direttiva a dei finanziamenti che in realtà sono contribuzioni di capitale. Analoga previsione era contenuta nel testo della direttiva del 1998 ed in questo senso si esprimeva il Memorandum interpretativo.

Tuttavia se questa è la (condivisibile) finalità, due sono le osservazioni che si ritiene opportuno avanzare. La prima, riguarda l'art. 1183 del nostro Codice Civile in quanto ai sensi di tale norma, i debiti che non hanno scadenza si considerano immediatamente esigibili. Tuttavia seguendo una interpretazione logico-sistematica della Direttiva, la locuzione «crediti che non contengono disposizioni per la restituzione del capitale» dovrebbe essere intesa nel senso di crediti che prevedono che il capitale non venga mai restituito (*i.e.* crediti irredimibili) e non di crediti che non contengono la data del rimborso.

È solo con riferimento ai primi, infatti, che può operare la presunzione di ricaratterizzazione del debito in apporto di capitale; i secondi, invero, essendo da considerarsi debiti immediatamente esigibili, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione di questa causa di esclusione.

La seconda osservazione concerne la fattispecie prevista dall'art. 2467 c.c. (nonché quella analoga contenuta all'art. 2497-*quinquies*). Detta norma infatti subordina la restituzione dei finanziamenti effettuati dai soci al soddisfacimento di tutti i creditori sociali, ulteriori e diversi in condizioni in cui sarebbe più opportuno un apporto di capitale anziché di debito. In questo caso, è quindi evidente la natura di apporto di «quasi-capitale» che detti finanziamenti assumono; tale ricaratterizza-

(124) Cfr. D. Weber, *The Proposed EC Interest and Royalty Directive*, in *EC Tax Review*, 2000, 26.

zione essendo prevista per legge prevale su qualsiasi eventuale e diversa pattuizione contenuta nel contratto di mutuo.

Orbene, se il nostro legislatore delegato dovesse avvalersi di questa condizione esimente dovrebbe escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva i finanziamenti effettuati dalle società controllanti (125) alle proprie controllate che ricadono nell'ambito di applicazione degli artt. 2467 e 2497-*sexies* del Codice Civile, ne potrebbe conseguire una ampia area di inapplicabilità della Direttiva medesima (limitatamente ai pagamenti di interessi).

6.5. – *La mancata riproposizione della applicabilità della direttiva madre-figlia*

Infine, con riferimento a tutte e quattro le fattispecie con riferimento alle quali l'art. 4 della Direttiva concede agli Stati membri la facoltà di una sua disapplicazione, è curioso notare come l'attuale versione della Direttiva (diversamente da quella precedente) non preveda che «Gli interessi che siano stati riqualificati come utili distribuiti rientrano invece nel campo di applicazione della direttiva 90/435/CEE del Consiglio, a condizione che i pagamenti di interessi abbiano luogo tra società alle quali si applica la presente direttiva».

Alcuni autori (126) hanno tuttavia affermato che detta omissione, sebbene inspiegabile, non possa determinare una non applicazione della direttiva madre-figlia nei casi in cui l'art. 4 della Direttiva conceda agli Stati membri la facoltà di una sua disapplicazione.

È opinione dello scrivente che la direttiva madre-figlia potrà trovare applicazione in tutti quei casi in cui la norma interna italiana qualifichi il flusso di reddito in uscita come dividendo (ovvero «utile da partecipazione») sul presupposto, condiviso dalla dottrina citata in precedenza, che sia possibile attribuire alla locuzione «distribuzione degli utili» contenuta nell'art. 1.1 della direttiva madre-figlia un significato tale da ricomprendere anche gli elementi reddituali (interessi e *royalties*) ai quali i Paesi membri hanno negato i benefici della Direttiva sugli interessi e *royalties*.

6.6. – *Interessi e royalties non al valore normale*

Il 2° comma dell'art. 4 (127) ripropone sostanzialmente quanto

(125) Ai sensi dell'art. 2359 c.c. siccome richiamato dall'art. 2497-*sexies*.

(126) M. Distaso - R. Russo, *op. cit.*, 149.

(127) L'art. 4(2) recita come segue:

«Qualora, a motivo di particolari rapporti tra il pagatore ed il beneficiario effettivo del pagamento degli interessi o dei canoni, ovvero tra uno di essi ed un

contenuto all'art. 11(6) del Modello OCSE con riferimento agli interessi ed all'art. 12(4) del medesimo Modello con riferimento alle *royalties*.

Sostanzialmente, il paragrafo in commento afferma che i benefici della Direttiva non si applicano a quella parte (eventuale) degli interessi e delle *royalties* che eccedono il valore di mercato, nei casi in cui detta eccedenza sia conseguenza delle particolari relazioni esistenti tra il soggetto pagatore ed il beneficiario effettivo ovvero tra uno di loro ed un terzo soggetto. In tal caso, la disapplicazione della Direttiva non è facoltativa bensì obbligatoria.

7. – *Il periodo minimo di detenzione*

L'art. 1.10 (128) concede agli Stati membri la facoltà di condizionare l'applicazione del regime dell'esenzione alla detenzione delle partecipazioni nella società consociata «per un periodo ininterrotto di almeno due anni».

Tale previsione ricalca quella contenuta nell'art. 3.2 della direttiva madre-figlia (129).

In relazione a tale norma, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Denkavit*, ha avuto modo di affermare (130) che, in ragione del fatto che in tutte le versioni della direttiva, eccetto quella danese, il verbo «conservare» è coniugato all'indicativo presente, gli Stati membri non possono subordinare la concessione dei benefici della direttiva all'avvenuto decorso del periodo biennale di detenzione delle partecipazioni al momento della distribuzione degli utili. Conseguentemente, i benefici della direttiva madre-figlia debbono essere concessi in tutte quelle situazioni

terzo, l'importo degli interessi o dei canoni sia superiore all'importo che sarebbe stato convenuto dal pagatore e dal beneficiario effettivo in assenza dei rapporti in questione, le disposizioni della presente direttiva si applicano esclusivamente a quest'ultimo importo, se previsto».

(128) L'art. 1.10 recita come segue:

«Uno Stato membro ha la facoltà di non applicare la presente direttiva a una società di un altro Stato membro o ad una stabile organizzazione di una società di un altro Stato membro, qualora le condizioni di cui all'art. 3, lett. b), non abbiano persistito per un periodo ininterrotto di almeno due anni».

(129) Dispone l'art. 3.2 della direttiva madre-figlia che «In deroga al paragrafo 1, gli Stati membri hanno la facoltà (...) di non applicare la presente Direttiva a quelle società di questo Stato membro che non conservano, per un periodo ininterrotto di almeno due anni, una partecipazione che dia diritto alla qualità di società madre o alle società nelle quali una società di un altro Stato membro non conservi per un periodo ininterrotto di almeno due anni, siffatta partecipazione» (sottolineatura aggiunta).

(130) Sentenza del 17 ottobre 1996, C-283/94 e C-292/94, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer*, in *Raccolta* 1996, I-05063.

in cui la decorrenza del periodo di possesso si verifica anche successivamente alla distribuzione degli utili.

Come ricordato in precedenza, una delle principali motivazioni della Corte di Giustizia attiene al tenore letterale della norma della direttiva madre-figlia che si esprime nella forma dell'indicativo presente. La Direttiva, per contro, si esprime al congiuntivo passato (*i.e.* «le condizioni (...) non abbiamo persistito per un periodo ininterrotto di almeno due anni», sottolineatura aggiunta dall'Autore).

Per il che, applicando gli stessi canoni ermeneutici utilizzati dalla Corte di Giustizia nella *Denkavit*, sembrerebbe che i benefici della Direttiva non possano essere pretesi dai soggetti interessati anteriormente al decorso del biennio (131). Resta inteso che gli Stati membri possono adottare condizioni meno restrittive o non prevedere affatto un periodo minimo di detenzione.

Curiosamente, la versione del 1998 della Direttiva contiene esattamente le stesse parole riportate nella versione finale. Tuttavia il Memorandum esplicativo afferma chiaramente che la disposizione non deve essere interpretata nel senso che il periodo minimo di detenzione debba già essere decorso al momento del pagamento degli interessi o delle *royalties*: la Direttiva dovrebbe, quindi, essere applicata in ogni caso sul presupposto che il biennio di detenzione venga soddisfatto posteriormente al pagamento del flusso di redditi (132).

In questo senso si sono espressi anche alcuni autori (133), i quali ritengono che il riconoscimento dei benefici della Direttiva anche prima del decorso del periodo minimo di detenzione risulterebbe maggiormente in linea con le finalità proprie della Direttiva.

8. – *Le disposizioni di contrasto alle frodi e agli abusi*

Il primo paragrafo dell'art. 5 della Direttiva (134) ricalca sostan-

(131) In senso conforme, L. Cerioni, *Intra-EC Interest and Royalties Tax Treatment*, in *European Taxation*, 2004, 49.

(132) Si osserva, tuttavia, che la Corte di Giustizia ha già avuto modi di affermare nella sentenza *Denkavit*, già citata ha statuito che solo il testo della Direttiva è l'unico documento al quale fare riferimento. Cfr. il paragrafo 29 della sentenza in cui si afferma che: «intenzioni espresse dagli Stati membri in seno al Consiglio, come quelle richiamate dai governi nelle loro osservazioni, sono prive di valore giuridico quando non hanno trovato espressione nelle norme positive. Queste ultime sono infatti destinate agli amministrati che devono poter fare affidamento sul loro contenuto, conformemente alle prescrizioni del principio della certezza del diritto».

(133) S. Serbini - P. Flora, *op. cit.*, 1397 e M. Distaso - R. Russo, *op. cit.*, 151.

(134) L'art. 5(1) recita come segue:

«La presente direttiva non osta all'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per impedire frodi o abusi».

zionalmente quanto riportato all'art. 1(2) (135) della direttiva madre-figlia, che prevede che gli Stati membri possono, in conformità a norme interne o convenzionali, disapplicare le disposizioni della Direttiva al fine di prevenire frodi od abusi da parte dei contribuenti.

Il secondo paragrafo dell'art. 5 della Direttiva (136) ricalca in parte quanto già contenuto all'art. 11(1)(a) della direttiva sulle fusioni (137). Tale paragrafo si sovrappone in parte al primo statuendo che gli Stati membri possono negare i benefici della Direttiva (ovvero disconoscerli dopo averli inizialmente concessi) nei casi in cui l'obiettivo o uno degli obiettivi principali siano, alternativamente, l'evasione fiscale, l'elusione fiscale o l'abuso della norma.

In considerazione del fatto che la clausola anti-abuso della Direttiva rappresenta di fatto un *collage* di quanto già contenuto in precedenti direttive, si ritiene che l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia (soprattutto nella sentenza *Leur-Bloem* (138)) possa essere di ausilio nella sua interpretazione.

L'elemento essenziale ed innovativo della sentenza *Leur-Bloem* risiede nell'affermazione del principio di proporzionalità delle disposizioni anti-abuso (139). Con riferimento alla clausola anti-abuso conte-

(135) L'art. 1(2) recita come segue:

«La presente direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi».

(136) L'art. 5(2) recita come segue:

«Gli Stati membri, nel caso di transazioni aventi come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali l'evasione o l'elusione fiscale, o gli abusi, possono revocare i benefici della presente direttiva o rifiutarne l'applicazione».

(137) Direttiva 90/434/CEE del 23 luglio 1990 relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo ed agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi, in G.U.C.E. L225, p. 1.

(138) *Leur-Bloem*, C-28/95 (17 luglio 1997), in *Raccolta* I-4161.

(139) Cfr. *Leur-Bloem*, cit., paragrafo 48(B):

«L'art. 11 della direttiva va interpretato nel senso che per accertare se l'operazione che si intende effettuare abbia come obiettivo principale o come uno dei suoi obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali le autorità nazionali competenti devono procedere, in ciascun caso, ad un esame globale della detta operazione. Tale esame deve poter costituire oggetto di un controllo giurisdizionale. Ai sensi dell'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva, gli Stati membri possono prevedere che il fatto che l'operazione progettata non venga effettuata per valide ragioni economiche legittima una presunzione di frode o di evasione fiscali. Spetta loro predisporre le procedure interne necessarie a tal fine nel rispetto del principio di proporzionalità. Tuttavia, l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, sulla scorta di criteri come quelli menzionati nella seconda soluzione sub a), e a prescindere dal sussistere di un'effettiva evasione o frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva» (sottolineatura dell'Autore).

nuta della direttiva sulle fusioni la Corte, infatti, afferma che «le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame globale dell'operazione» (140). Stabilisce, inoltre, che tale esame deve poter essere oggetto di sindacato giurisdizionale (141).

In relazione alle nozioni di evasione fiscale, elusione fiscale o abuso della norma, richiamate dalla Direttiva, si rileva che la stessa non fornisce alcuna indicazione circa la loro portata ed il loro contenuto.

La Corte di Giustizia nella sentenza *ICI* (142) negava che una disposizione inglese restrittiva di una libertà fondamentale sancita dal Trattato potesse essere giustificata dall'esigenza di prevenire l'evasione fiscale: in particolare la Corte affermava che una disposizione anti-elusiva che non andasse a colpire soltanto le «costruzioni puramente artificiose il cui scopo sia quello di eludere la legge fiscale» era incompatibile con il Trattato.

Rispetto all'affermazione della Corte, secondo la quale la norma anti-elusiva deve colpire le operazioni motivate esclusivamente da finalità elusive, il testo della Direttiva è leggermente più ampio in quanto permette di colpire anche operazioni non aventi come unico scopo l'elusione o l'evasione fiscale, (essendo invece sufficiente che tale intento costituisce uno degli obiettivi principali).

9. – Sulla immediata applicabilità della Direttiva

A parere di chi scrive le disposizioni della Direttiva presentano i requisiti per essere considerate immediatamente applicabili in Italia, sia dal punto di vista dei requisiti prescritti a tale fine dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia da quello dei requisiti prescritti a tale fine dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

9.1. – La Diretta applicabilità delle Direttive comunitarie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia ha più volte avuto modo di affermare la diretta applicabilità della normativa (e della giurisprudenza) comunitaria a livello nazionale (143).

(140) Cfr. *Leur-Bloem*, cit., paragrafo 41.

(141) Cfr sentenza *Kraus*, C-19/92 (31 marzo 1993), in *Raccolta* I-01663, paragrafo 40.

(142) *ICI*, C-204/90 (16 luglio 1998), in *Raccolta* I-4711, paragrafo 26.

(143) *Ex pluribus* si segnalano le sentenze: *Fratelli Costanzo*, C-103/88,

Con la sentenza *Simmenthal* (144), la Corte di Giustizia ha affermato che il giudice nazionale ha l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione normativa e/o regolamentare di diritto interno che sia in contrasto con il precetto comunitario.

Ed ancora, nella sentenza *Ratti* (145), la Corte, con specifico riferimento alle direttive, ha ribadito l'obbligo di disapplicazione a condizione che la norma comunitaria sia «sufficientemente precisa ed incondizionata» (146) e che il termine per

(22 giugno 1989), in *Raccolta* I-10839; *Gebroeders Beentjes*, C-31/87, (20 settembre 1988), in *Raccolta* I-04635; *Procedimento penale a carico di Kolpinghuis Nijmegen*, C-80/86, (8 ottobre 1987), in *Raccolta* I-03969; *Mc Dermott e Cotter*, C-286/85 (24 marzo 1987), in *Raccolta* I-01453.

(144) Cfr. sentenza *Simmenthal*, C-106/77 (9 marzo 1978), in *Raccolta* I-00629, paragrafo 24: «[i]l giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

Tra le motivazioni della citata sentenza è opportuno riportare le seguenti argomentazioni:

«14. ... l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicitare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità;

15. Dette norme sono quindi fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro che esse riguardano, siano questi gli Stati membri ovvero i singoli, soggetti ai rapporti giuridici disciplinati dal diritto comunitario;

16. Questo effetto riguarda anche tutti i giudici che, aditi nell'ambito della loro competenza, hanno il compito, in quanto organi di uno stato membro, di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario;

17. Inoltre, in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere *ipso jure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie».

(145) Cfr. *Ratti*, C-148/78 (5 aprile 1979), in *Raccolta* I-01629.

(146) Il primo paragrafo della massima recita come segue:

«Sarebbe incompatibile con l'efficacia vincolante che l'art. 189 riconosce alla Direttiva l'escludere, in linea di principio, che l'obbligo da essa imposto possa esser fatto valere dalle persone interessate. Particolarmente nei casi in cui le Autorità comunitarie abbiano, mediante Direttiva, imposto agli Stati membri di adottare un determinato comportamento, l'efficacia pratica dell'atto sarebbe

il recepimento sia inutilmente spirato (147).

Con la successiva sentenza *Becker* (148) la Corte ha affermato il principio secondo cui, in presenza di una direttiva non recepita dallo Stato membro correttamente e contenente disposizioni che lasciano agli Stati membri un determinato margine di discrezionalità, i singoli cittadini possono comunque «far valere quelle disposizioni che, tenuto conto del loro specifico oggetto, sono atte ad essere isolate dal contesto ed applicate come tali» (149).

attenuata se agli amministrati fosse precluso di valersene in giudizio ed ai giudici nazionali di prenderlo in considerazione in quanto elemento del diritto comunitario. Di conseguenza lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d'attuazione imposti dalla Direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla Direttiva stessa. Ne consegue che il giudice nazionale, cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una Direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con detta direttiva non recepita nell'ordinamento interno dello Stato inadempiente, deve accogliere tale richiesta, se l'obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso. Con queste riserve, uno Stato membro non può applicare a detto amministrato il proprio diritto nazionale – nemmeno se commina sanzioni penali – non ancora adeguato a una Direttiva, una volta scaduto il termine fissato per la sua attuazione».

(147) Ai paragrafi 23 e 24 la Corte afferma che «il giudice nazionale, cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una Direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con detta Direttiva non recepita nell'ordinamento interno dello Stato inadempiente, deve accogliere tale richiesta se l'obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso», concludendo che «dopo la scadenza del termine stabilito per l'attuazione della Direttiva, gli Stati membri non possono applicare la propria normativa nazionale non ancora adeguata a quest'ultima – neppure se vengono contemplate sanzioni penali – a chi si sia conformato alle disposizioni della Direttiva stessa» (sottolineatura aggiunta).

(148) Cfr. *Becker*, C-8/81, (19 gennaio 1982), in *Raccolta* I-00053.

(149) Il secondo paragrafo del dispositivo della sentenza recita come segue:

«Benché la sesta direttiva del Consiglio, n. 77/388, in fatto di armonizzazione delle legislazioni degli stati membri relative all'imposta sulla cifra d'affari, implichi incontestabilmente, a favore degli Stati membri, un margine di discrezionalità più o meno ampio per l'attuazione di talune delle sue disposizioni, non si può tuttavia negare ai singoli il diritto di far valere quelle disposizioni che, tenuto conto del loro specifico oggetto, sono atte ad essere isolate dal contesto ed applicate come tali. Questa garanzia minima a favore degli amministrati lesi dalla mancata attuazione della direttiva, deriva dalla forza vincolante dell'obbligo imposto agli stati membri dall'art. 189, 3° comma, del trattato CEE. Quest'obbligo sarebbe reso del tutto inoperante qualora fosse consentito agli Stati membri di annullare, con la loro omissione, anche gli effetti che talune disposizioni di una direttiva sono atte a produrre in forza del loro contenuto».

9.2. – *La diretta applicabilità delle direttive comunitarie nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza 8-18 aprile 1991 n. 168 (150) una direttiva comunitaria è direttamente applicabile se si verificano alle seguenti condizioni:

1) *la prescrizione deve essere incondizionata* (sì da non lasciare margine agli Stati membri nella sua attuazione);

2) *la prescrizione deve essere sufficientemente precisa* (nel senso che la fattispecie astratta ivi prevista ed il contenuto del precetto ad essa applicabile devono essere determinati con completezza in tutti i loro elementi);

3) lo Stato deve risultare *inadempiente* per essere inutilmente decorso il termine previsto per dare attuazione alla direttiva.

Se la direttiva risponde a queste condizioni essa, ancorché configgente con la normativa italiana, vincola l'Amministrazione finanziaria ed il giudice nazionale e deve essere applicata immediatamente nei rapporti tra lo Stato e i loro cittadini.

Il principio della diretta applicabilità era già stato enunciato in precedenza dalla Corte con la sentenza 8 giugno 1984 n. 170, nella quale essa ebbe ad affermare che «nelle materie riservate alla sfera di competenza della Comunità il giudice ordinario deve egli stesso provvedere ad assicurare la piena e continua osservanza delle norme comunitarie direttamente applicabili (nella specie, i regolamenti), senza tenere conto delle leggi nazionali, anteriori o successive, eventualmente confliggenti e senza quindi che sia necessario rivolgersi alla Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità costituzionale di tali leggi» (151).

Con la sentenza n. 170, secondo l'interpretazione autentica fornita dalla medesima Corte con la sentenza n. 168 del 8-18 aprile 1991, viene stabilito «il principio fondamentale (ispirato dalla dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici) secondo cui i due ordinamenti, comunitario e statale, sono distinti ed al tempo stesso coordinati (secondo la ripartizione delle competenze stabilita e garantita dai Trattati istitutivi) e le norme del primo vengono, in forza dell'art. 11 della Costituzione, a ricevere diretta applicazione in quest'ultimo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali»; con la conseguenza che «l'effetto di tale diretta applicazione non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che

(150) Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*, serie speciale, n. 17 del 24 aprile 1991.

(151) Si confronti, a tal proposito, anche quanto statuito dalla Comm. Trib. Centrale, Sez. XXIV, dec. n. 77/99 del 16 novembre 1991.

pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario» (152).

9.3. – *Considerazioni finali*

Alla luce dei principi esaminati nei paragrafi che precedono è possibile affermare, a parere di chi scrive, che la Direttiva presenti tutti i requisiti richiesti dalla citata giurisprudenza per l'applicabilità diretta.

La ricorrenza dei diversi presupposti per l'efficacia diretta è oggetto di paragrafi che seguono. Residuano, tuttavia, dei dubbi in relazione alla possibilità attribuita agli Stati membri dall'art. 1.12 di subordinare l'esenzione da ritenuta all'emanazione di una decisione dietro prestazione di un certificato che attesta la presenza dei requisiti previsti dalla Direttiva (153).

9.3.1. – *Il testo della Direttiva è incondizionato*

Per quanto riguarda il primo requisito, consistente nel carattere incondizionato della Direttiva, sembra possibile affermare che l'esenzione da ritenuta alla fonte non è soggetta a condizioni.

L'esenzione, infatti, è chiaramente prevista al quarto considerando (154) ed all'art. 1.1 (155) e sembrerebbe essere unicamente subordinata alla condizione che il percipiente degli interessi e delle *royalties* ne sia il beneficiario effettivo e si qualifichi come una società di un altro Stato membro o una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro, di una società di uno Stato membro. Nessun'altra condizione sembra essere posta dal legislatore comunitario al fine di poter applicare l'esenzione nello Stato della fonte.

La previsione di cui al citato art. 1.12 parrebbe, infatti, porsi come un possibile ostacolo alla diretta ed immediata esenzione da ritenuta, più da un punto di vista procedurale che da un punto di vista sostanziale. In altri termini, la possibile decisione a cui gli Stati membri possono subordinare l'esenzione da ritenuta non incide minimamente sulla effica-

(152) In senso ulteriormente conforme si era nuovamente espressa la Corte Costituzionale con la sentenza n. 389 dell'11 luglio 1989.

(153) L'art. 1.12 recita come segue:

«Lo Stato d'origine può subordinare l'esenzione a norma della presente direttiva all'emanazione di una decisione con cui l'esenzione è concessa attualmente sulla scorta di un certificato che attesta il soddisfacimento dei requisiti previsti nel presente articolo e nell'art. 3. La decisione sull'esenzione è emanata entro tre mesi dalla presentazione del certificato e delle informazioni a sostegno che lo Stato d'origine può ragionevolmente richiedere e resta valida per almeno un anno a partire dall'emanazione».

(154) Vedi *supra* paragrafo 2.

(155) Vedi *supra* paragrafo 3.1.

cia primaria della norma (*i.e.* esenzione da ritenuta alla fonte) bensì opera ad un livello (per così dire) secondario, attinente agli aspetti metodologico-meccanicistici della medesima (*i.e.* quale procedura deve essere rispettata affinché l'esenzione sia concessa).

Si è, quindi, dell'opinione che tale aspetto procedurale non possa far considerare la norma in commento come non «incondizionata» (156).

9.3.2. – *Il testo della Direttiva è sufficientemente preciso*

Il testo della Direttiva disciplina in modo assai puntuale la sua applicazione, lasciando agli Stati membri l'esercizio di alcune facoltà eminentemente correlate ai suoi aspetti operativi (ad esempio, le facoltà contenute all'art. 1.11 e 1.12).

A tal proposito, sarebbe consigliabile, al fine di prevenire un'eventuale contestazione da parte dell'amministrazione finanziaria in caso di esercizio da parte dell'Italia, in sede di recepimento, delle facoltà di cui ai paragrafi 11 o 12 dell'art. 1, che il soggetto pagatore italiano, anteriormente al pagamento stesso, acquisisse la documentazione richiesta dall'art. 1.13 sul contenuto del certificato (157).

Infine, sempre con riferimento alle opzioni riservate dalla Direttiva al legislatore nazionale, neanche la facoltà concessa agli Stati membri di «sostituire il criterio della partecipazione di una quota minima nel capitale sociale con quello di una quota minima dei diritti di voto» (158) può costituire, a parere di chi scrive, un elemento di imprecisione tale da vanificare la immediata applicazione della Direttiva.

Tuttavia, è stato sostenuto che l'applicabilità diretta della Direttiva possa essere invocata, in attesa dell'implementazione da parte dell'I-

(156) In senso conforme M. Greggi, *op. cit.*, 534.

(157) La documentazione che potrebbe essere richiesta dallo Stato Italiano ai sensi dell'art. 1.13 è la seguente:

«a) prova della residenza fiscale della società beneficiaria e, ove necessario, dell'esistenza di una stabile organizzazione comprovata dall'autorità tributaria dello Stato membro nel quale la società beneficiaria è residente ai fini fiscali o nel quale è situata la stabile organizzazione;

b) prova della qualità di beneficiario effettivo della società in questione a norma del paragrafo 4 ovvero esistenza delle condizioni di cui al paragrafo 5 qualora una stabile organizzazione riceva il pagamento;

c) soddisfacimento dei requisiti di cui all'art. 3, lett. a), punto iii), da parte della società beneficiaria;

d) partecipazione minima ovvero criterio di una quota minima dei diritti di voto di cui all'art. 3, lett. b);

e) data a partire dalla quale esiste la partecipazione di cui alla lett. d)».

(158) Riportata nell'ultimo paragrafo dell'art. 3.b.

talia, soltanto dalle società che abbiano maturato il possesso della partecipazione qualificata da almeno due anni (159).

9.3.3. – *Lo Stato Italiano è inadempiente*

Si ritiene che lo Stato Italiano sia inadempiente per essere inutilmente decorso il termine previsto per dare attuazione alla Direttiva; essa infatti avrebbe dovuto essere attuata entro il 1° gennaio 2004.

La circostanza che l'art. 1(1) della l. n. 306 del 2003 contenga una delega al Governo per emanare un decreto legislativo che recepisca nel nostro ordinamento la Direttiva, testimonia senza ombra di dubbio che quest'ultima ancora non sia stata recepita.

In tal senso, infatti, appare esaustivo il tenore letterale della legge delega, il quale (160) recita che «il Governo è delegato ad adottare, entro il termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B» (sottolineatura aggiunta).

Quanto sopra evidenzia la circostanza che le norme necessarie per dare attuazione alla Direttiva non sono ancora state implementate nel nostro ordinamento, nonostante che l'art. 7 della Direttiva ne prescriva l'attuazione negli Stati membri entro il 1° gennaio 2004.

Né risulta essere corretta la tesi in forza della quale il recepimento possa ritenersi soddisfatto attraverso l'approvazione della legge delega. Se così fosse, infatti, nessun dubbio dovrebbe sorgere circa la diretta ed immediata applicabilità della Direttiva.

Atteso che siffatta interpretazione appare in palese contrasto con il significato della locuzione contenuta all'art. 7 della Direttiva non si può che concludere circa l'inadempienza dello Stato italiano.

In senso conforme, si registrano due prese di posizione della Commissione che ha aperto due procedure di infrazione a carico dell'Italia. La prima, riguarda per il mancato tempestivo recepimento della direttiva 97/2001/CE (161) inerente all'estensione degli obblighi di antiriciclaggio a determinate categorie di professionisti (162)

(159) In tal senso si esprime P. Troiano, *The EU Interest and Royalty Directive: the Italian Perspective*, in *Intertax*, 2004, 331.

(160) Cfr. art. 1(1).

(161) Direttiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 dicembre 2001 recante modifica della Direttiva 91/308/CEE del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite.

(162) Le richieste della Commissione verranno formulate in un parere motivato, atto che rappresenta il secondo passo della procedura da seguire in caso di inadempimento, prevista dall'art. 226 del trattato. Qualora al parere motivato non sia data una risposta soddisfacente, la Commissione può decidere

e la seconda riguarda proprio la Direttiva (163).

In entrambi i casi, infatti, l'esistenza di una legge delega non è stata ritenuta sufficiente dalla Commissione per configurare gli estremi del recepimento in «disposizioni legislative, regolamentari e amministrative» previsto dall'art. 7 della Direttiva.

Nel merito del decreto legislativo di recepimento si segnala come la approvazione dello stesso fosse inserita nell'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri del 15 ottobre 2004; tuttavia, lo stesso non è stato approvato per presunte ragioni connesse ai costi finanziari inerenti alla sua introduzione (164).

Concludendo, si è dell'opinione che la Direttiva, con le cautele citate in precedenza (nonché con quelle eventuali ed ulteriori che la singola situazione di fatto può rendere necessarie od anche solo opportune), possa essere applicata a tutti pagamenti di interessi e *royalties* effettuati a partire dal 1° gennaio 2004, nei casi chiaramente disciplinati dalla stessa.

9.3.4. – *Ulteriori considerazioni finali*

Una particolare nota concerne la data entro la quale il Governo è autorizzato ad emanare il decreto legislativo di recepimento della Direttiva. Essa è stata infatti fissata nel giorno 31 maggio 2005, cioè a dire sette mesi prima che la Commissione, a norma dell'art. 8 della Direttiva, riferisca al Consiglio al fine di verificarne i primi di due anni di applicazione e la sua eventuale estensione anche a società ed imprese ulteriori e diverse rispetto a quelle a cui essa è attualmente rivolta.

In senso conforme, seppur con una tempistica differente (3 anni), il «Memorandum esplicativo» all'art. 10 del precedente testo della Direttiva, considerava detto periodo come un lasso di tempo di applicazione della Direttiva sufficientemente ampio da consentire adeguate riflessioni

di adire la Corte di Giustizia Europea, citando in giudizio gli Stati membri in questione.

(163) Estratto del comunicato stampa del 14 gennaio 2005 (IP/05/39): «La Commissione europea ha deciso di trasmettere una richiesta formale alla Repubblica ellenica, alla Repubblica francese, alla Repubblica italiana e alla Repubblica portoghese invitandole a comunicarle le misure da loro adottate per attuare in diritto interno la direttiva europea concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi (direttiva 2003/49/CE del Consiglio del 3 giugno 2003). La richiesta è trasmessa sotto forma di parere motivato, seconda fase della procedura di infrazione prevista dall'art. 226 del trattato. Se entro due mesi dal ricevimento del parere motivato gli Stati membri non le avranno comunicato le misure richieste, la Commissione potrà adire la Corte di giustizia delle Comunità europee».

(164) Si veda l'articolo su *Il Sole 24 Ore*, di sabato 16 ottobre 2004, 26.

in ordine alla sua efficacia ed alla sua eventuale estensione a società non consociate.

Ci si chiede quale sarà il contributo che lo Stato Italiano potrà apportare in quella sede atteso che, sostenendo l'interpretazione più restrittiva volta ad escludere l'immediata e diretta applicazione della Direttiva, quest'ultima, nella migliore delle ipotesi di recepimento entro i termini della delega, avrà esplicato i suoi effetti per soli 7 mesi.

Un pericolo ancora maggiore per i contribuenti italiani (ricadenti nel possibile ambito di applicazione della Direttiva) è rinvenibile nella ormai imminente scadenza della delega contenuta nella l. n. 306 del 2003 con le conseguenze che ciò potrà verosimilmente comportare in termini di celerità di recepimento. Ancora una volta il contribuente italiano deve sperare nella maggior «capacità persuasiva» degli organi comunitari (*i.e.* la Commissione attraverso la procedura di infrazione in precedenza citata ovvero la Corte di Giustizia con riferimento ad eventuali contenziosi inerenti alla diretta applicabilità della Direttiva) piuttosto che fare affidamento sui principi fondamentali di uno Stato di diritto che impone a quest'ultimo il rispetto degli impegni internazionali assunti.

dott. STEFANO GRILLI,
LL.M. in International taxation,
University of Leiden

ARGENTINE COMPANY DOING BUSINESS IN THE EU THROUGH A PE: MARKET ACCESS AND MARKET EQUALITY

Abstract: An established principle of international taxation is the distinction between residents and non-residents for tax purposes. The interpretation of the four freedoms made by the ECJ has somehow blurred that distinction.

The distinction between residents and non-residents of EU Member States is still in some cases a valid categorisation for deriving a different tax treatment, in some cases it is not. What is clear is that PEs –falling in the non-resident category- are treated differently depending on the place where the company they belong to has its registered office.

The combined effect of the ECJ decisions and the EC Treaty has resulted in three categories instead of the traditional (resident / non-resident) ones: *a*) residents; *b*) non-residents with rights to market access and market equality; *c*) non-residents with total or partial denial to market equality (and eventual denial of market access).

Non-residents with market access and market equality are PEs belonging to EU nationals as opposed to PEs belonging to third country nationals or residents where those rights are not guaranteed.

The paper has tried to bring attention to this different treatment and stress its practical implications. The unfair treatment may result in a limitation of the PE's activity or eventually in no economic activity at all.

The paper finds this discrimination unwarranted because it lacks economic rationale. Although in conformity with EC Law, it is a pure formal distinction with no economic substance.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The four freedoms. – 2.1. General. – 2.2. Right of establishment. – 2.3. Freedom of movement of capital and payments. – 3. The PE concept. – 3.1. General. – 3.2. Domestic permanent establishment of a non-resident. – 3.2.1. General description. – 3.2.2. Determination of taxable income. – 3.3. Foreign permanent establishment of a resident taxpayer. – 4. Article 24 – OECD Model Convention. – 5. Discussion. – 5.1. Argentine resident company with PE in the EU. – 5.2. OECD MC relief. – 5.3. Unjustified discrimination. – 5.4. EU company doing business through a PE Argentina. – 6. Conclusions. – Annex I: Treaties to avoid double taxation in force signed by Argentina.

1. – *Introduction*

When an entrepreneur or a company are willing to have permanent presence in a foreign country, they immediately have to face the choice of the business form under which the business is going to be conducted. When a branch or other non-legal entity form is, for other than tax motives, preferred, then the analysis will resort to the tax implications of that structure.

This analysis can be very detailed and extensive. However, it can be presumed that the first issue to address would be not if the non-corporate business form can be efficient tax wise, but rather more elemental, if the business form would allow the company (1) to compete in the foreign market. That is, if the taxes charged and the compliance requirements imposed would, at least, not be more burdensome than those imposed on competitors. Absent the minimum condition of a level playing field, the business plan will be a non-starter.

The question of whether that minimum condition exists, may be especially pertinent in the case of «third country» (2) companies willing to do business in the territory of the European Union. This paper will try to answer that question and make some considerations in that respect, regarding unequal treatment between residents and non-residents, and among non-residents.

Simple questions not necessarily trigger simple answers. The answer in this case may be extremely complex, in view of the different legal frameworks that would be applicable (EC Law, domestic law, treaties to avoid double taxation, etc.) and the interaction among them. For purposes of defining the scope of the paper, a number of assumptions, simplifications and restrictions are necessary:

a) it will be assumed that the company willing to do business in the EU is an Argentine corporation. The fact that Argentina is a third country and the familiarity with its tax legislation explains the choice. In addition, it will help to draw some conclusions regarding distinctions between taxpayers subject to full tax liability and those subject to limited one;

b) no specific domestic law of an EU Member State will be considered. It will be assumed that the «rules of the game» imposed by EC Law have enough weight to guarantee this level playing field – or deny it – irrespective of domestic legislation;

c) consideration of treaties to avoid double taxation will be limited to Article 24 (3), assuming that any applicable treaty is equal to the OECD MC;

d) no consideration will be given to interaction between treaties to avoid double taxation and EC Law. In case of presumed collision, it will be considered that in principle EC Law overrides conventions to avoid double taxation (3);

(1) For practical purposes, for the rest of the paper it will be assumed that the party willing to do business abroad is a company.

(2) Term used by EC Law to identify countries outside the European Union.

(3) «As regards treaties between a Member State and a third State concluded before the entry into force of the EC Treaty, Article 307 of the EC Treaty provides that they will be respected. However, where these treaties are incompatible with EC law, the Member State involved is obliged to try and renegotiate the treaty in order to align its provisions with EC law». B. Terra and P. Wattel, *European Tax Law*, Deventer, Kluwer, 2001, third edition, 112.

e) it will be assumed that no «most favoured nation» clause applies to the situation;

f) secondary establishment and branch under EC Law will be deemed to be equivalent to Permanent Establishment, which is a tax concept (4), although those terms may have different meaning (5).

The paper will argue that third country undertakings acting through a Permanent Establishment are unfairly discriminated (although not illegally) *vis à vis* a PE belonging to a «national» of a EU Member State. In order to provide the setting for that discussion, the paper is organised in three parts, plus an Introduction and an Executive Summary.

Part I provides the «basic material» for discussion in Part II, that is the four freedoms, the PE concept under Argentine tax law and the non-discrimination clause under Article 24(3) of the OECD MC. Part II contains a discussion on those legal frameworks that would apply on a PE situation. Part III contains the conclusions.

The Permanent Establishment is a tax concept that creates ambiguous situations. Sometimes is treated as a company, that is, as a separate entity in its own right. Sometimes is seen only as a part of a whole (in accordance with its legal nature) and certain transactions between the PE and the home office (HO) are disregarded.

Direct taxation in the European Union (EU) also has an ambiguous nature, at least from a third country perspective. Under EU Law direct taxation remains within the sovereignty of member states. However when a tax provision is deemed to be an obstacle to the development of the internal market, a supranational body as the European Court of Justice (ECJ) instructs its removal creating a tension between the national tax order and the supranational one.

It may be argued that establishing a subsidiary instead of a PE would eventually solve the unfair treatment problem. Under EC tax law a subsidiary is considered a «national» of the member state where it has its registered office established, and thus non-discrimination protection is guaranteed.

This paper does not aim to establish a comparison between operating through a PE *vis à vis* a subsidiary. However, it is not at all obvious that acting through a subsidiary is more convenient tax wise than acting through a PE. For example, PE's start-up losses can normally be offset with other head-office (HO) profits (in the Argentine case subject to the existence of foreign profits), while subsidiary losses remain encapsulated in the absence of tax consolidation, till the entity turns out a profit, provided that happens before a carry forward time limitation applies to the loss. Furthermore, PEs might deduct expenses in excess of those that would be allowed to a subsidiary if a provision equivalent to Art 7 (3) of the OECD MC would be applicable to the situation, reducing the PE's

(4) Commentary on Article 5, paragraph 1, OECD MC.

(5) P. Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, London, Kluwer Law International, 2002, 32.

taxable base. Alternatively, it would be possible to create a flexible pattern by which the HO may decide whether to allocate more expenses to the PE or retain them for its own deduction purposes, by the simple procedure of using alternative allocation formulas or ratios (6).

Not only tax motives, but also business ones may drive the decision to establish a PE, allowing customers to enter into contracts with the HO rather than undercapitalised subsidiaries (e.g.: banks, insurance companies).

In summary, the paper deals with a business carried through a PE and how international tax frameworks, namely DTCs drafted after the OECD MC and EC tax law impact on that structure. The paper is not intended to establish whether a PE or a subsidiary is the most tax efficient structure to carry on a business, but to address to what extent the mentioned international tax frameworks can provide a PE doing business in the EU and with a home office in Argentina, a fair tax treatment in order to allow it to compete in the common market.

The findings will be compared with the rules applicable to an Argentine PE of a EU company in order to derive final conclusions.

2. – *The four freedoms*

2.1. – *General*

The Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community (7) describes in Article 2 the tasks and means of the Community, among them, the establishment of a common market. Article 3 (c) adds «an internal market characterised by the abolition, as between Member States, of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital; ...». Those are «the four basic freedoms established in the (EU) treaty» (8), which are instrumental for the process of «negative integration» developed by the ECJ.

Specific provisions dealing with free movement of persons, services and capital are found under Title III of the Treaty. Articles 39 to 42 deal with the free movement of workers, Articles 43 to 48 with the right of establishment, Articles 49 to 55 with the free movement of services, and Articles 56 to 60 provide for the free movement of capital and payments.

(6) Provided the HO country exempts income accruing to the PE.

(7) Blackstone's EC Legislation, 13th edition.

(8) Prof. F. Vanistendael, *Tax Revolution in Europe: The Impact of Non-Discrimination, European Taxation* - January/February 2000, IBFD, at 4., considers the four freedoms to be: freedom of movement of persons, freedom of establishment, freedom to provide services and freedom to move capital; instead of the ones mentioned above.

There is also a general non-discrimination provision under Article 12 of the treaty, but is only a provision of last resort, to be applied if the situation does not fall under the specific rules setting the four freedoms, in accordance with the *lex specialis* principle (9). In the *Vester-gaard* case (10) the Court stated that «... the first paragraph of Article 6 (now 12) of the Treaty, which lays down the general principle of the prohibition of discrimination on the grounds of nationality, applies independently only to situations governed by Community law in respect of which the Treaty lays down no specific rule against discrimination ...» (11). Moreover, in *Royal Bank of Scotland* (12), a case involving the unequal treatment of a PE, the Court stated: «... the general prohibition on grounds of nationality laid down by Article 7 of the EEC Treaty (now Article 6 of the EC treaty) (13) has been implemented, in the particular fields which they govern, by Articles 48, 52 and 59 (14) of the Treaty. Consequently, any rules incompatible with those provisions are also incompatible with Article 6 of the Treaty (...) Article 6 therefore applies independently only to situations governed by Community law in regard to which the Treaty lays down no specific non-discrimination rules ...» (15).

Community Law takes precedence over any national provision conflicting with it, irrespective of the fact that in the founding treaties there is no express provision settling the relationship between Community and national law. This primacy was settled by means of case law of the European Court of Justice (ECJ) (16).

Direct taxation remains in the sphere of sovereignty of the member states. In the past, harmonization of corporation taxation was intended, without much success. Later on, «the policy of harmonization was replaced by the principle of subsidiarity» (17), embodied in Article 5 of the Treaty. Under that principle member states retain sovereignty on direct tax matters, except when national legislation produces significant distortion.

Normally, the distortion or obstacle to the development of the common market is evidenced by the violation or disregard of the four

(9) See P. Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, London, Kluwer Law International, 2002, 14.

(10) Case C-55/98 ECJ.

(11) Paragraph 16 of the decision. Consequently, the case was decided under the freedom to provide services provision.

(12) Case C-311/97 ECJ.

(13) At present Article 12 of the EC Treaty in accordance with Blackstone's EC Legislation, 13th edition. The brackets are part of the original text.

(14) At present Articles 39, 43 and 49 respectively in accordance with Blackstone's EC Legislation, 13th edition.

(15) Paragraph 20 of the decision.

(16) See A. Valat, *EC Corporate Tax Law*, Chapter 1. *The concept of the EC*, Amsterdam, IBFD, loose leaf, 17.

(17) A. Valat, *EC Corporate Tax Law*, Chapter 1. *The concept of the EC*, Amsterdam, IBFD, loose leaf, 25.

freedoms mentioned above and normally on the grounds of discrimination.

In order to underline the relevance of the four freedoms in connection with the role of the ECJ in removing obstacles created by national tax laws, Pistone wrote: «The set of provisions related to fundamental freedoms ... represent the bulk of primary Community law on which the European Court of Justice has built up the New Community Tax Order» (18). He further adds that: «The New Community Tax Order represents one of the most significant examples of the so-called non-written Community law and is the natural outcome of the strong political opposition of Member States ..., more inclined to keep tax prerogatives at national level» (19).

This New Community Tax Order creates a new situation to non-EU entrepreneurs doing business in the EU. Notwithstanding the sovereign tax rights retained by Member States, the four freedoms and the interpretation made there of by the ECJ, create a body of tax principles with particular regard to non-discrimination and equality of treatment, that apply in every corner of the EU, irrespective of the national tax legislation.

In so far as these principles could be applicable to the PE of a third country company, it would immediately obtain a guarantee of a level playing field in tax matters *vis à vis* EU entrepreneurs, that may be decisive in securing a place in the EU common market. That would explain the interest, of a very practical nature, of exploring the application of the «Community Tax Order» to non-EU parties willing to do business in the EU on a regular basis.

The interest is of a very practical nature because under each national tax system is generally understood that residents and non-residents may be taxed differently. «However, it is precisely the elimination of this form of discrimination that the ECJ considers as its mission» (20).

If we assume that the ECJ will be successful in the end, what can be expected of those «third country» undertakings operating within EU territory if they do not enjoy the EC Law non-discrimination protection? In other words, if the same rules don't apply to all business irrespective of their «nationality» or form, each time the ECJ is successful in removing a barrier for a «national» may at the same time be building one for a third country business.

(18) P. Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, London, Kluwer Law International, 2002, 13. The author further explains the term «New Community Tax Order» as a term coined by scholars for the purpose of describing the dramatic change that the European judges have caused to the Community Law in the field of direct taxation since the mid-1980s by means of negative integration.

(19) P. Pistone, p. 13.

(20) Prof. F. Vanistendael, *Tax Revolution in Europe: The Impact of Non-Discrimination*, European Taxation -January/February 2000, IBFD, at 4.

In order to determine if and to what extent, the freedoms are applicable to a third country company doing business in the EU through a permanent establishment (PE), following the specific EC Treaty provisions will be considered.

For that purpose, the freedom of movement of workers and of goods, can be immediately disregarded as being out of the scope of our analysis. Provisions ruling the freedom to provide services have a residual application (21) to the ones ruling the freedom of establishment, among others. Thus, conclusions on the freedom of establishment can be extended to the freedom to provide services. Consequently consideration will be limited to the freedom of establishment and the freedom of movement of capital and payments.

2.2. – *Right of establishment*

The most relevant paragraphs of the articles providing for the right of establishment for the purpose of our analysis, are the following:

«Within the framework of the provisions set out below, restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State» (22).

«Companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community shall, for the purposes of this Chapter, be treated in the same way as natural persons who are nationals of Member States.

“Companies or firms” means companies or firms constituted under civil or commercial law, including cooperative societies, and other legal persons governed by public or private law, save for those which are non-profit-making» (23).

Regarding the personal scope of these provisions, the prohibition of restrictions applies to «nationals». Companies or firms are a creation of the law as provided by the last transcribed paragraph. In order to qualify as «nationals» companies or firms should be constituted in accordance with the law of a Member State. They also have to have their registered office, central administration or principal place of business within the community, but not necessarily in the same state of incorporation. No other requirement is established. The approach is completely formal. A company incorporated and having its registered office in one Member

(21) «... insofar as they are not governed by the provisions relating to the freedom of movement for goods, capital and persons». Article 50 of the EC Treaty, first paragraph.

(22) Article 43, EC Treaty, first paragraph.

(23) Article 48, EC Treaty.

State will be considered a EU national. If that company establishes a branch in another Member State, that branch will be protected against any discriminatory tax practice by the host state. The protection seems to apply whether the home office has economic activity or not, and irrespective of the origin of the capital of the company or the residence of its shareholders or partners.

Some of the mentioned aspects are dealt with by the *Überseering* case (24). In brief, the German authorities denied legal capacity to *Überseering* a company incorporated under the law of the Netherlands, because it had moved the centre of administration to Germany (upon acquisition of the shares by German residents) but it was not reincorporated in Germany as required by domestic company law. The ECJ ruled that Germany was precluded from denying the company legal capacity under the freedom of establishment provisions.

With regards to the point that is being made in this section, the following statements of the decision are relevant:

a) the *Bundesgerichtshof* (a German court) when referring the case to the ECJ made the following consideration «where the connecting factor is taken to be the place of incorporation, the company's founding members are placed at an advantage, since they are able, when choosing the place of incorporation, to choose the legal system which suits them best» (25);

b) the ECJ said «A necessary precondition for the exercise of the freedom of establishment is the recognition of those companies by any Member State in which they wish to establish themselves» (26);

c) «... the legislation of Member States varies widely in regard both to the factor providing a connection to the national territory required for the incorporation of a company and to the question whether a company incorporated under the legislation of a Member State may subsequently modify that connecting factor» (27);

d) with regards to the requirement of real and continuous link with the economy of a Member State in order to enjoy the benefit of the freedom of establishment the Court said, «It is apparent from the wording of the General Programme that it requires a real and continuous link solely in a case in which the company has nothing but its registered office within the Community» (28).

The transcribed pieces of text provide insight on the formal approach and at the same time the flexibility available to create a legal person, recognized by a Member State and consequently qualifying as a «national» in order to enjoy the freedom of establishment protection.

(24) Case C-208/00 ECJ.

(25) Paragraph 15 of the decision.

(26) Paragraph 59 of the decision.

(27) Paragraph 68 of the decision.

(28) Paragraph 75 of the decision.

The literal interpretation of the right of establishment provisions is further confirmed by van Thiel (29), by indicating that «Concerns have traditionally arisen about over easy access to the Community market by companies that are incorporated under the laws of a Member State and have their statutory seat in the Community». He adds that «economic link must exist with the Community and not necessarily with the Member State in which the holding company is established», meaning that a company (incorporated in a Member State) having its home office no economic activity, but with a branch engaged in active business in the Community territory, will be encompassed by the freedom of establishment provision, because enough economic link with the community exists through the branch.

Further, van Thiel provides an example to mark the limits of the formal approach indicating that «only conduit companies incorporated in a Member State with the sole purpose of channelling investment income from outside the Community to beneficiaries outside the Community could be excluded from EC Treaty benefits»; that would be a case of a company with no economic attachment to common market. Furthermore, the mentioned author understands that «companies with their seat in the Community may set up secondary establishments in other Member State, even if managed or owned from outside the Community».

This author finds van Thiel's last example quite remarkable. It means that a company with a branch or «secondary establishment» in a Member State can enjoy EC Law non-discrimination protection with the sole condition of having its home office formally incorporated in a Member State. It is remarkable because factors such as ownership of capital and place of effective management traditionally have been, and they still are, elements from which legal entities could derive rights or be subject to characterisation for tax purposes. Also economic activity is relevant, especially to enjoy benefits or a favourable tax treatment.

It also establishes a clear difference between the treatment of individuals and legal entities, because individuals in general cannot opt for nationality or citizenship. Generally speaking their right to nationality derives from factors beyond their control (place of birth, nationality of parents or ancestors, etc.) (30). Companies on the other hand, and the individuals behind them can exercise their choice by complying with the

(29) S. van THIEL, *Free movement of Persons and Income Tax Law: the European Court in search of principles*, Amsterdam, IBFD Publications, 2002, 30 and 31.

(30) Individuals can sometimes change nationality or hold a dual citizenship. However, that possibility is in practice limited to relatively few cases, as evidenced by the illegal immigration problem faced by the EU. If individuals willing to obtain EU citizenship (through citizenship of a Member State) would be able to arrange it a way similar to the incorporation of a legal person, illegal immigration would not be an issue.

formal requirements to register a company, as established by the legislation of a Member State.

The *Centros* case (31) decided by the ECJ is fully supportive of this formal approach. *Centros*, a UK limited liability company, wanted to register a branch in Denmark. The Danish authorities refused registration because *Centros* didn't have a trade. The authorities argued that *Centros* was trying to establish not a branch, but a principal establishment and in doing so was circumventing the national rules requiring minimum capital. In addition, it should be noted that *Centros* was formed with a very small amount of capital – although in compliance with UK law –, and its registered office in the UK was the home of a friend of the shareholders.

The Court decided that was against the freedom of secondary establishment to refuse registration of a branch of a company formed in accordance with the law of another Member State. In the case in point the shareholders were resident in Denmark, but we can assume that the decision would have been the same had the shareholders been resident of a «third country».

In summary, a branch or permanent establishment of a «third country» company will not enjoy the anti-discrimination protection provided by the EC Law, as enjoyed by a similar establishment belonging to a Member State company. However, the «third country» company may obtain an entitlement to protection by operating the branch as a secondary establishment of an interposed legal entity, formed in accordance with the law of a Member State.

2.3. – *Freedom of movement of capital and payments*

The main provision ruling this freedom reads as follows:

«Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on the movement of capital between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited.

Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on payments between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited» (32).

At first sight there is a difference in the personal scope of this Article as compared with the freedom of establishment provisions, resulting from the inclusion of movements of capital and payments not only within the EU but also in respect of third countries.

The meaning of «movement of capital» is not defined in the EC Treaty. Sedlaczek (33) suggests determination by reference to the Fourth Directive: «... it may be understood as unilateral and one-sided

(31) ECJ, C-212/97.

(32) Article 56, EC Treaty.

(33) M. Sedlaczek, *Capital and Payments: The Prohibition of Discrimination and Restrictions*, *European Taxation* – January/February 2000, IBFD, 16.

(...) as a rule, a one-sided transfer of monetary capital or material or immaterial assets will consist of an investment which is not made for the purposes of discharging an obligation under a synallagmatic contract (34) in exchange for goods or services received».

The same author, later on, when discussing the interaction between the freedom of establishment and the freedom of movement of capital, provides additional insight on the scope of the latter: «... it is immediately apparent that any entrepreneur wishing to establish a subsidiary or permanent establishment in another EC Member State will have to effect capital movements amounting to direct investment. A cross-border movement of capital will simultaneously fall under the freedom of establishment if the investor uses the investment to act as an entrepreneur in another Member State» (35).

An example of interaction between the free movement of capital and the right of establishment, and at the same time a criterion to determine the sphere of coverage of each freedom, is provided by paragraph 77 of *Überseering* (36): «Furthermore, it must be borne in mind that as a general rule the acquisition by one or more natural persons residing in a Member State of shares in a company incorporated and established in another Member State is covered by the Treaty provisions on the free movement of capital, provided that the shareholding does not confer on those natural persons definitive influence over the company's decisions and does not allow them to determine its activities. By contrast, where the acquisition involves all the shares in a company having its registered office in another Member State and the shareholding confers a definitive influence over the company's decisions and allows the shareholders to determine its activities, it is the Treaty provisions on the freedom of establishment which apply ...».

If the directions resulting from the transcribed paragraph were to be applied to a PE situation, a probable conclusion would be that the free movement of capital has no possible application because the capital contributors exercise definitive influence on the PE's activities. However, the position is taken in a factual situation where the shareholders are natural persons. It is uncertain if the Court would have taken the same stance had the shareholder been a company or had the shareholders been nationals of a third country. In any case, for the purpose of this paper, it will be assumed that the transcribed statement although creating some sort of restriction to the application of the movement of capital freedom, does completely prevents its application to the PE situation under review.

Consequently, in general, the freedom of establishment together with the free movement of capital would be applicable at the same time to the set up of a branch or permanent establishment, covering different

(34) Under Argentine Civil Law a contract is synallagmatic by definition.

(35) M. Sedlacek, *Capital and Payments: The Prohibition of Discrimination and Restrictions*, *European Taxation* – January/February 2000, IBFD, 17.

(36) Case C-208/00 ECJ.

aspects of the business and eventually overlapping at some point. A tax provision deemed to be a barrier could be repealed under one or the other freedom, depending on what aspect of the business is being affected. Eventually, in the face of potential discrimination, both freedoms could be put forward together (e.g. ECJ case law: *Safir*, *Baars*, *Metallgesellschaft*, etc.) in order to let the Court decide which one would be applicable.

As it was mentioned, there is an interaction between the freedom of establishment and the freedom of movement of capital that is established by the second paragraph of Article 43 and the second paragraph of Article 58, both of the EC Treaty. In particular, the latter reads as follows: «The provisions of this Chapter (that is Capital and Payments) shall be without prejudice to the applicability of restrictions on the right of establishment which are compatible with this treaty».

Pistone (37) when discussing the interaction between the two freedoms considers that «Arguments based on the *lex specialis* may suggest that, in this context, restrictions are compatible with the right of establishment only when they also comply with rules contained in the Chapter related to the free movement of capital. Considering the more absolute nature of the capital freedom, this interpretation would make the exception of paragraph 2 as *inutiliter data*». And later on, after noting that, different interpretations of the interaction seem possible, he concludes: «The freedom of movement of capital should be applied in a less strict manner whenever issues concerning the right of establishment arise. Accordingly, the reciprocal cross-reference between EC Treaty provisions related to both freedoms, could be deemed to imply some form of broad correspondence between them, as well as prove their convergence in the framework of a stronger protection by Community law».

The above transcribed provision of Article 58, could be relevant in a context where the scope of application of the provisions regulating both freedoms is not clear cut (e.g. branches taxed at a higher tax rate than domestic corporations is an infringement to the freedom of establishment, or to the free movement of capital because unduly reduces repatriation of profits?), and where the freedom of secondary establishment can not be invoked because it is a branch of a third country company.

Article 58 provision can be construed as granting the free movement of capital, but without interfering with restrictions to the applicability of right of establishments. In other words, it may imply that insofar as the freedom of establishment can not be granted because the undertaking is a branch of a third country company, the freedom of capital can not be extended to areas of shared competence or applicability, since it would reduce the restriction imposed on the first mentioned freedom.

In summary, branches and permanent establishments of third country companies may enjoy protection under the freedom of movement of

(37) P. Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, London, Kluwer Law International, 2002, 40-41.

capital provision. However, its scope is limited and uncertain. Normally, issues related to the most relevant aspects of tax determination (e.g. deductible expenses, carry forward losses, tax consolidation, etc.) will not be covered.

3. – *The PE concept*

3.1. – *General*

Following a brief description of the characterisation of a PE under Argentine tax law is made. For brevity reasons commercial law considerations will be avoided.

3.2. – *Domestic permanent establishment of a non-resident*

3.2.1. – *General description*

The PE concept, as provided for in the domestic law, is not decisive in order to determine the right of Argentina to tax income of Argentine source derived by a non-resident. The lack of relevance is explained by the principle of territorial taxation that has been embodied in the Argentine Income Tax Law since the inception of taxation on income in 1932. In 1992 taxation on worldwide income was introduced. That resulted in an extension of the scope of the tax, by reaching the foreign source income of residents. But the legal structure in place to identify Argentine source income remained almost untouched. Under the territorial principle, income tax is levied on any income deemed to be of Argentine source, irrespective of the existence of a PE.

Argentine-source income is defined as income arising from «assets situated, placed or used with an economic purpose in Argentina; from the performance of any activity in Argentina likely to produce benefits; or from events taking place in Argentina, with no regard to nationality, domicile or residence of the parties intervening in the operations, nor the execution place of the contracts» (38).

The PE concept however, it is still relevant with regards to foreign-source income, since domestic PEs are taxed on their worldwide income.

Foreign-source income is defined as income «arising from assets situated, placed or used with an economic purpose abroad; from per-

(38) Partial transcription of Article 5, Income Tax Law. A number of related provisions in the Law and the Regulatory Decree complement and further define the concept.

formance of any activity in a foreign country likely to produce benefits, or from events taking place outside the national borders, excluding those situations encompassed by the income of Argentine source definition» (39).

The ITL does not provide a detailed definition of a PE. It only states that commercial, farming, mining, and any other type of establishments of non-residents organized in the manner of a permanent enterprise are considered to be taxpayers. No further detail or clarification is provided.

However, a PE definition is set in the Law on the Minimum Deemed Income Tax (*Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta*). Although there is no legal reference on the applicability of this definition for income tax purposes, the author considers the concept applicable in practice based on the following:

- MDIT is a different tax than income tax, but the purpose was to establish only one tax liability that is the higher resulting from MDIT and IT. Consequently, taxation is applied consistently with respect to all taxpayers, so a PE taxable in accordance with the MDIT definition should be considered a taxpayer for IT purposes;

- a ruling of the tax authorities (40) referred to the PE definition contained in the Assets Tax Law, (a former version of the Law on MPIT with a very similar PE concept), as a ground to conclude that the representative office of a foreign bank should be considered a PE for income tax purposes; and

- a tax authorities ruling (41) referred to the definition of PE in the Law on MDIT as a possible ground to decide on the existence of a PE for income tax purposes.

Art. 2 of the MDIT Law provides that: «Pursuant to the provisions hereto, permanent establishments are those fixed places of business where an individual or a legal entity, (...) carry out their activities, either wholly or partly (...). The examples of a permanent establishment include among others the following cases:

- a branch;
- a sole proprietorship;
- a fixed base for rendering technical, scientific or professional services by individuals;
- a permanent agency or a representative office;
- a place of management or administration activities;
- office premises;
- a manufacturing plant;
- a workshop;
- a farm or ranch, even if no exploitation thereof is taking place;
- a mine, quarry or any other site of exploitation or extraction of natural resources;
- a place of construction or assembly works;

(39) Partial transcription of Article 127, of the Income Tax Law (ITL).

(40) Dictamen 15/96 (DAL), *Boletín DGI* - January 1997, 149.

(41) Dictamen 118/99.

- the use of facilities for the purpose of storage, display or delivery of goods (...); and
- maintenance of a fixed place of business for acquisition of goods or collection of information (...)).

The scope of the PE definition is wider than that of the OECD Model Convention (OECD MC). Most notably, under the MDIT concept, a building site and construction projects have no time threshold. In addition, storage, display or a delivery of goods and merchandise, as well as maintenance of a place for collection of information or purchasing goods, and for other activities of an ancillary nature, create a PE.

3.2.2. – *Determination of taxable income*

PEs are considered to be resident taxpayers (42) Consequently, both income of Argentine source and of foreign source is included in the PE's taxable base.

The separate entity approach is embodied in Art. 14 of the ITL. In accordance with that principle, branches and other PEs of non-resident entities are required to record its transactions in a separate set of accounting books, and to make all necessary adjustments in order to determine a taxable income in the manner as it had been derived by an independent entity. Failure to organize a separate system of accounting records, or to arrive at an arm's length income of the PE, allows the tax authorities to disregard those records and to consider the PE and the head office as one economic unity for tax assessment purposes. In order to arrive at an arm's length result, transfer pricing regulations contained in the ITL are applicable.

In general, PEs are treated as companies for income tax purposes; consequently, the rules generally established for those entities are fully applicable. However, deduction of service fees paid to the head office requires special consideration. Expenses are deductible if related to generation and maintenance of taxable income (43). Expenses incurred abroad are deemed to be related only to the generation of foreign-source income and thus deductible only from income arising from the same source (44). The tax authorities, however, may allow deduction of foreign expenses if the taxpayer can duly demonstrate the connection of the expenses with domestic-source income.

Expenses incurred by the head office for the benefit of its PE are in principle not deductible. That position is reflected in a decision of the Chamber of Appeals (45) and is still followed by the tax authorities. An Argentine branch of a foreign bank was denied a deduction of supervi-

(42) Art. 119 ITL.

(43) Art. 80 ITL.

(44) Art. 116, Regulatory Decree ITL.

(45) First National City Bank c. Fisco National, CN Cont. Adm. Federal, Sala II, 13 September 1979.

sory and administrative expenses incurred by the head office for the benefit of the branch. The court upheld the tax's authority position, stating that the branch failed to demonstrate the connection of expenses subject to reimbursement with generation of taxable income, and that it was not possible to determine if the amounts charged were appropriate (the amount was determined on a pro rata basis).

Before this decision, however, the tax authorities issued a ruling (46) referring to a specific case, according to which a PE had the right to deduct expenses reimbursed to the head office that were connected with the generation of taxable income by the PE. The amount of deductible expenses was determined on the basis of evidence submitted by the PE.

Thus, deduction of administrative or management expenses incurred by a foreign head office for the benefit of its PE is in principle allowed by the tax law. In practice, however, it is very difficult to provide the evidence of the relation between the expenses and the taxable income as required by the tax authorities.

With respect to royalty and service fee payments, the Transfer of Technology Law requires to file with the supervisory authorities (INPI) a written contract on the provision of services or granting of right to use intangibles, in order to deduct royalty or service payments. Since a head office and its PEs are from a legal standpoint the same legal entity, it is not possible to conclude such contracts. Consequently, a deduction of royalty and service fee payments is not allowed.

Similar rules are applicable to loan agreements. However, with respect to branches of foreign banks, the ITL contains a specific provision (47) that allows a deduction of interest, provided the terms of the agreement are in accordance with the transfer pricing regulations (Art. 15 ITL). Therefore, PEs of foreign entities may not deduct interest on loans and funds transferred by their head office, except when they are branches of financial enterprises.

Transactions involving a transfer of movable property between a PE and its head office, whether subsequently sold to a third party or not, should be treated as a sale for tax purposes, applying transfer pricing regulations to determine the value of the transactions.

PEs are taxable at the general corporate income tax rate.

3.3. – *Foreign permanent establishment of a resident taxpayer*

The ITL does not provide a very precise definition of a foreign PE of a resident taxpayer. The definition is as follows:

«Permanent establishments referred to in the preceding paragraph are those that have been organized as a permanent business enterprise for the conduct of commercial, industrial, agricultural, cattle-raising or

(46) Dictamen Sub. As. Juridicos 325/56, Dirección General Impositiva, 10 August 1956.

(47) Art. 14, last paragraph.

extracting activities or for any type of activities that the enterprise performs, for the taxpayers who are residents of Argentina.

The preceding definition encompasses construction works, reconstruction works, repairs and assembly works which implementation overseas may require a time span longer than six months, as well as the division of large tracts or plots of land into lots for urban developing purposes and the construction and sale of real estate under systems similar to that one laid down by Act 13,512, that are done in foreign countries» (48).

The definition does not provide much assistance in drawing a line of what should be considered a PE from situations outside this scope. However, due to the worldwide taxation principle, foreign-source income generated by Argentine residents that do not have a foreign PE also are subject to tax in Argentina, although the determination of the taxable base may be different.

4. – *Article 24-OECD Model Convention*

Article 24(3) of the OECD MC, first sentence reads:

«The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities».

According to Baker (49), «there is no requirement that comparison should be made with an enterprise in the same circumstances» in order to be granted to a non-discriminatory treatment, as the case may be with other situations governed by the same article. Consequently, «A permanent establishment is therefore entitled to national treatment; arguments based on objective differences are not valid (50)».

In agreement, but not so assertive, paragraph 20 of the Commentary (51) states: «... first sentence of paragraph 3 must be interpreted in the sense that it does not constitute discrimination to tax non-resident persons differently, for practical reasons, from resident persons, as long as this does not result in more burdensome taxation for the former than for the latter. ... it is the result alone which counts, it being permissible to adapt the mode of taxation to the particular circumstances in which the taxation is levied».

Another relevant aspect regarding the scope of the rule, is that it protects residents rather than nationals. Paragraph 19 of the same commentaries state: «..., the type of discrimination which this paragraph is

(48) Art. 128 (second para.) ITL.

(49) P. Baker, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, London, Sweet & Maxwell, second edition, 1994, 392.

(50) P. Baker, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, London, Sweet & Maxwell, second edition, 1994, 392-393.

(51) Commentary on Article 24, OECD MC.

designed to end is discrimination based not on nationality but on the actual situs of an enterprise. It therefore affects without distinction, and irrespective of their nationality, all residents of a Contracting State who have a permanent establishment in the other Contracting State».

5. – Discussion

5.1. – Argentine resident company with a PE in the EU

Following the analysis of the four freedoms, with particular reference to the right of establishment and the free movement of capital, is possible to conclude whether and to what extent a PE belonging to a non-EU legal entity can be assured a level playing field.

The answer is quite disappointing. The protection provided by freedom of establishment is not applicable to third country PEs.

Under the free movement of capital provision, some protection may be granted. However, its practical implications are uncertain, and this author found no case law applicable to the situation under analysis.

As it was mentioned at 2.3. above, a broad interpretation of that freedom in order to cover situations otherwise covered by the freedom of establishment provision seems unlikely. Second paragraph of Article 58, as it was discussed at that point, may impose a limit. And in any event, no matter how extensive the interpretation could be made, it will not cover all the possible situations where a different tax treatment may put a third country PE at a disadvantage.

It seems worth stressing that the impossibility to obtain equal treatment protection under EC Law is a real problem, not an abstract one. It is not possible within the scope of this paper to address all those implications. However, a simple list of issues settled by the ECJ since the *Avoir Fiscal* (52) case may provide an overview (53):

- exclusion of permanent establishments from domestic tax relief;
- different tax rates for permanent establishments and resident companies;
- no entitlement to corporate tax relief;
- minimum tax rates for permanent establishments owned by individuals;
- tax provisions requiring a permanent establishment to keep well-regulated accounts in the country of residence;
- tax provisions requiring companies to offset losses against tax-exempt profits;

(52) Case C270/83, ECJ.

(53) Information obtained from Dr O. THÖMMES and K. Eicker, *EC Law Aspects of Permanent Establishments, The Taxation of Permanent Establishments*, Amsterdam, IBFD, loose leaf, 25 et seq.

This inventory of situations where a PE was treated or could be treated differently refers to the EU, but of course it is generally (54) applicable to a third country PE. If the difference in treatment entails, as it is normally the case, a higher cost (compliance cost, higher tax burden because of higher tax rates or the disallowance of deductions, etc.) or the denial of a relief, the profit of the PE will suffer. In a highly competitive market like the common market, it may prove an insurmountable barrier for the third country company.

5.2. – OECD MC Relief

The third country company still has the option to avail itself of the protection granted under the non-discrimination clause equivalent to Article 24 of the OECD MC. This is possible, provided a few conditions are met. First there should be a treaty to avoid double taxation between the State where the company is resident and the State where the PE is created. Secondly, the treaty in questions should have a clause drafted after the lines of Article 24 of the OECD MC, in particular its third paragraph.

Both conditions are met in our example. Argentina has signed treaties with most EU countries (55) and most of its treaties contain a provision equal or similar to Article 24(3).

Another aspect to be addressed is whether a treaty to avoid double taxation, in an EC Law environment, can grant an equality of treatment that it is not available under EC Law. In other words, whether there is a collision between EC Law and the applicable treaty (see point d) in the Introduction).

As was already mentioned, interaction of tax conventions with EC Law is a complex enough matter, which is beyond the scope of the paper. For practical purposes, we will assume that the ECJ position confirming the obligation of Member States to abide by treaties' commitments with third countries in the *Saint Gobain* case is valid as a general rule.

In *Saint Gobain* (56), paragraph 58 the Court stated:

«In the case of a double-taxation treaty concluded between a Member State and a non-member country, the national treatment principle requires the Member State which is party to the treaty to grant to permanent establishments of non-resident companies the advantages

(54) There are particular situations like the *AMID* case (C-149/99) where the discrimination is rather on the head office than on the PE.

(55) See in Annex I at the end of the paper a table with tax treaties in force signed by Argentina.

(56) Case C-307/97, ECJ.

provided for by that treaty on the same condition as those which apply to resident companies (57)».

Having reviewed the different requirements, and finding no obstacle to the application of Article 24(3) to a EU PE of a Argentina resident company, is it possible to conclude that the protection of tax treaties is equivalent to that granted under EC Law? That is, if a tax treaty similar to the OECD MC is applicable, will it provide a fair enough guarantee of a level playing field?

Unfortunately, the tax treaty can not provide full protection. At least there are limitations of scope, and problems of interpretation.

The provision in question aims to put establishments of persons of the treaty partner and entities resident of the state where the PE is situated in an equal footing. As stated by Baker (58), «A permanent establishment is therefore entitled to national treatment; arguments based on objective differences are not valid». But if the comparison should be made between the PE of a third country company and «national» enterprises, that leaves outside PE of other countries, especially of Member States. Under normal conditions comparison with national enterprises is the right benchmark because those are the entities which may benefit from a more favourable tax treatment.

However, in an EU Member State the situation is not so predictable. A level playing field requires all the actors to be treated equally, and that includes not only national enterprises, but also PEs of other states, in particular Member States. The process of «negative» integration resulting from the ECJ application of the freedoms has faced some cases of «reverse discrimination». This author is not aware of any such case involving a PE. However, being not a completely impossible situation, the granting of a more favourable tax treatment to a PE belonging to a company of a Member State vis-à-vis a national enterprise, will not be registered by the tax treaty non-discrimination provision. That is, a PE belonging to a third country company would not enjoy a right to treatment equal to the PE belonging to a person of a Member State, and the treatment of latter could hypothetically be more favourable than that granted to the domestic enterprise.

Finally, there is the issue of court decisions. In so far as the tax treaties provisions are interpreted by national courts – if the mutual agreement procedure is not applied or does not resolve the problem – the deci-

(57) This case also provides a very good example of unequal treatment between PEs belonging to a national of a Member State and those belonging to nationals or residents of third countries. The Court decided that the German PE of a French person had to be treated as a resident company in order to enjoy all the benefits arising from the DTCs. This treatment derives from the freedom of establishment provision in the EC Treaty. Normally, PEs are not residents under DTC provisions.

(58) P. Baker, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, London, Sweet & Maxwell, second edition, 1994, 392-393.

sions may be inconsistent (59) from country to country and at the same time the judges may tend to reduce the taxpayers right by means of a narrow interpretation of the anti-discrimination clause. Two examples on how things can go wrong for the taxpayer are following mentioned.

One of those cases is from the Spanish Supreme Court (60). A company organised under Belgium law (*Solvay et Cie.*) requested the Spanish tax authority, authorisation to consolidate for tax purposes, its Spanish PE with other Spanish subsidiaries. The authorisation was denied and the company appealed invoking the non-discrimination clause of the Spain-Belgium tax treaty equivalent to Article 24(3) of the OECD MC. The Supreme Court finally upheld the tax authority's position on the grounds that the PE was not entitled to consolidation because the pertinent legislation made reference to resident corporations only. The Court disregarded the taxpayer argument that PE should be assimilated to domestic companies in accordance with the treaty, on the grounds that the PE and a company could not be assimilated because they had a different nature.

In a decision by the Argentine Supreme Court (61) application of Article 24(1) of the treaty Argentina-Germany (similar to Article 24(1) of the OECD MC) was subject to interpretation.

Hoechst AG, resident in Germany, owned shares in two affiliated companies resident in Argentina. These affiliates were liable to pay net worth tax at the rate of 2% on the value of the shares as substitute taxpayers for *Hoechst* AG. Had the shares been owned by a company incorporated and resident in Argentina, then the company would have been subject to a different tax – the tax on capital at a lower rate of 1.5%.

The Court held that there was no discrimination arguing in summary that «taking into account the tax on shareholders, a non-resident company was subject to a lower overall burden than if the taxpayer company was resident in Argentina» (62).

The editor noted about this case (63) «It is quite difficult to follow this case. In essence, *Hoechst* AG was subject to the net worth tax at 2% on the value of the shares it held in two Argentine affiliates; the tax was collected from the affiliates as substitute taxpayers. Had *Hoechst* been a company incorporated (and hence resident) in Argentina, it would have

(59) As a remedy to this problem K. van Raad has proposed the creation of an Advisory Body of Independent Tax Treaty Experts. See K. van Raad, *International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application*, in *International and Comparative Taxation, Essays in Honour of Klaus Vogel*, London, Kluwer, 2002, 219 et seq.

(60) Recurso de Casación núm. 4517/1997, Tribunal Supremo.

(61) *Hoechst* AG v. DGI, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 April 1998.

(62) *International Tax Law Reports*, London, Butterworths, 2001, 3ITLR, Part I, 1.

(63) *International Tax Law Reports*, London, Butterworths, 2001, 3ITLR, Part I, 2.

been subject to a different tax – tax on capital – at a lower rate 1.5%. Prima facie, this was a breach of the non-discrimination article of the Argentina-Germany DTC since *Hoechst* was subject to a treatment which was both “other” and “more burdensome” than the treatment given to an Argentine – incorporated company in the same circumstances».

The previous case law may be representative of the respective courts position on the non-discrimination clause or not. The point here is not on the relevance of the cases *per se*, but to argue that the protection that can be derived from the DTC is not as strong as that provided by EC Law and that in consequence it can not be considered a substitute of equivalent value.

5.3. – *Unjustified discrimination*

«The four freedoms encompass two principles: a right to cross border circulation (market access) and a prohibition of discrimination on grounds of nationality or origin (market equality)» (64). The same authors with respect to the freedom of establishment state: «This freedom includes the right (...) to set up and manage undertakings (market access), and the right to equal treatment in the Member State involved (market equality) (65)».

In our example, the PE of an Argentine company is not legally prevented from setting up a business, so in principle, market access is possible. However, it does not have a right to equal treatment, that is, market equality is denied. It should be pointed out that in an extreme situation, unequal treatment may take a business out of the market, so it may also result in market access denial.

The problem faced by PEs belonging to third country persons was clearly identified by Pistone (66), he wrote: «In such a circumstance the ECJ seems inclined to deny that differences between a PE (situated in the EU, belonging to a non-EU company) and resident companies of that State may be relevant for the purpose of enjoying fundamental freedoms. Accordingly, if the PE receives a less favourable treatment with no justification for it, one could assume that some form of substantial discrimination has indeed occurred in this case».

Pistone refers to unequal treatment between a resident company and a PE belonging to a third country company. The problem should be extended also to any difference in treatment between the last mentioned PE and PEs belonging to Member State nationals. In both cases «market equality» is affected.

(64) B. Terra and P. Wattel, *European Tax Law*, Deventer, Kluwer, 2001, third edition, p. 30.

(65) B. Terra and P. Wattel, *European Tax Law*, Deventer, Kluwer, 2001, third edition, p. 37.

(66) P. Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 18.

An established principle of international taxation is the distinction between residents and non-residents for tax purposes (67). The interpretation of the four freedoms made by the ECJ has somehow blurred that distinction. The distinction between residents and non-residents of EU Member States is still (68) in some cases a valid categorisation for deriving a different tax treatment, in some cases it is not. What is clear is that PEs – falling in the non-resident category – are treated differently depending on the place where the company they belong to has its registered office.

The combined effect of the ECJ decisions and the EC Treaty has resulted in three categories instead of the traditional (resident/non-resident) ones:

- a) residents;
- b) non-residents with rights to market access and market equality;
- c) non-residents with total or partial denial to market equality (and eventual denial of market access).

This is an unwarranted and unfair discrimination. It may be argued that the unequal treatment is no more than the result of the implementation of the common market. The definition of a market entails the need to define the participants or parties with access to that market. And in summary the project of a common market has as essential objective «the constant improvements of the living and working conditions of their peoples», that is, the peoples of Europe.

The problem arises from the hybrid nature of the PE, «As a legal concept, the PE principle is a hybrid – a compromise between source-state taxation and residence-state taxation (69)».

While it is not a legal entity, it is or potentially can be a full-fledged business. That is why when an economic activity amounts to a PE, that is when it is relevant enough from an economic standpoint, it generally becomes a taxpayer under domestic legislation, normally assimilated (at least from an international / OECD perspective) to a domestic company.

Article 24(3) OECD MC aims to put PEs and domestic companies in an equal footing. That may be difficult to achieve. The different legal nature is sometimes an obstacle to full assimilation for taxation purposes, «it is the result alone which counts, it being permissible to adapt the mode of taxation to the particular circumstances in which the taxation is levied (70)». This provision may be considered an international

(67) See Commentary on Article 4, OECD MC.

(68) «The EC Court has tried to find a practicable compromise between international tax law and EC Law, because there is little merit in running long-established and delicately balanced international tax law and practice into uncertainty and maybe chaos», B. Terra and P. Wattel, *European Tax Law*, Deventer, Kluwer, 2001, third edition, 46.

(69) Prof. Arvid Aage Skaar, *Commentary on Article 5 of the OECD Model Treaty: The Concept of Permanent Establishment*, in *The Taxation of Permanent Establishments*, Amsterdam, IBFD, loose leaf, 11.

(70) Paragraph 20, Commentary on Article 24, OECD MC.

standard applicable within the EU as well as with third countries (71). The clear purpose of the rule is that different tax burdens on businesses that do not differ in economic nature but in form are not acceptable.

This perspective is also consistent with the substance over form principle or the principle of economic reality, depending on the tax jurisdiction. Although those principles are applied basically to draft and to interpret anti-avoidance tax legislation, are also a reminder that when construing and applying tax provisions the economic perspective is a preferred method.

The «standard» by which domestic companies and PEs should have equal tax treatment at least as an overall result, makes the need to put PEs acting in the same country in an equal footing even more pressing, because they belong to the same nature, there is no difference between them whether in format or in substance.

The fact that one PE has its home office in a Member State, while another one has it in a third country seems completely irrelevant from a business/economic perspective. In so far as the PE has an active business, hires personnel, owns assets, sells products or services within the common market, and pays taxes as a local company, has a strong enough economic attachment to the EU to render the location of the home office irrelevant. In other words, the PE by itself is an economic agent contributing to the growth and development of the common market. Unequal treatment of a PE belonging to a third country company, affects not only the rights of a foreign company, but also those of employees, suppliers and even consumers by restricting their options in the market.

At this point is worth reproducing part of a paragraph under 2.2 above: « “economic link must exist with the Community and not necessarily with the Member State in which the holding company is established” (72), meaning that a company (incorporated in a Member State) having its home office no economic activity, but with a branch engaged in active business in the Community territory, will be encompassed by the freedom of establishment provision, because enough economic link with the community exists through the branch».

According to the transcribed text, the importance of the economic link caused by a branch (or PE) is relevant enough to substitute the generally caused by the home office activity. In order words, under community law, a branch may establish the economic link and leave the home office as a mere empty format. Particularly, as the case may be, if

(71) It is worth noting that all EU Member States are OECD members at the same time.

(72) S. van Thiel, *Free movement of Persons and Income Tax Law: the European Court in search of principles*, Amsterdam, IBFD Publications, 2002, pp. 30 and 31.

the branch is managed and/or the capital is owned by parties outside the Community (73).

If it is possible that a branch (or PE) belonging to an EU company, whose home office has no activity, where the shareholders are EU non-residents, where the effective management is outside the Community, and where the freedom of establishment protection is granted as a consequence of the economic link established by the branch's economic activities; it is difficult to understand why a branch (or PE) acting in the same business and being equal in everything except in not having a home office organised under the law of a Member State would be treated differently.

Especially considering that EU Law protection may be obtained by the mere recourse of interposing a legal entity organised under the law of a Member States, which in some cases is a simple procedure with minimum requirements.

5.4. – EU company doing business through a PE in Argentina

Considering the definition of PE under Argentine tax law, a EU company will be in a much better position if a treaty to avoid double taxation covers the activity in Argentina.

Among other benefits, a treaty following the OECD MC (as it is generally the case with EU countries) would allow the foreign company:

- a)* to have certainty about the PE definition;
- b)* to have a higher PE threshold in a way that ancillary activities or activities developed for a short time would not create a PE;
- c)* to improve the chances of deducting home office expenses related to the activity of the PE;
- d)* to enjoy the protection of a non-discrimination clause.

However, regarding non-discrimination it should be noted that as the foreign company's PE is considered a resident for tax purposes – and subject to full tax liability – it is automatically in a same footing with a domestic legal entity from a tax law perspective. Furthermore, as there is no distinction made on the seat of the home office of the PE, that results in all PEs being treated equal.

Whether the PE belonging to a EU company would be entitled to deduct home office expenses in the absence of a tax treaty (where in any

(73) Further, van Thiel provides an example to mark the limits of the formal approach indicating that «only conduit companies incorporated in a Member State with the sole purpose of channelling investment income from outside the Community to beneficiaries outside the Community could be excluded from EC Treaty benefits»; that would be a case of a company with no economic attachment to common market. Furthermore, the mentioned author understands that «companies with their seat in the Community may set up secondary establishments in other Member State, even if managed or owned from outside the Community». 'Transcription of text under 2.2. above.

event chances will be much slimmer), may be a relevant issue for the PE's tax determination purposes. However, it is not an obstacle to competition, because all PEs in the same business would be in an identical situation.

In summary, without overlooking the obvious benefits of having a treaty to avoid double taxation covering the operation of the PE, in what access to the market and equality of tax treatment is concerned, domestic companies and all PEs of foreign companies are subject to equal treatment (in particular PEs among themselves), under the perspective that all of them are resident taxpayers for tax law purposes.

6. *Conclusions*

An Argentine company doing business in the EU through a PE will not enjoy the full protection granted by the «four freedoms» to other PEs or branches belonging to legal entities organised or incorporated under the law of a Member State. The Argentine company may avail itself of the protection provided by the «freedom of movement of capital». However, this protection is limited and its coverage uncertain, generally leaving outside the determination of the PE's tax liability, where normally any unequal treatment may have its most harmful consequences.

The Argentine company may still rely in the DTC non-discrimination clause; equivalent to Article 24(3) of the OECD MC. Argentina has tax treaties in force with most of EU Member States. However, as already discussed, the protection provided by the DTC result in practice narrower than that provided by EC Law. Under tax treaties, comparison is made between a PE and a domestic enterprise; no consideration is made with regards to equal treatment of different PEs. To that limitation, the one arising from interpretation of the tax treaties should be added. In so far as it remains in the hands of national courts, the extension of the protection will vary from country to country.

In summary, an Argentine PE doing business in the EU through a PE has no guarantee of a level playing field to compete in the common market, other than the one that could be derived by equality of treatment provisions under the domestic legislation of a specific EU country, which consideration is outside the scope of this paper. In particular, the discrimination under EC Law appears to be unwarranted and disproportionate. It does not help to protect the common market, and may have a negative impact on investment, workers and consumers.

On the other hand, in a somehow paradoxical result a EU company doing business in Argentina through a PE will not be faced with tax barriers to access and compete in the domestic market which may mean, depending on the progress to re-launch the Mercosur customs agreement, a significantly expanded market.

The result is somehow a paradox because the more complex and sophisticated EU rules to avoid discrimination and foster competition, as

compared with the Argentine ones, cannot prevent or we may say, produce, the opposite result in the particular case under analysis. Conversely, the Argentine tax rules, by the simple recourse of considering the PEs as resident taxpayers, quite unexpectedly, equalise PEs and domestic companies, and PEs among themselves. And although the Argentine market by itself can not be compared with the EU common market in economic terms, if considered as part of Mercosur whether in its present state or rather with a view to prospective developments, will surely add relevance to the absence of tax barriers to market access and equality of treatment.

EDUARDO MELONI,
LL.M. in International Taxation,
University of Leiden

ANNEX I

TREATIES TO AVOID DOUBLE TAXATION IN FORCE SIGNED BY ARGENTINA

<i>Country</i>	<i>Signed</i>	<i>Entry into force</i>	<i>Effective date</i>
Australia	27/08/99	31/12/99	01/01/00
Austria	13/09/79	17/01/83	17/01/83
Belgium	12/06/96	21/07/99	01/01/00
Bolivia (1)	30/10/76	04/06/79	01/01/80
Brazil	17/05/80	07/12/82	01/01/83
Canada	29/04/93	30/12/94	01/01/95
Chile (1)	13/11/76	19/12/85	19/12/85
Denmark	12/12/95	03/09/97	01/01/98
Finland	13/12/94	05/12/96	01/01/97
France	04/04/79	01/03/81	01/03/81
Germany	13/07/78	01/01/76	01/01/76
Great Britain and North Ireland	03/01/96	01/08/97	01/01/98
Italy	15/11/79	15/12/83	15/12/83
Netherlands	27/12/96	11/02/98	01/01/99
Norway	08/10/01	30/11/01	01/01/02
Spain	21/07/92	28/07/94	01/01/95
Sweden	31/05/95	10/05/97	01/01/98
Switzerland (2)			01/01/01

*Source: Ministry of Foreign Relations and Enciclopedia Tributaria Er-repar.

(1) Treaty not following OECD Model Convention.

(2) This treaty has not been approved by the Congress. It is in force on a provisional basis.

DIRITTO FINANZIARIO COMPARATO

a cura del dott. Pierpaolo Angelucci (*)

1. – *La thin capitalization rule nei Paesi Bassi*

La disciplina olandese a contrasto della capitalizzazione sottile é disposta all'articolo 10d del Codice sull'imposta sul reddito delle società (*Wet op de vennootschapsbelasting - Wet Vpb*) ed é stata introdotta a far data dal 1° gennaio 2004, anche a seguito della decisione *Bosal* (C-168/01, *Bosal Holding B.V. v Staatssecretaris van Financiën*, 18 settembre 2003) della Corte di Giustizia europea.

Con questa sentenza, il giudice comunitario ha ritenuto in contrasto con i principi del Trattato CE la disposizione che consentiva la deducibilità dei costi legati alla detenzione di partecipazioni solo a condizione che questa generasse un utile tassabile in Olanda, con il risultato di disconoscere tale agevolazione alle società estere, a meno che non operassero nei Paesi Bassi tramite una stabile organizzazione, ed alle società olandesi con partecipazioni in società con stabili organizzazioni estere.

A seguito dell'abolizione di questo trattamento, ritenuto discriminatorio, ed alla concessione, in ossequio del principio della libera circolazione dei capitali, della deducibilità dei costi derivanti da partecipazioni in società ovunque residenti (anche al di fuori dell'Unione Europea), l'Olanda ha tuttavia introdotto una normativa sulla *thin capitalization*, per combattere l'erosione delle basi imponibili dei gruppi d'impresa.

L'articolo 10d statuisce, infatti, che, se l'ammontare del debito supera di una certa percentuale il capitale, gli interessi correlati all'eccesso di debito (comprese le spese correlate) non sono deducibili.

Rimangono in ogni caso deducibili gli interessi sui primi euro 500.000 di debito eccedente, mentre il legislatore olandese ha espressamente stabilito di non consentire al contribuente di evitare l'applicazione della norma provando che i finanziamenti ottenuti sarebbero stati erogati alle stesse condizioni anche da soggetti terzi ed indipendenti.

Le norme in oggetto limitano soltanto la deducibilità dei finanziamenti ottenuti da parti correlate (tra cui non rientrano le persone fisiche), ragion per cui gli interessi dovuti ad una banca saranno sempre deducibili.

Ai fini della determinazione dell'eccessivo indebitamento societario, la normativa prevede due test: il *fixed ratio* ed il *group debt-to-equity ratio*.

Nel primo caso, il capitale di debito è considerato eccessivo se supera di tre volte il capitale di rischio, tenuto conto dei valori rilevanti ai fini fiscali.

Nel secondo caso, in alternativa all'utilizzo del rapporto 3:1, ogni anno le società possono scegliere di prendere in considerazione il rapporto debito/capitale del gruppo cui appartengono, confrontando il loro rapporto tra capi-

(*) Hanno collaborato i dottori: Christoff Filippo Cordiali e Anna Maria Gulino.

tale di debito e capitale di rischio con il rapporto tra questi due valori a livello di gruppo, come risultanti dai bilanci consolidati. Questa soluzione può essere vantaggiosa per le società che hanno un alto rapporto debito/capitale in ragione di bassi risultati finanziari a livello locale, oppure per società operanti in settori in cui è diffuso un alto livello di finanziamento con capitale di debito. In quest'ottica, il sistema di valutazione utilizzato, ad esempio con riferimento alle partecipazioni, può avere un'influenza sulla quota di interessi deducibili perché una valutazione a valori correnti «gonfia» il capitale. Altri esempi di «pianificazione» sono costituiti dalla mancata inclusione nel consolidato di alcune società figlie o dall'uso di strumenti ibridi.

Il capitale di debito è calcolato come differenza tra i finanziamenti erogati e quelli ricevuti (sono dunque irrilevanti le variazioni in corso d'anno) e, sia per questo dato che per il capitale di rischio, si tiene conto della media all'inizio ed alla fine dell'anno.

I limiti alla deducibilità degli interessi si applicano solo se il contribuente appartiene ai fini contabili ad un «gruppo», così come definito dall'articolo 24b del Libro II del Codice Civile olandese («un'unità economica in cui persone giuridiche e società sono legate le une alle altre a livello organizzativo»).

Il controllo è presunto se la società madre detiene almeno il 50% dei diritti di voto o, in caso contrario, se ha la facoltà di guidare le scelte finanziarie ed operative della società figlia a seguito di accordi con altri investitori, di nominare gli amministratori, ecc.

Rientrano nell'ambito di applicazione della norma anche le società olandesi, appartenenti a gruppi esteri, che, pur non rientrando nella suddetta definizione di gruppo, risultino comunque ricomprese in un bilancio consolidato estero, salvo che quest'ultimo non violi in maniera palese i principi contabili olandesi ed esteri.

Le regole sulla capitalizzazione sottile si applicano, ugualmente, se una società olandese ha delle controllate con cui tiene delle relazioni di gruppo ma non tassate in forma consolidata. Al contrario, se delle società optano per il consolidamento, l'imposta è prelevata come se si trattasse di un unico contribuente: ciò significa che, se il gruppo coincide con l'area di consolidamento perché la controllante consolida tutte le società controllate, la disciplina in oggetto non trova applicazione. Tuttavia, la legge dispone l'impossibilità di consolidare società estere: i gruppi olandesi con società all'estero non possono così evitare l'applicazione della disciplina sulla *thin capitalization* consolidando tutte le società.

La normativa a contrasto della capitalizzazione sottile si applica infine anche nei confronti delle stabili organizzazioni in Olanda di società estere, facendo sorgere la questione se si debba tenere in considerazione il rapporto debito-capitale della società estera o della stabile organizzazione, nel qual caso sarà importante determinare quali finanziamenti ottenuti dalla società sono stati allocati presso la stabile organizzazione olandese.

Sebbene le norme in esame siano state introdotte con l'intento dichiarato di adeguare le scelte legislative olandesi al dettato comunitario, paiono non potersi escludere alcuni profili di illegittimità. In particolare, se una società madre ha delle società figlie all'interno dell'Unione Europea, il cui inserimento in un consolidato permetterebbe la non applicazione della normativa sulla *thin capitalization*, potrebbe essere discriminata rispetto alla società con sussidiarie nei Paesi Bassi. Inoltre, se applicabile, la disciplina sulla capitalizzazione sottile comporta l'indeducibilità degli interessi infrasocietari, di fatto realizzando un'imposta sugli interessi che potrebbe risultare, in alcuni casi, in una violazione della Direttiva Interessi e *Royalties* (Anna Maria Gulino).

2. – *La thin capitalization rule in Spagna*

La disciplina spagnola di contrasto alla capitalizzazione sottile è stata introdotta dalla legge dell'imposta sulle società (*Ley del Impuesto sobre Sociedades*, o LIS) nel 1992. La disciplina, contenuta all'art. 20, LIS, stabilisce che quando il debito fruttifero di una società od ente nei confronti di uno o più soggetti non residenti è di ammontare tre volte superiore al capitale fiscalmente riconosciuto, gli interessi relativi alla quota eccedente del finanziamento sono riqualficati come dividendi a fini fiscali.

La norma trova applicazione solo qualora il finanziamento sia erogato da soggetti non residenti correlati alla società od ente residente in Spagna; circostanza integrata, tra l'altro, quando i soggetti sono parte del medesimo gruppo a fini contabili, quando il finanziamento è erogato da azionisti persone fisiche o amministratori della società, quando una società detiene indirettamente almeno il 25% del capitale dell'altra ovvero quando le due società sono partecipate direttamente o indirettamente, nella misura minima del 25%, dai medesimi soggetti.

Per quanto concerne i termini del rapporto, devono essere utilizzati i valori del capitale e del debito come risultanti dalla media del periodo in esame. Per capitale si intende il patrimonio netto della società od ente, escludendo dal computo i risultati dell'esercizio in riferimento al quale si determina il rapporto; per quanto riguarda i finanziamenti, invece, non si tiene conto di quelli infruttiferi mentre, per l'inclusione dei finanziamenti indiretti, deve essere individuato il soggetto che, pur diverso dal finanziatore effettivo, sopporta il rischio dell'eventuale inadempimento del debitore.

È prevista per il contribuente la possibilità di richiedere alle autorità fiscali l'applicazione di un *safe harbour ratio* più elevato, richiesta che viene valutata sulla base dei finanziamenti che il contribuente sarebbe stato in grado di ottenere all'*arm's length* da soggetti terzi ed indipendenti. Questa opportunità non è, tuttavia, riconosciuta con riguardo ai rapporti con soggetti residenti in Paesi o territori a regime fiscale privilegiato.

Fino al 2004 la *thin capitalization rule* trovava applicazione nei confronti di tutti i finanziamenti erogati da soggetti esteri, a prescindere dal Paese di residenza di questi ultimi.

Nel 2003 la disciplina è stata, tuttavia, emendata (ad opera del *Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, di accompagnamento alla legge finanziaria per il 2004, datato 23 dicembre 2003) in ottemperanza alla decisione della Corte di Giustizia sul caso *Lankhorst-Hohorst* (12 dicembre 2002, C-324/00), nella quale è stata riscontrata la violazione del diritto di libertà di stabilimento (art. 43 del Trattato) da parte della disciplina di contrasto alla sottocapitalizzazione in vigore in Germania.

La Spagna, la cui *thin capitalization rule* è simile al modello tedesco, per non incorrere nella censura della Corte, ha provveduto in via precauzionale a restringerne l'ambito soggettivo, stabilendo che la disciplina in parola non trova applicazione nei confronti dei finanziamenti erogati da soggetti residenti in un Paese Membro dell'Unione Europea, beninteso esclusi i Paesi e territori che rientrano nella *black list* spagnola. Coticché, ad oggi, la disciplina non tratta più in maniera differente i finanziatori residenti in Spagna e quelli residenti in Paesi UE.

L'emendamento in esame trova applicazione a far data dal 1° gennaio 2004, anche se le motivazioni alla base della sua introduzione dovrebbero far propendere per una sostanziale retroattività del disposto, sia in sede contenziosa che nelle future verifiche aventi ad oggetto periodi d'imposta anteriori al 2004.

Come anticipato, la disciplina continua ad applicarsi nei confronti dei soggetti residenti in Paesi e territori dell'Unione che rientrano, tuttavia, nella *black list* spagnola, di cui al *Reales Decretos* 1080/1991 del 5 luglio 1991. L'inclusione di un Paese o territorio nella lista fa discendere una serie di conseguenze sfavorevoli, tra le quali l'indeducibilità delle spese sostenute nei confronti di soggetti ivi residenti. Il decreto prevede, comunque, la disapplicazione di tali norme di sfavore allorché sia stipulato un accordo sullo scambio di informazioni basato sul modello predisposto dall'OCSE.

La *black list* annovera, tra gli altri, Malta, Cipro, Liechtenstein e Gibilterra.

Per quanto concerne Malta e Cipro, recentemente annessi all'Unione Europea, le autorità fiscali spagnole hanno affermato che la direttiva europea sullo scambio di informazioni non è idonea ad inibire l'applicazione della *thin capitalization rule*, necessitando infatti un accordo specifico stipulato dalla Spagna con ogni singolo Paese. La stessa conclusione deve essere estesa anche a Gibilterra, territorio che a fini comunitari è parificato al Regno Unito.

Solo parzialmente diversa è la situazione del Liechtenstein, il quale è ricompreso nello Spazio economico europeo: ad esso si estendono, quindi, le quattro libertà fondamentali (al pari dei Paesi Membri dell'UE) ma, di nuovo, l'assenza di uno specifico accordo sullo scambio di informazioni dovrebbe ricondurre anche quest'ultimo nell'ambito di applicazione della *thin capitalization rule*.

Ciò detto, resta da verificare la compatibilità di queste eccezioni con l'orientamento espresso dalla Corte nella sentenza *Lankhorst-Hohorst*.

Oltre alle modifica legislativa del 2004, di particolare rilievo sull'argomento è una recente decisione della *Audiencia Nacional* (AN 626/2002 del 15 gennaio 2002), la quale ha stabilito che sulla base dell'art. 24, par. 4, del Modello OCSE, la *thin capitalization rule* è discriminatoria in quanto applicabile solo nei confronti dei finanziamenti erogati da soggetti non residenti. La decisione è idonea ad inibire l'applicazione della disciplina nei confronti di tutti i Paesi *extra-UE* con i quali la Spagna ha stipulato un trattato contro le doppie imposizioni basato sul Modello OCSE. Tale orientamento giurisprudenziale potrebbe comunque essere ribaltato, ove nell'ultimo grado di giudizio (di competenza del *Tribunal Supremo*) si decidesse in senso opposto sulla questione. Si rilevi, inoltre, come la Spagna, all'interno delle più recenti convenzioni, ha provveduto ad inserire una apposita clausola che salvaguarda l'applicabilità della *thin capitalization rule*, in deroga agli altri principi, eventualmente contrastanti, contenuti nel trattato (Christoff Filippo Cordiali).

3. – La sottocapitalizzazione in Francia

La normativa francese a contrasto della capitalizzazione sottile risale, nella sua versione attuale, al 1990, quando l'articolo 212 del Codice tributario (*Code général des impôts, CGI*) è stato modificato a seguito della sentenza *Avoir Fiscal* della Corte di Giustizia europea (case C-270/83, *Commissione v. Francia*).

La norma prevede una limitazione ai finanziamenti concessi da una società alla sua controllata, di fatto o di diritto, disponendo che, qualora il livello di indebitamento superi di 1,5 volte capitale della controllata, la quota di interessi eccedente non sia deducibile e sia riclassificata come dividendo. Tuttavia, il secondo comma dell'art. 212 esclude l'applicabilità di questa limitazione agli interessi pagati alla controllante assoggettata al regime della *participation exemption*, disciplinata dall'articolo 145 del CGI, che stabilisce che la società

madre debba detenere almeno il 5% delle azioni della società figlia e che debba essere assoggettata all'imposta sulle società in Francia.

Prima che intervenissero due sentenze del Consiglio di Stato francese (*Conseil d'Etat*) sul punto, nel dicembre 2003, l'Amministrazione finanziaria aveva sempre interpretato la norma nel senso che le società madri estere non potessero avvantaggiarsi del regime della *participation exemption* perché non soggette a tassazione in Francia.

Con le due decisioni sul caso *Andritz* e sul caso *Coreal* (*Conseil d'Etat*, decisione n. 233894, 30 dicembre 2003, *SA Andritz, E Conseil d'Etat*, decisione n. 249047, 30 dicembre 2003, *SARL Coreal*), il giudice francese ha, tuttavia, messo in discussione la posizione dell'ufficio finanziario con riferimento alla clausola di non discriminazione prevista nelle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione, da un lato, e al principio della libertà di stabilimento di cui all'articolo 43 del Trattato CE dall'altro.

Nel caso *Andritz*, la società figlia francese, che aveva pagato interessi nei periodi d'imposta 1991-1992 alla società madre austriaca, si era vista parzialmente negare la deducibilità degli interessi da parte dell'Amministrazione finanziaria. Nel disconoscere le rettifiche operate dall'ufficio finanziario, il Consiglio di Stato ha fatto riferimento alla precedente versione della Convenzione Francia - Austria del 1959 (applicabile negli anni in questione), che prevedeva all'articolo 26(3) il divieto di discriminazione tra le società figlie controllate da società residenti nell'altro Stato Contraente rispetto alle società figlie controllate da società francesi.

L'Amministrazione finanziaria aveva cercato di ribattere sostenendo l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 6(5) e 17A(4) della Convenzione, che consentono, in casi di rapporti anche indiretti di controllo tra due società, di riallocare i profitti o di non consentire la deducibilità degli interessi, qualora siano stati determinati in maniera diversa rispetto al caso in cui le due società fossero state indipendenti. L'Amministrazione sosteneva la prevalenza sulla clausola di non discriminazione delle due previsioni della Convenzione sulla base dei commenti dell'OCSE, che stabiliscono una gerarchia tra le norme nei casi di sottocapitalizzazione, e che tuttavia sono stati pubblicati molto dopo il Trattato in esame e cioè nel 1982.

Pur rigettando il ragionamento dell'ufficio, il giudice ha dovuto anch'egli valutare l'esistenza di una gerarchia tra le disposizioni, giungendo alla conclusione che gli articoli 6(5) e 17A(4) non consentono di mettere in discussione la scelta di una società di finanziare la propria controllata con capitale di debito piuttosto che di rischio e che comunque l'articolo 6(5) non può essere utilizzato per mettere in discussione la scelta tra contributo in capitale e finanziamento. Stabilendo che l'art. 212 CGI non è applicabile in presenza del Trattato Francia-Austria del 1959, il Consiglio di Stato ha concluso che questa norma non rileva se non in presenza di una espressa previsione in tal senso all'interno della Convenzione. La linea di difesa dell'Amministrazione finanziaria si è poi incentrata sull'applicazione alla fattispecie in questione della normativa sul *transfer pricing* (articolo 57 del CGI): anche in questo caso però il giudice amministrativo francese ha stabilito che, se l'ufficio può disconoscere la deduzione degli interessi sulla base dell'*arm's length principle*, è tuttavia insindacabile la scelta della società madre sulle modalità di finanziamento.

I fatti alla base del caso *Coreal* (la società figlia francese aveva dedotto, nei periodi d'imposta 1992, 1993 e 1994, gli interessi sul finanziamento ottenuto dalla società madre tedesca) sono simili a quelli della decisione *Andritz*, ma in quest'occasione il Consiglio di Stato ha dovuto valutare la compatibilità della normativa sulla sottocapitalizzazione con riferimento alla libertà di stabi-

limento posta dall'articolo 43 del Trattato CE. L'Amministrazione finanziaria ha sostenuto innanzitutto la natura esclusivamente interna della disciplina sulla *thin capitalization*, che colpisce la società figlia francese e non la società madre tedesca, ed in secondo luogo che in ogni modo una società estera senza stabile organizzazione in Francia, creditrice nei confronti della società figlia francese, non versi in una situazione paragonabile a quella di una società madre francese. Dopo aver stabilito la rilevanza della disciplina comunitaria nel caso in esame, data anche la presenza di una società madre estera, il giudice ha deciso che il fatto che la società madre estera non rientri nel campo di applicazione della *participation exemption* francese e che non abbia una stabile organizzazione in Francia non sono elementi rilevanti per determinare un'obiettivo differenza tra le due società figlie francesi. La decisione del caso è stata influenzata dalla sentenza *Lankhorst della Corte di Giustizia europea (C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt)*, in cui la Corte ha affermato che l'applicazione di norme diverse a società residenti in relazione al luogo in cui risiedono le società madri viola la libertà di stabilimento. Inoltre, data la prevalenza delle norme comunitarie su quelle dei Trattati internazionali tra Stati Membri, la limitazione alla deducibilità degli interessi prevista dall'art. 212 CGI non trova applicazione nei confronti di società figlie localizzate all'interno dell'Unione Europea, pur in presenza di accordi bilaterali che dispongano in tal senso.

Le decisioni del Consiglio di Stato, di fatto, limitano fortemente il campo di applicazione dell'art. 212, escludendo innanzitutto le situazioni in cui la società madre estera sia residente all'interno dell'Unione Europea.

In conclusione, il Consiglio di Stato ha stabilito che la limitazione alla deducibilità degli interessi, posta dall'art. 212 CGI, trova applicazione soltanto nei confronti delle società figlie francesi di società madri estere localizzate in Paesi *extra-UE*, nelle ipotesi in cui non ci sia un Trattato tra questo Stato e la Francia, ci sia nel Trattato una espressa previsione di applicabilità della limitazione alla deducibilità degli interessi o il Trattato non contenga una clausola di non discriminazione.

In conseguenza di questa presa di posizione, l'Amministrazione finanziaria potrebbe avanzare delle proposte di modifica alla normativa vigente nel senso dell'estensione della limitazione in oggetto anche alle società madri francesi o, in alternativa, dell'applicazione del rapporto debito-capitale ad ogni tipo di finanziamento concesso alla società figlia non solo dalla società madre ma da tutte le società collegate.

In considerazione dei fatti alla base delle due sentenze esaminate, il giudice non si è trovato nella situazione di dover decidere in maniera esplicita il possibile conflitto tra una Convenzione tra la Francia ed uno Stato Membro dell'UE che esplicitamente preveda l'applicazione dell'articolo 212 (com'è quella Francia-Stati Uniti) e i principi posti dal Trattato CE. La dottrina e la giurisprudenza sono tuttavia concordi nel dichiarare la supremazia del diritto comunitario, e quindi del Trattato CE, rispetto alle Convenzioni bilaterali, in qualunque momento stipulate. La posizione della Corte di Giustizia europea sul punto è chiara: uno Stato può riservarsi il diritto di prevedere meccanismi per combattere l'evasione (come l'articolo 212 CGI), all'interno della propria rete di Convenzioni, ma deve farlo nel rispetto dei vincoli comunitari (Anna Maria Gulino).

RASSEGNA DI FISCALITÀ SUDAMERICANA

Argentina
(por Ab. Cristiàn Billardi) (1)

I. NOVEDADES LEGISLATIVAS

Sociedades: Las «offshore» frente a mayores restricciones de la autoridad de control societaria (IGJ)

Continuando con la política asumida precedentemente, la Inspección General de Justicia (IGJ) competente del control societario en el ámbito de la Capital Federal ha emitido resoluciones de importancia (Resoluciones 1/05 y 2/05) que llegan a incluso a negar la inscripción – y su consecuente autorización para funcionar – de estas estructuras societarias.

La IGJ (www.jus.gov.ar/minjus/ssjyal/igj/inicial.htm) invocando sus anteriores resoluciones 7; 8 y 12 del año 2003 que tenían por objeto el mayor control sobre el abuso de las formas societarias, especialmente de las estructuras *offshore*, ha justificado el endurecimiento de su política apelando a los desgraciados hechos acaecidos en la discoteek porteña (República de Cromagnon) la cual se habría valido de un «entramado societario» de este tipo, emitiendo así las Resoluciones 1 y 2/05.

La primera de estas medidas publicada el 8/02/05 se dirige a aclarar algunos puntos de las precedentes resoluciones 20 y 21 del 2004. Establece requisitos previos a la inscripción de sociedades y especifica a su vez las garantías (de \$ 10.000) que deben ofrecer todos los directores de sociedades anónimas. Tal exigencia aplicable además a los directivos de sociedades de responsabilidad limitada, podrá ser disminuida facultativamente por la autoridad en el caso de que las mismas posean reducido capital.

La resolución 2/05 del 16/02/05, sin embargo, es quien viene a establecer lisa y llanamente la no inscripción de las sociedades *offshore* extranjeras (definidas en su art. 9) a los efectos de desarrollar actividades habituales en el país o para participar accionariamente de sociedades locales o constituir sucursales en el ámbito de la Capital Federal. En este último caso, a los efectos de su inscripción las sociedades deberán adecuarse íntegramente a la legislación argentina (art. 2 que remite a la resolución 12/03). Restan en cambio posibles las actuaciones «aisladas» de dicho ente societario en el país.

(1) Por Cristiàn Billardi (c.billardi@uckmar.com) con la colaboración del Dr. Martín Tavella.

En cuanto a las sociedades ya inscriptas con anterioridad estas debieran adecuarse a la legislación nacional en el término de 90 días.

Asimismo, la norma comentada pone el acento en el mayor control restrictivo para aquellas sociedades extranjeras cuya creación hubiera tenido lugar en jurisdicciones de baja o nula tributación fiscal (conforme el decreto 1037/2000, esto es, la *black list* vigente del impuesto a las ganancias) exigiéndoseles, entre otros requisitos, la acreditación del desarrollo «de manera efectiva actividad empresaria económicamente significativa en su lugar de constitución, registro o incorporación». Tales mayores exigencias podrán ser requeridas cuando, aún no siendo sociedades originadas en «paraísos fiscales», provengan de «jurisdicciones no colaboradoras» conforme indicaciones del BCRA, la UIF u organismos internacionales de derecho público tales como la ONU o el GAFI.

La IGJ se reserva deberá solicitar la cancelación de inscripción cuando no se hayan cumplimentados los requisitos de presentación en tiempo y forma (art. 7 y 8).

Por último, desde el 10 de marzo se encuentra vigente la Resolución 3/05 que estableció a los efectos de la inscripción en el Registro Público de Comercio, la publicidad impuesta por la ley de sociedades (art. 118 inc. 2 Ley 19.550) cuando se trate de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada o que se hayan constituido en el extranjero bajo un tipo desconocido por la ley nacional. Esta nueva regulación, complementaria de normas anteriores, atiende a la identificación de accionistas y socios de sociedades que, conforme las mayores exigencias referidas supra, deban solicitar su inscripción registral.

Conforme el art. 3 de la norma, las sociedades por acciones constituidas en el extranjero que soliciten su inscripción conforme a los artículos 118, tercer párrafo y 123, de la Ley 19.550, deberán presentar documentación que contenga la individualización de quienes fueren sus accionistas y las transferencias de participación, sena estas nominativas o al portador. La negativa o imposibilidad de identificación de los accionistas será impedimento para la inscripción.

A partir de la inscripción registral de la sociedad deberán también inscribirse las variaciones accionarias presentándose la documentación pertinente en los términos previstos por la resolución 7/03 o dentro de los 30 días de producida cuando esta importe alteración del control interno de derecho de la sociedad.

Quedan exceptuadas del cumplimiento de estos requisitos (así como de la mayoría de los establecidos en la Resolución 2/05 antes comentada) las «sociedades vehículos» (*conduit companies*) que hayan requerido su suscripción antes o conjuntamente con el cumplimiento de la Resolución 22/04 que viene a instaurar un régimen especial para estas sociedades, previéndose además la vista al organismo fiscal AFIP para que de cuenta acerca de la licitud de dicho «vehículo».

Banco Central: Relevamiento de inversiones directas

A través de la comunicación «A 4305» de fecha 4 de marzo, el Banco Central de la República Argentina (BCRA) reglamentó el sistema de relevamiento de inversiones directas de residentes argentinos en el extranjero y de no residentes en el país establecido por la precedente comunicación «A 4237» del 10 de noviembre del 2004.

Mediante la comunicación «A 4237» la autoridad bancaria (www.bcra.gov.ar) estableció los «lineamientos básicos para relevar inversiones directas de

residentes argentinos en el exterior y de no residentes en el país». Dicha norma, luego de brindar conceptos autónomos relevantes de: inversión directa, inversión inmobiliaria, residencia, inversión extranjera, transferencias accionarias y ganancias, entre otros, se estructura en dos sistemas de relevamientos.

El primero, dedicado al *relevamiento de inversiones directas en el país realizadas por no residentes*, comprende a las personas jurídicas que registren participaciones de inversiones directas de no residentes (participación accionaria igual o mayor 10% del capital) y los administradores de bienes inmuebles pertenecientes a no residentes.

La comunicación tiene el carácter de declaración jurada y debe realizarse cada seis meses año calendario.

Los datos que deben declararse están vinculados con la empresa residente (balance, patrimonio neto contable, aportes y retiros del periodo, emisión de acciones, variaciones patrimoniales, etc.) y con el inversor directo (país de residencia, porcentaje de tenencia, transferencias, etc.). Para los bienes inmobiliarios deberán incluirse también los datos del administrador y los valores de referencia del bien (valor de mercado, valor fiscal, valor locativo, etc.) así como el monto de las compras inmobiliarias realizadas en el periodo.

Conforme la comunicación reglamentaria «A 4305» el relevamiento es obligatorio para los no residentes cuando su participación en el valor del patrimonio neto de la empresa o el valor fiscal de los inmuebles sea igual o superior a US\$ 500.000; caso contrario es optativa.

El segundo relevamiento se refiere a los residentes argentinos (personas físicas o jurídicas) que registren inversiones directas o inmobiliarias en el exterior.

En este caso, las declaraciones semestrales deberán ser presentadas dentro de los 90 días a través de las instituciones financieras.

En cuanto a los datos que deben declararse sustancialmente son similares al caso anterior manteniendo el criterio del 10% de referencia también para las inversiones extranjeras.

La comunicación regulatoria «A 4305», por su parte, establece la obligatoriedad de la declaración a partir de US\$ 1 millón, mientras que aquellas inversiones superiores a US\$ 500.000 e inferiores a US\$ 1 millón pueden declararse anualmente.

AFIP: Reempadronamiento de entidades exentas del Impuesto a las ganancias

La Resolución 1.815 de la AFIP, publicada en el Boletín Oficial el 14/01/2005, modificó el régimen de empadronamiento de entidades exentas de Ganancias, creando nuevas obligaciones para las mismas y fijando sanciones por los diversos incumplimientos, de las cuales la más destacada es la pérdida del beneficio impositivo.

Las entidades están contempladas en el artículo 20° de la Ley del Impuesto a las Ganancias y son aquellas exentas por leyes nacionales; sociedades cooperativas; instituciones religiosas; asociaciones, fundaciones y entidades civiles de asistencia social, salud pública, caridad, beneficencia, educación e instrucción, científicas, literarias, artísticas, gremiales y las de cultura física o intelectual; mutuales; asociaciones deportivas y de cultura física, e instituciones internacionales sin fines de lucro.

Estas entidades deben presentar antes del 22 de marzo, a partir de ejercicios cerrados entre el 31 de agosto de 2003 y 31 de octubre de 2004, declaraciones juradas del Impuesto a las Ganancias – a pesar de ser exentas –, el In-

forme para Fines Fiscales y las disposiciones de la Resolución 4.120 (informar la composición patrimonial y de dirección de las sociedades).

II. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

Barros Carvalho, *Derecho tributario. Fundamentos jurídicos de la incidencia*. [El fenómeno de la incidencia jurídico-tributaria. Sobre la norma jurídico-tributaria, general y abstracta. El hecho jurídico-tributario. Sobre la relación jurídico-tributaria. La norma individual y concreta que documenta la aco-tación tributaria]. *Notas al Derecho Argentino de José O. Casás. Prólogo de José J. Ferreiro Lapatza*, 2º edición, actualizada, 2004, 290 ps. Ed. Ábaco de Rodolfo Desalma.

Casás, José Osvaldo, *Interpretación económica de las normas tributarias*. Análisis económico de la tributación. Interpretación económica y mecanismos contra la elusión. Principios jurídicos relacionados: realidad económica y capacidad contributiva, solución para una vieja antinomia. Principios jurídicos relacionados: realidad económica y seguridad jurídica, certeza y protección de la confianza legítima. El derecho tributario internacional y el criterio de la realidad económica: la sustancia sobre la forma. El derecho tributario internacional y la elusión ilícita del tributo: treaty shopping. La cláusula del beneficiario efectivo en los convenios. Interpretación económica en los impuestos en particular. Realidad económica e ilícitos tributarios. Estudios realizados por AA.VV. Año 2004, 912 ps. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma.

PRÓXIMA APARICIÓN

Peláez Marqués, *El impuesto sobre el patrimonio en el convenio hispano-argentino*. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma.

* * *

Brasile

Brazilian Social Contributions and the rule of Article 3(2) of the OECD Model Convention

The issue concerning double taxation of international trade operations is not a recent theme within the international tax law agenda. There has been an old need to prevent this scenario, and countries have tried several different options to avoid this problem.

Such differences, especially regarding the definition and qualification of legal terms, must be carefully considered. Frequently, both contracting States face a qualification conflict, which happens when a determined term, expression, concept or institute is interpreted differently by the parties. This problem can also take place between the text of Model Conventions (i.e., the wording of clauses), such as the OECD Model, the UN Model, or the U.S. Model and the internal law provisions in each State.

An example of this situation involves article 3, paragraph 2, of the OECD Model Convention and the Brazilian definition of the term «tax». The referred article contains what some authors affirm to be a «general renvoy clause», as follows: *Article 3 – General Definitions (...) (2) As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall have the meaning that it has at any time under the law of that State for the purpose of the TAXES to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax Law of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.*

The Brazilian Tax Law prescribes a series of tax species, and their exact definition and classification is still an unsolved issue among the Brazilian doctrine and jurisprudence. The problem regards the term «taxes» (2) and its definition in Brazilian Tax Law, because according to it, it designates both the gender and one of the tax species in which it is divided. The *lato sensu* definition of the term is expressed in the article 3 of the Brazilian Tax Code, and the species «tax» can be defined as the sum of money paid by tax payers to the State, not bound to any action of it. In this sense, the species «taxes» represent a source of revenue for the State (government) to perform its normal activities (public services, etc.).

Therefore, considering the Brazilian definition of the term, we could be misled to a wrong conclusion, due to the fact that there are other tax species other than the «taxes» *strictu sensu* which must be considered in the interpretation of the term taxes as set forth in the article 3(2) of the OECD Model Convention.

After this brief introduction, we should now discuss the case of the Brazilian social contributions in face of article 3(2) of the OECD Model Convention. Professor Heleno Tôres (3), in a recent study about such matter, explained that the Brazilian social contributions, which are charged from all Brazilian taxpayers, in face of evidence of profit and revenue, is considered a parafiscal tax, once its purpose is to cover the costs of Social Security.

Considering the fact that such contributions are on profit and revenue of taxpayers (both persons and companies), and also bearing in mind that there is no bound action of the State in favor of the taxpayer, and, least but not last, aware that these social contributions are non-cumulative credits, it is possible to affirm that they have the same nature of the taxes described in article 3(2) of the OECD Model Convention. Therefore, they should be subject to the same protection provided by the referred article against double taxation.

As regards those contributions applicable to profit and revenue, the Brazilian PIS (4) and COFINS (5), which are calculated based on the net profit, there are some important useful characteristics that justify their respective admissibility as tax credit, deductible expense or debt liable to be settled, mainly because:

(2) According to the Brazilian Tax Code, «Taxes» are every compulsory pecuniary payment, in currency or corresponding to an amount that can be expressed in currency, and that does not represent any form of punishment for illicit acts, created by law and charged by fully bind administrative activity.

(3) Tôres, Heleno Taveira, *Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas*, 2ª Ed. rev. e atual., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

(4) «PIS: Programa de Integração Social» (Social Integration Program), was created with the purpose of developing social integration of employees in the life and development of their respective companies, aiming to a better distribution of the national revenue.

(5) «COFINS: Contribuição para o financiamento da seguridade social». Literally, Contribution to cover the costs of social security.

1) the non-cumulative principle does not apply to the paid tax credits, therefore, such contributions are cumulative, once there is no constitutional or legal provision that justifies such intention;

2) once it is possible for the non residents to credit themselves of paid real profit taxes – e.g., Brazilian income tax, it would be much more fair to the tax payer that pays taxes based on the invoice, whose expectation of profit is not concrete, being even possible to face losses.

Regarding the Social Contribution on the Net Profit (Brazilian CSLL), the reasons above exposed are even stronger, due to the substantial similarity of this contribution to the Income Tax of legal entities (Brazilian IRPJ), considering that the constitutional principles applicable to the Income Tax apply also to the Social Contribution on the Net Profit.

Further, concerning the contribution above explained, there are very few difficulties to consider it as a real tax for the effects of article 3(2) of the OECD Model Convention, once many economical operators consider it while calculating the tax credit.

According to Heleno Torres (6), the named Brazilian Payroll Contributions must be effectively deemed as taxes (*strictu sensu*). Sacha Calmon (7) explains: «according to the Brazilian Tax Law, the profit contributions are a form of income tax, being the product of its collection destined to a specific purpose (finalistic tax), the gross income or revenue contributions are capital taxes on that portion that exceeds the concept of income, and, last but not least, the payroll taxes are taxes charged over salaries, but due to the State by who pays the salary (the employer)».

The commentaries to the OECD Model, therefore, exclude the Brazilian social security contributions, but only in two situations: in case they are based on the principle of equivalency and when they establish a direct relation with the advantages received in face of their collection. These situations are not applicable in the case of the Brazilian social contributions.

Therefore, the reasonable conclusion is that only due to political reasons the Brazilian social contributions could be excluded from the protections under the OECD Model Convention (8), because based on the technical issues above exposed, the provisions of said document encompass the concept of Brazilian social contributions.

The possible termination of the Brazil-Germany Double Tax Convention
(by André de Souza Carvalho, LL.M International Taxation, Wirtschafts-
universität, Vienna)

Introduction

On March 11th, 2005, the Brazil-Germany Chamber of Commerce (AHK – www.ahk.com.br) issued a note alerting about the possible termination of the

(6) Tôres, Heleno Taveira, *Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas*, 2^a Ed. rev. e atual., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, page 613.

(7) Coêlho, Sacha Calmon Navarro, *As Contribuições para a seguridade e os tratados internacionais*, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, 1997, n. 26, page 72, in Tôres, Heleno Taveira, *Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas*, 2^a Ed. rev. e atual., Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002, page 615.

(8) Tôres, Heleno Taveira, *Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas*, 2^a Ed. rev. e atual., Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002, page 616.

double tax convention concluded by Brazil and Germany («Brazil-Germany DTC») back in 1975. According to this note, the initiative would be from German competent authorities, although it is silent as to any reasons behind such termination (9).

Despite the political aspects that drive the bilateral negotiations and further exchange of information between the competent authorities of Brazil and Germany, it is expected that such termination (10) will frustrate investors from both countries and increase the final tax burden of the associated transactions. This article intends to analyze whether such statement holds true *vis-à-vis* the applicable domestic legislation in Brazil and the taxation of the main categories of income distributed over the Brazil-Germany DTC.

Profits - Article 7

The potential application of Article 7 of the Brazil-Germany DTC may be observed in cases where a German resident provides services other than those

(9) The note was issued both in the Portuguese and German languages and reads as follows:

«Prezados associados,

Contatos com fontes oficiais nos informaram a respeito da intenção do Ministério das Finanças da Alemanha rescindir, a partir de 30 de junho próximo, o Acordo sobre Bitributação entre Brasil e Alemanha, em vigor há 30 anos.

Temos alertado todos os órgãos competentes do governo, bem como as associações de classe sobre as conseqüências negativas dessa decisão para os negócios das empresas alemãs.

A anulação do Acordo de Bitributação implicará na perda de competitividade de nossas empresas, com a conseqüente redução das transações comerciais e de serviços, além de causar a perda de postos de trabalho na Alemanha.

Manifestamos a nossa posição em cartas dirigidas aos Ministros das Finanças, Hans Eichel, e Economia e Trabalho, Wolfgang Clement, e aos representantes de associações de classe.

Manteremos os Srs. informados sobre a questão.

Atenciosamente

Sehr geehrte Mitglieder!

Wie wir von offizieller Stelle erfahren haben, beabsichtigt das deutsche Finanzministerium per 30. 06. 2005 das seit 30 Jahren bestehende bilaterale Doppelbesteuerungsabkommen zu kündigen.

Wir haben seit Monaten auf die sehr nachteiligen Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit deutscher Unternehmen in Brasilien bei allen beteiligten Regierungsstellen und deutschen Verbänden hingewiesen.

Wir sind davon überzeugt, dass die Kündigung des DBA zu einer Verringerung der Wettbewerbsfähigkeit unserer Unternehmen führt, rückläufige Waren- und Dienstleistungsströme zur Folge hat und damit zum Abbau von Arbeitsplätzen in Deutschland führen wird. Diese Positionierung haben wir gestern in individuellen Schreiben an Bundesminister Eichel, Bundesminister Clement sowie den beteiligten Verbandsvertretern noch einmal zum Ausdruck gebracht.

Wir werden Sie über die weitere Entwicklung in dieser Angelegenheit auf dem Laufenden halten.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Rolf-Dieter Acker

Presidente

Präsident

Thomas Timm

Vice-Presidente Executivo

Hauptgeschäftsführer

(10) In line with Article 31 of the Brazil-Germany DTC, the termination effected upon the transmission of a written notice to the other Contracting State until June 30 of a given year is enforceable immediately for the taxes mentioned in Article 2 and as of January 1 of the subsequent year for withholding taxes.

with a technical nature to a Brazilian resident without constituting a permanent establishment in Brazil. In such a case, there may be grounds to claim the enjoyment of treaty benefits, namely avoiding withholding taxation at source on cross-border services payments. According to the new orientation of OECD, after the deletion of Article 14, services are to be treated as profits for qualification purposes. It should be noted that such status of no withholding taxation in Brazil on services payments to Germany may only be reached through litigation before the Federal Courts (11), to the extent Brazilian tax authorities have issued orientation (Declaratory Act 1/2000) stating that services payments are to be qualified in the Other Income article of DTCs. In all DTCs concluded by Brazil, the Article on Other Income permits taxation in both Contracting States (12).

The rendering of services by a German resident to Brazilian beneficiaries should also be construed in light of Article 14 – Independent personal services of the Brazil-Germany DTC. There are discussions on whether Article 14 applies to services performed by individuals or natural persons only or also to services of a personal character rendered by incorporated entities (13). The author is of the opinion that Article 14 of the Brazil-Germany DTC applies only for individuals (14), notwithstanding the position adopted by Brazil: *Brazil reserves its position on the Article. When negotiating conventions, Brazil reserves the right to tax at source all payments made by its residents to non-residents.*

Dividends - Article 10

The distribution of dividends by Brazilian entities to its shareholders, no matter whether domestic or foreign, has been exempt from the withholding income tax since 1996 as per Law No. 9,249/95. The DTC thus does not play a role in this respect, as it foresees a maximum threshold of 15% on the payment of dividends in its Article 10.

It should be noted, however, that such an exemption determined by domestic law can be revoked at any time – there has even been some recent Bills aiming at resuming such withholding income tax on dividend payments (15). Although the pressure against such withholding from the public opinion would naturally be observed if the law passes as proposed in Bill No. 1,129/2003, it is evident that the Government has been taking efforts to increase its tax collection and avoid tax planning techniques, so as to keep a comfortable position towards the commitments with foreign financing bodies. One target is a structure by means of which individuals render services through an incorporated le-

(11) There are a number of cases involving transnational companies challenging the withholding taxation at source in Brazil whenever DTCs are applicable – see, among other, writ of mandamus No. 2001.51.01003090-8 (Rio de Janeiro).

(12) See though recent Declaratory interpretative Act No. 27/04 of December 21 («ADI SRF 27/04»), where there seems to be a concession to Spain in this particular instance. However, such ADI SRF 27/04 clearly states that the scope of application of Article 7 is reduced for technical services, no matter including transfer of technology or not.

(13) See Xu, Tian, *Observations on former Article 14 of OECD MC and the ramifications of its deletions*, in *Permanents Establishments in International Tax Law*, herausgegeben Von Aigner, Hans-Jürgen / Züger, Mario, Linde Verlag, Vienna, 2003, p. 209-211.

(14) This is also the view of Tian Xu, to whom the observation of Mexico stating that Article 14 is applicable to companies that perform professional services «is a clear evidence that Mexico's opinion was treated as an exception to the majority opinion that form the general scope of Article 14, namely individuals» (*op. cit.*, p. 211).

(15) See Bill No. 1,129/2003, the author of which is Congressman Carlos Magrão.

gal entity that pays the income tax on a deemed profit basis and distributes dividends tax free (16).

In such a context, the chances that dividends become taxable again get higher in as much as the recent raise in the taxable basis of services providers (from 32% to 40%) brought about by Provisional Measure No. 232, has faced significant rejection in the Legislative Houses. Final voting is expected for the next weeks. It is possible that, then, the efforts of the Government shall be once again concentrated on the taxation of dividends. This, in fact, would have a similar effect of the desired increase in the taxation of the provision of services, *i.e.*, seeking equalization of the final tax burden of employees and independent (autonomous) individuals on one side and legal entities on the other, as far as the rendering of services is concerned.

Interests - Article 11

Exception being made to interests associated with long-term loans for the acquisition of industrial equipment or public constructions, to which the DTC calls for a maximum withholding rate of 10%, the threshold of the DTC matches the applicable rate determined by domestic legislation for cross-border interest payments to non-tax haven jurisdictions – 15%. The DTC benefits on interests are thus restricted to a matching credit of 20%, as per Article 24, paragraph 3, b.

Royalties - Article 12

Technical Services / Technical Assistance

The qualification of technical services and technical assistance as royalties (17) does necessarily imply in a reduction of the tax burden in Brazil, since after the introduction of the CIDE contribution, the withholding income tax rate was reduced from 25% to 15% in domestic law.

Letting equipment - charter, lease and rental

The Brazil-Germany DTC is patterned after the OECD Model Convention of 1963 and 1977, the definition of royalties of which (paragraph 2 of Article 12) contemplates the expression *or for the use of, or the right to use, industrial, commercial or scientific equipment*. Note that this expression was deleted from the OECD MC in 2000. Yet, as long as it is present in the DTC, there are solid grounds to claim that any payments relating to the letting of equipment qualify under Article 12 of the DTC.

In this sense, the tax sparing provision also applies to royalties (18) and, thus, a fictitious credit of 20% is allowed in Germany.

It should be pointed out that the above characterization as royalties for charter payments – where the benefit is more significant (as they attract a zero rate on the cross-border remittances for the charter of aircraft and vessels) – is not so clear. Indeed, Article 24, paragraph 2 of the Brazil-Germany DTC requires that the tax be effectively paid in Brazil and not only that the income be taxable in Brazil.

The DTC protection and the qualification under Article 12 are more evi-

(16) Some assessments, including one of a famous TV entertainer, are currently being ruled in the Taxpayer's Council, the second level of the administrative tax court – Proceeding No. 10980.006142/00-11, Appeal No. 127793. See also *Ratinho na boca do Leão*, in *O Dia Online*, March 23, 2005.

(17) See item 4 of the Protocol of the Brazil-Germany DTC.

(18) Article 24(3)(c).

dent for rental and lease of equipment. But the benefit in this case is limited to 5%, as the domestic applicable withholding income tax rate is 15%, while the matching credit in Germany is 20%.

Capital Gains - Article 13

The DTC does not bring any relevant feature, whereas capital gain taxation is allowed in both Germany and Brazil under Article 13 (19).

Relief from Double Taxation - Article 24

In line with other conventions concluded by Germany (20), the DTC presents the exemption with progression as the method to avoid or mitigate double taxation in Germany. It should be stressed that the provision contained in Article 24, paragraph 1, (c) may function as a sort of participation exemption for German enterprises with a substantial stake (*i.e.*, more than 25%) in Brazilian companies.

Paragraph 3 of Article 24, as indicated above, contains a tax sparing provision.

Non-discrimination - Article 25

Although, as stated above, the DTC might not be of much help on the payment of dividends, the non-discrimination proviso may be a useful tool to avoid withholding income taxation on dividends distributed by Brazilian companies to German shareholders relating to fiscal year 1993 (or in case a new law is passed imposing the withholding only for cross-border distributions, as was the case of Law No. 8,383/91). The Superior Court of Justice has ruled that the DTC (and its non-discrimination provision) should prevail over the domestic law that imposes such a difference of treatment between domestic and foreign shareholders (21).

Conclusion

Although the Brazil-Germany DTC presents several aspects to be explored by residents of Germany and Brazil in cross border transactions, treaty protection is limited in a number of circumstances, including transfer pricing, since Brazilian tax authorities have decided that Brazilian internal transfer pricing regulations are compatible with Article 9.

In any event, the termination of the DTC would be a severe wound to the stability and neutrality desired and expected by investors of both countries. Also, such termination may create a very negative precedent for Brazil. Moreover, there is also the risk that other nations within the European Community follow the stance adopted by German competent authorities, with a consequent reduction of the Brazilian treaty network.

The author hopes that this episode in diplomatic relationships between Germany and Brazil concerning international tax issues does not lead to termination of the DTC, but rather to negotiated adjustments, like the ones observed in recent ADI SRF 27/04 with Spain.

(19) In fact, this is a feature of all DTCs concluded by Brazil, exception being made only to the one signed with Japan.

(20) See Vogel, Klaus, *Klaus Vogel on Double tax Conventions*, 3rd edition, Boston: Kluwer Law International, 1997.

(21) This decision (the «Volvo case») was issued in the context of the Brazil-Sweden DTC – see Special Appeal No. 426,945/PR, Judge José Delgado.

Investments on foreign companies accounted for under the equity method in Brazil - Taxation of positive foreign exchange variations (by Angela Maria da Motta Pacheco and Jayr Viégas Gavaldão Jr.) (22)

The year 2004, that already stood out in view of the enactment of controversial taxation rules, ended with another tax measure that requires careful thought about its admissibility within the Brazilian Constitutional Taxation System. One of the legislative surprises that surfaced, as usual, at the end of the month of December, assailed the taxpayer with the expansion of the scope of applicability of Income Tax (IR) and Social Contribution on Net Profits (CSLL), which shall henceforth be levied on the positive foreign exchange variations of unrealized investments in stock interests held abroad by Brazilian companies, which are evaluated according to the equity accounting method (net-worth method).

The new rule, provided by an act of the Executive Power (Provisional Measure n. 232, of 12.30.04) qualifies such investment's foreign exchange result, irrespective of its realization, as financial income or expense, which is to be taken into account for the purpose of ascertainment of «taxable income» and of the CSLL calculation basis regarding the base period (23). Thus, in spite of being a mere bookkeeping event, which does not reflect an actual increase in equity, positive exchange variations of unrealized investments, evaluated under the equity accounting method, shall henceforth (24) be part of the companies' «profit» in Brazil.

It is worth noting that the Executive Power introduced a provision into the system that it had itself repealed. Art. 46 of Law n. 10.833/03, with a similar wording, had been vetoed by the President in view of possible tax collection losses it might generate. The reasons for the veto included a statement to the effect that «the absence of an express provision establishing the date on which the rule shall take effect shall certainly lead to several court claims by the taxpayers, to have its effects backdated to the 2003 calendar year, when a negative exchange variation in the region of fifteen percent was recorded, that would represent a deductible expense for corporations with controlled or affiliated companies abroad».

The wording of said art. 46 also qualified exchange variation of unrealized foreign investments as income or expense and allowed it to be considered for tax calculation purposes only on December 31 of each calendar year. MP 232/04, which is greedier, imposes the exchange variation calculation in the «ascertainment period», the purpose of which is, without a shadow of a doubt, to straddle those companies that ascertain the IR and CSLL on a quarterly basis.

This new levy formula for the IR and CSLL, which has now been enconced in legality, has already permeated the ruling maneuvers implemented

(22) Angela Maria da Motta Pacheco, Attorney-at-Law, Doctorship in Tax Law – PUC-SP, Master at Tax Law – PUC-SP, Tax Law Professor of ESAF (School of Revenue Administration); Jayr Viégas Gavaldão Jr., Attorney-at-Law, Mastership in Tax Law – PUC-SP, Expert in Tax Law - IBDT-USP, Bachelor in Business Administration.

(23) Art. 9º of PM n. 232/04 provides:

«The exchange variation of investments abroad evaluated according to the equity accounting method is to be considered as financial income or expense and shall be a part of taxable income and of the Social Contribution on Net Profits – CSLL calculation basis regarding the base period (company's tax year)».

(24) The new provision shall be in force as of April, 1st of 2005, regarding the CSLL and January, 1st of 2006 regarding the Income Tax.

by the Brazilian Federal Revenue Secretariat: Normative Instruction n. 213/02. Said Instruction determines that positive results in the application of the equity accounting method must be taken into account in the ascertainment of IR and CSLL, on December 31st of the calendar year, by those who have not adopted such procedure during said period. Because it doesn't comply with the provisions of Law n. 9.249/95, art. 25, § 6º, as well as of Decree-law n. 1.598/77, art. 23, sole paragraph (as worded by Decree-law n. 1.648/78), Normative Instruction n. 213/02 was disputed in court, apart from generating doubts in the public treasury itself (25). Pursuant to that piece of legislation, claimed as violated by Normative Instruction n. 213/02, positive foreign exchange variations of unrealized investments in stock interests held abroad by Brazilian companies, evaluated according to the equity accounting method, should not be considered for the purpose of ascertainment of «taxable income» which IR and CSLL are levied on.

In the same manner as other elements that are taken into account in the equity accounting method, the foreign exchange variation has an influence on the value of the investment abroad booked in the investor's assets, with no resulting actual equity increase, and a consequent increase in its taxpaying capacity. This is because the actual equity increase, on which the levying of the IR and CSLL hinges, only takes place when said asset is turned to account. Before such time, it is an uncertain potentially profitable situation.

The new tax rule emerges in the trail of the system implemented by article 25 and paragraphs of Law n. 9.249/95, which determined that profits earned through subsidiaries, branches, controlled or affiliated foreign companies should be taken into account in the ascertainment of IR and CSLL, on December 31 of the calendar year.

Other provisions followed that amended the system implemented by the 1995 Law, until the enactment of Provisional Measure n. 2.158/01, that was supposedly sheltered by Complementary Law n. 104/01 (26) and put an end to any doubts regarding the Government's intention to tax income earned abroad by both controlled and affiliated companies, regardless of whether they have been incorporated to the net worth of the investor domiciled in Brazil, by means of distribution of dividends, or not (look-through approach). Thus, the basis of taxation is fiction, by straddling the investor's net worth and not its income.

What we seem to have, in fact, is the unnatural implementation of the so-called CFC (controlled foreign corporation) provisions, born in the USA and accepted worldwide with the adjustments that each jurisdiction requires, which ordinarily attempts to repress the obtainment of passive income in «tax havens». Such measure, nevertheless, has been incorporated to the Brazilian Tax System in order to allow taxation of earnings coming from foreign investments regardless the realization and the nature thereof. Brazilian tax rules on investments abroad through affiliated companies (assets) are way beyond the «CFC legislation», whereas they do not distinguish the location of the foreign companies neither the nature of income (passive or production) such companies provide.

(25) Inquiry Resolutions n. 54/03 and 55/03, of the 9th Fiscal Region's branch of the Federal Revenue Secretariat, stated that the positive exchange variation of investments abroad, evaluated according to the equity accounting method, should not be considered for purposes of calculating the IR and CSSL.

(26) This Law added § 2º to article 43 of the National Taxation Code: «As regards the income earned abroad, the Law shall set forth the conditions and the time of availability thereof to the investor, for the purpose of the tax addressed herein».

The new provision of PM n. 232/04 (27) is, however, evidently more damaging, because the positive exchange variation does not even alter the foreign corporation's net worth, with no effective result. The outcome of this will be the corrosion of the investor's equity under the pretext of the taxation of income.

The alteration made by the new bankruptcy legislation in the Brazilian Tax Code (by Eduardo Jobim) (28)

The modifications made at the Brazilian Tax Code by the Complementary Law No. 118/2005, have been made mostly because of the effect given by the new Bankruptcy legislation (No 11.101/2005).

In modern society the role of bankruptcy legislation is primarily to organize the sharing of losses among an enterprise's different stakeholders. In particular between shareholders and creditors of different sorts such as banks, employees, suppliers, and tax authorities.

The specific legislation should therefore strike a perfect balance between protecting creditors – encouraging them to participate in and support the firm during restructuring (if possible) – and shareholders, thus providing an incentive for them to invest and to take risk. The other rule of bankruptcy law is to protect socially assets while the firm is being restructured or closed down.

All of those aspects made part in the past Brazilian bankruptcy legislation. Thing is that the past bankruptcy legislation use to discourage credit creation because the settlement of financial claims were not prioritised when a firm was declared bankrupt. Instead priority was given to the settlement of labor and tax liabilities. In general, when a bank or supplier wins a bankruptcy action, the little that is left after paying for legal fees is barely enough to settle labor and tax claims. In past legislation, the option of enterprise restructuring (concordata) consisted of a two-year debt rescheduling arrangement set in a law that only applies to unsecured credits (excludes labor, tax, and secured credits).

By the accurate observation of the problems described, the Brazilian Congress approved the new bankruptcy legislation Lei No 11.101, 2005. This legislation gave priority to the settlement of guaranteed loans and made the restructuring of firms in financial distress more cooperative and conducive to recovery.

Obviously amendments to the Tax Code were also made to reconcile it with the main provisions of the new bankruptcy law.

The Complementary Law No 118/2005 made the referred amendments.

The main features of new Tax legislation referred are that: *i*) secured credits have precedence over tax claims, and more important that *ii*) the disposal or overburden of assets or income are to be considered fraudulent «sale» if done after the party is considered server in judicial tax foreclosure.

Item number two is probably the most important alternation made by the Complementary Law. For that, it is very important for external investors to know when they can have disposal of its assets in Brazil.

According to the article 185 of the Fiscal Tax Code, with wording given

(27) The Provisional Measure should be approved by Congress within 120 days, from its publication, or it will take no effect.

(28) Attorney at law and Master of Law student from the University of São Paulo (USP).

by the new legislation (LC No. 188/2005), from the moment of effected summons or the registration of the fiscal debt, the disposal of assets will be considered fraudulent, unless the debtor has enough assets or income to pay the fiscal debt.

By the force of interpretation, we can easily say that the new Law anticipated the initial term were disposal could be considered fraudulent from *i*) the moment of effected summons (old legislation) to *ii*) when registration of fiscal debt (inscrição em dívida ativa).

This modification at the tax legislation have been severely criticized by attorneys (barristers and solicitors) who consider absurd the obligation of «non-disposal of assets and income» while the authorized Court (judiciary power) hasn't even decided if the debt is to be considered due.

Non-discrimination Issues in the Brazil-Spain Double Taxation Treaty (by Alessandra Okuma) (29)

The Brazil–Spain Double Taxation Treaty (1976) follows the OCDE model. The non-discrimination principle, as laid down in its article 24, forbids discrimination of any nature in taxing

- i*) any nationals of other Contracting State;
- ii*) any permanent establishments owned by a company from a Contracting State in another Contracting State;
- iii*) any companies whose capital is owned or controlled, either in whole or in part, by residents of another Contracting State.

In analysing the non-discrimination principle, the Brazilian Superior Court decided that such principle not only prevents discrimination against nationals of the other Contracting State, but also against its residents. Two court decisions (Resp n. 426.945 and Resp n. 602.725) ensured that the payment of dividends by Brazilian companies to shareholders resident in Sweden are not subject to Brazilian withholding income tax, since the payment of dividends to residents of Brazil is exempted. It means that residents of the other Contracting State will be subject to the same treatment as residents of Brazil, provided that in the same circumstances.

It is worth mentioning that article 150, I, of the Brazilian Federal Constitution prohibits any discriminatory treatment against taxpayers in the same circumstances, unless such treatment is justified on the grounds of public interest granted by the Federal Constitution itself.

Likewise tax systems of other States, the Brazilian tax system distinguishes taxable persons and taxable objects based on those that are resident (taxed worldwide) and those that are non-resident (taxed on income arising from a source located in the Brazilian territory).

However, the non-discrimination principle in the Brazilian Double Taxation Convention reads as follows: «Nationals of a Contracting State shall not be subject in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances are or may be subject». The final expression «in particular with respect of the place of residence», included in the 1992 OCDE model, is not

(29) Attorney at Law and Master of Law from the São Paulo Catholic University - PUC/SP.

adopted by Brazil, which reserved its right of not including such expression in its double taxation treaties.

In general, the distinction between residents and non-residents is justified in order to permit the tax collection by the State of source through withholding income tax. Notwithstanding, in particular circumstances, the different treatment imposed on non-residents of Brazil (residents of the other Contracting State) may represent a discrimination precluded by the non-discrimination principle.

Bearing in mind the considerations above, this article examines two issues concerning the application of the non-discrimination principle provided in the Brazil–Spain Taxation Convention.

The first issue is related to dividends derived from ETVE companies.

Article 23 of the Brazil-Spain Taxation Convention provides that dividends received by residents of Brazil, which according to the Convention may be taxed in Spain, are exempted from the Brazilian income tax.

In accordance with such article, an Executive Act (Ordinance no. 45/76) granting to residents of Brazil such exemption from the Brazilian income tax on dividends received from Spanish companies was enacted.

However, in June 2002, another Executive Act (Interpretation Declaratory Act SRF n. 6) denied the tax exemption to dividends received by residents of Brazil arising from an *Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros* – ETVE. Consequently, dividends received by residents of Brazil from Spanish companies are exempted from the Brazilian income tax, except those dividends derived from an ETVE company.

As stated in the Brazil-Spain Tax Treaty, dividends may be taxed in the State of the beneficiary but also in the State of source, at the maximum rate of 15% of the gross amount of the dividends. As a result, every dividends received by residents of Brazil arising from an ETVE would be taxed in Spain, if such exemption has not been provided for the Spanish law. Therefore, subject to the conditions provided for in the Spanish law, profits attributed to an ETVE are exempted from the Spanish income tax and from tax on dividends.

The exemption stated under the Spanish law does not modify its power to collect income tax on profits and dividends derived from ETVE companies. Anytime, according to its convenience, Spain may enact an internal law for the purpose of collecting income tax and tax on dividends derived from ETVE companies, since those dividends might be taxed in Spain according to article 23 of the Brazil-Spain Tax Treaty.

For this reason, the Executive Act (Interpretation Declaratory Act SRF no. 6), which denied the tax exemption related to dividends received by residents of Brazil arising from an ETVE, represents an irregular and unilateral way to amend article 23 of Brazil-Spain Tax Treaty, to prevent its application on dividends derived from ETVEs.

This means that taxpayers in the same circumstances, both resident of Brazil and receiving dividends from Spanish companies, would be treated differently. Beneficiaries of dividends derived from Spanish companies (except for an ETVE) are exempted from the Brazilian income tax, whereas beneficiaries of dividends derived from ETVE are not exempted.

Even considering that the non-discrimination principle cannot be invoked for the purpose of protecting residents of Brazil against a discriminatory taxation imposed by the Brazilian tax authorities, such discriminatory treatment is prohibited by article 150, I, of Brazilian Constitution, which provides that taxpayers in the same circumstances shall be subject to equal treatment.

The second issue deals with royalties paid by residents of Brazil to residents of Spain.

The Declaratory Act no. 27/2004 enacted in December 2004 provides for different rates for royalties paid by residents of Brazil to residents of Spain:

a) royalties arising from the use or the right to use any copyright of literary, artistic or scientific works (including cinematograph films, films or tapes for television or radio broadcasting) shall be subject to Brazilian income tax at a 15% rate;

b) royalties arising from the use of commercial or industrial patents shall be subjected to the Brazilian income tax at a 15% rate; and

c) royalties arising from any other reason shall be subject to a 12.5% rate.

Article 12 (2) of Brazil–Spain Tax Treaty allows the State of source to collect the income tax on royalties arising inside its territory, provided this tax does not exceed:

a) 10% of the gross amount of the royalties arising from the use or the right to use any copyright of literature, artistic or scientific works;

b) 15% in all other cases.

Even if initially the different treatment stated in Declaratory Act no. 27/2004 seems to be permitted by the Brazil-Spain Tax Treaty, it cannot be admitted under the Brazilian Constitution.

A peculiar consequence arises from the application of Declaratory Act no. 27/2004:

a) royalties paid by Brazilian companies to residents of Spain might be subjected to 10%, 12.5% or 15% rates, whereas

b) royalties paid by Brazilian companies, in the same circumstances, to residents in any other Contracting State shall be subject to withholding income tax at a 15% rate.

Although such discriminatory treatment (on the basis of the place of residence of the beneficiary of royalties) does not impose a more burdensome taxation on residents of Spain, nor on the Brazilian companies that are paid royalties by those residents, it is prohibited under article 150, II, of the Brazilian Federal Constitution, which provides that taxpayers in the same circumstances shall be subject to equal treatment. Otherwise, it would be admitted taxation at different rates (10%, 12.5% and 15%) for the same category of income (royalties), supported by taxpayers in the same circumstances (paying royalties) exclusively on the basis of the place of residence of the beneficiary.

DOCUMENTI

a cura dell'avv. Fabrizio Carotti e della dott. Enrica Tucci

Direttiva 2004/106/CE del Consiglio del 16 novembre 2004 che modifica le direttive 77/799/CEE relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri in materia di imposte dirette, di talune accise e imposte sui premi assicurativi, e 92/12/CEE, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa.

La direttiva in oggetto, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. L 359, del 4 dicembre 2004, modifica l'ambito di applicazione della direttiva 77/799/CEE. A far data dal 1° luglio 2005, la direttiva si applicherà alle sole imposte dirette ed alle imposte sui premi assicurativi e non più alle accise.

Inoltre, la direttiva 2004/106/CE modifica alcuni articoli della direttiva 92/12/CEE relativa al regime dei prodotti soggetti ad accise. In particolare sono abrogati:

– l'art. 15 bis relativo alla creazione di database contenente un registro delle persone che sono depositari autorizzati o operatori registrati ai fini dell'accisa, ed un registro dei luoghi autorizzati quali depositi fiscali;

– l'art. 15 ter, relativo allo scambio di informazioni tra le autorità competenti degli Stati membri sui controlli a campione;

– l'art. 19, par. 6, relativo all'informatizzazione dei controlli per sondaggio.

Le disposizioni della direttiva in commento si applicano dal 1° luglio 2005.

COUNCIL DIRECTIVE 2004/106/EC of 16 November 2004

amending Directives 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, certain excise duties and taxation of insurance premiums and 92/12/EEC on the general arrangements for products subject to excise duty and on the holding, movement and monitoring of such products

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,
Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 93 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission,

Having regard to the opinion of the European Parliament (1),

(1) Opinion delivered on 1 April 2004 (not yet published in the Official Journal).

Having regard to the opinion of the European Economic and Social Committee (2),

Whereas:

1) Closer cooperation between Community tax authorities and between the latter and the Commission based on common principles is required to effectively combat excise duty fraud.

2) Regulation (EC) No 2073/2004 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2004 on administrative cooperation in the field of excise duties (3) incorporates all the provisions designed to facilitate administrative cooperation in the field of excise duties contained in Directives 77/799/EEC (4) and 92/12/EEC (5) with the exception of mutual assistance provided for by Council Directive 76/308/EEC of 15 March 1976 on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures (6).

3) Council Directive 2004/56/EC (7) amending Directive 77/799/EEC requires Member States to bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with it before 1 January 2005. These provisions apply in the field of direct taxation, certain excise duties and taxation of insurance premiums. Since the Directive 77/799/EEC will not apply to excise duties, pursuant to this Directive, as from 1 July 2005, it is not appropriate that Member States be required to adopt provisions which are bound to cease to apply within a short time. Therefore, it is necessary to allow Member States not to adopt the provisions necessary to comply with Directive 2004/56/EC concerning excise duties, without prejudice to the obligation to adopt such provisions in respect of other taxes to which Directive 77/799/EC applies.

4) Directives 77/799/EEC and 92/12/EEC should therefore be amended accordingly,

HAS ADOPTED THIS DIRECTIVE:

Article 1

Directive 77/799/EEC is hereby amended as follows:

1. the title shall be replaced by the following title:

«Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums»;

2. paragraph 1 of Article 1 shall be replaced by the following:

«1. In accordance with the provisions of this Directive the competent authorities of the Member States shall exchange any information that may enable them to effect a correct assessment of taxes on income and on capital, and any information relating to the establishment of taxes on insurance premiums referred to in the sixth indent of Article 3 of Council Directive 76/308/EEC of 15 March 1976 on mutual assistance for

(2) Opinion delivered on 31 March 2004 (not yet published in the Official Journal).

(3) See page 1 of this Official Journal.

(4) OJ L 336, 27.12.1977, p. 15. Directive as last amended by Directive 2004/56/EC (OJ L 127, 29.4.2004, p. 70).

(5) OJ L 76, 23.3.1992, p. 1. Directive as last amended by Regulation (EC) No 807/2003 (OJ L 122, 16.5.2003, p. 36).

(6) OJ L 73, 19.3.1976, p. 18. Directive as last amended by the 2003 Act of Accession.

(7) OJ L 127, 29.4.2004, p. 70.

the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures (8).

Article 2

Directive 92/12/EEC is hereby amended as follows:

1. Article 15a shall be deleted;
2. Article 15b shall be deleted;
3. Article 19(6) shall be deleted.

Article 3

References to Directive 77/799/EEC in respect of excise duties shall be construed as being made to Regulation (EC) No 2073/2004.

References to Directive 92/12/EEC in respect of administrative cooperation in the field of excise duties shall be construed as being made to Regulation (EC) No 2073/2004.

Article 4

1. Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive before 30 June 2005. They shall forthwith inform the Commission thereof.

They shall apply these provisions from 1 July 2005.

When Member States adopt these measures, they shall contain a reference to this Directive or be accompanied by such reference on the occasion of their official publication. The methods of making such reference shall be laid down by Member States.

2. Member States shall communicate to the Commission the text of the provisions of national law which they adopt in the field covered by this Directive.

3. By way of derogation from Article 2 of Directive 2004/56/EC, Member States are not obliged to adopt and apply the provisions needed to comply with Directive 2004/56/EC in respect of excise duties.

Article 5

This Directive shall enter into force on the twentieth day following its publication in the Official Journal of the European Union.

Article 6

This Directive is addressed to the Member States.

Done at Brussels, 16 November 2004.

For the Council

The President

G. Zalm

(8) OJ L 73, 19.3.1976, p. 18. Directive as last amended by the 2003 Act of Accession.

L'Eurostat ha pubblicato, nel mese di gennaio, uno studio comparato sulla pressione fiscale esistente nei paesi dell'Unione europea dal 1995 al 2003.

Lo studio condotto dall'Eurostat, e il comunicato stampa del 28 gennaio sottoriportato, sono disponibili sul sito: <http://europa.eu.int/comm/eurostat>.

*Taxation in the EU 25
Tax burden in 2003 ranged from 29% of GDP in Lithuania and Latvia
to 51% in Sweden
Overall tax burden of 41.5% in the EU25*

In 2003, the overall tax burden (9) (i.e. the total amount of taxes and social security contributions) in the EU25 (10) stood at 41.5% of GDP, compared with 41.3% in 2002. After an increase from 42.4% in 1998 to 42.9% in 1999, the tax-to-GDP ratio declined steadily from 1999 to 2002. In all ten new Member States, the tax-to-GDP ratio was lower in 2003 than the EU15 average (41.8%).

Among the Member States there were substantial differences in the total tax burden. In 2003 Sweden (51.4%) recorded the highest tax-to-GDP ratio, followed by Denmark (49.8%), Belgium (48.1%), France (45.7%) and Finland (45.1%). The lowest ratios were observed in Lithuania (28.7%), Latvia (29.1%), Slovakia (30.9%), Ireland (31.2%) and Estonia (33.4%).

In 2003 as compared with 2002, the tax burden rose in seventeen Member States, fell in seven and remained stable in Germany. The highest increases in the tax-to-GDP ratio were recorded in Cyprus (from 32.5% to 34.3%), Ireland (from 29.8% to 31.2%) and Estonia (from 32.4% to 33.4%). The largest reductions were observed in Slovakia (from 32.5% to 30.9%), Greece (from 39.8% to 38.6%), and Finland (from 46.1% to 45.1%).

These figures come from a publication (11) issued today by Eurostat, the Statistical Office of the European Communities. This report gives additional information on the evolution of the tax burden in the EU and the Member States between 1995 and 2003, and on the breakdown of tax revenue across Member States by main tax category.

Variation in structure of taxation between Member States

Looking at the different types of taxes (12) reveals significant differences

(9) The tax-to-GDP ratio measures the overall tax burden as the total amount of taxes and social security contributions as a percentage of GDP. This indicator is widely used to measure the overall tax burden but includes the taxes that are raised on social transfers. Because social transfer recipients often receive directly a net payment, they do not feel the burden of paying taxes.

(10) EU25: Belgium (BE), the Czech Republic (CZ), Denmark (DK), Germany (DE), Estonia (EE), Greece (EL), Spain (ES), France (FR), Ireland (IE), Italy (IT), Cyprus (CY), Latvia (LV), Lithuania (LT), Luxembourg (LU), Hungary (HU), Malta (MT), the Netherlands (NL), Austria (AT), Poland (PL), Portugal (PT), Slovenia (SI), Slovakia (SK), Finland (FI), Sweden (SE) and the United Kingdom (UK).

(11) Eurostat, Statistics in Focus, Economy and Finance, 3/2005, «Tax revenue in EU Member States: Trend, level and structure 1995-2003». The publication is available free of charge in PDF format on the Eurostat website.

(12) Tax revenues received by the General Government are defined as taxes on production and imports, current taxes on income and wealth, capital taxes and actual and imputed social contributions. The different types of taxes comprise:

in the structure of taxation systems between the Member States. In 2003, Poland (19.7%), Slovenia (20.8%) and Slovakia (23.2%) recorded the lowest shares of direct taxes in the total tax burden, compared to the EU25 average of 31.6%. On the other hand, Denmark (59.6%), the United Kingdom (42.0%) and Finland (41.0%) had the highest shares of direct taxes.

With regard to indirect taxes, Cyprus (49.4%), Hungary (42.3%) and Portugal (41.9%) recorded the highest shares compared to the EU25 average of 33.8%, while Belgium (28.8%), Germany (29.7%) and the Czech Republic (31.4%) registered the lowest shares.

Regarding social contributions, the largest shares were observed in Germany (44.4%), the Czech Republic (41.6%) and France (40.2%) compared to the average of 34.5% for the EU25, whereas Denmark (5.4%), Ireland (19.1%) and the United Kingdom (21.0%) recorded the lowest shares of social security contributions. Denmark's social security system is, in fact, almost exclusively financed by general taxation.

Tax burden and structure of taxes

	Total taxes			In direct taxes		Direct taxes		Social security contributions	
	<i>as % of GDP</i>			<i>as % of total tax burden</i>					
	1995	2002	2003	2000	2003	2000	2003	2000	2003
EU25	:	41.3	41.5	33.4	33.8	33.4	31.6	33.2	34.5
EU15	42.0	41.6	41.8	33.3	33.4	33.7	32.2	33.0	34.4
Euro-zone	42.5	42.1	42.2	32.5	32.8	30.4	29.0	37.1	38.2
BE	47.1	48.7	48.1	29.2	28.8	37.3	36.5	33.5	34.6
CZ	36.2	35.5	36.2	33.4	31.4	24.4	27.0	42.2	41.6
DK	50.1	49.7	49.8	34.5	34.9	59.2	59.6	6.3	5.4
DE	42.3	41.7	41.7	28.9	29.7	28.7	25.9	42.4	44.4
EE	37.9	32.4	33.4	39.6	39.3	25.1	26.1	35.3	34.5
EL	34.7	39.8	38.6	38.6	37.2	27.4	23.3	34.0	39.5
ES	34.3	36.3	36.5	33.7	33.7	29.9	29.6	36.4	36.7
FR	45.4	45.6	45.7	34.3	34.1	27.2	25.8	38.5	40.2
IE	35.2	29.8	31.2	41.7	41.4	41.1	39.5	17.1	19.1
IT	42.9	42.4	43.2	36.0	34.2	34.4	35.3	29.5	30.5
CY	:	32.5	34.3	41.4	49.4	36.9	29.4	21.7	21.2
LV	33.7	28.9	29.1	38.7	39.4	27.5	29.1	33.8	31.5
LT	28.6	28.6	28.7	41.1	41.5	28.0	28.2	30.9	30.3
LU	43.6	42.1	42.3	35.4	32.9	37.6	37.7	26.9	29.4
HU	43.6	38.9	39.2	41.3	42.3	25.2	25.0	33.5	32.7
MT	31.3	34.3	34.2	42.8	40.8	31.3	35.5	25.9	23.8

– *Indirect taxes*, linked to production and imports. They include compulsory levies on producer units, value added tax, import duties, excises and other specific taxes on services (transport, insurances), on financial and capital transaction and other taxes on production;

– *Direct taxes*, on income and wealth, include personal and corporate income taxes as well as capital taxes;

– *Social contributions* comprise employers' and employees' actual and imputed social contributions, self-employed and non-employed social contributions.

NL	40.5	39.4	39.3	31.3	33.8	30.1	29.3	38.6	36.9
AT	43.6	45.4	44.8	33.7	33.7	29.2	29.9	37.1	36.4
PL	39.4	35.5	35.8	40.9	41.8	20.4	19.7	38.7	38.5
PT	34.5	37.4	38.1	40.4	41.9	28.1	24.6	31.6	33.5
SI	41.1	39.7	40.3	41.9	41.6	19.5	20.8	38.6	37.6
SK	40.6	32.5	30.9	37.8	36.9	22.1	23.2	40.1	39.8
FI	46.7	46.1	45.1	29.3	31.9	45.1	41.0	25.6	27.1
SE	50.2	51.0	51.4	31.0	34.0	41.4	36.4	27.7	29.6
UK	36.7	37.0	37.1	37.0	36.9	43.7	42.0	19.4	21.0

: Data not available.

INTERNET

a cura del dott. Daniele Mandelli

In un famoso *cult-movie* di fantascienza, il protagonista, dopo un furioso inseguimento raggiunge un Replicante e quando gli spara con la pistola al laser questo va in mille frantumi come fosse una lastra di vetro. Il protagonista, stizzito, afferma: «non era un Replicante, era un suo dannatissimo ologramma».

Alla luce di cotanta citazione viene spontaneo chiedersi se quella a cui stiamo assistendo in questi tempi in Italia sia Politica Fiscale, sia un suo Replicante o sia un dannatissimo ologramma di un suo Replicante. Essendo sprovvisti di pistola al laser per procedere alla prova empirica, ci affidiamo alla rete cercando di capirci qualcosa.

Che non sia politica fiscale è un dato di fatto. Infatti la politica fiscale a livello nazionale è morta. Non sto qui ad annoiarvi con la dimostrazione della sua scomparsa, vi indirizzo piuttosto alla lettura del *working paper* del Fondo Monetario WP/98/176 del lontano 1998 intitolato: «Will Fiscal Policy Be Effective Under EMU?», reperibile nel sito www.imf.org. Già all'epoca, veniva pronosticata la necessità della costituzione di una autorità fiscale centrale a livello europeo, ritenendo che il coordinamento delle politiche fiscali (intese come politiche sia sul lato delle entrate fiscali sia sul lato della spesa pubblica) non potesse essere altro che un accorgimento di breve periodo. Che non si sia proceduto in questo senso è certificato dalle considerazioni conclusive del Rapporto Annuale 2003 sullo stato dell'Unione Europea http://www.isae.it/cap4_estratto_rapp_ann_ue_2003.pdf predisposto dall'ISAE - Istituto di Studi e di Analisi Economica, finanziato dal Ministero del Tesoro. Nelle considerazioni conclusive si afferma «Da un punto di vista istituzionale, alle difficoltà di coordinamento delle politiche fiscali si dovrebbe ovviare grazie alla creazione di una istituzione a livello europeo, dotata dell'autorità necessaria per realizzare il coordinamento tra gli interventi fiscali nazionali ed anche con la politica monetaria e, quindi, in grado di rimuovere gli attuali vincoli di bilancio» e ancora «le proposte di riforma di tipo istituzionale (istituzione di comitati indipendenti di politica fiscale, creazione di un fondo europeo di stabilizzazione, predisposizione di un DPEF europeo) concordano in larga misura sulla necessità di portare a livello sovranazionale la responsabilità della politica fiscale, combinata con quella monetaria. Tale impostazione integrata, tuttavia, appare ancora al di fuori delle prospettive più prossime».

Avendo delegato le funzioni di politica monetaria ad un'autorità sovranazionale come la BCE, le politiche attuabili sul lato reale dell'economia (ricerca dei punti di equilibrio nella curva IS-LM) si sono ristrette di ampiezza. L'aver concertato, con gli altri paesi dell'Unione, il Patto di Stabilità e Crescita ha ridotto ulteriormente le politiche attuabili a livello nazionale.

La politica fiscale attuata oggi in Italia non è nemmeno considerabile un Replicante di politica fiscale. Un umanoide di politica fiscale che viene messo in campo in fase pre-elettorale. Uno di quelli descritti dal *Working Paper* n. 351

del 2003 dell'OCSE intitolato «Discretionary Fiscal Policy and Elections: the Experience of the early Years of EMU» reperibile nella sezione *publications* del sito OCSE <http://www.oecd.org>.

Questi replicanti, queste politiche fiscali discrezionali generano effetti incontrollabili, non misurabili econometricamente e generalmente nocivi all'andamento dei cicli economici (vedi il documento «The Case for Restricting Fiscal Policy Discretion» <http://faculty.insead.fr/mihov/files/FPind.pdf> il cui *abstract* spiega «Using data for ninety-one countries we isolate three empirical regularities: (1) Governments that use fiscal policy aggressively induce significant macroeconomic instability; (2) The volatility of output caused by discretionary fiscal policy lowers economic growth by more than 0.8 percentage points for every percentage point increase in volatility; (3) Prudent use of fiscal policy is explained to a large extent by the presence of political constraints and other political and institutional variables»).

E allora perché usare dei replicanti così incontrollabili quando è possibile mandare in giro dei loro ologrammi?? Perché agire sul sistema economico e fiscale quando è possibile invece agire sulla percezione che del sistema economico-fiscale ne hanno i contribuenti-elettori??

Quella attuale non è più politica fiscale ma è politica della percezione della fiscalità.

Il fenomeno della percezione delle politiche fiscali è conosciuto da tempo. John Stuard Mill nel 1848 scriveva «Perhaps ... the money which [the taxpayer] is required to pay directly out of his pocket is the only taxation which he is quite sure that he pays at all. ... If all taxes were direct, taxation would be much more perceived than at present; and there would be a security which now there is not, for economy in the public expenditure». L'ipotesi di Mill è che il contribuente-elettore sottostima il carico fiscale derivante dalle imposte indirette in quanto queste sono meno visibili di quelle dirette. La tesi di Mill è stata testata di recente (settembre 2004) dall'Istituto di Economia dell'Università di Copenhagen che nel *Discussion Paper* intitolato «Testing the Mill Hypothesis of Fiscal Illusion».

<http://www.econ.ku.dk/wpa/pink/2004/0418.pdf> ne resoconta i risultati.

Una politica fiscale che nei numeri è marginale, ma che mediaticamente enfatizza la riduzione delle imposte dirette e sottace l'incremento delle imposte indirette è tesa esclusivamente a giocare sulla manipolazione della percezione del carico fiscale aumentando la «fiscal illusion» del contribuente - elettore.

Un interessante studio della Stockholm School of Economics intitolato «Fiscal Illusion and Fiscal Obfuscation: an Empirical Study of Tax Perception in Sweden» (reperibile in rete tramite il motore di ricerca Google) descrive l'intero impianto teorico del concetto di *fiscal illusion* e lo applica empiricamente al caso svedese arrivando alla conclusione che in Svezia la «misperception» del carico fiscale non è dovuta solamente alla complessità del sistema fiscale (così come descritta dall'indice di Herfindahl) ma soprattutto alla sistematica ed intenzionale manipolazione della percezione del carico fiscale, tanto da ritenere necessario introdurre il concetto di «Fiscal Obfuscation». Il Paper cita «When the incidence of income taxes is intentionally concealed, we introduce the term *fiscal obfuscation*. The word "obfuscation" is borrowed from development economics, where it refers to the deliberate hiding of the costs of rent seeking redistributionary policies by employing indirect manners of wealth transfer (Magee et al, 1989). While we use the term somewhat differently, the central theme is the same: obfuscation refers to the politicians exploiting the public's rational ignorance by hiding

information from them though indirect policies». Ciò accade sistematicamente in Svezia.

Mentre voi offuscati tentate di capire cosa accade in Italia, io tenterò di costruire l'ologramma dei miei soldi con il quale far fronte alle prossime scadenze fiscali.

CONVENZIONI INTERNAZIONALI

a cura del dott. Giuseppe Corasaniti (*)

SOMMARIO: *Introduzione.* – SEZIONE PRIMA: *Convenzioni contro le doppie imposizioni di cui è parte l'Italia.* – 1. Convenzioni ratificate. – 2. Convenzioni entrate in vigore. – SEZIONE SECONDA: *Altre Convenzioni contro le doppie imposizioni.* – 1. Convenzioni firmate o per le quali sono in corso negoziazioni. – 2. Convenzioni ratificate. – 3. Convenzioni entrate in vigore. – SEZIONE TERZA: *Interpretazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni.* – 1. Incompatibile con la Convenzione Francia - Svizzera la ritenuta del 50% sulle plusvalenze immobiliari realizzate da un soggetto svizzero su immobili siti in Francia. – 2. La ridotta ritenuta alla fonte prevista dalla Convenzione Belgio - Lussemburgo si applica anche se le formalità richieste da un commentario di natura amministrativa alla Convenzione non sono state adempiute. – 3. La Corte Suprema belga si pronuncia sul luogo di esercizio di un'attività di lavoro dipendente in base alle disposizioni pattizie.

Introduzione

La presente Rubrica è strutturata in tre sezioni. La prima sezione segnala le Convenzioni contro le doppie imposizioni, delle quali è parte l'Italia, che sono state siglate, ratificate da uno dei due Stati contraenti ovvero entrate in vigore antecedentemente al 31 dicembre 2004 e delle quali non è stata data precedentemente menzione nella stessa Rubrica. La seconda sezione segnala le altre Convenzioni contro le doppie imposizioni che sono state siglate, ratificate da uno dei due Stati contraenti ovvero entrate in vigore nello stesso periodo. La terza sezione infine segnala l'evolversi delle interpretazioni ministeriali e della giurisprudenza dei diversi Stati contraenti con riferimento all'applicazione delle Convenzioni già entrate in vigore.

SEZIONE PRIMA

CONVENZIONI CONTRO LE DOPPIE IMPOSIZIONI DI CUI È PARTE L'ITALIA

1. – Convenzioni ratificate

L'Italia e il Ghana hanno firmato la prima Convenzione contro le doppie imposizioni, ed il relativo protocollo, il 19 febbraio 2004. Il trattato è redatto in lingua inglese e in italiano, ogni testo con pari autenticità. Il trattato è ispirato al modello OCSE, dal quale non presenta importanti scostamenti.

Le ritenute non possono superare le seguenti soglie:

(*) Ha collaborato la dottoressa Giovanna Costa e il dottor Paolo Stizza.

– 15% sui dividendi, 5% se il beneficiario effettivo è una società (diversa da una *partnership*) che detiene almeno il 10% del capitale della società che eroga i dividendi;

– 10% su interessi, *royalties e management fees*;

È prevista inoltre una clausola antiabuso per la quale queste ultime ritenute non si applicano se tali pagamenti sono effettuati con l'esclusivo o prevalente scopo di acquisire i benefici concessi dal presente trattato.

Gli scostamenti dal Modello OCSE si possono così sintetizzare:

– un cantiere, una costruzione, o un progetto di assemblaggio o di installazione o le connesse attività di supervisione sono una stabile organizzazione se hanno una durata superiore a sei mesi;

– il trattato non impedisce agli Stati contraenti di applicare la legislazione domestica al fine di prevenire l'evasione e l'elusione fiscale.

Entrambe gli Stati hanno optato per il metodo del credito d'imposta per evitare la doppia imposizione. Inoltre, il Ghana concede un credito d'imposta se una società ghanese riceve dividendi da una società italiana di cui detiene almeno il 25% del capitale.

L'Italia ha siglato la prima Convenzione Italia - Azerbaijan contro le doppie imposizioni, ed il relativo protocollo, il 24 luglio 2004.

Il parlamento dell'Azerbaijan ha ratificato la suddetta convenzione, ed il relativo protocollo, il 26 ottobre 2004. Nei prossimi numeri si daranno conto degli ulteriori dettagli.

L'Italia ha siglato il protocollo relativo alla Convenzione Italia - Belgio del 29 aprile 1983, emendando, così, il protocollo siglato il 19 dicembre 1984.

Il protocollo è redatto in lingua olandese, francese e in italiano, ogni testo ha pari autenticità.

Il protocollo intende modificare l'art. 19(1)(b): i redditi pagati da uno Stato, da una sua formazione politica o amministrativa o un ente locale, ad un soggetto per i servizi da esso resi in tale Stato, saranno ivi tassati solamente se il soggetto è residente o cittadino di tale Stato.

Nel momento in cui il protocollo entrerà in vigore, si applicherà retroattivamente per i redditi soggetti a tassazione a partire dal 1° gennaio 1997. Il protocollo si applicherà indipendentemente dall'esistenza di un'esenzione prevista dalla legislazione domestica.

2. – *Convenzioni entrate in vigore*

La prima Convenzione Italia - Mozambico contro le doppie imposizioni firmata il 14 dicembre 1998, ed il relativo protocollo, è entrata in vigore il 6 agosto 2004. Il trattato troverà applicazione a partire dal 1° gennaio 2005.

I dettagli della Convenzione sono già stati segnalati (*retro* n. 3 del 2003), tuttavia, in questa numero pare opportuno richiamarne i tratti più significativi.

Il trattato è redatto in lingua portoghese, italiana e in francese, ogni testo con pari autenticità; in caso di divergenza, comunque, prevarrà il testo redatto in lingua francese. Il trattato è ispirato al Modello OCSE, dal quale non presenta importanti scostamenti.

Per quanto riguarda le ritenute, le aliquote non possono superare:

– 15% sui dividendi;

– 10% sugli interessi. Gli interessi sono esenti se:

1) pagati dal governo o da autorità locali di uno degli Stati contraenti;

2) pagati al governo o ad una autorità locale di uno degli Stati o ad una agenzia pubblica di uno degli Stati;

3) pagati ad un ente qualsiasi in relazione a prestiti erogati in virtù di un accordo tra i governi degli Stati;

– 10% sui canoni.

Le plusvalenze sono generalmente tassate nello Stato di residenza dell'alienante, con due eccezioni:

i) le plusvalenze derivanti dalla vendita di beni immobili, di beni mobili connessi ad una stabile organizzazione o una base fissa, inclusa la vendita della stessa stabile organizzazione, sono tassabili anche nello Stato in cui sono siti i beni immobili, la stabile organizzazione o la base fissa e;

ii) le plusvalenze derivanti dalla vendita di navi e aeromobili utilizzati nel traffico internazionale, e i beni mobili connessi a tale traffico, sono tassati esclusivamente nello Stato in cui è situata la sede dell'amministrazione della società.

Il metodo del credito d'imposta è stato adottato da entrambi gli Stati contraenti al fine di evitare la doppia imposizione. Nessun credito è concesso dall'Italia se il reddito di fonte estera è soggetto ad una imposta italiana sostitutiva a titolo definitivo, come espressamente previsto all'art. 18 del t.u.i.r.

Entrambi gli Stati contraenti riconoscono ai propri residenti un credito (*tax sparing credit*) per le imposte sui redditi di impresa previste dalla convenzione e non assolate parzialmente o totalmente nell'altro Stato contraente, in base ad incentivi di carattere temporaneo accordati dagli Stati contraenti al fine di promuovere lo sviluppo economico.

La prima Convenzione Italia - Uzbekistan contro le doppie imposizioni firmata il 20 novembre 2000, ed il relativo protocollo, è entrata in vigore il 26 maggio 2004. Il trattato troverà applicazione a partire dal 1° gennaio 2005.

I dettagli della Convenzione sono stati segnalati *retro* n. 2 del 2004.

SEZIONE SECONDA

ALTRE CONVENZIONI CONTRO LE DOPPIE IMPOSIZIONI

1. – *Convenzioni firmate o per le quali sono in corso negoziati*

Il 30 giugno 2004 Olanda e Slovenia hanno firmato la prima Convenzione contro le doppie imposizioni, ed il relativo protocollo. Una volta in vigore, essa sostituirà il trattato stipulato tra Olanda e Slovenia del 22 febbraio 1982, nella parte relativa ai rapporti tra Olanda e Slovenia.

Il trattato segue il Modello OCSE e prevede come soglia massima per le ritenute:

– 15% sui dividendi in generale, 5% se la società detiene direttamente almeno il 10% del capitale della società che paga i dividendi e 0% se vengono soddisfatti i requisiti previsti dalla Direttiva Madre-Figlia o il beneficiario effettivo è un fondo pensione come definito al par. VIII del protocollo;

– 5% sugli interessi;

– 5% sui canoni. La Slovenia non applicherà alcuna ritenuta sui canoni, pagati a soggetti diversi dalle persone fisiche, per tre anni dall'introduzione delle ritenute sui canoni in Slovenia (cfr. par. XII del protocollo).

Differenziandosi dal Modello OCSE, sono considerati soggetti residenti, ai fini del presente Trattato, i fondi pensione che sono riconosciuti e si attengono

alle rispettive legislazioni nazionali, il cui reddito, pertanto, è, generalmente, considerato esente da tassazione nell'altro Stato (cfr. par. III del protocollo). Vi è, inoltre, un articolo che si occupa delle attività *offshore*.

Entrambi i Paesi hanno optato, alternativamente, per il credito d'imposta o per l'esenzione con progressione, per evitare la doppia imposizione.

L'applicazione del presente trattato potrà essere estesa alle Antille olandesi ed Aruba.

Sono stati resi disponibili i dettagli del nuovo trattato firmato in data 21 ottobre 2004, tra Estonia e Lituania. Una volta in vigore, essa sostituirà il trattato stipulato tra Estonia e Lituania del 13 settembre 1993.

La Convenzione non presenta significative differenze dal Modello OCSE e prevede le seguenti aliquote massime per le ritenute:

– 15% sui dividendi in generale e il 5% se il beneficiario effettivo è una società che detiene direttamente o indirettamente almeno il 20% del capitale della società che paga i dividendi;

– 10% sugli interessi;

– 10% sui canoni.

I principali scostamenti dal Modello OCSE comprendono le seguenti fattispecie:

– un cantiere, una costruzione, o un progetto di assemblaggio o di installazione o le connesse attività di supervisione sono una stabile organizzazione se hanno una durata superiore a sei mesi;

– il trattato contiene un articolo sulle attività *offshore*;

– è prevista la c.d. *limitation on benefit clause* (clausola antiabuso), secondo la quale non saranno accordati i benefici del presente trattato ai soggetti che risiedono in uno dei due Stati a motivo, esclusivo o prevalente, di ottenere tali benefici che altrimenti non avrebbero potuto ottenere.

Per evitare la doppia imposizione l'Estonia ha optato per l'esenzione con progressione e per il credito di imposta per dividendi, interessi e canoni, mentre la Lituania applica, esclusivamente, il credito di imposta.

2. – *Convenzioni ratificate*

La prima Convenzione contro le doppie imposizioni firmata tra la Georgia e l'Inghilterra il 13 luglio 2004 è stata ratificata dalla Georgia il 24 dicembre 2004.

La Convenzione non presenta significative differenze dal Modello OCSE e prevede le seguenti aliquote massime per le ritenute:

– 10% sui dividendi in generale, 5% se il beneficiario effettivo è una società che detiene almeno il 10% del capitale della società che paga i dividendi e 0% se il beneficiario effettivo è una società che detiene almeno il 50% del diritto di voto della società che paga i dividendi e ha investito almeno 2 milioni di sterline (o l'equivalente in moneta georgiana) nella società che paga i dividendi al momento della distribuzione.

– 0% su interessi e canoni.

Di seguito si segnalano i principali scostamenti dal Modello OCSE:

– un cantiere, una costruzione o un progetto è una stabile organizzazione se ha una durata superiore a sei mesi;

– generalmente è lo Stato di residenza che tassa le plusvalenze, ma nel caso in cui il soggetto ha cambiato residenza da meno di cinque anni, anche l'altro Stato può tassare tali plusvalenze;

– se un soggetto è tassato nello stato di residenza sulla base delle rimesse di denaro derivanti da redditi conseguiti nello Stato della fonte, il *relief* è garantito nella misura in cui il reddito o il guadagno è rimesso nello Stato di residenza.

Entrambi gli Stati hanno optato per il credito d'imposta quale metodo per evitare la doppia tassazione. L'Inghilterra concede anche un credito d'imposta se una società inglese riceve dividendi da una società georgiana di cui detiene direttamente o indirettamente il 10% dei diritti di voto. La Georgia concede, inoltre, l'esenzione con progressione.

È stata ratificata la nuova Convenzione tra Germania e Polonia. Il Trattato ed il Protocollo erano stati firmati il 14 maggio 2003. La Legge di ratifica sul versante tedesco è del 20 Settembre 2004, pubblicata nel *Bundesgesetzblatt* tedesco. Una volta in vigore, essa sostituirà il trattato stipulato tra Germania e Polonia del 18 dicembre 1972. La Convenzione, redatta in lingua tedesca e polacca, con eguale autenticità, non presenta significative differenze dal Modello OCSE e prevede le seguenti aliquote massime per le ritenute:

– 15% sui dividendi in generale, 5% se il beneficiario effettivo (diverso da una *partnership*) è una società che detiene almeno il 10% del capitale della società che paga i dividendi. I dividendi e gli interessi derivanti da diritto di credito o di debito, sono considerati utili, inclusi quelli percepiti dal socio ombra e quelli derivanti da partecipazioni in *profit-sharing bonds* e *loans*, e possono essere tassati in conformità della normativa interna di ciascun paese.

– 5% sugli interessi;

– 5% sui canoni. La nozione di canoni include i pagamenti per l'uso, il diritto d'uso di registrazioni per trasmissioni televisive nonché l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche, come anche il diritto al marchio, all'immagine e ad altri diritti personali.

Le differenze dal Modello di Convenzione tipo OCSE sono le seguenti:

– una *partnership* è considerata residente, ai fini del presente Trattato, nello Stato in cui è sita la sede dell'amministrazione. È, inoltre, inserita la *subject-to-tax clause* secondo la quale, gli articoli della presente Convenzione (dall'art. 6 all'art. 23) si applicano solamente al reddito della *partnership* o ai redditi di capitale che sono soggetti a tassazione nello Stato in cui la *partnership* è considerata residente;

– sono contenute, inoltre, delle speciali norme che consentono di rimborsare le ritenute alla fonte subite dai soggetti beneficiari del Trattato;

– è previsto che la presente Convenzione non impedirà alla Germania di tassare il reddito imputato ai soggetti residenti in Germania in applicazione della normativa tedesca in tema di CFC contenuta nella parte 4 del *Foreign Tax Regulations Law (Außensteuergesetz)*;

– è consentito allo Stato di residenza di applicare la c.d. *exit tax* nei confronti di soggetti che sono stati residenti per almeno cinque anni e poi abbiano deciso di trasferire la residenza nell'altro Stato. La pretesa impositiva dello Stato di partenza è limitata all'incremento di valore che le azioni hanno subito nel periodo di residenza del soggetto.

Per evitare la doppia imposizione, la Germania applica il metodo dell'esenzione. Per i dividendi, tale metodo è applicabile solamente alle società tedesche che detengono almeno il 10% della società che distribuisce il dividendo. La Germania adotta il credito di imposta nei casi espressamente previsti per particolari tipi di reddito. La Polonia utilizza il metodo dell'esenzione, in alcuni casi con progressione, e il credito di imposta limitatamente ai dividendi, interessi e canoni.

3. – *Convenzioni entrate in vigore*

La prima Convenzione Portogallo - Repubblica Slovacca contro le doppie imposizioni, firmata il 5 giugno 2001 a Bratislava, è entrata in vigore il 4 novembre 2004. Il trattato troverà applicazione a partire dal 1° gennaio 2005.

Il trattato segue il Modello OCSE e prevede come soglia massima per le ritenute:

- 15% sui dividendi in generale, il 10% per le società che detengono, direttamente o indirettamente, nei due anni precedenti alla distribuzione, almeno il 25% del capitale sociale della società che distribuisce il dividendo;
- 10% sugli interessi; e
- 10% sui canoni. La nozione di canoni include i pagamenti per il *leasing* di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche nonché i pagamenti per la concessione in uso di *know-how*.

Le plusvalenze sono tassate generalmente nello Stato di residenza dell'alienante con le seguenti eccezioni:

i) le plusvalenze derivanti dalla vendita di beni immobili, di beni mobili connessi ad una stabile organizzazione o una base fissa, inclusa la vendita della stessa stabile organizzazione, sono tassabili anche nello Stato in cui sono situati i beni immobili, la stabile organizzazione o la base fissa; e

ii) plusvalenze derivanti dalla vendita di navi e aeromobili utilizzati nel traffico internazionale, e i beni mobili connessi a tale traffico, sono tassati esclusivamente nello Stato in cui è situata la sede dell'amministrazione della società.

Entrambi gli Stati adottano il credito d'imposta per evitare la doppia imposizione. Tuttavia, sia il Portogallo sia la Slovacchia, nella determinazione del reddito imponibile dei rispettivi residenti, possono tener conto anche di quei redditi che, in virtù del Trattato, non sono soggetti a tassazione (esenzione con progressione).

Il trattato non fa riferimento ad alcun particolare regime di tassazione, sia sul versante portoghese sia slovacco, perciò si ritiene che per l'applicazione del trattato non rileverà il regime fiscale a cui un soggetto è sottoposto in virtù delle normative nazionali.

Il Ministero del Tesoro americano ha reso noto che il protocollo dell'8 marzo 2004, modificativo della Convenzione tra Stati Uniti di America e Olanda, siglata il 18 dicembre 1992, è entrato in vigore il 28 dicembre 2004. Il protocollo troverà applicazione a partire dal 1° gennaio 2005 e le disposizioni relative alle ritenute troveranno applicazione per gli importi pagati o accreditati dopo il 1° febbraio 2005.

Secondo il protocollo, le ritenute su dividendi saranno il 15% o il 5% ovvero l'esenzione in ragione della quota di partecipazione nella società che distribuisce il dividendo.

Per avere diritto all'esenzione, il beneficiario effettivo deve essere una società che detenga, nei 12 mesi precedenti alla delibera di distribuzione del dividendo, non meno dell'80% dei diritti di voto della società che distribuisce il dividendo. La ritenute del 5% e del 15% continueranno anch'esse ad essere applicate in presenza di determinate condizioni. Sono previste ulteriori deroghe, quando il dividendo è pagato da un *US Regulated Investment Company* (RIC) o, in certi casi, da un *US Real Estate Investment Trust* (REIT), o da un fondo di investimento olandese.

In aggiunta, ai sensi del presente protocollo, gli Stati Uniti non applicano la *branch profit tax* sulle società che:

- prima del 1° ottobre 1998, svolgevano un'attività che generava reddito attribuibile ad una stabile organizzazione o che il reddito o il guadagno rientrasse nell'ambito applicativo degli artt. 6 o 14 della Convenzione;

- si qualificano come *person* ai sensi dell'art. 26(2)(c) (*Limitations on benefits*)

- possono beneficiare dell'art. 26(3);

- hanno ricevuto una limitazione in applicazione dell'art. 26(7).

Il protocollo inserisce una nuova disposizione che consente allo Stato di residenza di continuare ad applicare la normativa nazionale riguardante il trattamento pensionistico anche se un lavoratore dipendente è temporaneamente impiegato nell'altro Stato.

Per concludere si segnala che l'art. 26 (*Limitation on benefits*) è stato notevolmente semplificato.

Sono stati resi noti i dettagli della prima Convenzione tra Portogallo e Estonia, firmata il 13 Maggio 2003. Il trattato, che segue le disposizioni del Modello OCSE, è entrato in vigore il 20 giugno 2004 e sarà applicabile dal 1° gennaio 2005.

Le ritenute non possono superare le seguenti soglie:

- 10% sui dividendi. In accordo con il protocollo, i dividendi pagati dopo il 31 dicembre 1999, subiranno una ritenuta che non può superare quella stabilita dal Portogallo per i dividendi pagati a soggetti residenti nell'EU, ma, in ogni caso, non può essere inferiore al 5%;

- 10% sugli interessi. Le esenzioni si applicano se:

- 1) il beneficiario effettivo è uno degli Stati, un'autorità locale di uno degli Stati o un ente pubblico, incluse le banche centrali o le istituzioni finanziarie possedute interamente dallo Stato;

- 2) l'interesse è pagato su un prestito garantito dallo Stato;

- 10% sui canoni. La nozione di canoni include i pagamenti per l'uso, il diritto d'uso di registrazioni per trasmissioni televisive nonché l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche.

Le differenze dal Modello di Convenzione tipo OCSE sono le seguenti:

- se una persona, diversa da un individuo, è residente in entrambi gli Stati, le autorità competenti devono impegnarsi a risolvere la questione tramite la procedura amichevole;

- un cantiere, una costruzione o un progetto o le connesse attività di supervisione sono una stabile organizzazione se hanno una durata di almeno nove mesi; e

- la disposizione relativa ai redditi non espressamente disciplinati dagli altri del modello, attribuisce anche allo Stato della fonte il potere impositivo.

Entrambi gli Stati adottano il credito d'imposta per evitare la doppia imposizione. L'Estonia garantisce il credito di imposta alle società estoni che ricevono un dividendo da una società portoghese di cui possiedono almeno il 10% dei diritti di voto. Il Portogallo nella determinazione del reddito imponibile dei suoi residenti tiene conto anche di quei redditi che, in virtù del Trattato, non sono soggetti a tassazione in Portogallo (esenzione con progressione).

La Convenzione, inoltre, prevede la c.d. *limitation on benefits* per il quale i benefici del Trattato non sono accordati al soggetto residente nell'altro Stato se, d'accordo le autorità competenti di entrambi gli Stati, tale soggetto li ottiene violando i principi generali del presente Trattato.

SEZIONE TERZA

INTERPRETAZIONE DELLE CONVENZIONI CONTRO LE DOPPIE IMPOSIZIONI

1. – *Incompatibile con la Convenzione Francia - Svizzera l'imposizione sulle plusvalenze immobiliari realizzate da un soggetto svizzero derivati dalla cessione di beni immobili siti in Francia*

La Corte d'Appello di Marsiglia, in una sentenza (Causa n. 99-232) del 11 marzo 2003 recentemente pubblicata, si è espressa sull'incompatibilità di una norma interna francese con una disposizione convenzionale.

Il caso trattato riguardava una società svizzera che aveva realizzato una plusvalenza a seguito della cessione di un immobile localizzato in Francia, sulla quale gravava una ritenuta alla fonte a titolo di imposta nella misura del 50% secondo il disposto dell'art. 244-*bis* del Codice Generale delle Imposte.

L'articolo menzionato prevede infatti che le persone fisiche e giuridiche prive di domicilio o stabile organizzazione in Francia debbano subire l'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo di imposta del 50% sulle plusvalenze immobiliari realizzate dalla vendita di beni immobili francesi.

La Corte d'Appello è stata adita per decidere se tale imposizione fosse o meno compatibile con la clausola di non discriminazione contenuta nell'art. 26 della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Francia e Svizzera e firmata il 9 settembre 1966. La Corte si è espressa confermando la tesi del contribuente ovvero che l'applicazione dell'articolo 244-*bis* era nel caso di specie incompatibile con la norma contenuta nel Trattato.

In particolare, la Corte nel raggiungere tale convinzione si è domandata se la società svizzera potesse considerarsi in una posizione differente rispetto ad una ipotetica società francese nella medesima situazione. È stato constatato che sulle società francesi non è mai applicata tale forma di tassazione. In secondo luogo, è stato rilevato che la società svizzera non si trovava in una posizione differente a quella in cui si sarebbe trovata una società francese se avesse effettuato la medesima operazione.

Avverso la sentenza della Corte, la quale ha confermato che la ritenuta del 50% non deve applicarsi alla società svizzera, l'Amministrazione finanziaria ha adito la Suprema Corte Amministrativa di cui si attende ora la decisione finale.

2. – *La ridotta ritenuta alla fonte prevista dalla Convenzione Belgio - Lussemburgo si applica anche se le formalità richieste da un commentario di natura amministrativa alla Convenzione non sono state adempiute*

Nella decisione del 9 giugno 2004, la Corte di prima istanza di *Ghent* si è pronunciata sull'applicazione della ridotta ritenuta a titolo d'imposta prevista dal trattato Belgio - Lussemburgo del 17 settembre 1970 quando i requisiti formali previsti da un commentario di natura amministrativa al trattato stesso non siano soddisfatti.

La questione riguardava una società belga che pagava interessi ad una sua partecipante lussemburghese. Su tali flussi di danaro, che venivano versati sul conto corrente della società lussemburghese, la società belga non effettuava alcuna ritenuta.

L'Amministrazione finanziaria belga ha così applicato l'articolo 18(1)(4) del Codice delle Imposte Dirette che prevede, tra l'altro, la riqualificazione de-

gli interessi come dividendi per la quota parte di interessi pagati eccedente gli interessi calcolati secondo i tassi di mercato. L'Amministrazione belga ha richiesto che fosse effettuata quindi un pagamento del 25% a titolo di ritenuta d'imposta sulla parte degli interessi riqualificazione come dividendi e del 15% sulla parte residuale di interessi.

La società belga ha invece sostenuto che per la parte di interessi riqualificati come dividendi dovesse trovare applicazione l'articolo 10 del trattato Belgio - Lussemburgo che, al paragrafo 2, lett. *a*), prevede che la ritenuta sui dividendi sia ridotta al 10% se, *inter alia*, dall'inizio dell'anno, la società che percepisce i dividendi ha detenuto almeno il 25% del capitale della società che li paga.

L'autorità fiscale belga ha tuttavia rifiutato di applicare l'imposta ridotta di cui al citato articolo 10 del trattato perché non erano state adempiute alcune formalità, il cui espletamento è previsto in un commentario, avente natura amministrativa, alla Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra i due Paesi.

Tali formalità prevedono che il beneficiario effettivo straniero dei dividendi compili un modulo specifico che riguarda le modalità di applicazione dell'agevolazione pattizia.

Tale modulo deve poi essere certificato dall'amministrazione competente per le imposte estere e inviato entro tre anni dall'anno in cui il dividendo è stato deliberato.

Se l'aliquota ridotta è applicata immediatamente, la società ricevente deve inviare il modulo alla società che eroga i dividendi entro un brevissimo lasso di tempo.

La Corte di prima istanza di *Ghent* ha stabilito che la minore imposta prevista dalla Convenzione trova regolare applicazione, perché le formalità sono contenute in un commentario di natura puramente amministrativa al trattato e non sono fondate su nessuna previsione normativa.

Quindi, in conformità con i principi sanciti nella Costituzione belga, in particolare agli articoli 170 e 172, la Corte ha ricordato che le imposte possono essere previste solo da una legge e, negando la fondatezza normativa del commentario in questione ha, nel caso di specie, sancito l'irrelevanza delle formalità in esso contenute.

3. – *La Corte Suprema belga si pronuncia sul luogo di esercizio di un attività di lavoro dipendente in base alle disposizioni pattizie*

Il 28 maggio 2004 la Corte Suprema belga si è espressa su un caso concernente il luogo di effettivo svolgimento di un lavoro dipendente secondo le disposizioni contenute all'articolo 15(1) della Convenzione Belgio - Lussemburgo contro le doppie imposizioni del 17 settembre 1970.

I fatti riguardavano un camionista belga, impiegato presso una società di trasporti lussemburghese, il quale trasportava le merci in Lussemburgo, in Belgio, in Danimarca, in Francia, in Germania, in Olanda, in Spagna e nel Regno Unito lavorando, quindi, per la maggior parte dell'anno fuori dal Lussemburgo. L'autorità fiscale belga pretendeva di tassare il reddito da lavoro dipendente per la parte di lavoro svolta fuori dai confini lussemburghesi, basando la propria pretesa sull'articolo 15(1) del trattato Belgio - Lussemburgo che così dispone: «Fatte salve le disposizioni degli articoli 16, 18, 19, 20 i salari, gli stipendi e le altre remunerazioni analoghe che un residente di uno Stato contraente riceve in corrispettivo di un'attività dipendente sono imponibili in detto Stato, a meno

che tale attività non venga svolta nell'altro Stato contraente. Se l'attività è quivi svolta, le remunerazioni percepite a tale titolo sono imponibili in questo altro Stato».

Conseguentemente, l'autorità fiscale belga ha concesso solo un'esenzione per la parte del reddito da lavoro correlato all'attività svolta in Lussemburgo.

La Corte Suprema è stata allora adita per definire in quale stato un camionista che trasporta beni e servizi in vari Paesi europei svolge in definitiva la propria attività.

La Corte di Appello di Liege ha stabilito che nel caso di specie ciò che rileva è il Paese in cui è registrato il datore di lavoro, basando la propria affermazione sul fatto che proprio in questo Paese il camionista ha ricevuto i suoi ordini e lì ha preso e riportato il camion utilizzato per il trasporto.

La Corte d'Appello ha, così, stabilito che l'intero reddito fosse esente in Belgio in base all'applicazione dell'articolo 15(1) del Trattato.

La Corte Suprema ha confermato la decisione della Corte d'Appello e ha stabilito che il Paese in cui il datore di lavoro ha sede può tassare il reddito, anche se il dipendente non è permanentemente presente in quel Paese. Senza dare ulteriori spiegazioni la Corte Suprema ha anche deciso che ciò deriva dall'applicazione dell'articolo 15(1) del Trattato.

È stato così, infine, stabilito che il luogo in cui è esercitata l'attività è il Lussemburgo.

BOLLETTINO BIBLIOGRAFICO

a cura del dott. Andrea Ballancin

1. AVERY JONES J.F., *Place of effective management as a residence tie-breaker*, in *Bulletin*, 2005, 1, 20.

L'A. riassume in quest'articolo il dibattito avvenuto nel corso del Seminario comune OCSE-IFA tenutosi in occasione del Convegno IFA 2004 a Vienna sulla nozione di «sede della direzione effettiva» (*place of effective management*) come *tie-breaker* per dirimere i casi di doppia residenza di soggetti diversi dalle persone fisiche. Nel corso dell'incontro, un *panel* di studiosi ha esaminato quattro casi (*infra*), prendendo in considerazione prima l'espressione «sede della direzione effettiva» come interpretata sulla base dell'attuale versione del Commentario OCSE all'articolo 4(3) del Modello ed, in seconda battuta, valutando i quattro casi alla luce delle proposte di modifica al Commentario avanzate dal TAG.

L'A. ripropone i quattro casi con le relative discussioni:

- 1) società costituita nello Stato A, dove ha la sede legale, ma il cui consiglio di amministrazione si riunisce nello Stato B, dove la società ha a disposizione dei locali;
- 2) società residente nello Stato A ed interamente controllata ed «amministrata» da società residente nello Stato B, unica cliente della società figlia;
- 3) società con più sedi all'estero, gestiti dagli azionisti di riferimento (anche non residenti), che a turno assumono funzioni manageriali;
- 4) società unipersonale, il cui unico azionista, che prende tutte le decisioni, cambia periodicamente la propria residenza fiscale.

L'A. rileva innanzitutto come il dibattito scaturito in merito ai casi riportati sia stato caratterizzato dall'influenza delle diverse «culture fiscali» dei partecipanti, e come le diverse definizioni di residenza fiscale si riflettano sull'interpretazione del concetto di «sede della direzione effettiva». In conclusione, l'A. pone l'accento sulle problematiche che sorgono nella determinazione empirica e concreta della «sede della direzione effettiva» e si chiede se davvero sia questo il criterio ottimale da utilizzare per determinare la residenza convenzionale di un soggetto (non persona fisica) avente doppia residenza fiscale.

Sull'argomento, mette conto segnalare, *inter alia*, E. Burgstaller - K. Haslinger, *Place of effective management as a tie-breaker-rule - concept, developments and prospects*, in *Intertax*, 2004, 376; S. Shalhav, *The evolution of article 4(3) and its impact on the place of effective management tie breaker rule*, in *Intertax*, 2004, 460; L. Hinnekens, *Revised OECD-TAG definition of place of effective management in treaty tie-breaker rule*, in *Intertax*, 2003, 314.

2. BROSENS L., *Thin capitalization rules and EU law*, in *EC Tax Review*, 2004, n. 4, 188.

L'A. analizza le disposizioni di contrasto alla capitalizzazione sottile delle imprese vigenti nei diversi Paesi membri dell'Unione Europea. Come noto, con la sentenza Lankhorst-Hohorst (case C-324/00 *Lankhorst-Hohorst GmbH v Fi-*

nanzamt Steinfurt, a tale proposito, si rinvia anche a A. Körner, *The ECJ Lankhorst-Hohorst Judgment Incompatibility of Thin Capitalization Rules with European Law and Further Consequences*, in *Intertax*, 2003-4, 162) la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha dichiarato la contrarietà al diritto comunitario della normativa tedesca contro la sottocapitalizzazione nel punto in cui limitava l'ambito soggettivo di applicazione ai percettori degli interessi non sottoposti all'imposta tedesca sul reddito. Gli effetti della normativa così configurata ricadevano, infatti, oltre che nei confronti dei soggetti residenti in Germania che fruivano di esenzioni dall'imposta personale, soprattutto nei confronti di tutti i soggetti ivi non residenti ai fini fiscali (e residenti in altri Stati membri della Unione Europea). La Corte ha affermato che la disciplina dianzi citata si sostanzialmente in una restrizione alla libertà di stabilimento, vietata dall'art. 43 del Trattato CE, in quanto «una tale disparità di trattamento tra controllate residenti in funzione della sede della loro capogruppo (...) (rende) (...) meno vantaggioso l'esercizio (...) (di tale) (...) libertà (...) da parte delle società stabilite in altri Stati membri, le quali potrebbero di conseguenza rinunciare all'acquisizione, alla creazione o al mantenimento di una controllata nello Stato membro che promulga questa norma».

La sentenza *Lankhorst-Hohorst* ha prodotto conseguenze immediate negli ordinamenti tributari dei Paesi membri, molti dei quali hanno provveduto a modificare i propri regimi per non incorrere in censure comunitarie. In particolare, la Germania ha provveduto ad estendere l'applicazione della disciplina che ci occupa anche alle ipotesi in cui i soci finanziatori siano residenti in Germania, privando così l'istituto dell'originaria *ratio* antiabuso; lo stesso è stato proposto in Danimarca e nel Regno Unito. Anche l'Italia, come noto, diversamente da quanto previsto dalla legge delega per la riforma del sistema fiscale statale, ha esteso la *thin capitalization* anche alle ipotesi in cui il socio è soggetto ad imposta netta in Italia, e pertanto anche ai rapporti di finanziamento tra soggetti residenti. In Spagna, di converso, si è provveduto a limitare l'applicazione della norma ai soli interessi erogati in favore di soggetti residenti in Stati non membri dell'Unione Europea.

E così, dopo un'analisi del caso *Lankhorst*, l'A. si concentra in uno studio comparativo tra le normative di contrasto alla capitalizzazione sottile prima e dopo le menzionate modifiche, sottolineando le diversità nelle scelte legislative operate nei diversi ordinamenti.

Infine, l'A. studia la possibilità di sviluppare una disciplina sulla capitalizzazione sottile che rispetti i requisiti comunitari o, in alternativa, di adottare delle misure, compatibili con il diritto comunitario, che raggiungano ugualmente l'obiettivo di contrastare la sottocapitalizzazione delle imprese.

In realtà, è stato notato (A. Körner, *The new German Thin Capitalization Rules: Tax Planning; Incompatibilità with European Law*, in *Intertax*, 2004, 401) come l'aver allargato l'ambito di applicazione delle normative che ci occupano anche ai finanziamenti erogati da soci residenti potrebbe non essere sufficiente per mettere al riparo le stesse da possibili censure comunitarie: ed invece, una disciplina siffatta potrebbe essere considerata una restrizione unilaterale alla libertà di stabilimento. Inoltre potrebbe essere ravvisata anche una discriminazione nei confronti dei soci finanziatori non residenti e residenti in altri Stati membri dell'Unione Europea, se la disposizione, sostanzialmente e nella maggioranza dei casi, trovasse applicazione solo nei confronti di questi ultimi. Ed invero la Corte di giustizia ha già rilevato come, per valutare il trattamento discriminatorio di un trattamento, attenzione deve essere posta anche alla situazione concreta e fattuale (cfr. sentenza *Eurowings* del 26 ottobre 1999, causa C-294/97). Ciò potrebbe accadere, ad esempio, nel caso in cui le imprese residenti

(e solo residenti) appartenenti al medesimo gruppo possano optare per il consolidato fiscale, rendendo il risultato netto dell'applicazione della *thin capitalization rule* ai finanziamenti intercorrenti tra le stesse sempre «a somma zero».

V'è da chiedersi, poi, se una possibile censura comunitaria alle norme di contrasto alla sottocapitalizzazione possa derivare anche dall'art. 56 del Trattato CE, a norma del quale «sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi (enfasi aggiunta)», con possibile violazione del diritto comunitario anche in relazione ai finanziamenti concessi da soggetti stabiliti in Stati terzi (cfr., sul punto, L.E. Wenehed, *Thin capitalization and EC Law*, in *Tax Notes International*, 2003, 1155). Ed invero, potrebbe essere sostenuto che una disciplina anti *thin capitalization* rappresenti una barriera alla libera circolazione di capitali, nella misura in cui disincentivi l'investimento di società controllanti extra-comunitarie in società controllate residenti in Stati membri dell'Unione Europea e dissuada queste ultime dal raccogliere capitali sui mercati extra comunitari.

3. MCDANIEL P.R., *The David R. Thillinghast Lecture – Trade Agreements and Income Taxation: Interactions, Conflicts and Resolutions*, in *Tax Law Review*, 2004, 275 ss.

Nell'articolo in esame, l'A. analizza taluni aspetti del rapporto tra l'imposizione sui redditi e gli accordi internazionali sul commercio, con specifico riferimento alla censurabilità delle discipline che attribuiscono indirettamente sussidi economici sfruttando lo strumento della fiscalità.

Nella prima parte dell'articolo, l'A. passa in rassegna le decisioni arbitrali del WTO su due regimi introdotti dagli Stati Uniti, *id est* il *Foreign Sales Corporation* (FSC) e l'*Extraterritorial Income Exclusion Act* (ETI). Questi regimi, pur con connotati diversi, consentivano lo svolgimento di attività di esportazione in sostanziale esenzione d'imposta, a prescindere dal fatto che i redditi scontassero o meno un prelievo fiscale all'estero. Sennonché, i regimi *de quibus* sono stati entrambi ritenuti equivalenti a sussidi diretti all'esportazione, e per questo motivo incompatibili con i principi contenuti negli accordi stipulati in seno alla WTO (in particolare, l'*Agreement on Trade in Goods, Subsidies and Countervailing Measures* e l'*Agreement on Agriculture*).

Terminato questo *excursus*, l'A. commenta le decisioni sotto tre differenti prospettive: quella giuridica, quella economica e quella politica.

In particolare, in ottica giuridica, l'A. si sofferma sulle differenti metodologie utilizzate per individuare gli eventuali effetti agevolativi prodotti dalle discipline impositive. Con ciò, esprimendo la propria preferenza per il c.d. *tax structure approach*, secondo cui la natura agevolativa rileva nel confronto tra il singolo regime fiscale e la struttura del sistema impositivo vigente, nel suo complesso considerato.

Dal punto di vista economico, l'A. sottolinea le difficoltà nell'individuazione dei reali effetti che un regime agevolativo siffatto produce stante la quantità delle variabili coinvolte. Infatti, se in linea teorica i sussidi economici abbassano i costi di produzione, dall'altro l'aumento della domanda dei prodotti è controbilanciato dall'aumento dei tassi di cambio, che si genera in virtù di tale espansione della domanda. In questo modo, rileva l'A., i vantaggi del sussidio risultano ridimensionati, se non, a volte, addirittura annullati.

L'A. analizza, infine, le discipline che ci occupano nell'ottica politica e della tutela della sovranità impositiva statale. In particolare, sull'intervento degli Stati Uniti volto a sovvenzionare l'attività di *export*, l'A. denuncia

l'assenza di valide ragioni economiche nelle posizioni di coloro i quali auspicano l'utilizzo di norme fiscali agevolative per annullare lo svantaggio competitivo delle imprese statunitensi rispetto a quelle residenti in *exemption countries*. Questo, sulla base di tre considerazioni: il metodo dell'esenzione è più favorevole rispetto a quello del credito d'imposta solo ove l'aliquota media nel Paese della fonte sia inferiore all'aliquota applicata nel Paese della residenza; la tassazione «separata» dei soci rispetto alla società non residente consente l'indefinito differimento della tassazione negli Stati Uniti; infine, il *foreign source income* sconta, negli Stati Uniti, un prelievo mediamente inferiore rispetto a tutte le altre categorie di reddito delle imprese multinazionali.

In generale, sul tema delle agevolazioni fiscali, vedasi il fondamentale S.S. Surrey - P.R. McDaniel, *Tax Expenditures*, Harvard University Press, Cambridge, 1985. Sui casi FSC ed ETI, tra gli altri, H.R. Clark - A. Bogran - H. Hanson, *The WTO Ruling on Foreign Sales Corporations: Costliest Battle Yet in an Escalating Trade War Between the United States and the European Union?*, in *Minn. J. Global Trade*, 2001, 291. Sugli effetti dei sussidi economici all'esportazione, D.R. Collie, *A Rationale for the WTO Prohibition of Export Subsidies: Strategic Export Subsidies and World Welfare*, in *Open Economies Rev.*, 2000, 229.

4. ROUSSELLE O., *The EC Arbitration Convention – An Overview of the Current Position*, in *European Taxation*, 2005, 14 ss.

Nell'articolo in esame, l'A. enumera i tratti salienti della Convenzione 90/436/CEE, relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili fra imprese associate. La Convenzione, stipulata nel 1990, consiste in un accordo multilaterale la cui applicazione è, ad oggi, prorogata almeno fino al 2010.

La Convenzione assolve la funzione di evitare fenomeni di doppia imposizione internazionale conseguenti a rettifiche sui prezzi di trasferimento difforni dall'*arm's length price*, ovvero ad inesatte attribuzioni di utili a stabili organizzazioni di soggetti non residenti. A questo risultato la Convenzione giunge imponendo, innanzitutto, l'onere alle autorità fiscali dei Paesi coinvolti di accordarsi per stabilire un intervento coordinato. Ove l'accordo non sia raggiunto, le autorità devono nominare una *Advisory Commission*, la quale, entro sei mesi, emette un parere che diverrà vincolante allorché le autorità fiscali non siano di nuovo in grado di raggiungere un accordo nei sei mesi successivi all'emanazione del parere stesso.

L'A. elenca in seguito i contenuti del Codice di Condotta predisposto dall'*EU Joint Transfer Pricing Forum* (la documentazione può essere rinvenuta sul sito:

http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_en.htm), che il Consiglio dovrebbe adottare, su proposta della Commissione europea. Il Codice, non vincolante per gli Stati, prescrive alcune regole relative all'implementazione della Convenzione per quanto concerne i termini, le modalità di svolgimento dei MAP, l'operatività dell'*Advisory Commission* e l'opportunità di sospendere la riscossione delle imposte durante la procedura.

Per concludere, l'A. sottolinea l'importanza della Convenzione, che discende dalla statuizione di termini perentori e dal carattere vincolante del parere della *Advisory Commission*. Tuttavia, rileva anche taluni limiti, tra cui il ristretto ambito oggettivo di applicazione, l'estraneità della stessa dalla giurisdizione

zione della Corte di giustizia, nonché l'eccessiva lunghezza dei termini previsti. Per questo, e per una maggiore certezza nelle transazioni internazionali, l'A. auspica l'implementazione di una procedura preventiva, con i caratteri tipici degli *Advance Pricing Agreements*.

5. THOEMMES O., *A Europe à deux vitesses for Enterprise Taxation?*, in *Intertax*, 2004-11, 536.

L'A. guarda con preoccupazione alla persistente riluttanza degli Stati Membri a «cedere» la loro potestà tributaria ed agli effetti negativi che questo comporta per le imprese, che sono costrette a relazionarsi con diversissimi ordinamenti tributari all'interno dell'Unione Europea. Partendo dall'assunto che i vari Paesi non sono disposti, in tema di armonizzazione fiscale, a rinunciare al principio dell'unanimità in favore di decisioni prese con una maggioranza qualificata, e tenendo in considerazione il fatto che proprio questa resistenza da parte degli Stati Membri ha spinto la Corte di giustizia ad assumere un ruolo centrale attraverso l'interpretazione delle norme del Trattato CE sulle libertà fondamentali, l'A. propone quale percorribile soluzione l'utilizzo del meccanismo della «cooperazione rafforzata», previsto dall'articolo 11 del Trattato CE.

L'A. esamina brevemente i riflessi negativi di questo tipo di soluzione e quelli assolutamente auspicabili, come la predisposizione di norme comuni per la determinazione della base imponibile delle imprese.

In particolare, l'A. auspica una decisione in tal senso con riferimento alla proposta del Commissario per il Mercato Interno sulla *common consolidated tax base*, nella speranza che un progetto pilota possa trovare, in una fase successiva, l'approvazione degli altri Stati Membri.

(Sul tema dell'armonizzazione fiscale, si rinvia, *ex multis*, al recente J. Mintz, *Corporate Tax Harmonization in Europe: It's All About Compliance*, in *International Tax and Public Finance*, 2004, n. 2, 221).

RECENSIONI

FERNANDO SERRANO ANTON, *Manual de Fiscalidad Internacional*, 2005, Centro de Estudios Financieros.

La serie dei contributi teorici allo studio dei problemi di fiscalità internazionale si arricchisce della seconda edizione, rinnovata, del *Manual de Fiscalidad Internacional*, coordinato dal Prof. Fernando Serrano Antòn, Professor Titolare di diritto tributario alla Università Complutense di Madrid, edito nel 2005 per i tipi del Centro de Estudios Financieros.

Ciò che subito colpisce è che questa edizione, *revisada y ampliada*, segue a distanza di soli due anni la prima del 2003. Indice significativo che dimostra la consapevolezza della dottrina e della prassi spagnola non solo della sempre più rilevante importanza della materia della fiscalità internazionale per l'economia del paese nel processo di internazionalizzazione degli scambi commerciali, ma anche della rapidità con cui tale processo si dispiega, necessitando un adeguamento quasi in tempo reale.

La Spagna, come sottolinea con grande acutezza nel Prologo alla prima edizione, il Prof. Carlos Palao Taboada, pur essendo arrivata in tempi più recenti a confrontarsi con questa realtà economica internazionale, aprendosi ad essa a seguito della mutata struttura politica e costituzionale del 1977, ha avuto una risposta di adeguamento immediata da parte della sua dottrina divenendo addirittura, in certi contesti, pioniera di futuri scenari.

Penso al Manuale di Tulio Rosembuj, *Derecho Fiscal Internacional*, Barcelona, El Fisco, del 2001.

Anche i paesi latino-americani vivono la medesima esperienza, avendo già prodotto sistemazioni eccellenti della materia.

Mi riferisco al classico *Direito Tributario Internacional do Brasil*, di Alberto Xavier, arrivato alla sesta edizione nel 2004 (la prima è del 1977). Oppure ai due volumi di Heleno Taveira Torres, *Direito Tributario Internacional*, pubblicato da Quartier Latin del 2003.

Insomma una grande vivacità ed attenzione della dottrina ispano-americana sui problemi della fiscalità internazionale, che rappresenta un buon auspicio per un dialogo sempre più stretto tra le scuole dei due continenti americano ed europeo.

La struttura del volume è meritevole di attenta analisi.

La dimensione è divenuta più ampia, 1422 pagine (l'aspetto quantitativo è un problema che si pone a chiunque decida di cimentarsi in simili iniziative) ed è quindi opera collettanea alla quale hanno contribuito, oltre al coordinatore, anche 31 studiosi, non solo accademici, ma anche funzionari della Amministrazione fiscale e professionisti.

Il volume risente delle finalità, condivise da autori ed editore, che intende perseguire: fornire, oltre ai concetti ed ai principi fondamentali della fiscalità internazionale, una serie di indicazioni operative e pratiche di pianificazione fiscale internazionale. Opera teorica quindi, ma anche rivolta ai pratici.

Come sottolinea il Coordinatore il libro ha voluto dare una *visione integra* della materia, avendo come punti di riferimento la classica dicotomia della fiscalità internazionale tra residenti e non residenti.

Ci sia concessa una notazione di metodo: sta progressivamente saltando la dicotomia, d'origine tedesca, fra diritto tributario internazionale e diritto internazionale tributario. L'approccio delle opere di fiscalità internazionale europee tende non più a strutturare l'indagine in ragione della fonte bensì in ragione della fattispecie. La finalità è quella di indagare come una fattispecie transnazionale sia disciplinata dal diritto tributario.

La materia è dispiegata in quattro parti ed in 34 Capitoli.

La prima parte tratta de *El impuestos sobre la renta de non residentes* (7 Capitoli).

La seconda, *Convenios de doble imposicion*, costituisce il *core* della trattazione e comprende 5 sub parti per ben 21 Capitoli. Non poteva mancare una trattazione particolare sulla fiscalità Comunitaria e sui rapporti tra Diritto Comunitario e Convenzioni contro le doppie imposizioni (a cura del Prof. Pedro Herrera Molina).

La Terza Parte, come accennato in precedenza, verte su: *La Planification Fiscal Internacional*.

La quarta ed ultima parte, assente nella prima edizione, integrante la struttura del volume e quindi non meramente appendice di esso, è rappresentata dalla Bibliografia. Un lungo elenco di 50 pagine, rappresentativo della miglior dottrina spagnola e straniera, nel quale, forse, un posto avrebbe meritato anche il *Corso di Diritto Tributario Internazionale* coordinato da Victor Uckmar ed i *Materiali di Diritto Tributario Internazionale* coordinati da Sacchetto - Alemanno entrambi del 2002.

Fernando Serrano Antòn è uno dei più giovani e brillanti studiosi di fiscalità internazionale, membro della gloriosa scuola tributaria spagnola e dotato di un curriculum di studi ed esperienze di eccellenza, maturato anche all'estero.

Una recensione non consente di approfondire oltre.

Tuttavia è indiscutibile che, con questa seconda edizione, il Curatore-Coordiatore ed i Suoi collaboratori assolvono in modo esemplare ad una esigenza di conoscenza ormai essenziale sia per la risoluzione dei problemi posti dalla pratica che per gli studi accademici, essendo lo studio della fiscalità internazionale irrinunciabile per un corso di formazione universitaria, giuridica ed economica, che voglia essere di elevato livello qualitativo.

Nella presentazione del volume Fernando Serrano Antòn chiude con una citazione che è anche un Augurio: *Como decia Sòfocles, las màs hermosa de todas las obras es la que resulta útil al pròximo: Esperamos que esta segunda edición del Manual de Fiscalidad Internacional sea de utilidad a sus lectores.*

Siamo sicuri che sarà così.

CLAUDIO SACCHETTO

FISCALITÀ COMUNITARIA

a cura dei dott. Franco Roccatagliata (*) e Maria Giuseppina Valente

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA: *Consiglio dell'Unione Europea*. – 1. Programma del Consiglio. – 2. Accordi con la Confederazione Svizzera. – 3. Direttiva sulla reciproca assistenza in materia fiscale. – 4. Direttiva «fusioni». – SEZIONE SECONDA: *Commissione Europa*. – 1. Nomina del nuovo Commissario europeo per gli Affari fiscali. – 2. Accordi per l'applicazione della direttiva sul risparmio. – 3. Interventi nel settore dell'iva. – 4. Proposta di regolamento recante disposizioni di attuazione della VI direttiva. – 5. Autorizzazione per un livello di tassazione differenziato su taluni carburanti. – 6. Aiuti di Stato. – 7. Procedure di infrazione e avvisi motivati.

SEZIONE PRIMA

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA

1. – *Programma del Consiglio*

I due paesi che guideranno il Consiglio dell'Unione europea per i prossimi due semestri (Lussemburgo e Regno Unito) hanno presentato congiuntamente il loro programma operativo per il 2005.

In materia di tassazione, il programma include le seguenti proposte.

Nell'ambito delle imposte dirette, le presidenze incentreranno la propria attenzione sugli aspetti applicativi delle recenti direttive s «interessi e royalty» e «risparmio».

Per quanto riguarda le imposte indirette, il programma punta a completare e modernizzare il sistema comune dell'iva nell'ambito della legislazione vigente.

In tale contesto, il Consiglio cercherà di portare avanti le seguenti proposte:

- implementazione delle misure di attuazione della sesta direttiva;
- stesura del nuovo testo della sesta direttiva;
- definizione del luogo di prestazione dei servizi B2B (*business-to-business*);

– «one-stop-shop».

Inoltre, nuove proposte riguarderanno:

- la definizione del luogo di prestazione dei servizi B2C (*business-to-consumer*);
- la razionalizzazione dell'art. 27 della VI Direttiva;
- le carte di credito;
- la tassazione dell'*e-commerce*.

(*) Le opinioni espresse devono intendersi sotto l'esclusiva responsabilità degli Autori e non riflettono necessariamente la posizione degli organismi in cui lo stesso svolge la propria attività.

Con riferimento alle accise, la Commissione dovrà impegnarsi sulla modifica degli artt. 7 e 10 della Direttiva 92/12/Cee (1).

2. – *Accordi con la Confederazione Svizzera*

Al termine del 2004 sono stati firmati nove accordi con la Confederazione Svizzera, relativi ai seguenti settori: tassazione dei redditi da risparmio; lotta contro la frode; adesione all'area Schengen; libera circolazione per i lavoratori dei nuovi Stati membri; domande d'asilo (convenzione Dublino); prodotti agricoli trasformati; cooperazione nel settore statistico; settore audiovisivo; partecipazione all'Agenzia europea dell'ambiente.

Per gli aspetti che più inerenti alla fiscalità, si segnala in particolare:

i) Tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi e relativa fissazione della data di applicazione.

Con questo accordo la Svizzera si impegna ad applicare, a decorrere dal 1° luglio 2005, misure equivalenti a quelle definite nella direttiva dell'UE in materia di tassazione del risparmio e a quelle negoziate con altri quattro paesi europei e con i 10 territori dipendenti e associati del Regno Unito e dei Paesi Bassi. Le misure equivalenti comprendono una ritenuta alla fonte sugli interessi da risparmio pagati a residenti degli Stati membri dell'UE, un meccanismo che permette di ripartire le entrate tra la Svizzera e lo Stato membro di residenza del beneficiario degli interessi, la divulgazione volontaria di informazioni sui pagamenti di interessi in caso di accordo con il contribuente e lo scambio di informazioni su richieste, in caso di frode fiscale o casi analoghi. L'accordo contiene anche una clausola di riesame che permette di adeguarne i termini conformemente agli sviluppi internazionali.

ii) Lotta contro la frode e ogni altra attività illecita.

A norma di questo accordo, le due parti coopereranno nel settore giudiziario e si presteranno assistenza amministrativa per i casi di frode e di altre attività illecite, comprese violazioni in materia doganale e in materia di fiscalità indiretta in relazione agli scambi di beni e servizi. La cooperazione contro il riciclaggio di denaro sarà considerevolmente rafforzata e verterà, in particolare, sui casi gravi di frode e contrabbando.

iii) Attuazione, applicazione e sviluppo dell'acquis di Schengen.

Questo accordo è inteso a legare la Svizzera allo spazio Schengen. Ciò implica che una volta ratificato l'accordo e adottate le misure necessarie da parte svizzera, saranno sospesi i controlli alla frontiera delle persone tra la Svizzera e gli Stati membri che partecipano a Schengen. In base a tale accordo, la posizione della Svizzera diventa generalmente analoga a quella dell'Islanda e della Norvegia. L'accordo prevede, inoltre, il coinvolgimento della Svizzera in tutte le discussioni che si svolgeranno in seno al Consiglio per quanto riguarda l'ulteriore sviluppo dell'acquis di Schengen. Quest'accordo tra l'UE e la Svizzera è destinato ad avere ripercussioni importanti anche sul flusso dei lavoratori frontalieri – in particolare italiani e francesi – che, come noto, sono sottoposti a regimi fiscali particolari nell'ambito delle convenzioni fiscali per l'eliminazione delle doppie imposizioni.

(1) Direttiva 92/12/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa.

3. – *Direttiva sulla reciproca assistenza in materia fiscale*

Il Consiglio ha approvato una direttiva che modifica la direttiva 77/799/Cee relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri in materia di imposte dirette, di talune accise e di imposte sui premi assicurativi e la direttiva 92/12/Cee sulla detenzione, circolazione e i controlli dei prodotti soggetti ad accisa.

Tale intervento si è reso necessario al fine di rafforzare la collaborazione tra le amministrazioni fiscali all'interno della Comunità e tra queste e la Commissione contro la frode relativa alle accise.

La direttiva vuole accelerare e rendere più efficace il procedimento di mutua assistenza tra Stati membri. In particolare, elimina certe ambiguità linguistiche della direttiva 77/799/Cee, che avevano causato differenze interpretative tra gli Stati membri (2); prevede, per gli Stati membri, la possibilità di procedere a delle verifiche simultanee delle imprese operanti in più paesi dell'UE e di scambiarsi le informazioni così ottenute; inoltre, permetterà ad uno Stato membro di effettuare atti amministrativi (in particolare, notifiche di avvisi d'accertamento) in nome e per conto di un altro Stato membro richiedente.

4. – *Direttiva «fusioni»*

Al Consiglio Ecofin del 7 dicembre 2004, i Ministri delle finanze degli Stati membri hanno raggiunto un accordo politico su un progetto di direttiva intesa a migliorare il regime fiscale delle società di Stati membri diversi da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni, attualmente regolamentato dalla direttiva 90/434/Cee.

Il testo, che ricalca una proposta della Commissione europea dell'ottobre 2003, intende contribuire all'eliminazione degli ostacoli al funzionamento del mercato interno, modificando la predetta direttiva.

Le nuove disposizioni contenute nel progetto di direttiva riguardano:

- l'estensione del campo d'applicazione alle scissioni che non comportano lo scioglimento della società che trasferisce determinati rami di attività;
- l'estensione del campo d'applicazione alle entità che possono svolgere attività transfrontaliere nella Comunità;
- l'aggiunta di società pubbliche a responsabilità limitata (Societas Europaea o SE) e di società cooperative (SCE) all'elenco delle società europee contemplate dalla direttiva;
- la possibilità per gli Stati membri di non applicare le disposizioni della direttiva quando tassano un azionista diretto o indiretto di alcune società soggette ad imposta;
- la non tassazione delle persone che hanno una partecipazione nell'azionariato in occasione delle ristrutturazioni;
- un chiarimento quanto all'applicazione delle norme ad operazioni riguardanti la trasformazione di filiali in consociate;
- la modifica della definizione di scambio di azioni;
- la modifica della portata della disposizione concernente la lotta contro la frode e l'evasione fiscale.

(2) V. CGCE, dec. del 13 aprile 2000, C-420/98 (*W.N. v Staatssecretaris van Financiën*), in *Racc.*, 2000, I-2847.

SEZIONE SECONDA

COMMISSIONE EUROPEA

1. – *Nomina del nuovo Commissario europeo per gli affari fiscali*

Dopo le note vicissitudini legate alle difficoltà incontrate, durante le audizioni al Parlamento europeo, da alcuni membri designati della nuova Commissione europea, il presidente Barroso ha infine ottenuto l'approvazione dell'Assemblea plenaria parlamentare per tutta la sua squadra, ma ha dovuto provvedere ad un rimpasto. I cambi hanno toccato in maniera significativa la fiscalità. La Commissaria designata, la lettone Ingrida Udre, fortemente criticata dalle Commissioni parlamentari europee ha dovuto rinunciare all'incarico e, in sua vece, il presidente Barroso, ha nominato in qualità di Commissario alla Fiscalità, l'ungherese László Kovács, già più volte ministro nel suo paese, che resterà in carica per il prossimo quinquennio.

2. – *Accordi per l'applicazione della direttiva sul risparmio*

La Commissione ha presentato al Consiglio gli accordi con San Marino, Principato di Monaco, Andorra e Liechtenstein in materia di tassazione sui redditi da risparmio sotto forma di interessi, nell'ambito della Direttiva 2003/48/Cee al fine di consentirne la firma e la conclusione.

Gli accordi presentati al Consiglio riproducono sostanzialmente quanto già previsto con la Svizzera.

In dettaglio:

i) Repubblica di San Marino

L'accordo prevede i seguenti elementi:

– San Marino applica una ritenuta alla fonte ad un'aliquota del 15% nei primi tre anni, a decorrere dalla data di applicazione dell'accordo, del 20%, per i tre anni seguenti e del 35%, successivamente;

– San Marino ripartisce il gettito della ritenuta nella stessa misura di 75/25 applicata nella Comunità;

– le parti si consultano a cadenza almeno triennale o su richiesta di una delle parti per esaminare e, se ritenuto necessario dalle parti, migliorare il funzionamento tecnico dell'accordo;

– San Marino concede su richiesta lo scambio di informazioni per tutti i procedimenti penali o civili per frode o analoghe infrazioni da parte di contribuenti.

L'accordo con San Marino è accompagnato da un memorandum d'intesa, il quale conferma che, durante il periodo transitorio previsto dalla direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003, la Comunità europea avvierà discussioni con altri importanti centri finanziari per promuovere l'adozione da parte di tali giurisdizioni di misure equivalenti a quelle che la Comunità dovrà applicare. Inoltre, il memorandum d'intesa prevede che le misure concordate vengano attuate in buona fede e che le parti si astengano da azioni unilaterali che potrebbero compromettere tale accordo senza giusta causa. Qualora venisse riscontrata una differenza significativa tra il campo d'applicazione della direttiva 2003/48/CE del Consiglio e quello dell'accordo, le parti contraenti avvie-

ranno immediatamente consultazioni per garantire il mantenimento dell'equivalenza delle misure previste dall'accordo.

In base quanto previsto dal memorandum d'intesa, la Repubblica di San Marino e gli Stati membri dell'UE dovranno avviare quanto prima consultazioni per esaminare:

- le condizioni necessarie al miglioramento del reciproco libero accesso ai mercati finanziari;
- le possibilità di semplificare le procedure definite nell'accordo di cooperazione e di unione doganale;
- le possibilità dei cittadini della Repubblica di San Marino di accedere a programmi di ricerca, studio e formazione superiore attuati dalla Comunità europea.

ii) Principato di Monaco

L'accordo prevede i seguenti elementi:

- il Principato di Monaco applica una ritenuta alla fonte ad un'aliquota del 15% nei primi tre anni a decorrere dalla data di applicazione dell'accordo, del 20% per i tre anni seguenti e del 35% successivamente;
- il Principato di Monaco ripartisce il gettito della ritenuta nella stessa misura di 75/25 applicata nella Comunità;
- le parti si consultano a cadenza almeno triennale o su richiesta di una delle parti per esaminare e, se ritenuto necessario dalle parti, migliorare il funzionamento tecnico dell'accordo;
- il Principato di Monaco concede su richiesta lo scambio di informazioni per tutti i procedimenti penali o civili per frode o analoghe infrazioni da parte di contribuenti.

L'accordo è accompagnato da un memorandum d'intesa, il quale prevede che le misure concordate vengano attuate in buona fede e che le parti si astengano da azioni unilaterali che potrebbero compromettere l'accordo senza giusta causa. In base al memorandum, qualora venisse riscontrata una differenza significativa tra il campo d'applicazione della direttiva 2003/48/CE del Consiglio e quello dell'accordo, o se lo scambio di informazioni non venisse applicato equamente, le parti contraenti avvieranno immediatamente consultazioni per garantire il mantenimento dell'equivalenza delle misure previste dall'accordo o un'applicazione equa dello scambio di informazioni. Il memorandum d'intesa prevede infine che la Comunità e Monaco esaminino le condizioni che consentano di potenziare gli scambi per quanto riguarda determinati strumenti finanziari e i servizi assicurativi.

iii) Principato di Andorra

L'accordo prevede i seguenti elementi:

- il Principato di Andorra applica una ritenuta alla fonte ad un'aliquota del 15% nei primi tre anni a decorrere dalla data di applicazione del presente Accordo, del 20% per i tre anni seguenti e del 35% successivamente;
- il Principato di Andorra ripartisce il gettito della ritenuta nella stessa misura di 75/25 applicata nella Comunità;
- le parti si consultano a cadenza almeno triennale o su richiesta di una delle parti per esaminare e, se ritenuto necessario dalle parti, migliorare il funzionamento tecnico dell'accordo;
- il Principato di Andorra concede su richiesta lo scambio di informazioni per tutti i procedimenti penali o civili per frode o analoghe infrazioni da parte di contribuenti.

L'accordo è accompagnato da una dichiarazione di intenti la Comunità europea e il Principato di Andorra.

La dichiarazione conferma che, durante il periodo transitorio previsto dalla direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003, la Comunità europea avvierà discussioni con altri importanti centri finanziari per promuovere l'adozione da parte di tali giurisdizioni di misure equivalenti a quelle che la Comunità dovrà applicare. Inoltre, la dichiarazione prevede che le misure concordate vengano attuate in buona fede e che le parti si astengano da azioni unilaterali che potrebbero compromettere tale accordo senza giusta causa. In base alla dichiarazione, qualora venisse riscontrata una differenza significativa tra il campo d'applicazione della direttiva 2003/48/CE del Consiglio e quello dell'accordo, le parti contraenti avvieranno immediatamente consultazioni per garantire il mantenimento dell'equivalenza delle misure previste dall'accordo.

Con la firma della dichiarazione, il Principato di Andorra e gli Stati membri UE si impegnano ad avviare delle negoziazioni bilaterali in materia di cooperazione economica e fiscale.

iv) Liechtenstein

L'accordo prevede i seguenti elementi:

- il Liechtenstein applica una ritenuta alla fonte ad un'aliquota del 15% nei primi tre anni a decorrere dalla data di applicazione dell'accordo, del 20% per i tre anni seguenti e del 35% successivamente;
- il Liechtenstein ripartisce il gettito della ritenuta nella stessa misura di 75/25 applicata nella Comunità;
- le parti si consultano a cadenza almeno triennale o su richiesta di una delle parti per esaminare e – se ritenuto necessario dalle parti – migliorare il funzionamento tecnico dell'accordo;
- il Liechtenstein concede su richiesta lo scambio di informazioni per tutti i procedimenti penali o civili per frode o analoghe infrazioni da parte di contribuenti.

L'accordo è accompagnato da un Protocollo d'intesa, il quale conferma che, durante il periodo transitorio previsto dalla direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003, la Comunità europea avvierà discussioni con altri importanti centri finanziari per promuovere l'adozione da parte di tali giurisdizioni di misure equivalenti a quelle applicate nella Comunità. Inoltre, il Protocollo prevede che le misure concordate vengano attuate in buona fede e che le parti si astengano da azioni unilaterali che potrebbero compromettere tale accordo senza giusta causa. In base all'accordo, qualora venisse riscontrata una differenza significativa tra il campo d'applicazione della direttiva 2003/48/CE del Consiglio e quello dell'accordo, le parti contraenti avvieranno immediatamente consultazioni per garantire il mantenimento dell'equivalenza delle misure previste dall'accordo.

3. – Interventi nel settore dell'iva

La Commissione ha presentato una proposta volta ad introdurre misure di semplificazione della normativa iva applicabile ai soggetti passivi non aventi sede nello Stato membro in cui svolgono un'attività.

La proposta contiene sei misure concrete atte a conseguire tale obiettivo:

- l'introduzione di un regime dello sportello unico per i soggetti passivi non residenti;

- l'introduzione di un regime dello sportello unico per modernizzare la procedura di rimborso prevista dall'ottava direttiva;
- l'armonizzazione dei beni e servizi per i quali gli Stati membri sono autorizzati a limitare il diritto alla detrazione;
- l'estensione del meccanismo dell'inversione contabile ad alcune operazioni nei confronti di imprese (B2B) effettuate da soggetti passivi non residenti;
- la revisione del regime speciale per le piccole imprese;
- la semplificazione del regime delle vendite a distanza.

Per attuare tali misure sono state elaborate tre diverse proposte legislative: una modifica della VI Direttiva iva, la sostituzione dell'VIII Direttiva iva e una modifica del regolamento (Cee) n. 1798/2003 del Consiglio relativo alla cooperazione amministrativa in materia di iva.

• *Regime dello sportello unico (one-stop-shop)*

Attraverso tale intervento la Commissione intende estendere il modello dello sportello unico attualmente utilizzato per il commercio elettronico, in modo da semplificare gli adempimenti fiscali per un numero ancor più elevato di operatori.

In base a tale meccanismo, quando un operatore dell'UE effettua operazioni imponibili in uno Stato membro in cui non ha sede:

- o l'acquirente provvede al pagamento dell'iva in base al meccanismo dell'inversione contabile e l'operatore non residente non ha obblighi di dichiarazione nello Stato membro di imposizione;
- oppure l'operatore non residente è il debitore dell'imposta e provvede agli adempimenti relativi alla dichiarazione nell'ambito del regime dello sportello unico.

Di conseguenza, optando per il regime dello sportello unico, tale operatore dovrebbe essere identificato ai fini dell'iva soltanto nello Stato membro in cui ha sede.

Il regime dello sportello unico dovrebbe restare facoltativo per i soggetti passivi, dal momento che alcune imprese che sono già direttamente identificate in uno Stato membro diverso dal proprio potrebbero voler mantenere tale situazione.

L'accertamento e il controllo dell'imposta resterebbe di competenza dello Stato membro di consumo, la cui legislazione iva (soprattutto in materia di aliquote) continuerebbe ad applicarsi.

Tuttavia, il soggetto passivo non residente avrebbe la possibilità di rivolgersi (per l'iscrizione e le dichiarazioni) esclusivamente alla propria amministrazione nazionale ed applicare un insieme armonizzato di norme (modello di iscrizione, contenuto e frequenza della dichiarazione fiscale, modalità di pagamento e rimborso).

• *Revisione dell'VIII Direttiva*

Per migliorare il funzionamento della procedura di rimborso prevista dall'VIII direttiva, la Commissione ha proposto una soluzione alternativa, in base alla quale le domande di rimborso continuerebbero ad essere trattate dallo Stato membro in cui l'iva è stata versata, ma l'importo rimborsabile verrebbe determinato in base alla normativa vigente in materia di detrazione nello Stato membro in cui sono state sostenute le spese e i rimborsi sarebbero effettuati direttamente da tale Stato membro al soggetto passivo che ha presentato la domanda.

Il funzionamento di tale proposta sarebbe assicurato dalle moderne tecnologie attraverso le quali potrebbero essere presentate le domande di rimborso:

analogamente a quanto previsto per il regime dello sportello unico, un soggetto passivo dovrebbe presentare le domande di rimborso per via elettronica attraverso un portale gestito dall'amministrazione fiscale del luogo in cui ha sede, senza allegare gli originali delle fatture o dei documenti di importazione, ma soltanto fornire elettronicamente determinate informazioni relative a tale documentazione.

Attraverso tale portale le domande verrebbero trasmesse allo Stato membro in cui sono state sostenute le spese e lo Stato membro di residenza potrebbe procedere ad una prima verifica nella propria banca dati dei soggetti passivi e, successivamente, trasmettere i dati allo Stato membro che provvede materialmente al rimborso.

Tale procedura, secondo la Commissione, ridurrebbe il lavoro a carico degli Stati membri che provvedono al rimborso e i relativi tempi di attesa.

• *Indetraibilità dell'imposta*

La Commissione ha proposto un allineamento delle norme riguardanti le spese per autovetture, beni di lusso e divertimenti, nonché di vitto e alloggio e di rappresentanza.

Con il nuovo metodo proposto, gli Stati membri potrebbero prevedere l'indetraibilità dell'imposta soltanto per:

- veicoli stradali a motore, imbarcazioni e aeromobili;
- spese di viaggio, vitto e alloggio;
- beni di lusso, divertimenti, spese di rappresentanza.

Ai sensi della clausola sospensiva dell'articolo 17, paragrafo 6, non vi è una definizione di beni e servizi per i quali gli Stati membri possono limitare il diritto alla detrazione.

L'attuale proposta obbligherebbe gli Stati membri ad abolire le limitazioni applicate a beni e servizi non menzionati nel proposto articolo 17 *bis* della VI Direttiva. D'altro canto, per i beni e servizi indicati in tale articolo, la proposta di direttiva riconosce agli Stati membri piena libertà di rivedere le restrizioni nazionali, diversamente da quanto avviene con la normativa vigente.

• *Estensione del meccanismo dell'inversione contabile*

La Commissione ha proposto di estendere l'applicazione obbligatoria del meccanismo dell'inversione contabile ai casi in cui un soggetto passivo non residente effettui cessioni di beni, installati o montati da o per conto del fornitore, oppure prestazioni di servizi riguardanti beni immobili o di servizi di cui all'articolo 9, paragrafo 2, lettera c), della VI Direttiva iva, quando l'acquirente è un soggetto passivo identificato ai fini iva.

Il meccanismo dell'inversione contabile solleva l'operatore non residente da alcuni obblighi iva, come la presentazione delle dichiarazioni. Di conseguenza, un operatore che abbia assolto l'iva su spese sostenute nello Stato membro in cui avviene l'operazione dovrà richiederne il rimborso mediante l'apposita procedura, non potendo detrarre l'iva a monte mediante la dichiarazione.

Il meccanismo dell'inversione contabile non verrebbe, però applicato nei casi in cui si prevede che l'operatore non residente debba regolarmente pagare importi consistenti di iva per svolgere la sua attività, in quanto tale meccanismo comporterebbe un onere amministrativo aggiuntivo per il recupero dell'iva assolta. Ciò avviene, ad esempio, quando soggetti passivi non residenti intervengono in una serie di cessioni di beni all'interno di uno Stato membro.

- *Semplificazione degli obblighi iva per le piccole e medie imprese*

Attualmente la sesta direttiva iva stabilisce un regime piuttosto rigoso per la concessione di un'esenzione fiscale alle piccole imprese da parte degli Stati membri. Numerose deroghe a tali disposizioni sono state accordate in occasione dei successivi allargamenti: si è venuta così a creare una situazione in cui le condizioni non sono le stesse per tutti gli Stati membri.

La Commissione ha pertanto proposto di aumentare la soglia di esenzione per le PMI, pari a 100.000 euro, in modo da consentire agli Stati membri di stabilire il sistema che reputano più appropriato in considerazione della struttura della loro economia nazionale.

- *Regime delle vendite a distanza*

Il regime applicabile alle vendite a distanza è ora disciplinato dall'articolo 28 *ter*, parte B, della VI Direttiva iva, che prevede un duplice sistema di imposizione. Normalmente le vendite a distanza di beni sono soggette all'imposta nello Stato membro di arrivo dei beni spediti dal venditore. Tuttavia, in via eccezionale, le vendite a distanza sono soggette all'imposta nello Stato membro di partenza se sono soddisfatte due condizioni:

- il valore complessivo delle cessioni di beni nello Stato membro di destinazione nel precedente anno civile non ha superato i 100.000 euro, un importo che può essere ridotto a 35.000 euro dallo Stato membro di destinazione se teme che il massimale di 100.000 euro possa provocare serie distorsioni della concorrenza;

- le cessioni non riguardano beni soggetti ad accisa.

L'attuale normativa è complicata per i soggetti passivi e, secondo la Commissione, potrebbe essere semplificata applicando un massimale unico, pari a euro 150.000.

In questo modo il regime in oggetto sarebbe escluso per gli operatori che occasionalmente effettuano vendite a distanza; mentre coloro che effettuano tali cessioni regolarmente sarebbero debitori di imposta nello Stato membro di residenza, avvalendosi del regime dello sportello unico.

- *Modifica del regolamento Cee n. 1798/2003 per consentire lo scambio di informazioni*

Per consentire ai soggetti passivi di disporre di un unico indirizzo cui rivolgersi per l'adempimento degli obblighi iva nello Stato membro di identificazione (sia per il regime dello sportello unico iva che per la procedura di rimborso che andrà a sostituire quella prevista dall'VIII Direttiva), la Commissione ritiene necessario istituire un sistema per lo scambio di informazioni tra amministrazioni fiscali.

Analogamente al regime speciale istituito per il commercio elettronico, un tale scambio di informazioni dovrebbe rientrare nel quadro giuridico della cooperazione amministrativa in materia di iva (regolamento Cee n. 1798/2003 del Consiglio) ed essere basato esclusivamente su mezzi di comunicazione elettronici.

Il sistema elettronico per lo scambio di informazioni necessario nell'ambito del regime dello sportello unico e della procedura di rimborso sostitutiva andrà pertanto integrato con una versione nuova del VIES (sistema per lo scambio di informazioni in materia di iva), in modo da ridurre il carico di lavoro delle amministrazioni fiscali.

4. – *Proposta di regolamento recante disposizioni di attuazione della VI Direttiva iva*

Considerato che ai sensi dell'articolo 29 bis della sesta direttiva, il Consiglio adotta le misure necessarie per la sua applicazione, la Commissione ha presentato una proposta di regolamento contenente norme specifiche in risposta a determinate questioni che mirano ad introdurre un trattamento coerente in tutto il territorio della Comunità in relazione a tali questioni specifiche.

In particolare, il regolamento in oggetto:

- attribuisce ai gruppi europei di interesse economico (GEIE) la qualifica di soggetti passivi iva quando effettuano cessioni di beni o prestazioni di servizi a titolo oneroso;
- definisce in quali casi le cessioni di macchinari associate a specifiche attività di montaggio costituiscano prestazioni di servizi;
- ricomprende la vendita di un'opzione come strumento finanziario nelle prestazioni di servizi;
- individua il luogo di effettuazione delle prestazioni di locazione di vagoni ferroviari e di quelle effettuate nel quadro di un funerale, facenti parte di un servizio unico;
- chiarisce che se un prestatore di servizi ha fissato la sede della propria attività economica in uno Stato membro e ha costituito un centro di attività stabile in un altro, ai fini della determinazione del luogo di prestazione dei servizi occorre dare la priorità alla prima, a meno che la prestazione non risulti effettivamente eseguita a partire dal secondo;
- individua il luogo di effettuazione delle prestazioni relative a taluni servizi, quali, la concessione di diritti televisivi per partite di calcio, la traduzione di testi, i servizi relativi alla richiesta di rimborsi iva, intermediazione, locazione di mezzi di trasporto, servizi di radiodiffusione e di televisione;
- chiarisce che in talune circostanze specifiche la commissione per l'uso di una carta di credito o di debito pagata in relazione ad una prestazione non deve ridurre la base imponibile di quest'ultima;
- stabilisce che le prestazioni didattiche relative ad un'attività commerciale o professionale, nonché le prestazioni didattiche per la formazione o l'aggiornamento professionale, devono essere incluse, indipendentemente dalla durata dei corsi, tra le attività di formazione o riqualificazione professionale esenti;
- stabilisce che i *noble* di platino, ossia le monete contenenti almeno 1 oncia di platino puro, sono esclusi dalle esenzioni per divise, banconote e monete;
- stabilisce che le associazioni e gli organismi di diritto pubblico, al pari delle persone fisiche, non dovrebbero beneficiare dell'esenzione iva per i beni trasportati fuori dalla Comunità dall'acquirente e usati per l'attrezzatura, il rifornimento o il vettovagliamento di mezzi di trasporto;
- armonizza le pratiche amministrative nazionali per il calcolo del valore minimo ai fini dell'esenzione all'esportazione dei beni trasportati nel bagaglio personale dei viaggiatori;
- esenta talune attività di controllo del traffico aereo nelle zone aeroportuali;
- ammette, ai fini dell'esercizio del diritto a deduzione, i documenti di importazione elettronici, se soddisfano gli stessi requisiti dei documenti su carta;

- stabilisce che le percentuali forfetarie di compensazione devono essere calcolate su una base uniforme per evitare distorsioni della concorrenza tra i produttori agricoli di Stati membri diversi;
- precisa i pesi per l'oro da investimento definitivamente accettati dal mercato dell'oro e fissa una data comune per la determinazione del valore delle monete d'oro al fine di garantire la parità di trattamento degli operatori economici;
- specifica le condizioni di applicazione del regime speciale per i soggetti passivi non residenti nella Comunità che forniscono servizi elettronici a soggetti non passivi residenti nella Comunità;
- prevede che in caso di errata applicazione di talune norme per acquisti intracomunitari di beni, il diritto dello Stato membro di acquisto di tassare l'acquisto deve restare impregiudicato, indipendentemente dal trattamento d'imposta sul valore aggiunto dell'operazione negli altri Stati membri;
- garantisce che in talune circostanze il trasferimento tra Stati membri di un mezzo di trasporto da parte di un privato in occasione di un trasferimento di residenza non dia luogo ad una seconda imposizione anche se il mezzo di trasporto è ancora nuovo;
- stabilisce norme per garantire il trattamento uniforme delle cessioni di beni una volta che il fornitore ha superato il massimale delle vendite a distanza in un altro Stato membro.

5. – *Autorizzazione per un livello di tassazione differenziato su taluni carburanti*

La Commissione ha autorizzato la Francia ad applicare, dal 1° gennaio 2006 al 31 dicembre 2011, livelli ridotti di tassazione sulla benzina senza piombo e sul gasolio utilizzati come carburante.

Le riduzioni in questione possono essere differenziate in funzione delle regioni amministrative, purché siano rispettate tutte le condizioni seguenti:

- le riduzioni non sono superiori a 35,4 euro per 1000 litri di benzina senza piombo e a 23,0 euro per 1000 litri di gasolio;
- le riduzioni non sono superiori alla differenza di livello di tassazione tra il gasolio e il gasolio per uso commerciale;
- le riduzioni sono stabilite in funzione di condizioni socioeconomiche obiettive prevalenti nelle regioni.

La Commissione ha previsto che le aliquote ridotte devono rispettare gli obblighi previsti dalla direttiva 2003/96/CE, in particolare, i livelli minimi di cui all'articolo 7 e non devono interessare il gasolio per uso commerciale, che non beneficia della possibilità di riduzione prevista.

6. – *Aiuti di Stato*

Italia – incentivi alle imprese partecipanti ad esposizioni all'estero

La Commissione ha deciso che gli speciali incentivi fiscali a favore delle imprese partecipanti ad esposizioni all'estero (introdotti dall'Italia con la Legge Finanziaria per il 2004) sono in conflitto con le regole comunitarie sugli aiuti di Stato.

Il regime permette ai partecipanti ad esposizioni di prodotti all'estero di escludere dal reddito imponibile in Italia un ammontare corrispondente alle

spese connesse all'esposizione di prodotti nelle fiere, in aggiunta all'ordinaria deduzione fiscale.

Il regime in oggetto, secondo la Commissione, è dannoso alla concorrenza perché favorisce le imprese esportatrici e ha l'effetto di migliorare la posizione commerciale delle imprese italiane operanti su mercati stranieri, compresi quelli dei Paesi Membri.

Considerato che l'aiuto è stato posto in essere senza attendere la previa autorizzazione della Commissione, questo deve essere rimborsato dai beneficiari.

Italia – trasporti marittimi

La Commissione ha autorizzato l'introduzione di un regime impositivo forfetario, basato sul tonnellaggio, c.d. *tonnage tax*, che l'Italia intende applicare nel settore del trasporto marittimo, a decorrere dal 2004.

La Commissione ha ritenuto, infatti, che il regime di imposta forfetaria applicabile alle imprese di trasporti marittimi sia conforme ai requisiti degli Orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato ai trasporti marittimi (3).

Il regime approvato dalla Commissione contribuirà a rafforzare la competitività della flotta italiana di fronte alla concorrenza dei Paesi terzi.

Italia – aiuti alle PMI

La Commissione europea ha approvato il regime d'aiuto previsto dalla cosiddetta Legge Tecno-Tremonti a favore delle PMI che si aggregano per realizzare investimenti nel settore della tecnologia dell'informazione.

Il regime permette alle PMI di aggregarsi, in numero non inferiore a dieci, in nuove strutture consortili per realizzare investimenti nel settore informatico e dell'innovazione.

Con riferimento agli investimenti ammessi all'aiuto, lo Stato italiano offrirà alle PMI beneficiarie un premio fiscale consistente nell'esclusione dalla base imponibile, ai fini delle imposte sui redditi, di un ammontare variabile fino al 40 per cento dei costi sopportati per la realizzazione di tali investimenti.

Considerato che gli aiuti alla ricerca e sviluppo a favore delle PMI rivestono la massima importanza in ragione degli svantaggi che le PMI incontrano nell'aver accesso alle nuove tecnologie e tenuto conto del ruolo centrale che l'innovazione riveste per la crescita, gli incrementi di produzione e lo sviluppo, la Commissione ha ritenuto che le spese fiscali relative a questo regime d'aiuto sono compatibili con le regole in materia di aiuti di Stato.

Svezia – agevolazioni fiscali per i grandi consumatori di energia

La Commissione ha autorizzato il programma svedese che dispensa le imprese manifatturiere dal pagamento della tassa sull'energia per un periodo di cinque anni, a condizione che le stesse si impegnino a ridurre il consumo di energia.

Secondo la Commissione, che ha già autorizzato un regime simile in Danimarca e in Olanda, i regolamenti comunitari autorizzano gli Stati a concedere delle agevolazioni nel settore energetico in modo da favorire l'utilizzo di fonti di energia rinnovabili e ridurre il consumo di energia da parte delle imprese.

(3) GU C 13 del 17 gennaio 2004, p. 3.

Danimarca – tonnage tax

La Commissione ha autorizzato la Danimarca a modificare la c.d. *tonnage tax* a favore delle compagnie di trasporto marittimo.

Tale modifica permette di garantire nell'esercizio 2004 che le imprese operanti nei negozi o nelle *boutiques* delle navi passeggeri siano tassate con l'imposta sulle società e non siano fiscalmente penalizzate dall'applicazione del regime forfetario dell'impresa di navigazione.

*7. – Procedure di infrazione e avvisi motivati**Italia – recupero di crediti fiscali*

La Commissione europea ha deciso di adire la Corte di giustizia contro la Repubblica italiana per omessa comunicazione delle misure di attuazione in diritto interno della direttiva 2002/94/Cee sull'assistenza reciproca in materia di recupero di crediti fiscali.

La direttiva in oggetto reca talune modalità di applicazione della direttiva 76/308/CEE, del 15 marzo 1976, sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da alcuni contributi, dazi, imposte ed altre misure. Le modificazioni riguardano, in particolare, le informazioni da trasmettere all'autorità richiedente, la notificazione al destinatario di atti o di decisioni che lo riguardano, l'adozione di provvedimenti cautelari e il recupero di crediti da parte dell'autorità adita per conto dell'autorità richiedente.

L'Italia aveva comunicato alla Commissione che un progetto di legge per l'attuazione della direttiva era in corso d'esame, ma, secondo la Commissione, tale progetto non è ancora stato adottato.

Italia – tassazione dei prodotti energetici

La Commissione ha trasmesso alla Repubblica italiana una richiesta formale invitandola a comunicare le misure adottate per attuare nel diritto interno la direttiva 2003/96/Cee del Consiglio, del 27 ottobre 2003, che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità.

La direttiva in oggetto estende il regime delle aliquote minime comunitarie, precedentemente limitato agli oli minerali, a tutti i prodotti energetici, quali carbone, gas naturale ed elettricità. La direttiva prevedeva, all'articolo 28, che gli Stati membri adottassero e pubblicassero le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro il 31 dicembre 2003 e che ne informassero immediatamente la Commissione.

A quanto consta alla Commissione, che non ha ricevuto alcuna risposta dell'Italia, tali misure non sono ancora state adottate.

Italia – condono fiscale in materia di iva

La Commissione ha inviato un parere motivato all'Italia chiedendo di modificare il capitolo iva del condono fiscale.

In particolare, la misura in oggetto concede a tutti i soggetti passivi l'esenzione da qualsiasi controllo amministrativo per periodi imponibili precedenti attraverso il pagamento di una somma forfetaria.

La Commissione ritiene che tale regime comporti una violazione della VI Direttiva iva, la quale obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché i soggetti passivi assolvano i propri obblighi di dichiarazione e di pagamento dell'iva.

Secondo la Commissione, le misure italiane vanno al di là del margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri per poter impostare la propria azione

di controllo in funzione delle risorse umane e tecniche disponibili. L'Italia rinunciarebbe effettivamente, in maniera generale e indiscriminata, all'attività di accertamento e riscossione dell'iva, in violazione degli obblighi assunti in applicazione del diritto comunitario.

Italia – contributi ai fondi pensione

La Commissione ha formalmente invitato l'Italia a modificare la normativa nazionale in materia di tassazione delle pensioni in quanto in Italia i contributi versati a fondi esteri non sono deducibili dalle imposte, diversamente da quelli versati a fondi nazionali.

Nella comunicazione del 19 aprile 2001 la Commissione, infatti, ha ritenuto prioritaria l'eliminazione degli ostacoli fiscali all'erogazione transfrontaliera di pensioni aziendali e professionali, effettuando un'analisi giuridica approfondita della questione, facendo rilevare che non riconoscere ai lavoratori che si spostano all'interno dell'UE la possibilità di dedurre dalle imposte i contributi pensionistici versati al regime pensionistico d'origine (estero) equivale a limitarne il diritto alla libera circolazione. Nello stesso modo, la discriminazione fiscale ostacola la libera prestazione di servizi a livello europeo da parte dei fondi pensione ed impedisce alle imprese con sede in diversi Stati membri di centralizzare i loro regimi pensionistici aziendali e professionali in un fondo unico per tutti i dipendenti dislocati nell'Unione.

Belgio – contributi ai fondi pensione

La Commissione ha deciso di adire la Corte di giustizia nei confronti del Belgio per l'eccessiva lentezza dimostrata nel modificare le proprie norme discriminatorie in materia di tassazione delle pensioni.

Secondo la Commissione, la legislazione belga presenta quattro problemi:

- la deducibilità dei contributi pensionistici è limitata ai versamenti a fondi pensione belgi;
- il trasferimento di capitale pensionistico ad un fondo pensione estero comporta un'imposizione speciale in Belgio;
- le pensioni versate a persone che si trasferiscono all'estero restano imponibili in Belgio, anche nei casi in cui il paese abbia ceduto i propri diritti di imposizione su tali pensioni agli altri Stati mediante convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione;
- i fondi pensione esteri sono tenuti a designare un rappresentante fiscale in Belgio prima di poter offrire i propri servizi sul territorio belga.

Svezia – contributi a fondi pensione

La Commissione ha domandato formalmente alla Svezia di modificare la propria legislazione discriminatoria in materia di fiscalità delle pensioni.

Secondo la legge svedese, infatti, non è ammessa la deducibilità fiscale dei contributi versati dai datori di lavoro a nome dei propri dipendenti a fondi pensione stranieri, al contrario di quanto avviene per i versamenti a fondi domestici.

Secondo la Commissione, la legislazione svedese impedisce la vendita delle polizze di assicurazione in Svezia da parte delle compagnie di assicurazione piuttosto che in altri Paesi UE e non incoraggia i lavoratori a sottoscrivere polizze straniere. Ciò costituisce un ostacolo alla libera prestazione di servizi e alla circolazione dei capitali, garantiti dal trattato Cee.

Francia – prodotti trasportati da viaggiatori non UE

La Commissione ha chiesto alla Francia di modificare le disposizioni rela-

tive al trasporto di prodotti nei bagagli di viaggiatori di paesi non appartenenti all'UE.

Secondo la legislazione francese, i viaggiatori che provengono da Paesi comunitari possono portare nei loro bagagli prodotti che danno diritto al rimborso dell'iva. Tale previsione non viene applicata a prodotti alimentari, tabacco o pietre preziose. Ciò secondo la Commissione è contraria alla VI Direttiva, la quale non prevede ulteriori condizioni per l'applicazione di tale disposizione.

Polonia – servizi di accesso a internet

La Commissione ha chiesto alla Polonia di modificare la propria legislazione in materia di applicazione dell'iva sulle prestazioni di servizi relative all'accesso ad internet.

In Polonia sono, infatti, considerati esenti i servizi di accesso ad internet nei confronti di studenti, scuole e istituzioni culturali e di privati cittadini.

L'esenzione, secondo la Commissione, è contraria alle disposizioni iva.

Finlandia – redditi di lavoro dipendente

La Commissione ha chiesto alla Finlandia di modificare la propria legislazione in materia di tassazione del lavoro dipendente e delle pensioni.

Secondo la legislazione finlandese, infatti, detti redditi sono assoggettati ad una ritenuta alla fonte a titolo di imposta del 35% quando sono corrisposti a soggetti non residenti, mentre gli stessi redditi corrisposti a soggetti residenti sono tassati progressivamente.

Secondo la Commissione, nella misura in cui le persone fisiche non residenti sono assoggettate ad un prelievo fiscale maggiore rispetto a quello gravante sui soggetti residenti che si trovano in una situazione analoga, ciò costituisce una forma di discriminazione indiretta in ragione della nazionalità, vietata dal Trattato Cee.

Regno Unito – acquisti transfrontalieri di tabacco e alcol

La Commissione ha deciso di adire il Regno Unito davanti alla Corte di giustizia per le modalità con cui applica i diritti di accisa ai tabacchi e all'alcol.

Secondo la Commissione, tale paese applica delle sanzioni sproporzionate ai cittadini dell'UE che acquistano tali beni (già assoggettati ad accise) negli altri Stati membri e le importano nel Regno Unito, sia personalmente che attraverso il servizio postale.

La Commissione ritiene, infatti, che quando i cittadini comunitari acquistano prodotti sottoposti ad accise (tabacchi e bevande alcoliche) per i propri bisogni in uno Stato membro e poi li trasportano in un altro Stato, i diritti di accisa sono dovuti nello Stato membro di acquisto e non devono essere nuovamente pagati nello Stato in cui sono importati.

Grecia – regime iva dei servizi di assicurazione

La Commissione ha deciso di adire la Corte di giustizia nei riguardi della Grecia per non aver esentato da iva dei premi versati nell'ambito dell'assicurazione stradale. In tale paese, infatti, esiste un'assicurazione stradale che soccorre i motociclisti in caso di incidente o di rottura del veicolo. Gli assicurati pagano una quota fissa annuale, che secondo la Commissione deve essere esente da iva, in quanto il servizio prestato dall'assicurazione stradale rientra nell'ambito delle prestazioni di assicurazione esenti da iva.

Grecia – rappresentante fiscale

La Commissione ha deciso di adire la Corte di giustizia nei riguardi della Grecia la quale obbliga l'operatore non residente a nominare un rappresentante fiscale per assolvere l'iva in Grecia sulle operazioni ivi effettuate.

Secondo la Commissione ciò è contrario alla normativa comunitaria e, in particolare, all'art. 21 della VI Direttiva, come modificata dalla Direttiva 2000/65/Cee, che non permette agli Stati membri di imporre tale obbligo nei confronti degli operatori di altri Stati membri; la nomina del rappresentante fiscale deve essere, infatti, facoltativa.

MASSIMARIO DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

a cura dell'avv. Sara Armella e del dott. Gianluigi Bizzioli

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA: *Libertà fondamentali*. – 4. Libera circolazione dei capitali. – SEZIONE TERZA: *Dazi doganali*. – SEZIONE QUARTA: *Accise*. – SEZIONE QUINTA: *Imposta sul valore aggiunto*.

SEZIONE PRIMA

LIBERTÀ FONDAMENTALI

4. – *Libera circolazione dei capitali*

Corte di Giustizia CE, sentenza 9 dicembre 2004, causa C-219/03, *Commissione delle CE v. Regmp do Spagna*.

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 CE y 56 CE, así como de los correspondientes artículos 36 y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, al haber mantenido en vigor, por lo que se refiere a la imposición de plusvalías obtenidas a partir del 1 de enero de 1997 por la transmisión de acciones adquiridas antes del 31 de diciembre de 1994, un régimen fiscal que es menos favorable para las acciones cotizadas en mercados distintos de los mercados regulados españoles que para las acciones cotizadas en éstos.

2) Condenar en costas al Reino de España.

La Corte di giustizia CE ha dichiarato incompatibile con la libera circolazione dei capitali la disciplina transitoria spagnola (legge 6 giugno 1991, n. 18) che determinava la base imponibile delle plusvalenze derivanti dalla cessione di azioni prima del 31 dicembre 1994 in ragione della quotazione (o meno) dei predetti titoli nei mercati regolamentati spagnoli.

SEZIONE TERZA

DAZI DOGANALI

Corte di Giustizia CE, sentenza 16 settembre 2004, C-396/02, *August Storck KG v. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*.

Il fatto che un veicolo munito di cassone sia provvisto di un meccanismo di ribaltamento complesso, flessibile e preciso non osta alla sua classificazione quale autocarro «dumper» ai sensi della sottovoce 8704 10 della nomenclatura combinata, di cui all'allegato I del regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1987, n. 2658, relativo alla nomenclatura tariffaria e statistica ed alla tariffa doganale comune, nelle versioni risultanti dai regolamenti (CE) della Commissione 20 dicembre 1994, n. 3115, e 22 dicembre 1995, n. 3009.

Tribunale delle Comunità europee, sentenza 21 settembre 2004, T-104/02, Société française de transports Gondrand Frères SA v. Commissione delle Comunità europee.

1) Il ricorso volto a ottenere lo sgravio dei dazi in una situazione particolare è respinto.

2) La ricorrente è condannata alle spese proprie e a quelle sostenute dalla Commissione. (*massima non ufficiale*).

Il regolamento del Consiglio 22 dicembre 1994, n. 3319 ha istituito un dazio antidumping definitivo sulle importazioni di soluzioni di urea e nitrato di ammonio originarie della Polonia e della Bulgaria: il dazio antidumping è calcolato in maniera differente a seconda che i prodotti immessi in libera pratica siano o meno fatturati direttamente agli importatori.

Il Tribunale ha ritenuto che le disposizioni del citato regolamento non siano di difficile interpretazione e che il dazio antidumping, gravando in maniera eguale su tutti gli operatori che effettuano immissioni in libera pratica di quel prodotto, non può dar luogo a un'ipotesi di situazione particolare ai sensi dell'art. 905, regolamento della Commissione 2 luglio 1993, n. 2454, che legittima la restituzione o lo sgravio dei dazi non dovuti (nel senso che la situazione particolare sussiste allorché un operatore venga a trovarsi in circostanze eccezionali rispetto ad altri, con conseguente pregiudizio: Corte di Giustizia Ce, 7 settembre 1999, C-61/98, De Haan, in Racc., 1999, I-5003; 25 febbraio 1999, C-86/97, Trans-Ex-Import, in Racc., 1999, I-1041; Tribunale delle Comunità europee, 19 febbraio 1998, T-42/96, Eyckeler & Malt/Commissione, in Racc., 1998, II-401).

Il Tribunale ha, pertanto, respinto il ricorso volto a far dichiarare la sussistenza di tale situazione particolare nel caso di un'importazione compiuta da società francesi e fatturata non direttamente alle imprese destinatarie, ma a una società intermediaria; fattispecie nella quale le autorità doganali francesi avevano calcolato erroneamente il dazio come se le operazioni fossero state fatturate direttamente alle imprese destinatarie.

Corte di Giustizia CE, sentenza 23 settembre 2004, C-414/02, Spedition Ulustrans, Uhuslararasi Nakliyat ve. Tic. A.S. Istanbul v. Finanzlandesdirektion für Oberösterreich.

1) L'art. 202, n. 3, del regolamento (CEE) del Consiglio 12 ottobre 1992, n. 2913, che istituisce un codice doganale comunitario, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale come quella prevista dall'art. 79, n. 2, dello Zollrechts-Durführungsgesetz (legge d'esecuzione relativa al diritto doganale), che, in caso di irregolare introduzione nel territorio doganale della Comunità di una merce soggetta a dazi all'importazione, rende il datore di lavoro condebitore dell'obbligazione doganale del dipendente che ha proceduto alla detta importazione in esecuzione delle mansioni affidategli dal

datore di lavoro, a condizione che tale normativa esiga che il datore di lavoro abbia partecipato all'introduzione delle merci sapendo, o dovendo ragionevolmente sapere che la detta introduzione era irregolare.

L'art. 202, n. 3, del regolamento del Consiglio 12 ottobre 1992, n. 2913 (codice doganale comunitario), stabilisce che sono debitori dell'obbligazione doganale, oltre a colui che ha introdotto irregolarmente la merce nel territorio della Comunità, «i soggetti che hanno partecipato a tale introduzione sapendo o dovendo, secondo ragione, sapere che essa era irregolare».

Alla luce di tale norma la Corte di Giustizia ha affermato che non è in contrasto con il diritto comunitario una norma come l'art. 79, n. 2 della legge d'esecuzione del diritto doganale austriaco, il quale prevede che, nel caso di violazione degli obblighi doganali da parte del dipendente o di altro mandatario nell'espletamento dei propri incarichi, sorge un'obbligazione doganale identica anche in capo al datore di lavoro o al committente.

La Corte ha però posto come condizioni di validità e di compatibilità di tale previsione il fatto (il cui accertamento è demandato al giudice nazionale) che la disposizione nazionale sia rispettosa degli scopi perseguiti dalla legislazione comunitaria in materia doganale e del principio di proporzionalità (cfr. Corte di Giustizia Ce, 7 dicembre 2000, C-213/99, De Andrade, in Racc., 2000, I-11083).

In particolare, la previsione di un'autonoma responsabilità del datore di lavoro non può configurarsi come presunzione assoluta di partecipazione e di conoscenza dell'irregolarità commessa dal dipendente ovvero dal mandatario.

Corte di Giustizia CE, sentenza 7 ottobre 2004, C-379/02, *Skatteministeriet v. Imexpo Trading A/S*.

La nomenclatura combinata di cui all'allegato I del regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1987, n. 2658, relativo alla nomenclatura tariffaria e statistica ed alla tariffa doganale comune, nelle sue versioni risultanti, rispettivamente, dal regolamento (CE) della Commissione 9 settembre 1996, n. 1734, dal regolamento (CE) della Commissione 4 novembre 1997, n. 2086, dal regolamento (CE) della Commissione 26 ottobre 1998, n. 2261, e dal regolamento (CE) della Commissione 12 ottobre 1999, n. 2204, dev'essere interpretata nel senso che, nell'ambito di una controversia, quale quella di cui alla causa principale, in cui le parti affermano, in contraddittorio tra loro, che supporti per sedie a rotelle di materie plastiche, quali quelli di cui trattasi nella causa principale, rientrano nella sottovoce 3918 10 90 e nella sottovoce 9403 70 90 della nomenclatura combinata, deve privilegiarsi la prima di tali posizioni.

Corte di Giustizia CE, sentenza 2 dicembre 2004, C-41/02, *Commissione delle Comunità europee v. Regno dei Paesi Bassi*.

Applicando una prassi amministrativa ai sensi della quale alimenti di consumo comune arricchiti di vitamina A (sotto forma di retinoidi), vitamina D, acido folico, selenio, rame o zinco, legalmente prodotti o commercializzati in altri Stati membri, possono essere immessi in commercio nei Paesi Bassi, quando non sono prodotti sostitutivi o alimenti ricostituiti ai sensi dell'art. 1, n. 1, lett. c) e d), del *Warenwetbesluit Toevoeging micro-voedingsstoffen aan leven-*

smiddelen 24 maggio 1996 (decreto di applicazione della *Warenwet*, relativo all'aggiunta di micronutrienti negli alimenti), unicamente se tale aggiunta risponde ad un fabbisogno nutrizionale della popolazione olandese, per di più senza verificare se tali alimenti arricchiti possano sostituirsi ad alimenti già in commercio per i quali l'aggiunta delle stesse sostanze nutritive è obbligatoria, il Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti a norma dell'art. 30 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 28 CE).

Il Regno dei Paesi Bassi è condannato alle spese.

La Corte di Giustizia, con la sentenza in rassegna, ha ritenuto che costituisca una misura di effetto equivalente a una restrizione all'importazione (vietata dall'art. 28 Trattato Ce) la prassi amministrativa olandese che prevede l'ammissione alla vendita nei Paesi Bassi di prodotti alimentari arricchiti con vitamine e sali minerali, regolarmente commercializzati in altri Stati membri, solo quando non presentino un pericolo per la salute e rispondano a un effettivo fabbisogno nutrizionale.

Secondo la Corte l'applicazione sistematica di tale prassi non è giustificata da esigenze di tutela della salute ai sensi dell'art. 36 Trattato Ce, il quale, rappresentando un'eccezione al principio della libera circolazione delle merci nell'ambito europeo, deve essere interpretato restrittivamente e consente solo le limitazioni indispensabili per perseguire gli scopi di tutela (in questo senso Corte di Giustizia Ce, 5 febbraio 2004, C-24/00, Commissione/Francia, inedita; 23 settembre 2003, C-192/01, Commissione/Danimarca, in Racc., 2003, I-9693; 14 luglio 1983, C-174/82, Sandoz, in Racc., 1983, 2445).

In particolare, al fine di consentire la restrizione al commercio di alcuni prodotti, è necessario che lo Stato che pone la limitazione dimostri, sulla base dei dati scientifici più recenti, l'effettiva sussistenza di un rischio per la salute dei cittadini, cosa che nel caso di specie il governo olandese non ha fatto. Inoltre, l'aver applicato la prassi ricordata nei confronti di tutte le sostanze con le quali vengono arricchiti gli alimenti è in contrasto con il diritto comunitario che richiede, per riconoscere come legittima una restrizione, che il rischio per la salute sia verificato in base a un approfondito esame, da compiersi caso per caso, degli effetti che potrebbe comportare l'integrazione degli alimenti con vitamine e sali minerali (cfr. Corte di Giustizia Ce, 5 febbraio 2004, C-24/00, Commissione/Francia, inedita; 23 settembre 2003, C-192/01, Commissione/Danimarca, in Racc., 2003, I-9693; 9 settembre 2003, C-236/01, Monsanto Agricoltura Italia e a., in Racc., 2003, I-8105).

Tribunale delle Comunità europee, sentenza 7 dicembre 2004, T- 240/02, *Koninklijke Coöperatie Cosun UA v. Commissione delle Comunità europee*.

1) Il ricorso volto a ottenere lo sgravio dei dazi in una situazione particolare è respinto.

2) La ricorrente supporterà le proprie spese nonché quelle sostenute dalla Commissione (*massima non ufficiale*).

L'art. 13, regolamento del Consiglio 2 luglio 1979, n. 1430 prevede la possibilità per l'operatore economico di ottenere lo sgravio dei dazi all'importazione allorché ricorrano situazioni particolari che non implicino simulazione o negligenza manifesta da parte dell'interessato; per dazi all'importazione si intendono i dazi doganali, le tasse di effetto equivalente, i prelievi agricoli e le altre imposizioni all'importazione previste dai provvedimenti in

materia di politica agricola comune o di regimi specifici applicabili a determinati prodotti (art. 1, n. 2, regolamento 1430 del 1979).

Decidendo sul ricorso avverso un diniego di sgravio, il Tribunale ha affermato che in tale nozione non rientra il prelievo sullo zucchero di tipo «C», riscosso in virtù dell'art. 41, regolamento del Consiglio 30 giugno 1981, n. 1785 (relativo all'organizzazione del mercato dello zucchero) sui quantitativi di zucchero non esportati e smerciati sul mercato interno in violazione del divieto di cui all'art. 26 del regolamento 1785 del 1981.

Esso, infatti, è riscosso in base alla mancata prova dell'esportazione di un determinato quantitativo di zucchero «C» e non costituisce né un dazio né una misura di effetto equivalente, i quali si caratterizzano per colpire una merce in occasione del transito di una frontiera (in questo senso Corte di Giustizia Ce, 2 aprile 1998, C-213/96, Outokumpo, in Racc., 1988, I-1777; 17 luglio 1997, C-90/94, Haar petroleum, in Racc., 1997, I-4085).

Il Tribunale ha, altresì, precisato che il mancato accoglimento dell'istanza di sgravio non comporta disparità tra il soggetto produttore di zucchero «C» e l'operatore soggetto a diritti all'importazione o all'esportazione, in quanto sono differenti i presupposti per l'applicazione dei due prelievi: il produttore di zucchero «C» è soggetto all'obbligo di esportazione e al divieto di smercio nel mercato interno dallo zucchero, mentre per l'operatore soggetto a diritti all'importazione tali obblighi non sussistono.

Corte di Giustizia CE, sentenza 14 dicembre 2004, C-210/03, *The Queen, su richiesta di Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd v. Secretary of State for Health.*

1) L'esame della seconda questione non ha rivelato alcun elemento idoneo a inficiare la validità dell'art. 8 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5 giugno 2001, 2001/37/CE, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco.

2) Quando una misura nazionale vieta la commercializzazione dei prodotti del tabacco per uso orale in conformità alle disposizioni dell'art. 8 della direttiva 2001/37, non è necessario verificare, distintamente, se tale misura nazionale sia conforme agli artt. 28 CE e 29 CE.

L'art. 8, direttiva del Consiglio 5 giugno 2001, n. 37/CEE (sul ravvicinamento delle legislazioni in materia di vendita dei prodotti del tabacco) stabilisce che «Gli Stati membri vietano la commercializzazione dei tabacchi per uso orale (...).».

La Corte di Giustizia ha respinto il ricorso volta a far dichiarare invalida tale disposizione per la violazione dei principi dell'ordinamento comunitario: in particolare, la Corte ha affermato che l'art. 8 citato trova adeguato fondamento normativo nell'art. 95, Trattato Ce, il quale consente al legislatore comunitario di sottoporre a condizioni o vietare la commercializzazione di uno o più prodotti allorché le diverse previsioni di livello nazionale possano generare ostacoli alla circolazione (in questo senso Corte di Giustizia Ce, 9 ottobre 2001, C-377/98, Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio, in Racc., 2001, I-7079; 5 ottobre 2000, C-376, 98, Germania/Parlamento e Consiglio, in Racc., 2000, I-8419; 13 luglio 1995, C-350/92, Spagna/Consiglio, in Racc., 1995, I-1985).

Nel caso dei lavoratori del tabacco tali ostacoli alla circolazione rappresentano un'ipotesi del tutto verosimile, data la crescente consapevolezza della

loro nocività e l'avvenuta adozione da parte di alcuni Stati membri di divieti di commercializzazione a tutela della salute.

Il provvedimento del legislatore comunitario è, secondo la Corte, rispettoso del principio di proporzionalità, giacché risultava dimostrato al momento dell'adozione del divieto, se non la nocività, quanto meno il rischio per la salute derivante dal consumo di prodotti del tabacco (sul principio di proporzionalità, Corte di Giustizia Ce, 11 luglio 2002, C-210/00, Kaserei Champignon Hofmeister, in Racc., 2002, I-6453; 5 maggio 1998, C-157/96, National Farmer's Union e a., in Racc., 1998, I-2211; 11 luglio 1993, C-339/92, Adm Olmuhlen, in Racc., 1993, I-6473; 18 novembre 1987, C-137/85, Maizena, in Racc., 1987, 4587).

Per la stessa ragione, la Corte ha ritenuto giustificate, ai sensi dell'art. 30, Trattato Ce, le legislazioni nazionali (quale nel caso di specie quella del Regno Unito) che hanno adottato analoghi provvedimenti restrittivi, pur rappresentando tali limitazioni misure di effetto equivalente a una restrizione quantitativa ai sensi degli artt. 28 e 29, Trattato Ce.

Tribunale delle Comunità europee, sentenza 14 dicembre 2004, T- 332/02, *Nordspedizionieri di Danielis Livio & C. Snc, Livio Danielis e Domenico D'Alessandro v. Commissione delle Comunità europee*.

- 1) Il ricorso volto a ottenere lo sgravio dei dazi in una situazione particolare è respinto.
- 2) I ricorrenti sopporteranno le proprie spese nonché le spese sostenute dalla Commissione (*massima non ufficiale*).

Il Tribunale delle Comunità europee ha respinto il ricorso, proposto da imprese italiane, volto a ottenere lo sgravio dei dazi corrisposti a seguito della scoperta di un traffico illegale di sigarette, importate in Italia falsificando documenti doganali.

Il Tribunale, confermando i suoi precedenti in materia di sgravio dei dazi, ha ritenuto che le esigenze di una indagine volta a identificare e arrestare gli autori di reati di contrabbando giustificano l'omessa informazione nei confronti dell'obbligato principale, anche se tale omissione consente il reiterarsi dei fatti di contrabbando. In tali casi l'operatore può ottenere lo sgravio dei dazi solo se dimostri che le autorità doganali nazionali erano al corrente delle operazioni di contrabbando e hanno permesso che le stesse si realizzassero.

Le imprese ricorrenti hanno, altresì, allegato a fondamento della domanda di sgravio la loro estraneità ai fatti delittuosi e il fatto di essere stati vittima di comportamenti volti a falsificare i propri documenti.

Il Tribunale ha escluso che tali argomenti potessero fondare l'accoglimento della domanda di sgravio. L'estraneità ai fatti delittuosi, infatti, può rilevare ove in discussione sia la determinazione dei soggetti tenuti al pagamento dell'obbligazione doganale, mentre il procedimento per lo sgravio ha come oggetto l'accertamento della sussistenza di una situazione particolare. La falsificazione dei documenti, infine, rientra nell'ambito dei rischi professionali a cui è esposto l'operatore. Lo sgravio potrebbe essere richiesto solo nel caso in cui l'uso fraudolento dei documenti sia stato facilitato da gravi inadempienze delle autorità doganali, comportamento di cui nel caso di specie non è stata fornita la prova (su questi principi, Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 10 maggio 2001, cause riunite T-186/97, T-187/97, da T-190/097 a T-192/97, T-210/97, T-211/97, da T-216/97 a T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-

293/97 e T-147/99, *Kaufring*, in *Racc.*, 2001, II-1337; 19 febbraio 1999, T-42/96, *Eyecker & Malt/Commissione*, in *Racc.*, 1999, II-401; 17 settembre 1998, T-50/96, *Primex Produkte Import-Export e a./Commissione*, in *Racc.*, 1998, II-3773).

Corte di Giustizia CE, sentenza 15 dicembre 2004, C-272/03, *Hauptzollamt Neubrandenburg v. Jens Christian Siig*.

Gli artt. 718, n. 3, lett. *d*) e 670, lett. *p*), del regolamento (CEE) della Commissione 2 luglio 1993, n. 2454, che fissa talune disposizioni d'applicazione del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio che istituisce il codice doganale comunitario, devono essere interpretati nel senso che vietano l'utilizzazione di una motrice stradale immatricolata fuori del territorio doganale della Comunità per il trasporto di un semirimorchio da un luogo situato all'interno del territorio doganale della Comunità in cui esso è solo parcheggiato per essere successivamente trasportato da un'altra motrice stradale presso il destinatario delle merci, stabilito fuori del territorio doganale della Comunità.

Corte di Giustizia CE, sentenza 13 gennaio 2005, C-145/02, *Armin Petrich v. Commissione delle Comunità europee*.

Il combinato disposto degli artt. 12 e 19 della direttiva del Consiglio 23 novembre 1970, 70/524/CEE, relativa agli additivi nell'alimentazione degli animali, come modificata dalla direttiva del Consiglio 29 novembre 1984, 84/587/CEE, deve essere interpretato nel senso che tali norme ostano ad una misura con cui uno Stato membro vieta la commercializzazione sul suo territorio di un alimento complementare per animali regolarmente prodotto in un altro Stato membro, conformemente all'art. 12, n. 1, della detta direttiva, a causa del suo contenuto di vitamina D.

Corte di Giustizia CE, sentenza 13 gennaio 2005, C-126/04, *Heineken Brouwerijen BV v. Hoofdproductschap Akkerbouw*.

Dall'esame delle questioni sollevate non è emerso alcun elemento tale da pregiudicare la validità dei regolamenti (CE) del Consiglio 14 giugno 1999, n. 1269, e 24 aprile 2001, n. 822, relativi all'apertura di un contingente tariffario comunitario per l'orzo di malteria di cui al codice NC 1003 00.

Corte di Giustizia CE, sentenza 20 gennaio 2005, C-300/03, *Honeywell Aerospace GmbH v. Hauptzollamt Gießen*.

Il combinato disposto degli artt. 203, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 12 ottobre 1992, n. 2913, che istituisce un codice doganale comunitario, e 379 del regolamento (CEE) della Commissione 2 luglio 1993, n. 2454, che fissa talune disposizioni d'applicazione del regolamento n. 2913/92, va interpretato nel senso che sorge un'obbligazione doganale quando una spedizione assoggettata al regime di transito comunitario esterno non è stata presentata all'ufficio doganale di destinazione, ma lo Stato membro da cui dipende l'ufficio di partenza può procedere alla riscossione dell'importo dell'obbli-

gazione solo se ha indicato all'obbligato principale che quest'ultimo dispone di un termine di tre mesi per produrre le prove richieste e esse non sono state apportate entro tale termine.

L'art. 378, del regolamento della Commissione 2 luglio 1993, n. 2454 (c.d. regolamento di attuazione del codice comunitario) relativo alle violazioni in materia di transito comunitario, stabilisce che nel caso in cui una spedizione non sia presentata all'ufficio di destinazione e non sia possibile individuare il luogo in cui la merce è stata sottratta alla vigilanza doganale, si considera come luogo dell'infrazione lo Stato membro da cui dipende l'ufficio di partenza. Quest'ultimo è pertanto legittimato a recuperare i dazi non corrisposti, mediante notificazione all'operatore responsabile dell'accertamento dell'irregolarità.

*La Corte ha affermato che tale atto di notifica deve contenere l'indicazione del termine massimo di tre mesi per fornire la prova della regolarità del transito o del luogo in cui l'infrazione è stata effettivamente commessa (termine previsto dall'art. 379, n. 2, regolamento 2454 del 1993); l'obbligazione doganale sorge solo se il responsabile non ha fornito le prove entro il termine (in questo senso Corte di Giustizia Ce, 21 ottobre 1999, C-233/98 *Lenzing & Brockhausen*, in *Racc.*, 1999, I-7349).*

La Corte non precisa le conseguenze del mancato rispetto di tali disposizioni da parte dell'ufficio; pare, tuttavia, sostenibile l'invalidità dell'atto di accertamento dell'obbligazione doganale sia quando manchi l'indicazione del termine per fornire al prova, sia quando l'atto è adottato dall'ufficio prima della scadenza dello stesso.

SEZIONE QUARTA

ACCISE

Corte di Giustizia CE, sentenza 5 ottobre 2004, C-475/01, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica ellenica*.

1) È respinto il ricorso proposto dalla Commissione delle Comunità europee volta a far dichiarare che la Repubblica ellenica mantenendo in vigore un'accisa ridotta sull'ouzo è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù dell'art. 90 Trattato Ce

2) La Commissione delle Comunità europee è condannata alle spese (*massima non ufficiale*).

La Corte di Giustizia ha respinto il ricorso proposto dalla Commissione delle Comunità europee volta a far dichiarare che la Repubblica ellenica, mantenendo in vigore un'accisa ridotta sulla bevanda alcolica all'anice denominata «ouzo» è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù dell'art. 90 Trattato Ce. Secondo la Commissione l'accisa ridotta sulla particolare bevanda, prodotta quasi esclusivamente in Grecia, avrebbe violato il disposto del citato articolo, il quale considera compatibile con il diritto comunitario i sistemi fiscali solo se essi sono congeniati in modo da escludere che i prodotti esteri (nel caso di specie gli alcolici esteri soggetti ad accisa piena) siano assoggettati a oneri più gravosi rispetto ai prodotti nazionali.

La Corte ha respinto tale ricorso sull'assunto che l'accisa ridotta è stata introdotta e mantenuta dalla Grecia in base al preciso disposto dell'art. 23, n. 2, direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, n. 83/CEE che consentiva alla Repubblica ellenica di adottare un'aliquota dell'imposta di fabbricazione ridotta per l'ouzo.

Corte di Giustizia CE, sentenza 14 ottobre 2004, C-143/03, *Commissione delle CE v. Repubblica italiana*.

1) Sottoponendo le pile alcaline al manganese contenenti meno dello 0,0005% in peso di mercurio ad un regime di marcatura che impone, in particolare, l'indicazione della presenza di metalli pesanti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 28 CE.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

Il decreto ministeriale 20 novembre 1997, n. 476 prevede che le pile alcaline e gli accumulatori che contengono metalli pesanti siano soggetti a un idoneo regime di marcatura, al fine di rendere l'acquirente informato sui pericoli ambientali e sulla necessità di gettare tali pile esaurite negli appositi raccoglitori.

La normativa comunitaria, al contrario, non prevede alcun specifico obbligo di marcatura per le pile alcaline al manganese contenenti meno dello 0,0005% di mercurio.

La Commissione ha proposto ricorso contro la Repubblica italiana al fine di far dichiarare che l'obbligo di marcatura previsto dal decreto 476 del 1997, costituisce, con riferimento alle pile contenenti meno dello 0,0005% di mercurio, una misura di effetto equivalente a un dazio doganale all'importazione ed è quindi contrario all'art. 28 del Trattato Ce.

La Corte ha accolto il ricorso ritenendo che tale obbligo, ancorché applicabile a tutti i produttori di pile, finisce per costituire un ostacolo alla commercializzazione in Italia, giacché la necessità di dover procedere alla modificazione dell'imballaggio o dell'etichettatura del prodotto costituisce un onere aggiuntivo per i produttori degli Stati esteri in cui non è richiesta la specifica marcatura, scoraggiando in tal modo le importazioni in Italia (cfr. Corte di Giustizia Ce, 18 settembre 2003, C-416/00, Morellato, in Racc., 2003, I-9343; 3 giugno 1999, C-33/97, Colim, in Racc., 1999, I-3175).

SEZIONE QUINTA

IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO

Corte di Giustizia CE, sentenza 21 ottobre 2004, C-8/03, *Banque Bruxelles Lambert SA (BBL) v. Stato belga*.

Le società d'investimento a capitale variabile (SICAV) il cui scopo esclusivo è l'investimento collettivo in valori mobiliari dei capitali raccolti presso il pubblico conformemente alla direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/611/CEE, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di taluni organismi d'investimento col-

lettivo in valori mobiliari (OICVM), hanno la qualità di soggetto passivo ai sensi dell'art. 4 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, in modo che il luogo delle prestazioni di servizi descritte all'art. 9, n. 2, lett. e), della stessa direttiva, rese a tali SICAV stabilite in uno Stato membro diverso da quello del prestatore, è il luogo in cui le dette SICAV hanno stabilito la sede della loro attività economica.

Con la sentenza in rassegna la Corte affronta nuovamente il problema della qualità dei soggetti passivi che svolgono attività finanziarie (sulla qualificazione delle attività di carattere finanziario, cfr. Corte di Giustizia Ce, 26 giugno 2003, C-442/01, KapHag, in Racc., 2003, I-6851; 14 novembre 2000, C-142/99, Floridienne e Berginvest, in Racc., 2000, I-9567; 6 febbraio 1997, C-80/95, Harnas & Helm, in Racc., 1997, I-745; 11 luglio 1996, C-306/94, Régie dauphinoise, in Racc., 1996, I-3695; 20 giugno 1996, C-155/94, Wellcome Trust, in Racc., 1996, I-3013; 22 giugno 1993, C-33/91, Sofitam, in Racc., 1993, I-3513; 4 dicembre 1990, C-186/89, Van Tiem, in Racc., 1990, I-4363).

In precedenti sentenze il giudice comunitario ha, da un lato, affermato che costituisce attività economica lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale al fine di ricavarne profitti con un certo carattere di stabilità; dall'altro, ha ritenuto che le attività consistenti nel mero acquisto e nella mera detenzione di quote societarie non costituisce attività economica ai sensi della sesta direttiva, giacché manca in tali casi lo sfruttamento del bene al fine di trarne profitto, essendo l'eventuale dividendo derivato dalla sola proprietà della quota.

Applicando queste regole al caso sottoposto a rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia ha affermato che costituisce attività commerciale rilevante ai fini dell'imposta sul valore aggiunto l'attività di una Sicav, la quale investe in valori mobiliari i capitali raccolti presso il pubblico: in tale ipotesi vi sarebbe, infatti, un'attività ulteriore rispetto alla mera detenzione.

Corte di Giustizia CE, sentenza 18 novembre 2004, C-284/03, *Stato belga v. Temco Europe SA*.

L'art. 13, parte B, lett. b) della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, dev'essere interpretato nel senso che costituiscono operazioni di «locazione di beni immobili» ai sensi di questa disposizione operazioni con cui una società concede simultaneamente, tramite contratti diversi a società ad essa collegate, un diritto precario di occupazione sul medesimo immobile dietro il pagamento di un'indennità fissata principalmente in funzione della superficie occupata e allorché questi contratti, così come vengono eseguiti, hanno essenzialmente per oggetto la messa a disposizione passiva di locali o di superfici di immobili, contro un corrispettivo collegato al trascorrere del tempo e non una prestazione di servizi che possa ricevere una diversa qualificazione.

La Corte di Giustizia si sofferma nuovamente sulla nozione di locazione di beni immobili ai fini dell'esenzione prevista dall'art. 13, parte B, lett. b) della sesta direttiva Iva (direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE).

Nella fattispecie sottoposta a rinvio pregiudiziale una società proprietaria di un bene immobile concede ad altre società collegate un diritto di occupazione precario a fronte del pagamento di un'indennità.

La Corte ha affermato che la locazione, nel contesto della sesta direttiva, è rappresentata dal conferimento all'interessato, per una durata convenuta e dietro corrispettivo, del diritto di occupare un immobile come se ne fosse proprietario e di escludere qualsiasi altra persona dal beneficio (cfr. Corte di Giustizia Ce, 12 giugno 2003, C-275/01, Sinclair Collis, in Racc., 2003, I-5965; 8 maggio 2003, C-269/00, Feeling, in Racc., 2003, I-4101; 9 ottobre 2001, C-108/99, Cantor Fitzgerald international, in Racc., 2001, I-7257). La durata della locazione, se di per sé non ha valore determinante, tuttavia rileva al fine di distinguere tale servizio da altre attività relative agli immobili che hanno a oggetto l'esecuzione di una prestazione piuttosto che la semplice messa a disposizione di un bene. Il giudice a quo non deve limitarsi a esaminare il testo negoziale, ma deve estendere la sua indagine anche ai rapporti contrattuali concretamente intrattenuti dalle parti. Per un altro commento, cfr. Santi, Spetta al giudice nazionale del caso concreto stabilire se il negozio giuridico è atipico, in Guida normativa, 12 dicembre 2004, n. 224, 34.

NOTE A SENTENZA

Profili internazionale-tributari e di compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'istituto della trasparenza fiscale delle società di capitali (*)

L'istituto della trasparenza fiscale delle società di capitali di cui agli articoli 115 e 116 del t.u.i.r. solleva alcuni dubbi interpretativi con riferimento al suo inquadramento nell'ambito del diritto delle Convenzioni contro le doppie imposizioni sul reddito stipulate dall'Italia e con riferimento all'ordinamento tributario comunitario.

Agenzia delle Entrate, Circolare n. 49 del 22 novembre 2004, in www.finanze.it.

(Omissis).

(*) SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Il criterio di tassazione per trasparenza nella legge delega per la riforma del sistema fiscale. – 1.2. ... e nel d.lgs. n. 344 del 2003 di attuazione: alcuni cenni alle caratteristiche tecniche. – 2. Trasparenza delle società di capitali e «altre trasparenze»: alcune riflessioni. – 3. La trasparenza fiscale nella nuova disciplina dei gruppi di imprese. – 3.1. Fenomenologia della trasparenza: rilevanza del «gruppo di imprese» e considerazioni sulla soggettività passiva. – 4. Trasparenza e normativa comunitaria. – 4.1. Il limitato accesso dei non residenti al regime della trasparenza. – 5. Trasparenza e normativa convenzionale. (In)applicabilità delle convenzioni contro le doppie imposizioni. – 5.1. Qualificazione ai fini convenzionali. – 6. Conclusioni.

1. – *Introduzione*

L'approccio agli aspetti internazionali della tassazione c.d. per trasparenza delle società di capitali, recentemente introdotta nel nostro ordinamento, pone innanzitutto l'esigenza di individuarne *ratio* ed effetti giuridici, seppur in una ricognizione di sintesi, e di distinguere le ipotesi in cui essa può concretizzarsi.

Tale criterio, che, com'è noto, consiste nell'attribuzione dei risultati tributari conseguiti da un determinato soggetto di natura collettiva in capo ai partecipanti, è ben conosciuto a livello internazionale (dove è noto come *consortium*

relief) e applicato diffusamente nel sistema anglosassone attraverso lo strumento della *limited partnership*.

La tassazione per trasparenza, fino a ieri propria delle società di persone, ha trovato nuova centralità nella Riforma Tremonti, con riferimento alle società di capitali. Essa si ritrova così nei criteri di delegazione contenuti all'art. 4 lett. *b*) (per quanto riguarda il consolidato estero) e lett. *h*) (sulla facoltà delle società di capitali partecipate a loro volta da società di capitali di optare per il regime di trasparenza) della legge delega per la riforma del sistema fiscale n. 80/2003 (1).

A seguito delle integrazioni approvate dalla Commissione Finanze del Senato, il nuovo istituto contenuto nell'art. *h*) ha assunto un ambito di significativa estensione per le finalità ad esso assegnate dalla riforma che riguardano il temperamento del rigore introdotto con il regime della esenzione delle partecipazioni a cui si correla l'irrelevanza fiscale delle minusvalenze e delle svalutazioni.

Se con il consolidato tale risultato è evidentemente ottenuto grazie al sistema di compensazione degli utili e delle perdite *infragrappo*, nell'ambito della trasparenza, l'effetto correttivo deriva dalla diretta imputazione delle perdite della partecipata in diminuzione del reddito dei soci (2).

1.1. – *Il criterio di tassazione per trasparenza nella legge delega per la riforma del sistema fiscale*

La necessità di riformare il sistema fiscale italiano deriva principalmente dall'evoluzione del processo di integrazione europea sotto i cui auspici si vuole far convergere la disciplina fiscale delle imposte dirette verso regole omogenee tali da non compromettere il funzionamento del mercato comune (3). La legge delega di riforma del sistema fiscale italiano n. 80 del 2003 sancisce esplicitamente l'adeguamento delle norme tributarie nazionali ai

(1) Cfr. L. Lovecchio, *Il criterio di trasparenza nella delega fiscale*, in *Boll. Trib.*, 19, 2002, 1369. Mentre sulle premesse storiche dell'istituto si veda A. Pace, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'IRES: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'articolo 5 del Testo Unico*, *ivi*, 7, 2004, 485.

(2) Si veda la Relazione Governativa di commento allo schema di legge delega, laddove, nella descrizione del consolidato dichiara che «il riconoscimento fiscale dei gruppi costituisce il naturale correttivo dell'ineducibilità delle minusvalenze su partecipazioni» e più oltre, con riferimento al criterio di trasparenza, rileva che «al fine di rimuovere questo effetto negativo (ovvero l'ineducibilità delle minusvalenze e svalutazioni da partecipazioni) sarà consentito di optare per il regime di trasparenza fiscale delle società di persone».

(3) E non poteva essere altrimenti considerato che la riforma fiscale nasce ed evolve in concomitanza dell'iter formativo della Costituzione Europea che spinge verso la progressiva armonizzazione delle legislazioni anche se per il momento solo con riguardo alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo, ed altre imposte indirette. Per un maggiore approfondimento sulla Costituzione Europea, in una prospettiva fiscale, si vedano G. Maisto, *Progetto Costituzione Europea. Appunti di lavoro*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2003, VII-VIII, 124 ss.; S. La Rosa, *Osservazioni sulle norme tributarie da inserire nel Trattato costituzionale europeo*, *ivi*, 112 ss.; G. Marongiu, *Costituzione Europea e principio di ripartizione dei tributi*, *ivi*, 114 ss.

principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, come si legge alla lett. b) dell'art. 2, 1° comma.

In conformità con questo obiettivo, è emersa l'esigenza di eliminare il credito d'imposta sugli utili da partecipazione societaria sempre meno compatibile con la disciplina comunitaria di non discriminazione dei non residenti (4).

Sulle ceneri del credito d'imposta è nato, quindi, il regime della *participation exemption* che ha consentito, tra l'altro, al nostro Paese di dotarsi di un meccanismo che già contraddistingue altri sistemi europei i quali da tempo attraggono anche le *holdings* dei principali gruppi italiani (5).

Ed è proprio attorno a tale novità che si sviluppa tutta la nuova tassazione societaria (6).

Non è questa la sede per soffermarsi sui criteri alla base delle nuove norme in tema di utili societari e plusvalenze su partecipazioni o per elencare gli effetti a tali disposizioni correlati (7), bastando, al fine di impostare queste brevi note, evidenziare che l'attribuzione del reddito per trasparenza di cui all'art. 4, lett. h) della l. n. 80 del 2003 (8), condivide con il consolidamento la natura di correttivo all'ineducibilità delle svalutazioni delle partecipazioni e delle minusvalenze derivanti dalla cessione delle partecipazioni che ha, nel concreto, comportato l'impossibilità di dedurre le perdite della società partecipata (9).

(4) Si veda A. Fedele, *La nuova disciplina IRES: i rapporti tra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2004, 477.

(5) Come afferma G. Marino, nell'introduzione al volume *I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi delle società*, Milano, 2003, «La riforma recepisce una serie di istituti volti ad eliminare la doppia imposizione economica che sono stati i pilastri su cui alcuni sistemi tributari europei hanno fondato la loro concorrenza fiscale nell'arco degli anni novanta: si pensi, fra tutti, alla *participation exemption* olandese e a quella lussemburghese, oppure alla tassazione consolidata a livello di gruppo presenti nel diritto tributario francese e in quello danese».

(6) Cfr. R. Lupi, *Delega fiscale, redditi finanziari e di impresa*, in *Rass. trib.*, I, 2003, 112.

(7) Si veda ancora A. Fedele, *op. ult. cit.*, 484, il quale ravvede nel regime di parziale detassazione degli utili spettanti ai soci, nonché nelle correlate discipline della *participation exemption* e dell'ineducibilità, per la società, degli utili stessi, un complesso normativo «a carattere sostanzialmente incentivante, ispirato ad intenti promozionali della diffusione della società di capitali come modalità organizzativa delle attività economiche e strumento di raccolta dei mezzi finanziari».

(8) In cui si definisce la nozione come «Facoltà delle società di capitali i cui soci siano a loro volta società di capitali residenti, ciascuna con una percentuale di partecipazione non inferiore al 10%, di optare per il regime di trasparenza fiscale delle società di persone. La stessa opzione potrà eventualmente essere consentita in presenza di soci non residenti solo nel caso in cui nei loro confronti non si applichi alcun prelievo sugli utili distribuiti. La società che esercita l'opzione garantisce con il proprio patrimonio l'adempimento degli obblighi tributari da parte dei soci (...)».

(9) Anzi, il regime della trasparenza è più conveniente rispetto al consolidato in presenza di un reddito di una società partecipata da diverse società. Nel regime di trasparenza, tale reddito è integralmente tassato una sola volta, in capo alle socie, mentre nel consolidato vi è una parziale doppia tassazione dello stesso.

1.2. – ... e nel d.lgs. n. 344 del 2003 di attuazione: alcuni cenni alle caratteristiche tecniche

La tassazione per trasparenza ha trovato collocazione nel nuovo testo unico delle Imposte sui Redditi novellato dal d.lgs. n. 344 del 2003, agli artt. 115 e 116 (10).

La trasparenza delle s.r.l. di cui all'art. 116 consente di evitare la parziale doppia imposizione dei dividendi, allineando il regime impositivo di queste società alle società di persone e traducendo in norma una prassi invero già applicata dall'Amministrazione finanziaria e dalla giurisprudenza con riferimento ai maggiori redditi accertati in capo a tali enti (11).

L'art. 115, relativo alla trasparenza delle società di capitale partecipate da altre società di capitale, c.d. *consortium relief*, consente una sorta di consolidato *minor* alle società che non possiedono i requisiti necessari per accedere al regime di consolidamento: in tal modo, come è stato anticipato, si ovvia all'intrasmissibilità delle perdite e si risolve la doppia imposizione (12).

È stato osservato che l'intento di risolvere la doppia imposizione è qui perseguito mediante l'applicazione di un principio antitetico a quello che fa da sfondo all'intera normativa IRES, che è quello di tassare gli utili quasi esclusivamente in capo al soggetto che li produce: nell'ambito della trasparenza, infatti, la tassazione si realizza in capo ai soci (13).

L'art. 115 consta di dodici commi, ma esula dal presente lavoro la trattazione dei profili tecnici per i quali si rinvia ai chiarimenti normativi contenuti nel decreto ministeriale 23 aprile 2004, alle delucidazioni rese dall'Agenzia delle entrate nella circolare 49/E nonché al contributo degli esperti (14), qui bastando una ricognizione di sintesi dell'ambito soggettivo di applicazione.

(10) Bisogna segnalare che nel passaggio dal disegno di legge alla formulazione definitivamente approvata, la lett. *h*) ha subito notevoli modificazioni. In un primo tempo infatti essa prevedeva *sic et simpliciter* la facoltà per le società di capitali i cui soci fossero società di capitali, di optare per la trasparenza fiscale; la disposizione sulle «piccole s.r.l.» è stata, invece, introdotta in un secondo momento.

(11) Ma sul tema si veda A. Buscema - R. Lupi, *Nuova trasparenza e vecchie tendenze giurisprudenziali sull'imputazione ai soci dei redditi accertati da società a ristretta base proprietaria*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 9, 2004, 1117 ss. in particolare sul rapporto regime probatorio - processuale e regime normativo sostanziale.

(12) Il meccanismo della trasparenza può essere quindi applicato in due casi: società di capitale partecipate da altre società di capitale (art. 115, t.u.i.r.) e società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria partecipata da persone fisiche (art. 116, t.u.i.r.). Ambedue i regimi sono analoghi a quello attualmente in vigore per le società di persone e prevedono che il reddito sia determinato in capo alla società partecipata – che è in ogni caso obbligata a presentare la propria dichiarazione – e sia tassato direttamente in capo ai soci in proporzione alla rispettiva quota di partecipazione, indipendentemente dalla distribuzione. Più approfonditamente si veda L. Salvini, *La tassazione per trasparenza*, in *Rass. trib.*, V, 2003, 1504 ss.

(13) Cfr. L. Salvini, *op. cit.*, 1506.

(14) Per le caratteristiche tecniche del regime di trasparenza si vedano più approfonditamente B. Izzo - L. Miele, *La rideterminazione del reddito della società partecipata nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 23, 2004, 1783-1788; L. Lovecchio, *Il decreto ministeriale sulla trasparenza fiscale nelle società di capitali*, in *Boll. trib.*, 10, 2004, 725-730; F. Menti, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, in *Boll. trib.*, 4, 2004, 245-255; L. Miele, *Tassazione dei redditi nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 9, 2004, 655; A. Benazzi, *Il principio di trasparenza si estende alle società di capitali*, in *Corr. trib.*,

Ai sensi dell'art. 115, 1° comma, possono fruire del regime della trasparenza fiscale le società di capitali residenti (ovvero i soggetti indicati nell'art. 73, 1° comma, lett. a) del t.u.i.r.) al cui capitale sociale partecipano esclusivamente soggetti della stessa natura giuridica, ciascuno con una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea generale e di partecipazione agli utili non inferiore al 10% e non superiore al 50%.

Il 2° comma, primo periodo, disciplina le condizioni per l'accesso al regime della trasparenza nel caso in cui i soci non siano residenti consentendo l'applicazione del regime di trasparenza in presenza di soci esteri che siano società di capitali, che rispettino la soglia di qualificazione e per le quali non vi sia l'obbligo di effettuare ritenute sui dividendi in uscita: l'ambito è limitato quindi solo ai soggetti che rientrano nel regime comunitario applicabile alle società madri e figlie di cui alla direttiva 1990/435/CEE (c.d. direttiva Madre-Figlia). In tale ipotesi, infatti, l'art. 27-bis del d.p.r. n. 600 del 1973 prevede la possibilità di non applicare la ritenuta alla fonte del 27%.

2. – *Trasparenza delle società di capitale e «altre trasparenze»: alcune riflessioni*

È stato già rilevato che l'espressione «principio di trasparenza» indica una particolare modalità di imposizione dei soggetti collettivi, mediante il quale il presupposto d'imposta si realizza in capo agli individui che compongono l'ente che, quindi, risulta *trasparente* nello schema di imputazione dell'obbligazione tributaria (15).

Tale sistema non è nuovo nell'ordinamento italiano avendo già trovato formalizzazione normativa già nel Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 3062 ove si stabiliva che «i redditi che le persone fisiche percepiscono dalle società in qualità di soci vanno tenuti a calcolo in confronto dei percipienti per essere colpiti d'imposta al nome della persona che ne ha la disponibilità» (16).

Il principio ha trovato conferma negli anni successivi, quando è divenuto la linea di demarcazione nella tassazione dei redditi societari, sancendo, con la riforma degli anni settanta, la bipartizione tra soggetti irpeg (società di capitali)

2, 2003, 111-115; D. Liburdi, *Le peculiarità della tassazione per trasparenza nel nuovo Testo Unico*, in *Corr. trib.*, 31, 2003, 2529-2537.

(15) Sull'inquadramento concettuale si veda P. Boria, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Giuffrè, Milano, 1996, 15 ss. Si vedano, inoltre, F. Filippi, *Redditi prodotti in forma associata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 1 e, sullo stesso argomento, R. Schiavolin, *Redditi prodotti in forma associata*, in *Giurisprudenza sistematica* a cura di F. Tesauro, Torino, 1994, 124.

(16) Con l'introduzione dell'imposta personale sul reddito complessivo avvenuta nel 1923 era ignorata la distinzione tra società di persone e di capitali. Essa trovò spazio successivamente con il *Testo Unico* delle Imposte dirette del 1958 e fu ribadita in seguito da altri provvedimenti legislativi tra cui la l. 9 ottobre 1971, n. 825 la quale all'art. 2, n. 3) così recita «I redditi conseguiti da società semplici, in nome collettivo ed in accomandita semplice sono imputati ai soci proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili».

e soggetti irpef (società di persone residenti i cui redditi sono imputati direttamente in capo ai soci) (17).

Il legislatore ha accolto così il sistema della trasparenza per individuare nei soci di società di persone i centri di imputazione dell'obbligazione tributaria (18) e per risolvere il problema della doppia imposizione economica sui redditi della società di persone mentre il meccanismo prescelto per scongiurare il medesimo pregiudizio diveniva, per le società di capitali, il credito d'imposta (19).

Con l'introduzione della nuova imposta sul reddito delle società (IRES) il meccanismo della trasparenza proprio delle società di persone è stato esteso alle società di capitali.

Come è stato in precedenza rilevato, il criterio della trasparenza non rappresenta il criterio ordinario di tassazione essendo un regime per il quale è possibile optare al sussistere dei requisiti di cui si è avuto modo di parlare.

Nell'attuazione del principio della delega, il legislatore ha quindi disposto l'opzione per la trasparenza fiscale in due ipotesi che rispondono a due diverse esigenze: l'art. 115, al sussistere di rapporti di partecipazione tra società di capitali, trova la sua ragion d'essere nella necessità di ripristinare la trasmissibilità delle perdite ed è quindi una norma *figlia* del regime di esenzione delle plusvalenze da partecipazioni e *sorella* del consolidato (20); l'art. 116 è invece preliminarmente volto ad evitare la doppia imposizione economica.

(17) Si veda A. Pace, *op. cit.*, 485 ss.

(18) Non si può omettere di accennare brevemente alle considerazioni sottostanti tale scelta che, come afferma giustamente P. Boria, *op. cit.*, a p. 5, riguardano il problema della soggettività degli enti collettivi il quale si risolve «nella opzione tra i due termini di una alternativa; si tratta cioè di individuare il centro di riferibilità delle fattispecie giuridiche verificando se sia stato accolto un meccanismo di imputazione agli individui oppure un meccanismo di imputazione all'organizzazione». In particolare l'A. rintraccia nell'imputazione per trasparenza, intesa in senso generale, un criterio alternativo allo schema di imputazione/organizzazione che attribuisce rilevanza all'ente inteso come centro di riferibilità delle fattispecie. Nella rappresentazione mentale del meccanismo della trasparenza si ha un fluire di effetti normativi dalla sfera dell'ente collettivo a quella degli individui, con un conseguente ridimensionamento dell'organizzazione rispetto ai suoi componenti. Nell'ambito della disciplina tributaria la qualificazione di trasparente è assegnata all'ente collettivo per indicare che le fattispecie giuridiche nelle quali si identifica il presupposto d'imposta sono riferite direttamente agli individui.

Sull'argomento della soggettività tributaria delle società e degli enti collettivi in generale si veda anche A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, 41 ss. e C. Lavagna, *Teoria dei soggetti e diritto tributario*, in *Riv. dir. fn.*, 1961, I, 3 ss.

(19) Sull'introduzione del credito d'imposta e sui meccanismi applicativi si rinvia ad A. Lovisolo, *Il sistema impositivo dei dividendi*, Padova, 1980, 134 ss. Si veda altresì M. Ingrosso, *Il credito d'imposta*, Milano, 1984 che definisce il meccanismo del credito d'imposta nell'irpeg come una trasparenza parziale, facendo riferimento alla trasferibilità del prelievo dalla società ai soci solo sull'utile distribuito e non sull'intero reddito.

(20) Si veda A. Pace, *op. cit.*, che con un'efficiente immagine evocativa afferma che i due istituti sono uno l'inverso dell'altro: con il consolidato la trasmissione delle perdite avviene in testa alla capogruppo che accentra in sé i redditi di tutte le partecipate secondo un movimento centripeto, con la trasparenza, invece, le perdite rifluiscono in testa a tutte le società partecipanti secondo un opposto movimento centrifugo. Cfr. a tal proposito, P. Russo, *I soggetti passivi dell'IRE e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, III, 2003, 330 quando afferma che «la funzione della trasparenza è del tutto analoga a quella del consolidato

È in quest'ultima disposizione che si ravvede la stessa filosofia che è alla base della trasparenza delle società di persone. Riposizionando, in senso contrario al *leit motiv* della riforma «dalle persone alle cose», i riflettori sui soci si equipara la società di capitali a ristretta base azionaria alla società di persone.

Su ciò non v'è alcun dubbio. È facile infatti ravvisare nelle società di capitali a ristretta base azionaria una struttura imperniata sul ruolo dei soci e sulla predominanza della loro volontà su quella dell'ente, la stessa struttura che connota, invero, le società di persone.

In queste ultime, in virtù di tale supremazia, i soci possono godere dei frutti dell'attività pressoché immediatamente (si veda d'altronde l'art. 2262 del codice civile il quale sancisce che «salvo patto contrario, ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto»); quindi la società, ai fini tributari, non è altro che una membrana che viene sostanzialmente penetrata per raggiungere gli immediati destinatari della ricchezza prodotta, essendo la società un semplice «collettore» (21).

Adesso il legislatore tributario, recependo le indicazioni da tempo fornite dalla dottrina (22), ha posto le s.r.l. a ristretta base proprietaria sullo stesso piano delle società di persone giacché, ed in questo la sostanza deve prevalere sulla forma (23), manca l'attitudine a possedere il reddito, quella stessa attitudine che riflette una capacità contributiva.

fiscale previsto dall'art. 117 ss.: tanto che si potrebbe parlare di "gruppo stellare" a proposito della prima e di "gruppo accentrato" con riguardo alla seconda».

(21) Secondo la felice espressione usata da P. Russo, *op. cit.*, 322.

(22) È stato rilevato – per alcune importanti considerazioni sul tema si veda A. Cicognani, *Società* (dir. trib.) in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, 5 ss. – come negli anni si riscontrò una progressiva attenuazione delle differenze di trattamento tra società di persone e società di capitali. La retrocessione dell'importanza attribuita al tipo tributario scelto si ricava da una serie di vicende tra cui vale la pena segnalare: il fenomeno della doppia imposizione nella originaria disciplina dell'irpeg che nel 1977 è stata eliminata con l'introduzione del credito d'imposta; il regime delle perdite concesso all'inizio solo per le società di capitali e poi esteso alle società di persone; l'imponibilità delle plusvalenze all'atto dell'iscrizione in bilancio prevista (art. 12 d.p.r. n. 598 del 1973) solo per le società di capitali e divenuta, con il t.u.i.r., regola estesa ad ogni modalità di esercizio dell'impresa.

L'attenuazione delle differenze ha trovato riscontro nella prassi e nella giurisprudenza e la rigidità delle norme specifiche le quali non consentono il superamento dello schermo societario ha lasciato terreno all'amministrazione finanziaria che (si veda circ. min. 12 giugno 1953 n. 500967) ha attratto nella sfera personale del socio gli utili prodotti dalla società a ristretta base azionaria con particolare riferimento ai c.d. utili extra-bilancio. Sul punto si veda P. Boria, *op. cit.*, 369 ss.; M. Nussi, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova, 1996, 424; F. Paparella, *La presunzione di distribuzione di utili nelle società di capitali a ristretta base azionaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, II, 453.

A ben vedere, anche alla luce del costante orientamento della Cassazione l'attrazione delle piccole s.r.l. nell'alveo di applicazione della trasparenza ex art. 5 t.u.i.r. sembra del tutto ragionevole: nel senso della legittimità di una presunzione di distribuzione di utili extra-bilancio si veda Cass., 17 febbraio 1986, n. 941; Cass., 2 maggio 1987, n. 4133; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11785; Cass., 16 giugno 1994, n. 7075; Cass., 11 novembre 2003, n. 16885. In quest'ultima si afferma che nelle società a ristretta base proprietaria, quasi familiare, non può considerarsi priva di senso la presunzione legale di distribuzione di utili ai soci «tenuto conto delle complicità che normalmente avvince un gruppo così composto».

(23) Nel senso che, come afferma il citato autore, la forma societaria prescelta non è l'unico né il principale criterio per attribuire o meno la soggettività ad un ente.

La tassazione per trasparenza si rinviene anche nella disciplina delle *controlled foreign companies*. In questo caso il legislatore, figurando quasi un'interposizione, ha disposto la rideterminazione del reddito dell'impresa estera ad opera della controllante residente secondo le regole nazionali e tuttavia l'imputazione di tale reddito soltanto in proporzione alla partecipazione (24).

Passando infine all'art. 115, dedicato al *consortium relief*, si può dire che i redditi realizzati dalla partecipata sono considerati, da un punto di vista economico, frammenti del reddito facenti capo agli enti che partecipano al suo capitale: cosicché il reddito d'impresa prodotto dalla partecipata è sottoposto a tassazione in capo ai soggetti partecipanti, come se ciascuno di questi avesse realizzato in proprio la porzione del reddito medesimo ad essi imputato.

Quanto detto, insieme alla considerazione che la compenetrazione degli imponibili è decisa in base ad un accordo di gruppo, induce a pensare che la soggettività potrebbe essere apprezzata proprio a livello di gruppo perché come avviene nel consolidato c'è un elemento catalizzatore di ricchezza, che è ora un unico soggetto (consolidato), ora una pluralità di soggetti (trasparenza) (25).

Ed è quindi sul gruppo che bisognerà spostare l'indagine.

3. – *La trasparenza fiscale nella nuova disciplina dei gruppi di imprese*

Abrogato l'istituto giuridico del credito d'imposta sui dividendi, le due colonne portanti dell'IRES divengono l'esclusione (totale o parziale) dall'imposizione dei dividendi al momento della loro distribuzione ai soci e l'esenzione (totale o parziale) dall'imposizione delle plusvalenze su partecipazioni realizzate. Tuttavia, al metodo dell'esenzione sono apportati tre fondamentali «correttivi», rappresentati dalle due forme di consolidamento fiscale, nazionale e mondiale, e dall'opzione delle società di capitali per il regime di trasparenza. Come chiarisce in merito la Relazione Governativa al disegno di legge n. 80 del 2003, «il riconoscimento fiscale dei gruppi costituisce il naturale correttivo dell'inededucibilità delle minusvalenze su partecipazioni».

3.1. – *Fenomenologia della trasparenza: rilevanza del «gruppo di imprese» e considerazioni sulla soggettività passiva*

È indiscutibile come il regime della tassazione per trasparenza delle società di capitali debba essere infine collocato nel *continuum* delle norme relative al «consolidamento» fiscale (26) e quindi della politica fiscale dei gruppi in generale.

Come per il consolidato si pone il problema della ripartizione della soggettività passiva tra società controllata e società controllante, così nel caso del

(24) Secondo autorevole dottrina, la legislazione CFC costituisce una misura di contrasto all'elusione internazionale e dunque va considerata disciplina non sistematica (come la *Subpart F* della legislazione americana). In tal senso A. Fantozzi, *I rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2004, 508.

(25) Si veda P. Russo, *op. cit.*, 330.

(26) Così C. Garbarino, *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, Milano, 2004, in *Introduzione*, XXIII.

consortium relief le vicende della soggettività si pongono in tutta la loro problematicità.

Innanzitutto bisogna rilevare che in questo caso il reddito imputato per trasparenza, tassato in capo alla partecipante, è comunque determinato dalla società partecipata trasparente: pertanto quest'ultima, se pur priva di soggettività passiva di imposta in termini sostanziali (27), sarà comunque tenuta alla presentazione della dichiarazione dei redditi, analogamente a quanto accade per le società di persone.

Inoltre l'8° comma dell'art. 115 del nuovo t.u.i.r., in ossequio al principio dettato dalla legge delega n. 80 del 2003 (art. 4, 1° comma, lett. *h*), secondo il quale «la società che esercita l'opzione garantisce con il proprio patrimonio l'adempimento degli obblighi tributari da parte dei soci», stabilisce che la società partecipata risponde solidalmente con ciascuna società partecipante per l'assolvimento degli obblighi tributari conseguenti all'obbligo di imputazione del reddito di partecipazione. Tale responsabilità va riferita «all'imposta, sanzioni ed interessi conseguenti all'obbligo di imputazione del reddito (28)».

È evidente che il fenomeno più interessante e che continuerà ad alimentare il dibattito dottrinario è quello legato alle vicende della soggettività passiva della partecipata «trasparente». In questa prospettiva significative sono le analogie con la tassazione consolidata rispetto alla quale, autorevole dottrina (29) s'è domandata se, in assenza di indicazioni legislative esplicite, la tassazione di gruppo comporti la rimozione della soggettività passiva sostanziale delle controllate e la reimputazione del loro reddito al soggetto controllante, o se la soggettività passiva delle società controllate rimanga intatta e la posizione della controllante sia quella di un obbligato in qualità di terzo (secondo i modelli del sostituto e del responsabile d'imposta) ovvero, da ultimo, se si tratti di un assetto *sui generis*.

Simili interrogativi si pongono anche nell'ambito della trasparenza (30).

(27) Così la circolare 49/E del 2004.

(28) Come afferma la Circolare 49/E la *ratio* della disposizione è rinvenibile nella necessità di tutelare gli interessi erariali affermando, anche in capo alla società trasparente, una responsabilità solidale che si ricollega al reddito dalla stessa prodotto. Il principio della responsabilità solidale dettato dal menzionato 8° comma dell'art. 115 viene meno nelle ipotesi espressamente individuate dal 1° comma dell'art. 13 del d.m. del 23 aprile 2004.

(29) Cfr. in particolare A. Fantozzi, *I rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2004.

(30) Le considerazioni dalla dottrina sulla soggettività passiva nel caso della trasparenza e del consolidato hanno spesso messo in discussione la stessa capacità contributiva. La dottrina concorda, con riferimento al regime di tassazione consolidata, che la capacità contributiva appartiene alle singole società del gruppo. In questo senso si esprimono D. Stevanato, *Il consolidato fiscale nella delega per la riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2002, 1200; M. Beghin, *La tassazione dei gruppi nel disegno di legge delega di riforma tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, I, 857; R. Lupi, *Prime osservazioni sulla proposta di «consolidato fiscale»*, in *Giur. imp.*, 2002, V, 494 ss.

Rilevante la posizione di A. Fantozzi, *op. cit.*, il quale ritiene che il soggetto controllante sia l'unico soggetto passivo d'imposta, concludendo tuttavia che la controllante è un terzo qualificato dalla propria posizione di controllo che risponde per la capacità contributiva riferita ad un perimetro di soggetti e di redditi indicati dalla legge.

Nell'elaborazione di G. Fransoni, *Osservazioni in tema di responsabilità e rivalsa nella disciplina del consolidato nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, IV, 2004, 516 la tesi della capacità contributiva delle società del gruppo è confermata dopo una breve analisi delle alternative che prevedono *a)* che oggetto della tassazione sia la capacità contributiva del gruppo; *b)* che la capacità contributiva colpita dal prelievo sia quella della sola capogruppo. Se la prima spiega-

Bisogna innanzitutto distinguere. È stato, infatti, evidenziato come la valutazione che ha indotto il legislatore ad estendere l'ambito di applicazione della trasparenza ai casi di piccole s.r.l. a ristretta base proprietaria, da un lato, e società di capitali partecipate da altre società di capitali dall'altro sono solo in apparenza parzialmente assimilabili (31).

Se nel caso delle piccole s.r.l. la trasparenza implica che i redditi da esse prodotti non scontino l'IRES e poi eventualmente l'IRE al momento della distribuzione; nel caso delle società di capitali, partecipate da altre società di capitali, la trasparenza influisce sulla determinazione dell'imponibile perché il reddito della partecipata è riferito alle partecipanti e in capo a queste sconta l'IRES.

Quindi il superamento della soggettività tributaria della partecipata nel primo caso risponde all'esigenza di tassare i soci poiché si è in presenza di un ente che non possiede l'idoneità ad essere soggetto IRES; nel secondo caso ci troviamo di fronte a soggetti che ben integrano i presupposti della imposta sulle società ma la cui soggettività sarebbe «obliterabile» (32) perché, in virtù dell'accordo unanime dei soci, l'utile o la perdita da essa realizzati sono parte del reddito degli enti che partecipano al suo capitale. È evidente che in questo caso non si configura un «salto» dell'IRES ma la logica conseguenza dell'imputazione: così facendo è come se i partecipanti avessero realizzato *motu proprio* la parte di reddito ad essi riferito e su di essi tassato.

Ciò condurrebbe, forse, verso una nozione nuova di soggettività passiva perché essa dovrebbe essere apprezzata non nella sua dimensione individuale, ma in quella allargata di gruppo economico che intende aderire alla trasparenza. In questo senso è condivisibile la riflessione che riguarda i nuovi fondamenti della soggettività passiva nell'IRES: essi non sarebbero rappresentati solo dai meccanismi d'imputazione delle situazioni giuridiche rinvenibili nell'insieme delle disposizioni di diritto civile, ma potrebbero derivare da un'elaborazione nuova, come se il legislatore avesse voluto raccogliere altri ed originali indizi tra le relazioni che si creano a livello intersocietario (33).

zione presuppone una soggettivazione del gruppo che non trova riscontro nell'attuale normativa, la seconda interpretazione incontrerebbe, secondo l'Autore, alcuni ostacoli difficilmente superabili. Tale interpretazione, secondo cui nella tassazione su base consolidata è colpita la capacità contributiva, espressione del possesso del reddito, della sola controllante potrebbe giustificarsi solo ipotizzando che nella struttura del gruppo esista un'unica attività, imputabile alla capogruppo. Oppure potrebbe giustificarsi assumendo una causa specifica insita nei rapporti di gruppo per cui alla controllante sia imputabile non l'attività che resta invece riferita alle singole controllate ma il risultato dell'attività medesima, come avviene nella trasparenza. L'A. è confortato dalla posizione di A. Fedele, *cit.*, 485 che riconduce le condizioni per l'operatività della trasparenza e del consolidato all'effettiva possibilità per i soci di influire sull'indirizzo dell'attività sociale, in altre parole di concorrere a questa. Risulta ragionevole in questa prospettiva imputare ai soci stessi i risultati dell'attività economica della partecipata ed individuare in essi non dei meri investitori, considerandoli invece per la effettiva partecipazione all'attività. In tal modo l'Autore ultimo citato ravvede una fondamentale omogeneità tra le ipotesi di trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 e la trasparenza delle società di persone, la cui *ratio* sarebbe il «riconoscimento di una naturale capacità dei soci di influire sull'attività sociale, quindi di parteciparvi».

(31) Si veda P. Russo, *op. cit.*, 329.

(32) Il rinvio è ancora a P. Russo, *op. cit.*, 330.

(33) Si noti che, fino alla recente riforma dell'imposizione sul reddito la considerazione del gruppo in ambito tributario era alquanto limitato. Si veda A. Fantozzi, *La nuova disciplina IRES: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2004, 492.

Sembra proprio che il risultato sia un sistema con caratteristiche sue proprie e peculiari in cui il soggetto partecipante è tenuto alla liquidazione e al versamento dell'imposta per la parte del tributo riferito alla partecipata la quale sarà comunque tenuta alla presentazione della dichiarazione dei redditi. In questi due aspetti la disciplina è analoga a quanto accade per le società di persone: tuttavia, ed in ciò da questa si discosta, esiste la corresponsabilità tra società partecipata e società partecipante di cui all'8° comma dell'art. 115. Tale relazione solidale non si crea nel caso delle società di persone, in quanto i soci di essa presentano una responsabilità diretta per il debito d'imposta dovuto con riferimento ai propri redditi di partecipazione (34).

4. – *Trasparenza e normativa comunitaria*

La tassazione per trasparenza è riservata solo ad alcuni soggetti ed è subordinata al verificarsi di determinate condizioni. Sono ammessi alla tassazione per trasparenza solo i soggetti di cui all'art. 73, 1° comma, lett. a) del t.u.i.r. ovvero società di capitali fiscalmente residenti in Italia i cui soci siano a loro volta soggetti di cui al medesimo riferimento normativo, cioè, a loro volta società di capitali residenti in Italia.

Sono altresì ammessi i soci non residenti sotto l'ulteriore requisito di non essere soggetti a ritenuta alla fonte nell'ipotesi di percezione del dividendo distribuito dalla partecipata trasparente. Si tratta sostanzialmente, come si dirà in seguito, dei soggetti residenti nell'Unione Europea cui si applica il regime Madre-Figlia.

4.1. – *Il limitato accesso dei non residenti al regime della trasparenza*

Al 2° comma dell'art. 115 si legge: «Nel caso in cui i soci con i requisiti di cui al 1° comma non siano residenti nel territorio dello Stato, l'esercizio dell'opzione è consentito a condizione che non vi sia obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti».

Innanzitutto da tale proposizione consegue che i soci residenti in un Paese extra-UE costituiscono un problema ai fini dell'applicazione del regime in esame in quanto, ad oggi, nel panorama delle convenzioni internazionali, non esiste neanche un trattato che preveda l'eliminazione della ritenuta sui dividendi in uscita dal Paese d'origine.

Tale articolo si correla ai requisiti soggettivi ed oggettivi per l'applicazione della direttiva 1990/435/CEE (Direttiva Madre-Figlia): la società madre avrà la possibilità, in base al dettato normativo dell'art. 27-*bis*, 3° comma del d.p.r. n. 600 del 1973, di richiedere la non applicazione della ritenuta sui dividendi in uscita, soddisfacendo così i requisiti imposti dal secondo comma dell'art. 115. La disposizione si traduce in un criterio che deroga alla soglia di partecipazione di cui al primo comma, subordinando l'accesso al regime della trasparenza per il socio non residente alla detenzione di una partecipazione superiore al 25%.

Se tale percentuale si confronta con la soglia di partecipazione prevista dalla disciplina nazionale in presenza dei soli soci italiani, pari al 10%, si comprende che la disciplina contiene un elemento fortemente discriminatorio che

(34) Si veda P. Boria, *op. cit.*, 337.

tuttavia è destinato a risolversi (in teoria) in quanto, in base alle disposizioni di cui all'art. 1, punto 3) della Direttiva del Consiglio 22 dicembre 2003, n. 2003/123/Ce, in vigore dal 2 febbraio 2004, gli Stati membri sono invitati a ridurre progressivamente la soglia di partecipazione per la fruizione del regime Madre-Figlia fino al 10%.

In ogni caso, considerato che il regime della trasparenza è ispirato al principio dell'*all in all out*, si perviene ad un trattamento discriminatorio dei gruppi con componenti non residenti ma pur sempre comunitari – infatti al di fuori di questa ipotesi non si può neanche prospettare l'applicabilità del regime – nel caso in cui il socio comunitario non sia in grado di integrare i requisiti richiesti dalla norma.

Non è quindi escluso che l'Italia possa finire di fronte alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee per violazione del principio di libertà di stabilimento sancito nel Trattato.

È stato inoltre rilevato (35) che, affinché operi il regime della trasparenza per i soci non residenti è necessario che a questi non si applichi alcuna ritenuta alla fonte; ma poiché questa non si applica solo in vigenza del regime Madre-Figlia, si potrebbe creare una sorta di «circolo vizioso» perché quest'ultima condizione potrebbe venire a mancare proprio in virtù della possibilità per la società interessata di optare per la trasparenza. Secondo la direttiva infatti, il regime Madre-Figlia si applica quando la società interessata, *inter alia*, sia assoggettata, *senza possibilità di esserne esentata*, all'imposta sul reddito delle società (36).

Tuttavia l'art. 27-bis del d.p.r. n. 600 del 1973, pur essendo stato introdotto in attuazione della direttiva non menziona alcuna condizione in riferimento ai requisiti della società figlia italiana che distribuisce dividendi ad una società madre estera. In questo caso sembra comunque applicabile l'esonero da ritenuta, anche in presenza di società figlia trasparente (37).

(35) Cfr. L. Salvini, *op. cit.*, 1507.

(36) Si veda anche A. Di Pietro, *La nuova disciplina IRES: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, in *Riv. dir. trib.*, V, 2004, 596.

(37) Inoltre la direttiva di modifica 2003/123/Ce ha recentemente ampliato l'ambito di applicazione della Direttiva «Madre-Figlia», attraverso l'inserimento di un paragrafo 1-bis all'art. 4. L'integrazione dispone che «la presente direttiva non impedisce in alcun modo allo Stato della società madre di considerare una società figlia trasparente ai fini fiscali, in base alla valutazione da parte di detto Stato delle caratteristiche giuridiche di tale società figlia, derivanti dalla legislazione in base alla quale la stessa è costituita e di sottoporre pertanto ad imposizione la quota della società madre degli utili della società figlia se e quando tali utili sussistono. In questo caso lo Stato della società madre si astiene dal sottoporre ad imposizione gli utili distribuiti della società figlia. Quando verifica la quota detenuta dalla società madre degli utili prodotti dalla sua società figlia, lo Stato della società madre esenta detti utili oppure autorizza la società madre a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa alla quota degli utili detenuta dalla società madre e pagata dalla propria società figlia o da una sua sub-affiliata, a condizione che a ciascun livello la società e la sua sub-affiliata soddisfino i requisiti di cui agli articoli 2 e 3, entro i limiti dell'ammontare dell'imposta corrispondente dovuta».

Una simile modifica non è ad oggi ancora intervenuta con riguardo alle altre due direttive: la direttiva 90/434/CEE sul regime fiscale comune per le operazioni transfrontaliere di ristrutturazione e la direttiva 2003/49/Ce relativa al pagamento di interessi e *royalties* tra consociate, anche se con riguardo a tali direttive, sono state prospettate modifiche che estendano i soggetti beneficiari.

5. – *Trasparenza e normativa convenzionale. (In)applicabilità delle convenzioni contro le doppie imposizioni*

L'opzione per il regime della trasparenza implica infine che la società partecipata non possa essere più considerata un soggetto passivo ai fini dell'imposta sul reddito delle società. *Quid iuris* se la società partecipata è produttrice di redditi transnazionali e intenda, essa o le partecipanti, applicare un trattato contro le doppie imposizioni?

Nel Modello OCSE non c'è traccia di una disposizione che regoli l'atteggiamento nei confronti di quei soggetti che si configurano come trasparenti solo ai fini fiscali.

Per tentare di risolvere il problema bisognerà affrontare i problemi secondo un ordine preciso dettato dalla Convenzione.

Innanzitutto è necessario definire l'ambito di applicazione dei trattati nel caso di specie, cercando di capire se all'interno della nozione di *persone* possono rientrarvi le società di capitali che optano per la trasparenza.

L'analisi deve poi proseguire sulla verifica della residenza ai fini convenzionali.

La questione non è, invero, di poco momento in quanto il regime della trasparenza troverà, per la sua natura di «piccolo consolidato», ampia applicazione nella prassi.

5.1. – *Qualificazione ai fini convenzionali*

L'applicazione delle disposizioni convenzionali richiede di verificare di volta in volta se una specifica tipologia di ente rientri nella definizione generale di «persone» fornita dal trattato.

L'art. 1 del Modello OCSE stabilisce che destinatari delle disposizioni in esso contenute sono soltanto le persone residenti in uno Stato.

Il Commentario all'art. 3 permette di intendere il termine «persona» di cui all'art. 3 paragrafo *a*) del Modello nella sua più ampia accezione. La definizione si riferisce alle persone fisiche, alle società e ad ogni altra associazione di persone. Dal significato attribuito al termine «società» dalla definizione fornita dallo stesso art. 3, paragrafo *b*) emerge che il termine «persona» include ogni ente che, sebbene non formalmente costituito, sia, ai fini fiscali, *persona giuridica*.

Il Commentario a tal proposito esemplifica il caso delle fondazioni che possono in tal modo ricadere nella definizione di «persona».

Anche le società di persone rientrano nell'ampia accezione menzionata, in quanto possono essere ricondotte alla categoria di società o al concetto di associazione di persone.

Potrebbe essere quindi pacifico inquadrare le società di capitali trasparenti come *persone* ai fini convenzionali perché la nozione di cui s'è detto è abbastanza «capiente» ed esse sono senz'altro *persone giuridiche*.

Passato il primo test occorrerà verificare se le società di capitali trasparenti sono *residenti* ai fini convenzionali.

Tale qualifica dipende dalla sussistenza della c.d. *tax liability* in Italia.

Bisognerebbe però intendersi sulla portata di tale espressione: infatti se essa esprime l'assoggettamento effettivo ad imposta le società che optano per il regime della trasparenza sono senz'altro escluse dall'ambito di applicazione del trattato, in quanto, come s'è detto la soggettività passiva è traslata sulle società partecipanti.

Il Commentario all'art. 4 afferma a tal proposito che in alcuni Stati un soggetto è considerato *liable to tax* anche se tale Stato, nei fatti, non impone su di esso alcun tributo. Il documento menziona, a titolo esemplificativo, *charities*, fondi pensione ed altre organizzazioni che possono essere esentati da imposta al ricorrere di specifici requisiti, in mancanza dei quali tali soggetti sono obbligati a pagare le imposte.

Dal punto di vista del diritto interno è ormai pacifico che soggetto passivo d'imposta è colui che «per l'operare del tributo concorre alle pubbliche spese a seguito del fatto previsto dalla legge», deve dunque trattarsi del soggetto «nel cui patrimonio si riflette il risultato dell'applicazione del tributo» (38). Sarà quindi colui cui è imputabile la capacità contributiva oggetto della norma e che sopporta la *deminutio patrimonii* in virtù di questo nesso causale (39).

Diviene quindi difficile ricostruire la soggettività passiva per così dire convenzionale delle società di capitali che optano per la trasparenza fiscale. Si potrebbe prospettare un'interpretazione «a specchio» che riflette l'inquadramento domestico delle stesse come soggetti privi di autonomia fiscale giungendo alla conclusione che esse non sono beneficiarie delle norme convenzionali per mancanza del requisito della residenza.

Il teorema, in questo caso, è semplice: le società non si configurano come soggetti passivi in Italia, sono persone ai fini convenzionali ma non sono residenti ai medesimi fini, quindi, poiché l'art. 1 dispone che «La presente convenzione si applica alle persone che sono residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti», il Trattato non potrà trovare applicazione nei loro confronti.

In questo caso, come previsto dal Modello con riferimento alle *partnerships* (40), potrebbero essere i soci ad avere il diritto a vedersi applicati i benefici convenzionali con riguardo ai redditi realizzati dalla società trasparente ad essi imputato pro quota (41).

Tuttavia tale possibilità è ancora sotto condizione, in quanto bisognerà verificare come lo Stato di residenza dei soci, nel caso ovviamente di soci non residenti, qualificherà la società italiana con l'ulteriore complicazione che proprio dal diverso inquadramento di essa negli altri Stati coin-

(38) Così A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 270.

(39) Per un'analisi sul nesso di causalità si veda A. Giovannini *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, 296 ss.

(40) Ma a tal proposito si rilevi il limite posto dal rapporto OCSE dal titolo *The application of OECD Model Tax Convention to Partnerships*, 1999 dove rileva che ai fini del rapporto (che ha integrato il Commentario) per *partnerships* devono intendersi «entities that qualify as such under civil or commercial law as opposed to tax law. Thus the term 'partnership', as used in this report, does not imply anything about the tax treatment of the relevant entity and should not be confused with a reference to entities, whether partnerships or not, which are treated as transparent for tax purposes».

(41) M. Piazza, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004, 564.

volti potranno derivare importanti discrasie nella qualificazione del reddito (42).

In questa prospettiva che nega la *tax liability* alle società di capitali trasparenti e, di conseguenza, l'applicabilità ad esse delle Convenzioni bisognerà quindi domandarsi come gli altri Stati guarderanno a questo «giano bifronte»: se, facendo riferimento all'inquadramento civilistico delle stesse le considereranno opache perché pur sempre società di capitali o se, privilegiando la dimensione fiscale, le considereranno trasparenti.

È importante rilevare a tal proposito l'analogia con le c.d. *pass-through entities* americane e il sistema *check the box rules*. A tal proposito, ed in correlazione ai problemi aperti di cui s'è fatta menzione, si evidenzia l'atteggiamento del Canada che riconosce, con un approccio sostanzialista, le LLC statunitensi come società ai fini fiscali dal punto di vista canadese (che pagano quindi dividendi) ma a disconoscere l'applicazione del Trattato US - Canada finché tali società americane optino per la trasparenza godendo, nei fatti, di un trattamento *flow-through* (43).

6. – Conclusioni

Emerge così lo scarso *appeal* del regime in esame quando il gruppo è composto da soci non residenti, con evidenti problemi per quei gruppi che annoverano nella propria struttura soci extracomunitari la cui presenza impedisce la fruibilità della trasparenza compromettendo proprio gli accordi (con controparti non europee) che il legislatore intendeva favorire, ovvero le *corporate joint ventures*.

In verità, qualche dubbio esiste anche quando il gruppo sia interamente composto da soggetti italiani in presenza di redditi transnazionali e conseguente applicazione del credito per le imposte assolute all'estero, di cui all'art. 165 t.u.i.r.

La disposizione chiarisce, nell'apposito 9° comma, che «per le imposte pagate all'estero dalle società che hanno esercitato l'opzione di cui agli artt. 115 e 116 la detrazione spetta ai singoli soci nella proporzione ivi stabilita» ed in questo richiama la formulazione del vecchio art. 15 con riguardo alle società, associazioni e imprese familiari.

Ma nel caso in cui sia la partecipata che la partecipante siano soggetti percettori di reddito estero, come deve applicarsi la c.d. *per country limitation*, di cui al 3° comma del citato art. 165? Il problema, invero, rientra in quello più generale della determinazione del credito d'imposta e prospetta due possibili soluzioni: il credito è determinato in capo alla partecipata, calcolato su un'imposta figurativa e poi riferito ai soci in base alla percentuale di partecipazione oppure esso è calcolato direttamente in capo alle partecipanti sulla quota riferita alla percentuale di partecipazione.

Il tenore letterale del 9° comma dell'art. 165 in cui si parla di «detrazione», sembrerebbe condurre verso l'individuazione della detrazione spettante nel complesso per poi ripartirla tra i soci pro quota. Tale ragionamento trova però

(42) Cfr. J. Avery Jones, *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) of the OECD Model*, in *Dir. prat. trib.*, 1984, 1625 ss.

(43) Si veda A. Easson, *Taxation of partnerships in Canada*, in *Bullettin of International Fiscal Documentation*, 2000, 169.

un ostacolo nel fatto che l'imposta estera non può essere rapportata ad un'imposta virtuale ma all'imposta effettivamente assolta in Italia (44).

Sul tema è quindi auspicabile un intervento chiarificatore.

dott.ssa GIOVANNA COSTA,
*Centro di ricerche tributarie
dell'impresa (CERTI),
Università Bocconi, Milano*

(44) Si consideri altresì la diversa disciplina in caso di redditi esteri percepiti da società di persone. Anche se l'attuale norma sul *foreign tax credit* non prevede più esplicitamente, come avveniva nel previgente art. 15, 5° comma, la possibilità di imputazione del suddetto credito ai soci di cui all'art. 5 del t.u.i.r., le Istruzioni al Quadro RN del Mod. Unico 2005 per le società di persone (nella bozza *on-line* su www.agenziaentrate.it) prevedono che la società di persone indichi le imposte pagate all'estero affinché siano i soci ad eseguire il calcolo del credito in proporzione alle rispettive quote di partecipazione. Similmente nelle Istruzioni al Mod. Unico 2005 per le società di capitali, nella sezione dedicata alla compilazione del Prospetto da rilasciare ai soci da parte della società trasparente, si legge che tale documento deve contenere, *inter alia*, «le ritenute d'acconto e le imposte pagate all'estero. Al fine di consentire al socio di fruire del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero è necessario indicare: l'anno di percezione del reddito estero, l'ammontare del reddito prodotto in ciascun stato estero e la relativa imposta pagata con riferimento alla quota di partecipazione del singolo socio».

La tassazione dei dividendi societari ed il diritto comunitario (*)

Gli artt. 56 CE e 58 CE ostano ad una normativa ai sensi della quale il diritto di una persona, che sia fiscalmente residente in uno Stato membro, al credito d'imposta sui dividendi versatigli da società per azioni sia escluso qualora queste ultime non abbiano sede in tale Stato.

Corte di Giustizia delle Comunità europee (grande Sezione), sentenza del 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Petri Manninen c. Keskusverolautakunta*, reperibile sul sito <http://europa.eu.int>.

(Omissis).

(*) SOMMARIO: 1. I fatti all'origine della controversia. – 2. L'esistenza, nel caso di specie, di una restrizione al principio della libera circolazione dei capitali. – 3. Sulla comparabilità dei dividendi distribuiti da società non residenti con i dividendi distribuiti da società residenti nello stesso Stato del socio percettore. – 4. Sull'assenza, nel caso di specie, di una causa che possa giustificare una restrizione al principio della libera circolazione dei capitali. – 5. Il rapporto tra il principio della libera circolazione dei capitali e le imposte sui redditi disciplinate dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri. – 6. La coerenza dei sistemi fiscali come causa di giustificazione delle restrizioni alle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce. – 7. Il processo di armonizzazione delle imposte dirette in ambito comunitario. – 8. Conclusioni.

1. – *I fatti all'origine della controversia*

Con la pronuncia che si esamina, la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha nuovamente (1) esaminato la compatibilità di una normativa nazionale di uno Stato membro, concernente alla tassazione di dividendi distribuiti da una società di capitali ad un proprio socio, con il diritto comunitario; questi i fatti posti all'attenzione della Corte. Il sig. P.M., cittadino finlandese residente in Finlandia, possiede azioni di una società svedese quotata alla borsa di Stoccolma (Svezia). Gli utili distribuiti sotto forma di dividendi al sig. M. dalla predetta società svedese erano stati tassati in Svezia tramite un'imposta sulle società. I medesimi dividendi, inoltre, in forza della normativa svedese, erano stati soggetti, mediante una ritenuta alla fonte, ad un'imposta sui redditi da capitale (va all'uopo evidenziato che, poiché i dividendi distribuiti da società straniere a contribuenti finlandesi non danno diritto ad un credito d'imposta in Finlandia, essi sono sottoposti, in quest'ultimo Stato membro, all'imposta sul

(1) La Corte ha, infatti, già esaminato la questione in precedenza: si vedano le decisioni relative ai casi *Schindler* (sentenza 24 marzo 1994, causa C-275/92, in *Racc.*, I-1039, punto 19), *Läärä* (sentenza 21 settembre 1999, causa C-124/97, in *Racc.*, I-6067) e *Zenatti* (Sentenza 21 ottobre 1999, causa C-67/98 in *Racc.*, I-7289).

reddito gravante sui redditi da capitale, la cui aliquota è pari al 29%²). In data 23 novembre 2000 il sig. M. ha presentato una domanda alla *keskusverolautakunta* (commissione tributaria centrale finlandese) per sapere se, ai sensi degli artt. 56 CE e 58 CE, i dividendi da lui ricevuti da una società svedese fossero imponibili in Finlandia. Nella propria decisione resa in via pregiudiziale in data 7 febbraio 2001, la *keskusverolautakunta* ha affermato che il sig. M. non aveva diritto al credito d'imposta sui dividendi versatigli da una società svedese. Il sig. M. ha quindi proposto ricorso contro tale decisione dinanzi al *Korkein hallinto-oikeus*. Di conseguenza, con ordinanza 5 febbraio 2000, il *Korkein hallinto-oikeus* ha sottoposto alla Corte ai sensi dell'art. 234 CE le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 56 CE vada interpretato nel senso che esso osta ad un sistema di credito d'imposta sui dividendi quale il sistema finlandese descritto [ai punti 6-11 della presente sentenza], in cui un credito d'imposta viene accordato ad un percettore di dividendi, fiscalmente residente in Finlandia, sui dividendi versatigli da una società per azioni nazionale, ma non sui dividendi che riceve da una società per azioni registrata in Svezia.

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione: se l'art. 58 CE possa interpretarsi nel senso che le disposizioni dell'art. 56 CE non pregiudicano il diritto della Finlandia di applicare le pertinenti disposizioni della legge sul credito d'imposta sui dividendi, poiché la condizione per ottenere in Finlandia un credito d'imposta sui dividendi è che la società distributrice dei dividendi abbia versato in Finlandia l'imposta corrispondente o l'imposta di conguaglio, il che non si verifica nel caso di dividendi provenienti dall'estero, non essendovi allora nessuna tassazione».

2. – *L'esistenza, nel caso di specie, di una restrizione al principio della libera circolazione dei capitali*

Al fine di rispondere alla questione propositale, la Corte ha preliminarmente ribadito come, nonostante la materia delle imposte dirette rientri nella

(2) Appare opportuna una breve ricognizione della normativa fiscale finlandese sottesa al caso *de quo*. Secondo l'art. 32 della *tuloverolaki* (legge relativa all'imposta sul reddito) (1535/1992), i dividendi che una persona fiscalmente residente in Finlandia riceve da una società finlandese o straniera quotata in borsa sono imponibili in quanto redditi da capitale. Secondo l'art. 124 della predetta *tuloverolaki* (quale modificata dalla legge n. 1459 del 2001), i redditi da capitale sono soggetti ad un'imposta la cui aliquota è pari al 29%. Infine, le società aventi sede in Finlandia pagano sui loro utili un'imposta la cui aliquota è parimenti del 29%. Ora, al fine di prevenire una doppia imposizione di tali redditi collegata alla ripartizione dei dividendi, l'art. 4, n. 1, della *laki yhtiöveron hyvityksestä* (legge sul credito d'imposta sui dividendi) (1232/1988), come modificato dalla legge 1224/1999, accorda agli azionisti un credito d'imposta pari a 29/71 dell'importo dei dividendi che essi hanno percepito durante l'esercizio fiscale considerato. Conformemente all'art. 4, n. 2, della legge sul credito d'imposta sui dividendi il dividendo ed il credito d'imposta sono redditi imponibili in capo all'azionista. La concessione del credito d'imposta ha come effetto che l'imposta totale applicata ad un utile distribuito da una società quotata in borsa ammonta al 29%. In forza dell'art. 1 della legge sul credito d'imposta sui dividendi, il credito d'imposta si applica solo sui dividendi distribuiti da società finlandesi a persone che siano fiscalmente residenti in Finlandia. Se l'imposta pagata da una società finlandese a titolo d'imposta sulle società è inferiore ai 29/71 dell'importo dei dividendi la cui distribuzione è stata decisa durante il relativo esercizio fiscale, la differenza, conformemente all'art. 9 della legge sul credito d'imposta sui dividendi, è posta a carico di tale società tramite un'imposta di conguaglio.

competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (3). Quindi, in merito alla questione concernente la possibilità che una normativa tributaria di uno Stato membro possa costituire una restrizione alla libera circolazione dei capitali ai sensi dell'art. 56 CE, la Corte ha anzitutto rilevato che il credito d'imposta sui dividendi previsto dalla normativa fiscale finlandese ha lo scopo di prevenire la doppia imposizione degli utili delle società distribuiti agli azionisti: l'imposta dovuta dalla società che distribuisce i dividendi a titolo di imposta sulle società viene accreditata ai fini dell'imposta dovuta dall'azionista a titolo di imposta sul reddito gravante sui redditi da capitale. Da un tale sistema risulterebbe, quindi, che i dividendi non sono più tassati in capo all'azionista. Dunque, ha rilevato il Giudice comunitario, poiché il credito d'imposta si applica unicamente su dividendi versati dalle società aventi sede in Finlandia, la detta normativa sfavorisce le persone fiscalmente residenti nel predetto Stato che percepiscono dividendi da società aventi sede in altri Stati membri; dividendi che, come tali, sono soggetti ad un'aliquota pari al 29% a titolo di imposta sul reddito gravante sui redditi da capitale (4). Ne consegue che la normativa fiscale finlandese ha l'effetto di dissuadere le persone fiscalmente residenti in Finlandia dall'investire i loro capitali in società aventi sede in un altro Stato membro. Tale normativa, inoltre, produce anche un effetto restrittivo nei riguardi delle società stabilite in altri Stati membri in quanto costituisce, nei loro confronti, un ostacolo alla raccolta di capitali in Finlandia. Infatti, poiché i redditi da capitale di origine non finlandese sono trattati in maniera meno favorevole, sul piano tributario, rispetto ai dividendi distribuiti da società aventi sede in Finlandia, le azioni delle società stabilite in altri Stati membri sono meno attraenti, per gli investitori residenti in Finlandia, rispetto a quelle di società aventi sede in quest'ultimo Stato membro (5). Tale normativa costituisce, dunque, secondo la Corte, una restrizione alla libera circolazione dei capitali vietata, in linea di principio, dall'art. 56 CE.

3. – *Sulla comparabilità dei dividendi distribuiti da società non residenti con i dividendi distribuiti da società residenti nello stesso Stato del socio percettore*

La Corte ha quindi tentato di accertare se la predetta restrizione alla libera circolazione dei capitali potesse essere giustificata alla luce delle disposizioni del Trattato CE (6), rilevando preliminarmente, in merito, che l'art. 58, n. 1,

(3) Sentenze 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*, in *Racc.*, I-2493, punto 16; 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, in *Racc.*, I-4695, punto 19, e 29 aprile 1999, causa C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, in *Racc.*, I-2651, punto 19.

(4) Tale trattamento sfavorevole non verrebbe meno in forza della convenzione fiscale conclusa tra i paesi del Consiglio nordico, diretta a prevenire la doppia imposizione: tale convenzione non prevede, infatti, alcun sistema di accredito dell'imposta dovuta a titolo di imposta sulle società ai fini dell'imposta sul reddito gravante sui redditi da capitale, mirando, invece, unicamente ad attenuare gli effetti di una doppia imposizione in capo all'azionista ai fini di quest'ultima imposta.

(5) Sentenze 6 giugno 2000, causa C35/98, *Verkooijen*, in *Racc.*, I-4071, punto 35, e 4 marzo 2004, causa C334/02, *Commissione/Francia*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 24.

(6) Con particolare attenzione all'art. 58, n. 1, lett. a), CE, «[l]e disposizioni dell'articolo 56 non pregiudicano il diritto degli Stati membri (...) di applicare le pertinenti

lett. a), CE, in quanto deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali, deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, con la conseguenza che il predetto articolo non può essere interpretato nel senso che qualsiasi legislazione tributaria che operi una distinzione tra i contribuenti in base al luogo in cui essi investono i loro capitali sia automaticamente compatibile con il Trattato (7). Occorre quindi distinguere i trattamenti diseguali, consentiti in forza dell'art. 58, n. 1, lett. a), CE, dalle discriminazioni arbitrarie vietate dal n. 3 del medesimo articolo. Orbene, dalla giurisprudenza della medesima Corte risulta che, affinché una normativa tributaria nazionale di uno Stato membro, operante in capo ad una persona fiscalmente residente in tale Stato una distinzione tra i redditi da dividendi nazionali e quelli da dividendi stranieri, possa considerarsi compatibile con le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali, occorre che la differenza di trattamento riguardi situazioni che non siano oggettivamente paragonabili o sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale, quale quello di salvaguardare la coerenza del regime tributario (8). Inoltre, afferma il Giudice comunitario, per essere giustificata, la differenza di trattamento tra diverse categorie di dividendi non deve eccedere quanto necessario per il conseguimento dello scopo perseguito dalla normativa considerata.

Tanto atteso, il Giudice comunitario ha quindi respinto le tesi dei governi finlandese, francese e del Regno Unito, che ritenevano, innanzi tutto, che i dividendi distribuiti ad un cittadino finlandese avessero caratteristiche fondamentalmente diverse a seconda che provengano da società finlandesi o da società non finlandesi, facendo a tal fine valere che, contrariamente agli utili distribuiti da queste ultime, gli utili versati sotto forma di dividendi da società aventi sede in Finlandia sono sottoposti, in tale Stato membro, all'imposta sulle società che dà diritto, all'azionista che sia fiscalmente residente in Finlandia, al credito d'imposta. La differenza di trattamento tra i dividendi versati da società stabilite in tale Stato membro e quelli versati da società che non presentano questo requisito sarebbe stata, a detta degli Stati resistenti, quindi giustificata in base all'art. 58, n. 1, lett. a), CE. Il governo francese, inoltre, aveva affermato che la normativa fiscale finlandese è conforme al principio di territorialità e non può quindi essere considerata contraria alle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali (9). In merito a tali tesi, la Corte ha posto in luce l'esigenza di accertare se, conformemente all'art. 58, n. 1, lett. a), CE, la differenza di trattamento dell'azionista fiscalmente residente in Finlandia, a seconda che percepisca dividendi da società aventi sede in tale Stato membro o da società aventi sede in altri Stati membri, sia connessa a situazioni non oggettivamente paragonabili. In merito, si è ricordato che la normativa fiscale finlandese ha lo scopo di prevenire la doppia imposizione degli utili delle società concedendo all'azionista che percepisce dividendi un beneficio tributario, con-

disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda (...) il luogo di collocamento del loro capitale».

(7) Infatti, si legge nella sentenza, la deroga prevista dall'art. 58, n. 1, lett. a), CE è di per sé limitata dall'art. 58, n. 3, CE, ai sensi del quale le disposizioni nazionali di cui al n. 1 del medesimo articolo «non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 56».

(8) Sentenza *Verkooijen*, cit., punto 43 (in merito alla coerenza, vedi *infra*).

(9) Sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations e Singer*, in *Racc.*, I-2471, punti 18-22.

sistente nel tenere conto dell'imposta dovuta, a titolo di imposta sulle società, dalla società distributrice dei dividendi. Relativamente a tale normativa, la situazione di coloro che siano fiscalmente residenti in Finlandia potrebbe certamente essere diversa a seconda del luogo dove essi investono i loro capitali. Ciò avverrebbe, in particolare, qualora la legislazione fiscale dello Stato membro nel quale sono realizzati gli investimenti elimini già il rischio di una doppia imposizione degli utili di società, distribuiti sotto forma di dividendi, applicando l'imposta sulle società, per esempio, ai soli utili non distribuiti dall'impresa considerata. Orbene, secondo la Corte ciò non era avvenuto nel caso *de quo*, in quanto sia i dividendi distribuiti da una società stabilita in Finlandia sia quelli versati da una società avente sede in Svezia possono, a prescindere dal credito d'imposta, costituire oggetto di una doppia imposizione. In entrambi i casi i redditi sono, innanzi tutto, assoggettati all'imposta sulle società e poi, se sono distribuiti sotto forma di dividendi, all'imposta sul reddito dei beneficiari. Il fatto che una persona fiscalmente residente in Finlandia investa capitali in una società con sede in Svezia non permette quindi di sfuggire alla doppia imposizione degli utili distribuiti dalla società a vantaggio della quale è realizzato l'investimento. In presenza di una norma tributaria che tenga conto dell'imposta dovuta da una società a titolo di imposta sulle società, al fine di prevenire la doppia imposizione degli utili distribuiti, gli azionisti che siano fiscalmente residenti in Finlandia si trovano in una situazione paragonabile, sia che percepiscano dividendi da una società con sede in tale Stato membro o da una società con sede sociale in Svezia. Ne consegue, evidenzia la Corte che la normativa fiscale finlandese subordina la concessione del credito d'imposta alla condizione che i dividendi siano distribuiti da società registrate in Finlandia mentre gli azionisti che siano fiscalmente residenti in Finlandia si trovano in una situazione paragonabile, sia che percepiscano dividendi da una società con sede in tale Stato membro o da società stabilite in altri Stati membri (10). Inoltre, rileva il Giudice comunitario, la normativa fiscale finlandese non può essere considerata un'emanazione del principio di territorialità. Infatti, come correttamente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 42 delle proprie conclusioni, tale principio non osta alla concessione di un credito d'imposta ad un soggetto che sia fiscalmente residente in Finlandia sui dividendi versati da società aventi sede in altri Stati membri (11). Ad ogni modo, per quanto riguarda l'art. 58, n. 1, lett. a), CE, il principio di territorialità non può giustificare un trattamento diverso dei dividendi distribuiti da società stabilite in Finlandia e di quelli versati da società con sede sociale in altri Stati membri, se le categorie di dividendi oggetto di tale disparità di trattamento hanno in comune la stessa situazione oggettiva.

4. – *Sull'assenza, nel caso di specie, di una causa che possa giustificare una restrizione al principio della libera circolazione dei capitali*

Parimenti insussistente è stata ritenuta la difesa dei governi finlandese, francese e del Regno Unito, secondo cui la normativa fiscale finlandese sarebbe stata oggettivamente giustificata dalla necessità di garantire la coerenza del re-

(10) V., in tal senso, sentenze 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, in *Racc.*, I-3089, punti 41-49, e 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Gerritse*, in *Racc.*, I-5933, punti 47-54.

(11) Sentenza *Futura Participations e Singer*, *cit.*, punti 18-22.

gime tributario nazionale (12). In particolare, essi facevano valere il fatto che, a differenza del regime fiscale esaminato nella causa statuita con la sentenza *Verkooijen*, nel caso del sig. M. esisteva un nesso diretto tra l'imposta sugli utili della società ed il credito d'imposta accordato all'azionista beneficiario dei dividendi. Infatti, il credito d'imposta sarebbe stato concesso a quest'ultimo alla sola condizione che tale società avesse effettivamente versato l'imposta sui suoi utili. Qualora quest'ultima non avesse coperto l'imposta minima sui dividendi da distribuire, la predetta società sarebbe in tal caso stata tenuta a pagare un'imposta di conguaglio. Il governo finlandese aggiungeva che, se un credito d'imposta dovesse essere concesso ai beneficiari di dividendi versati da una società svedese ad azionisti che siano fiscalmente residenti in Finlandia, le autorità di tale Stato membro sarebbero tenute ad accordare un beneficio fiscale a titolo di un'imposta sulle società non riscossa da detto Stato, il che comprometterebbe la coerenza del regime tributario nazionale. A tale proposito, il Giudice comunitario ha ricordato che, ai punti 28 e, rispettivamente, 21 delle sentenze *Bachmann* (13) e *Commissione/Belgio* (14), la Corte ha ammesso che la necessità di preservare la coerenza di un regime tributario può giustificare una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. Tuttavia, perché un argomento fondato su tale giustificazione sia efficace, occorre che sussista un nesso diretto tra il beneficio fiscale di cui trattasi e la compensazione di tale beneficio tramite un prelievo fiscale determinato (15). La Corte ha inoltre ricordato che dalla giurisprudenza emerge che un argomento fondato sulla necessità di salvaguardare la coerenza del regime tributario va valutato alla luce della finalità della normativa fiscale di cui trattasi (16). Ora, la normativa fiscale finlandese ha lo scopo di prevenire una doppia imposizione degli utili delle società distribuiti agli azionisti: tale scopo è raggiunto concedendo all'azionista un credito d'imposta calcolato in base all'aliquota d'imposta gravante sugli utili delle società a titolo di imposta sulle società. Alla luce dell'identica aliquota d'imposta, pari al 29%, applicata agli utili delle società e ai redditi da capitale, tale regime tributario comporta, in definitiva, la tassazione, in capo alle sole società aventi sede in Finlandia, degli utili distribuiti da queste agli azionisti che siano fiscalmente residenti in Finlandia, poiché questi ultimi sono semplicemente esentati dall'imposta sui dividendi ricevuti; qualora l'imposta pagata da una società finlandese distributrice di dividendi sia inferiore all'importo del credito d'imposta, la differenza è posta a carico di tale società tramite un'imposta di conguaglio. Quindi, anche se tale normativa tributaria si fonda quindi su un nesso tra il beneficio fiscale ed il prelievo fiscale compensatorio, in quanto prevede che il credito d'imposta concesso all'azionista che sia fiscalmente residente in Finlandia sia calcolato in base all'imposta sulle società dovuta dalla società avente sede in tale Stato membro sugli utili da questa

(12) Sentenze 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*, in *Racc.*, I-249, e causa C-300/90, *Commissione/Belgio*, in *Racc.*, I-305.

(13) *Cit.* nota 12.

(14) *Cit.* nota 12.

(15) V., in tal senso, sentenze 14 novembre 1995, causa C-484/93, *Svensson e Gustavsson*, in *Racc.*, I-3955, punto 18; *Asscher, cit.*, punto 58; ICI, *cit.*, punto 29; 28 ottobre 1999, causa C55/98, *Vestergaard*, in *Racc.*, I-7641, punto 24, nonché 21 novembre 2002, causa C-436/00, X e Y, in *Racc.*, I-10829, punto 52.

(16) V. sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, non ancora pubblicata nella *Racc.*, punto 67.

distribuiti, una tale normativa non sembra necessaria alla preservazione della coerenza del regime tributario finlandese (17).

La Corte ha anche rilevato che anche nelle cause statuite con le citate sentenze *Bachmann* e *Commissione/Belgio* la finalità delle disposizioni fiscali in questione era di evitare una doppia imposizione (18). Orbene, nella causa M. contesto fattuale era diverso. Infatti, nel momento in cui l'azionista che sia fiscalmente residente in Finlandia percepisce dividendi, gli utili così distribuiti sono già stati tassati a titolo d'imposta sulle società, indipendentemente dal fatto che questi dividendi provengano da società finlandesi o svedesi. Lo scopo perseguito dalla legislazione fiscale finlandese, che è di eliminare la doppia imposizione degli utili distribuiti sotto forma di dividendi, può essere raggiunto concedendo il credito d'imposta anche a favore degli utili così distribuiti dalle società svedesi a coloro che siano fiscalmente residenti in Finlandia. Certamente, rileva la Corte, la concessione di un credito d'imposta in base all'imposta sulle società dovuta in un altro Stato membro comporterebbe, per la Repubblica di Finlandia, una riduzione delle sue entrate tributarie relative ai dividendi versati da società aventi sede in altri Stati membri. Tuttavia, da una giurisprudenza costante emerge 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 (19).

Privi di pregio sono stati, inoltre, ritenuti i diversi ostacoli di ordine pratico (menzionati nel corso dell'udienza dai governi finlandese, francese e del Regno Unito) che si opporrebbero alla concessione ad un azionista, che sia fiscalmente residente in Finlandia, di un credito d'imposta corrispondente all'imposta sulle

(17) Infatti, afferma la Corte, alla luce dello scopo perseguito dalla normativa fiscale finlandese, la coerenza del detto regime tributario resta garantita fintantoché perdura la correlazione tra il beneficio fiscale concesso all'azionista e l'imposta dovuta a titolo d'imposta sulle società. Pertanto, in un caso quale quello di cui alla controversia principale, la concessione ad un azionista, che sia fiscalmente residente in Finlandia e che detenga azioni di una società avente sede in Svezia, di un credito d'imposta che sia calcolato in base all'imposta dovuta da questa a titolo d'imposta sulle società in tale ultimo Stato membro non comprometterebbe la coerenza del regime tributario finlandese, e costituirebbe una misura meno restrittiva per la libera circolazione dei capitali di quella prevista dalla normativa fiscale finlandese.

(18) Infatti, la possibilità offerta dalla legislazione belga alle persone fisiche di dedurre dai loro redditi imponibili i contributi versati nell'ambito di contratti di assicurazione sulla vita, il che equivaleva in definitiva alla mancata imposizione dei redditi destinati al pagamento di tali contributi, si fondava sull'argomento secondo il quale il capitale costituito da tali contributi sarebbe stato ulteriormente tassato in capo ai detentori dello stesso. In un tale sistema, la doppia imposizione era evitata tramite il rinvio del versamento dell'unica imposta dovuta al momento in cui veniva versato il capitale costituito dai contributi esenti. La coerenza del regime tributario implicava necessariamente che, per potere ammettere la deducibilità dei contributi per l'assicurazione sulla vita dai redditi imponibili, le autorità fiscali belghe dovevano avere la certezza che il capitale versato dalla società di assicurazione alla scadenza del contratto venisse effettivamente tassato in seguito. È in tale preciso contesto che la Corte ha quindi giudicato che non vi erano misure meno rigide di quelle oggetto delle cause statuite con le suddette sentenze *Bachmann* e *Commissione/Belgio* atte a salvaguardare la coerenza del regime tributario in questione.

(19) V. sentenze *Verkooijen*, cit., punto 59; 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*, in *Racc.*, I-8147, punto 56, nonché X e Y, cit., punto 50.

società dovuta da una società avente sede in un altro Stato membro (20). A riguardo, il Giudice comunitario ha innanzi tutto sottolineato che la causa principale non riguardava assolutamente la libera circolazione dei capitali tra Stati membri e paesi terzi. Infatti, tale causa concerneva il rifiuto delle autorità tributarie di uno Stato membro di concedere un beneficio fiscale ad una persona che sia fiscalmente residente in tale Stato membro, quando questa riceve dividendi da una società avente sede in un altro Stato membro. Inoltre, è stato rilevato che dall'ordinanza di rinvio emergeva che, in Finlandia, il credito d'imposta consentito a favore dell'azionista è pari ai 29/71 dei dividendi versati dalla società avente sede in tale Stato membro. Ai fini del calcolo del credito d'imposta, il numeratore della frazione applicata è quindi pari all'aliquota dell'imposta applicata sugli utili delle società a titolo di imposta sulle società ed il denominatore è pari al risultato ottenuto deducendo dalla base di 100 la stessa aliquota d'imposta. Infine, si è anche constatato che il credito d'imposta corrisponde sempre nel diritto finlandese all'importo dell'imposta effettivamente versata a titolo di imposta sulle società dalla società che distribuisce i dividendi. Infatti, qualora l'imposta pagata a titolo di imposta sulle società sia inferiore all'importo del credito d'imposta, la differenza è posta a carico della società distributrice tramite un'imposta di conguaglio. In tale contesto, si legge nella sentenza commentata, nel calcolo di un credito d'imposta concesso ad un azionista che sia fiscalmente residente in Finlandia e che abbia ricevuto dividendi da una società avente sede in Svezia, si deve tenere conto dell'imposta effettivamente pagata dalla società avente sede in tale altro Stato membro, come determinata in base alle norme generali applicabili al calcolo della base imponibile nonché all'aliquota dell'imposta sulle società in quest'ultimo Stato membro. Eventuali difficoltà circa la determinazione dell'imposta effettivamente pagata non possono, ad ogni modo, giustificare un ostacolo alla libera circolazione dei capitali quale quello derivante dalla normativa di cui trattasi nella causa principale (21). Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha così deciso: «Gli artt. 56 CE e 58 CE ostano ad una normativa ai sensi della quale il diritto di una persona, che sia fiscalmente residente in uno Stato membro, al credito d'imposta sui dividendi versatigli da società per azioni sia escluso qualora queste ultime non abbiano sede in tale Stato».

5. – *Il rapporto tra il principio della libera circolazione dei capitali e le imposte sui redditi disciplinate dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri*

La sentenza che si commenta affronta un problema di notevole attualità, ovvero il rapporto tra la libera circolazione dei capitali nella Comunità Europea e le imposte sui redditi dei cittadini degli Stati membri. In merito a tale

(20) In particolare, i governi hanno sottolineato che le norme del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali si applicano non solo ai movimenti di capitali tra Stati membri, ma anche ai movimenti di capitali tra Stati membri e paesi terzi. Secondo questi governi, tenuto conto della diversità dei regimi tributari vigenti, è in pratica impossibile determinare con esattezza l'importo della tassa applicata, a titolo di imposta sulle società, ai dividendi versati da una società con sede in un altro Stato membro o in un paese terzo. Una tale impossibilità sarebbe dovuta, in particolare, al fatto che la base imponibile dell'imposta sulle società cambia da paese a paese e che le aliquote d'imposta possono variare da un anno all'altro. Essi sostenevano, inoltre, che i dividendi versati da una società non provenivano necessariamente dagli utili di un dato esercizio contabile.

(21) V. sentenza *Commissione/Francia*, cit., punto 29.

problematica, il punto di partenza è rappresentato dall'art. 14 del Trattato CE (22); in mancanza di un'armonizzazione, l'imposizione diretta è rimasta in gran parte di competenza degli Stati membri, che devono tuttavia agire in modo coerente con il diritto comunitario (23). La fonte della disciplina applicabile alla tassazione dei dividendi viene pacificamente rinvenuta negli artt. 56 e 58 del Trattato CE sulla libera circolazione dei capitali, ritenuti più pertinenti per quanto riguarda la tassazione dei dividendi. Invero, a norma dell'art. 56 «sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi»; poiché l'art. 56 non definisce il concetto di movimento di capitali, si deve far riferimento alla nomenclatura contenuta nell'allegato I della direttiva 88/361/Cee del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato (Cee) (24). Pur non figurando esplicitamente tra i movimenti di capitali elencati nell'allegato, la riscossione di dividendi presuppone necessariamente una partecipazione alle imprese nuove o esistenti di cui alla sezione I (2) della nomenclatura, e può essere collegata anche all'«Acquisto da parte di residenti di titoli esteri trattati in borsa» (25). La Corte di Giustizia europea ha pertanto statuito che il fatto che un cittadino di uno Stato membro residente nel territorio di quest'ultimo percepisca dividendi di azioni di una società avente sede in un altro Stato membro rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 88/361 (26). Di conseguenza, la riscossione dei dividendi è contemplata dall'art. 56 del Trattato CE; ora, in merito alla tassazione dei dividendi, i maggiori problemi nascono dal fatto che gli Stati membri adducono spesso esigenze imperative giustificate dall'interesse generale. Nel caso *de quo* la Corte ha correttamente respinto le varie motivazioni addotte dagli Stati resistenti. Ed invero, atteso che l'art. 58, n. 1, lett. a), CE (27) permette agli Stati membri «di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale», la controversa normativa fiscale finlandese opera una distinzione tra i contribuenti che hanno investito in imprese nazionali e contribuenti che abbiano analoghi investimenti in un altro Stato membro. Pertanto, si è in presenza di una distinzione con riguardo al luogo di collocamento del capitale, distinzione che gli Stati membri, conformemente all'art. 58, n. 1, lett. a), CE, possono in linea di principio prevedere nell'ambito della loro legislazione tributaria.

Va evidenziato come nella causa C-54/99 (*Église de scientologie*), l'Avvocato Generale ha rilevato che l'art. 58, n. 1, lett. a), CE, in quanto eccezione al principio della libera circolazione dei capitali, deve essere interpretato re-

(22) «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del trattato».

(23) Cfr. *Verkooijen, cit.*, paragrafo 32.

(24) In *GU L 178/88*, p. 5.

(25) Voce III.A dell'allegato I.

(26) Cfr. *Verkooijen, cit.*, punti 28-30.

(27) Secondo la dichiarazione n. 7 al Trattato di Maastricht, questa disposizione si applica solo a normative fiscali nazionali vigenti alla fine del 1993. Per la Finlandia dovrebbe a tal proposito rilevare la data di adesione. La versione attuale della legge sul credito relativo all'imposta sulle società sembra essere in vigore dal 1998. Dalle osservazioni del governo finlandese nel procedimento, tuttavia, risulta che il sistema di credito relativo all'imposta sulle società è stato introdotto già nel 1990.

strittivamente (28). Inoltre, tale disposizione deve essere interpretata in combinato disposto con l'art. 58, n. 3, CE, il quale prescrive che le misure e le disposizioni di cui al n. 1 non possono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali (29). Nella sentenza *Verkooijen* (30), la Corte ha inoltre rilevato che le eccezioni previste dall'art. 58 CE alla libera circolazione dei capitali erano già state ammesse dalla giurisprudenza, ed ha statuito che un'esenzione dall'imposta sul reddito per dividendi non può essere subordinata alla condizione che tali dividendi siano distribuiti da una società stabilita nel territorio nazionale. La Corte ha quindi qualificato l'art. 58 CE quasi come una codificazione della sua giurisprudenza precedente. Pertanto, tale norma dev'essere interpretata anche alla luce della giurisprudenza emanata prima della sua introduzione. Occorre pertanto tener fermo che restrizioni alla libera circolazione dei capitali di cui all'art. 58, n. 1, lett. a), CE sono soggette a loro volta a limiti da parte dei principi contenuti nell'art. 58, n. 3, CE e di quelli elaborati dalla giurisprudenza. Va evidenziato come, precedentemente alla sentenza in commento, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni sui rapporti tra la tassazione e la libertà di circolazione (31). Tuttavia, in nessuno dei casi affrontati sino ad ora era presente un collegamento economico e giuridico tra l'imposta sulle società, da un lato, e l'imposta sul reddito per dividendi, dall'altro, tanto forte quanto nel caso presente. Per tale motivo, nel presente contesto si pone nuovamente la questione della giustificazione per motivi di coerenza fiscale, che la Corte ha ammesso sino ad ora solo nelle sentenze *Bachmann* (32) e *Commissione/Belgio* (33). Va inoltre evidenziato come numerosi Stati membri dispongono o disponevano di normative analoghe di accredito o di esenzione, volte ad escludere o a mitigare gli effetti di questa doppia imposizione (34). Tuttavia, spesso tali normative

(28) Sentenza 14 marzo 2000, causa C-54/99, *Église de scientologie*, in *Racc.*, I-1335, punto 17.

(29) Sentenza *Verkooijen* (cit. punto 44).

(30) Sentenza *Verkooijen* (cit. punto 43).

(31) Sentenza 23 febbraio 1994, causa C-419/92, *Scholz*, in *Racc.*, I-505, sentenza 26 gennaio 1999, causa C-18/95, *Terhoeve*, in *Racc.*, I-345, sentenza 7 luglio 1992, causa C-370/90, *Singh*, in *Racc.*, I-4265; 27 gennaio 2000, causa C-190/98, *Graf*, in *Racc.*, I-493, 15 giugno 2000, causa C-302/98, *Sehrer*, in *Racc.*, I-4585, sentenza 7 marzo 1991, causa C-10/90, *Masgio*, in *Racc.*, I-1119, 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint-Gobain ZN*, in *Racc.*, I-6161, sentenza 28 gennaio 1986, causa 270/83, *Commissione/Francia*, in *Racc.*, 273, punto 21; 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Hasscher*, in *Racc.*, I-3089, punto 53; per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi, sentenza 26 ottobre 1999, causa C-294/97, *Eurowings Luftverkehr*, in *Racc.*, I-7447, punto 44, e, per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali, sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*, *cit.*, punto 61. In dottrina si veda C. Monaco, *Le recenti pronunce della Corte di giustizia in materia tributaria: possibili riflessi sull'ordinamento interno. Principio di libera circolazione dei capitali e regime fiscale dei dividendi. Estensione e limiti del diritto di detrazione nell'Iva*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, n. 4, 1701; M. Giorgi, *La libera circolazione dei capitali nella Comunità europea ed il regime impositivo dei dividendi nel diritto interno*, in *Rassegna tributaria*, 2000, n. 4, 1358; G. La Bianca, *La libera circolazione dei capitali ed il loro monitoraggio fiscale*, in *Impresa commerciale industriale*, 1999, n. 2, 197.

(32) *Cit.* nota 12.

(33) *Cit.* nota 12.

(34) Nella comunicazione COM (2003) 810 def. del 19 dicembre 2003 sulla tassazione dei dividendi delle persone fisiche nel mercato interno, la Commissione offre una sintesi attuale dei sistemi vigenti negli Stati membri. V. anche la normativa olandese, oggetto della sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*, *cit.*, nonché la normativa austriaca, che è

trovano applicazione – come nel caso presente – esclusivamente a fattispecie strettamente nazionali, dal momento che gli Stati membri ritengono opportuno prendere in considerazione l'imposta sulle società nella tassazione dei dividendi solo se tale imposta è stata anche versata al fisco nazionale (35). Tanto atteso, appare opportuno esaminare le problematiche sottese alla sentenza *de quo*, ovvero sia quello della coerenza fiscale e della necessità di un'armonizzazione delle imposte in ambito comunitario.

6. – *La coerenza dei sistemi fiscali come causa di giustificazione delle restrizioni alle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce*

Come visto, il governo finlandese e gli altri governi resistenti nella causa M. sostenevano che le norme sul credito relativo all'imposta sulle società erano giustificate dalla necessità di garantire la «coerenza» del regime fiscale. Ora, la nozione di coerenza fiscale si è consolidata nella giurisprudenza e nella dottrina a partire dalle sentenze *Bachmann* (36) e *Commissione/Belgio* (37). In queste sentenze la Corte ha riconosciuto in via di principio che la necessità di garantire la coerenza del regime fiscale costituisce uno degli obiettivi ammessi dall'ordinamento comunitario, che gli Stati membri possono invocare per giustificare restrizioni delle libertà fondamentali (38). Ciò si traduce nel fatto che l'esclusione di una doppia imposizione o la garanzia che una fattispecie sia in genere assoggettata (una volta) a tassazione (39) (principio dell'imposizione unica). In tale contesto, va rilevato come l'eliminazione della doppia imposizione contribuisce altresì alla neutralità concorrenziale del regime fiscale. Successivamente alla sentenza *Bachmann*, la coerenza del regime fiscale è stata frequentemente addotta come motivo di giustificazione per restrizioni di diverse libertà fondamentali, e ciò è accaduto anche nel giudizio conclusosi con la sentenza che *de quo*. Allo scopo di tener conto del carattere eccezionale di questa giustificazione, nelle pronunce successive la Corte ha fortemente ristretto la nozione di coerenza fiscale. In una giurisprudenza costante la Corte ha richiesto, infatti, l'esistenza di un legame diretto tra la concessione di un vantaggio fiscale e la compensazione di tale vantaggio con un prelievo fiscale, effettuati

stata esaminata dall'avvocato generale Tizzano nelle conclusioni 29 gennaio 2002, causa C-516/99, *Schmid* (in *Racc.*, I-4573, in particolare I-4575).

(35) I problemi che tale modalità di tassazione produce nel mercato interno sono oggetto di analisi da parte della Commissione sin dagli anni '60 (v. A. Lupo, *Reliefs from Economic Double Taxation on EU Dividends: Impact of the Baars and Verkooijen Cases*, in *European Taxation*, 2000, 270 e 271).

(36) Sentenza *Bachmann*, *cit.*

(37) Sentenza *Commissione/Belgio*, *cit.*

(38) Anche lo stesso legislatore comunitario persegue tale obiettivo (V. il secondo «considerando» della direttiva del Consiglio 22 dicembre 2003, 2003/123/CE, che modifica la direttiva 90/435/CEE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (GU2004, L7, p. 41) «esentare dalle ritenute alla fonte i dividendi ed altre distribuzioni di utili pagati dalle società figlie alle proprie società madri ed eliminare la doppia imposizione su tali redditi a livello di società madre».)

(39) V. sentenza 21 novembre 2002, causa C-436/00, X e Y (in *Racc.*, I-10829); obiettivo della normativa svedese allora in esame era che gli utili azionari fossero (in genere) assoggettati una volta a tassazione.

nell'ambito di una stessa imposta (40). Ora va evidenziato come, in linea di principio, l'eliminazione della doppia imposizione degli utili d'impresa può essere ottenuta in diversi modi. Si può accreditare per intero l'imposta sulle società nella tassazione dei dividendi (il modello finlandese per dividendi nazionali), o invece esentare i dividendi dall'imposta sul reddito. In questo caso, l'unica imposizione avviene esclusivamente a livello dell'impresa. È ipotizzabile, tuttavia, anche la modalità opposta, e cioè che solo gli utili dell'impresa che non vengono distribuiti siano assoggettati all'imposta sulle società. In questo caso, l'azionista ottiene i propri dividendi da utili non ancora tassati, mentre i dividendi vengono tassati per la prima volta presso l'azionista con l'imposta sul reddito (41). Infine, le imposte possono essere rimosse in parte presso l'impresa e in parte presso il percettore dei dividendi, come si verifica ad esempio nel metodo d'imposizione del 50% o nei sistemi che la Commissione definisce cedolari. Anche nella causa M. solo una parte dei dividendi del sig. M. era stata tassata in Finlandia. L'altra parte, infatti, era già stata tassata in precedenza con trattenuta alla fonte al momento della distribuzione dei dividendi da parte dell'impresa in Svezia. Questi esempi mostrano che alla fine è relativamente indifferente chi, tra l'impresa e l'azionista, venga assoggettato all'unica imposizione, perlomeno se nei due casi si applicano le stesse aliquote d'imposta. Nel caso del sistema finlandese del credito d'imposta, si potrebbe anche ritenere – come fa il giudice del rinvio – che l'impresa, in ultima analisi, pagando l'imposta sulle società per utili d'impresa successivamente distribuiti come dividendi, versa in nome dell'azionista una sorta di imposta sui dividendi anticipata. Alla luce di quanto sopra, e come evidenziato anche dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni per la causa M., queste considerazioni conducono a ritenere che in via eccezionale possa esistere un legame che giustifica la coerenza fiscale, anche ove l'imposizione a carico di un contribuente si compensi con lo sgravio di un altro contribuente. A tal fine è necessario che *a*) la tassazione si riferisca se non già allo stesso contribuente, però comunque allo stesso reddito o alla stessa operazione economica e *b*) che le modalità giuridiche del sistema garantiscano che il contribuente benefici del vantaggio solo se vi sia un effettivo ed equivalente svantaggio nei confronti dell'altro contribuente. L'applicazione di questi criteri garantisce in misura tanto efficace, quanto il criterio dello stesso contribuente che la coerenza del regime fiscale non si trasformi in un criterio di giustificazione privo di limiti. Ora, nel caso di specie la normativa finlandese in esame soddisfa le predette condizioni: essa fa riferimento allo stesso reddito, e cioè il reddito della società, che viene quasi trasmesso al soggetto passivo dell'imposta sul reddito sotto forma di dividendi, e garantisce che il vantaggio (l'accredito dell'imposta sulle società) sia concesso solo dopo che anche lo svantaggio (il pagamento dell'imposta sulle società) si sia effettivamente verificato. Le disposizioni sul supplemento di imposta assicurano, inoltre, che il credito relativo all'imposta sulle società coincida con l'importo della tassa versata dalla società.

Pertanto, in questo caso, il richiamo alla coerenza del regime fiscale non è escluso già per il fatto che esso si riferisce a due contribuenti, ovvero la società e il percettore dei dividendi, ma in quanto è dubbio in quale misura la coerenza del regime fiscale possa essere anche concretamente fatta valere come un obiettivo compatibile con il Trattato CE, se nell'ambito del regime sono trattate

(40) Sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen cit.*, nonché sentenza 18 settembre 2003, sentenza 18 settembre 2003, causa C-168/01, *Bosal*, punto 29.

(41) Tuttavia, secondo questo modello lo Stato, mediante una trattenuta alla fonte, si assicura che i dividendi che vengono versati all'estero non sfuggano alla tassazione.

in maniera differenziata fattispecie nazionali ed estere. La Corte ha quindi correttamente respinto le difese dei governi resistenti.

7. – *Il processo di armonizzazione delle imposte dirette in ambito comunitario*

In merito all'esigenza di un'armonizzazione delle imposte in ambito comunitario, la sentenza commenta conferma la difficoltà di sostenere l'esistenza, a livello europeo, di un sistema di norme fiscali che possa essere definito come un «ordinamento fiscale», ovvero sia un insieme organico di imposte europee, sovrapposte a quelle degli Stati membri e derivanti dall'esercizio di una piena competenza fiscale dell'Unione. Tale ordinamento non esiste, né forse potrà mai esistere, quantomeno alla luce delle vigenti disposizioni del Trattato istitutivo della Comunità europea, così come rivisto e modificato dalle tre revisioni operate, nell'ordine, dall'Atto Unico del 1986, dal Trattato di Maastricht sull'Unione Europea del 1992 e dal Trattato di Amsterdam. Il Trattato non attribuisce alle istituzioni comunitarie competenze fiscali di portata tale da permettere loro la creazione di una propria imposta, di definirne la base imponibile e la determinazione, nonché di assicurarne l'accertamento e la riscossione. La Comunità conserva, tuttavia, un ruolo rilevante in materia fiscale (42). Va quindi evidenziato come il termine «fiscalità comunitaria» ad individuare, piuttosto che un ordinamento fiscale vero e proprio, un sistema di regole europee a portata fiscale aventi incidenza sulla struttura e sull'evoluzione delle fiscalità nazionali degli Stati membri per il completamento degli obiettivi della costruzione europea (43). Ciò trova la sua ragione nel fatto che il potere impositivo rappresenta un elemento basilare della sovranità degli Stati e, conseguentemente, costituisce fonte di risorse ed importante strumento di politica economica: trattasi di una prerogativa considerata irrinunciabile da parte degli Stati.

La mancanza di competenza della Comunità nel settore delle imposte dirette, negata anche dalla Corte di giustizia, si evince dall'assenza di disposizioni nel Trattato CE riguardanti l'armonizzazione e la non discriminazione nel campo dell'imposizione diretta nei Paesi membri (44). Ciò deriva essenzialmente – come si è detto – dal fatto che la potestà tributaria, nell'ambito dell'imposizione diretta, in quanto espressione immediata della sovranità nazionale dei singoli Paesi membri, deve considerarsi prerogativa appartenente fondamentalmente a questi ultimi: l'imposizione diretta, incidendo sul reddito e sul patrimonio dei contribuenti e condizionandone le loro scelte è strumento primario per l'attuazione di politiche economiche e di redistribuzione. Se è avvenuta quasi completamente l'eliminazione della discriminazione delle imposte

(42) Il Trattato contiene disposizioni per l'eliminazione delle discriminazioni fiscali sull'importazione ed esportazione dei beni; che la Comunità stabilisce prelievi in campo agricolo e tasse su carbone ed acciaio; che le accise sono state oggetto di un'armonizzazione comunitaria; che anche la tassazione dei beni e servizi è disciplinata mediante un sistema comune di armonizzazione dell'iva.

(43) P. Dibout, *Fiscalité et construction européenne: un paysage contrasté*, in *Revue des Affaires Européennes*, Paris, 1995, 5, così definisce il concetto di fiscalità europea.

(44) Infatti, mentre la sfera dell'imposizione indiretta nel diritto comunitario è disciplinata in modo esplicito dagli artt. 90 [ex art. 95] e 93 [ex art. 99] del Trattato, nessuna disposizione regola direttamente il settore delle imposte dirette. L'unica norma che contiene un'espressa previsione in materia di fiscalità diretta è costituita dall'art. 293 [ex art. 220] del Trattato che prevede l'eliminazione della doppia imposizione internazionale all'interno della Comunità.

indirette, che incide sui rapporti commerciali tra i Paesi membri, occorre tuttavia notare che anche la fiscalità diretta costituisce pur sempre un limite al completamento del Mercato Unico e, pertanto, implica l'intervento della Comunità – il cui unico fondamento giuridico va individuato negli artt. 94-96 [ex artt. 100-101] del Trattato – volto a garantire alcuni valori fondamentali, i quali non devono essere vanificati dagli Stati membri nemmeno in sede di produzione di norme sull'imposizione diretta. Ad esempio, come ribadito dalla Corte nella causa M., la mancanza della previsione nel Trattato di un potere della Comunità di armonizzazione delle imposte dirette non deve costituire giustificazione alcuna del diverso trattamento fiscale discriminatorio dei non-residenti da parte degli Stati membri, in quanto le norme tributarie nazionali non possono restringere le diverse libertà fondamentali garantite dal Trattato. La potestà tributaria degli Stati membri, quindi, pur essendo espressione della propria sovranità e non rientrando nelle competenze esclusive della Comunità, deve essere esercitata nel rispetto delle libertà fondamentali previste dal Trattato che garantiscono l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

La sovranità nazionale nel settore delle imposte dirette è limitata non in modo diretto ma è solo nel caso in cui risulti necessaria per il conseguimento degli obiettivi previsti dal Trattato, ed è effetto del processo di autolimitazione costituzionalmente legittimo posto in essere dai Paesi membri nel momento della loro adesione alla Comunità. In mancanza norme *ad hoc*, la giurisprudenza comunitaria consente l'applicazione di «norme non fiscali» del Trattato nel rispetto del «principio di non discriminazione» (45) nel settore delle imposte dirette. La fiscalità rientra solo in via indiretta tra i compiti principali della Comunità indicati nell'art. 2 del Trattato. Le uniche disposizioni aventi natura specificamente fiscale si ritrovano nella Parte terza, Titolo VI, agli articoli 90-93 [ex artt. 95-99]. Sui limiti che il rispetto delle libertà fondamentali previste

(45) Il modello uniforme di convenzione contro le doppie imposizioni elaborato dall'OCSE contiene una norma di fondamentale importanza nel diritto tributario internazionale. L'art. 24 stabilisce che:

«1. I cittadini di uno Stato contraente non possono essere assoggettati in un altro Stato contraente ad un'imposizione od obbligo ad essa relativo che siano diversi o più onerosi di quelli cui sono o potranno essere assoggettati i cittadini di detto Stato che si trovino nelle stesse circostanze, particolarmente con riguardo alla residenza. La presente disposizione si applicherà [...] anche alle persone che non sono residenti in uno o in entrambi gli Stati contraenti.

2. Gli apolidi che sono residenti in uno Stato contraente non sono assoggettati nell'uno e nell'altro Stato contraente ad alcuna imposizione od obbligo ad essa relativo, diversi o più onerosi di quelli cui sono o potranno essere assoggettati i cittadini dello Stato considerato che si trovano nella stessa situazione con particolare riguardo alla residenza.

3. L'imposizione a carico di una stabile organizzazione che un'impresa ha nell'altro Stato contraente non deve essere in questo altro Stato meno favorevole di quella a carico delle imprese di detto altro Stato che svolgono la stessa attività. Questa disposizione non va intesa nel senso che sia fatto obbligo ad uno Stato contraente di concedere ai residenti dell'altro Stato contraente le deduzioni personali, i benefici e le riduzioni fiscali che esso riserva ai propri residenti in relazione al loro stato civile o familiare».

[...] 5. Le imprese di uno Stato contraente, il cui capitale è tutto o in parte, direttamente o indirettamente, posseduto o controllato da uno o più residenti dell'altro Stato contraente, non sono sottoposte nel primo Stato ad alcuna imposizione od obbligo ad essa relativo, diversi o più onerosi di quelli cui sono o potranno essere assoggettate le altre imprese simili del primo Stato». Tale articolazione del principio di non discriminazione dimostra la sua tendenza ad applicarsi ad una serie diversa di situazioni che possono esprimere una disparità di trattamento fiscale attuato da uno Stato a danno di soggetti appartenenti ad altri Stati.

dal Trattato pone al potere impositivo degli Stati membri, la Corte ha fornito precise indicazioni tramite la propria giurisprudenza, che appare opportuno esaminare brevemente.

In merito al criterio che un paese membro deve utilizzare nell'esercizio della propria competenza nella tassazione diretta dei redditi dei soggetti residenti nel suo territorio, la Corte ritiene che, se la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario, astenendosi quindi da qualsiasi discriminazione, palese o dissimulata, basata sulla cittadinanza (46). In merito ai limiti della competenza degli Stati membri nella determinazione dei criteri di tassazione, la Corte ha più volte affermato che in assenza di misure unificanti ed armonizzanti adottate nella Comunità, gli Stati membri restano competenti a determinare i criteri della tassazione dei redditi e del patrimonio al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, le doppie imposizioni. In tale ambito, nel quadro delle convenzioni bilaterali, gli Stati membri sono liberi di stabilire i fattori di collegamento al fine di ripartirsi la competenza tributaria. La giurisprudenza della Corte è, infine, ormai consolidata nell'asserire che un trattamento fiscale sfavorevole contrario a una libertà fondamentale non può essere giustificato dall'esistenza di altri vantaggi fiscali, anche a supporre che tali vantaggi esistano (47).

Con particolare attenzione alla fattispecie esaminata nella causa M., va rilevato come gli Stati dell'Unione europea tendono a differenziare il trattamento fiscale attuato nei confronti dei lavoratori residenti da quello riservato ai soggetti imponibili che non sono fiscalmente residenti. Spesso, ai redditi prodotti dai non residenti sul territorio nazionale viene applicata una diversa progressività delle aliquote impositive o un'imposta proporzionale: in molti casi non vengono riconosciuti benefici quali, ad esempio, la deducibilità degli oneri fiscali o le detrazioni d'imposta per carichi di famiglia, col risultato di aumentare di fatto la pressione fiscale di questi soggetti sui loro redditi di lavoro dipendente. Va detto che tale diversità di trattamento, in genere, è ammessa nel diritto tributario internazionale e trova una sua giustificazione tecnica nella minore base imponibile adottata per determinare il calcolo dell'imposta. Infatti, mentre il contribuente residente è tassato per i suoi redditi ovunque prodotti (c.d. «reddito mondiale»), il non-residente è tassato sui soli redditi prodotti nel territorio dello Stato, senza tenere conto della sua situazione tributaria complessiva: la terminologia adottata dal diritto tributario distingue generalmente tra tassazione a «carattere personale» per i residenti e tassazione «su base territoriale» per i non-residenti (48). A sostegno di tale distinzione è stata posta una giustificazione «economica»: il soggetto residente fruisce di tutti i servizi che lo Stato di residenza gli metterebbe a disposizione e, al tempo stesso, si obbliga a contribuire alla spesa pubblica in base alla sua capacità contributiva globale e in misura progressiva: è pertanto logico che la sua tassazione da parte dello Stato di residenza avvenga tenendo conto dei suoi redditi esteri ai fini della determi-

(46) Sentenza 14 settembre 1999, causa C-391/97, *Gschwind*, in *Racc.*, I-5451, paragrafo 20.

(47) V., per quanto riguarda la libertà di stabilimento, sentenze 28 gennaio 1986, causa 270/83, *Commissione/Francia*, in *Racc.*, 273, punto 21; 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Hasscher*, *cit.*, punto 53, e *Saint-Gobain ZN*, *cit.*, punto 54; per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi, sentenza 26 ottobre 1999, causa C-294/97, *Eurowings Luftverkehr*, *cit.*, punto 44, e, per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali, sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkoijen*, *cit.*, punto 61.

(48) Cfr. art. 23, 1° comma, d.p.r. n. 917 del 1986.

nazione dell'aliquota impositiva. Ed esistendo un nesso «personale» tra il contribuente e lo Stato in questione, quest'ultimo, nel momento impositivo, terrà conto altresì degli elementi negativi di reddito ed, in particolare, di quelli a carattere personale. Tuttavia, come si evince anche dalla sentenza commentata, l'adozione di differenti regimi impositivi basati sulla residenza del soggetto passivo comportano, all'interno del territorio comunitario, un trattamento discriminatorio. Ora, sebbene la disciplina della fiscalità diretta non rientri tra le competenze proprie dell'Unione Europea, è pur vero che gli Stati membri devono esercitare le loro competenze «esclusive» nel rispetto dei principi fondamentali enunciati dal Trattato, tra i quali è previsto che «per lo sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche e [...] per un elevato livello di occupazione» la Comunità insaturi «un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (49), oltre che del divieto di effettuare discriminazioni sulla base della nazionalità (50).

8. – Conclusioni

Alla luce di quanto precede, appare evidente come, nel campo fiscale, non ci sia ancora una vera e propria «armonizzazione», concetto, questo, che si colloca a metà tra quello di ravvicinamento e quello di unificazione (51). Parte della dottrina (52), sulla base della sostanziale unità dell'istituto del ravvicinamento delle legislazioni nel contesto comunitario, attribuisce a detto termine il significato proprio della più ampia nozione di ravvicinamento con esclusivo riferimento al comparto fiscale, quasi a volerne ricavare una volontà del legislatore comunitario ad attribuire al ravvicinamento legislativo in materia fiscale una valenza più incisiva rispetto alle altre azioni necessarie per il corretto funzionamento del mercato comune (53): l'armonizzazione, che è termine antitetico ad «unificazione» postula la permanenza di diversità nazionali, ricollegandosi alla finalità fondamentale della Comunità (la creazione di un Mercato interno) secondo caratteri di strumentalità e di necessità che, delimitandone i contorni, lasciano il legislatore comunitario libero quanto al contenuto e alle modalità di intervento (54).

(49) Cfr. artt. 2 e 3 del Trattato.

(50) Cfr. art. 6 del Trattato.

(51) Che sono i mezzi giuridici che il Trattato mette a disposizione per raggiungere gli scopi istituzionali: mentre il processo di unificazione delle legislazioni nazionali trova sviluppo attraverso i regolamenti – atti legislativi comunitari, obbligatori e direttamente applicabili, che si sostituiscono alle leggi interne e aventi medesima efficacia – il ravvicinamento non presuppone l'unicità dei mezzi giuridici per ottenerlo. Le direttive costituiscono il principale strumento per il ravvicinamento delle legislazioni, potendo le stesse esplicare effetti nelle legislazioni degli Stati membri aventi differente intensità e natura, secondo le esigenze di recepimento proprie di ciascun ordinamento.

(52) Cfr. G. Puglisi, *Manuale di diritto comunitario*, 1983, Torino, I, 299.

(53) Si noti che l'armonizzazione fiscale è limitata all'imposta sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo e ad altre imposte indirette, non interessando la fiscalità diretta. Cfr. art. 93 del Trattato. Le ragioni della (volutamente) scarsa attenzione prestata alla fiscalità diretta nel Trattato CE sono già state esposte in precedenza.

(54) Cfr. C. Sacchetto, *L'armonizzazione fiscale nella Comunità europea*, in *Dir. e prat. trib.*, 1989, 283, il quale rileva come armonizzare non significhi unificare ogni norma legislativa od amministrativa disciplinante un'imposta o un sistema tributario, ma solo adeguarsi ad

È proprio al fine di raggiungere una vera armonizzazione che, nella propria pronuncia, la Corte, nel condannare un comportamento anti comunitario, commentata si rinvia un richiamo agli Stati membri per un maggior impegno sia processo di armonizzazione fiscali, eliminando disparità fondate su motivi, quali quello della diversa cittadinanza, che non hanno invero ragione d'esistere e che rappresentano gli ultimi ostacoli ad un vero mercato comunitario.

dott. FERDINANDO BRUNO

un tipo comune ed eliminare le divergenze più gravi, raggiungendo una sorta di compatibilità tra sistemi nazionali fra i quali permangano elementi di difformità, seppur sotto un comune denominatore soprannazionale. La soluzione dell'unificazione fiscale a livello comunitario non è parsa necessaria in quanto gli Stati membri hanno dimostrato negli ultimi anni di voler realizzare una certa convergenza. E proprio in applicazione del «principio di sussidiarietà», ormai prevalso nella politica del Consiglio e che demanda agli Stati la responsabilità della messa in atto della politica fiscale comunitaria, deve registrarsi la preferenza per il diverso strumento della direttiva piuttosto che del regolamento, anche se le stesse – essendo spesso incondizionate e sufficientemente dettagliate (*self-executing*) – hanno trovato diretta applicazione anche in caso di inattività degli Stati.

Ancora sulla tassazione dei redditi di lavoro dipendente dei musicisti transfrontalieri nel trattato Italia - Francia (*)

In tema di imposte sul reddito da lavoro dipendente di contribuente transfrontaliero residente all'estero (nella specie: di una musicista), deve essere applicata in ogni caso la regola primaria e generale della tassazione in base alla residenza (nella specie: la Francia), prescindendo dal luogo di produzione del reddito (nel caso: l'Italia), atteso che l'art. 15, paragrafo 4, della Convenzione italo-francese del 5 ottobre 1989 sulle doppie imposizioni fiscali, ratificata in Italia con la legge 7 gennaio 1992, n. 20, equipara il «frontaliere» al residente e dispone che «i redditi derivanti dal lavoro dipendente di persone abitanti nella zona di frontiera di uno degli Stati, e che lavorano nella zona di frontiera dell'altro Stato, sono imponibili soltanto nello Stato del quale dette persone sono residenti». Nè la previsione di cui all'art. 17 della Convenzione, riguardate gli «artisti e sportivi», espressione del diverso criterio di tassazione, in ragione della territorialità della fonte di reddito, ha portata derogatoria rispetto alla regola posta dall'art. 15, par. 4, che, anzi, ha natura speciale rispetto a quella generale posta dall'art. 17, par. 1, la quale, con riferimento agli «artisti e sportivi», è ispirata al c.d. principio dell'«utile mondiale» e alla esigenza di scongiurare fenomeni di evasione fiscale collegati alle attività svolte in regime di lavoro autonomo nelle località più disparate. Infatti, se per i lavoratori autonomi (e per gli artisti, in particolare) può essere giustificata una disciplina differenziata, dovuta alla maggiore difficoltà di individuazione delle fonti di reddito, a causa della loro mobilità transnazionale, tali esigenze non ricorrono per i lavoratori dipendenti frontalieri, i quali offrono due parametri di riferimento fissi (l'abitazione del lavoratore e il luogo di lavoro), in luoghi di frontiera vicini e quindi facilmente controllabili.

Cass., sez. trib. (pres. Papa, rel. Merone), 8 luglio 2004, n. 12595.

(Omissis). – 2. – *Diritto e motivi della decisione.* – 2.1. – Il ricorso non può trovare accoglimento.

2.2. – Come è noto, in materia di imposte sui redditi, l'obbligazione tributaria grava, in linea di principio, su tutti i possessori di reddito (presupposto oggettivo, così definito dall'art. 1 t.u.i.r.), residenti o meno nel territorio dello Stato (soggetti passivi, così individuati dall'art. 2 t.u.i.r.). I primi vengono incisi in base al criterio soggettivo dell'«utile mondiale» (nel senso che «L'imposta si applica sul reddito complessivo del soggetto, formato per i residenti da tutti i redditi (ovunque) posseduti», come precisa l'art. 3, paragrafo 1, t.u.i.r.), mentre per i soggetti non residenti, come l'odierna resistente, il prelievo fiscale avviene in base al criterio oggettivo di «territorialità» della fonte del reddito (nel senso che

il reddito complessivo imponibile «per i non residenti (è formato) soltanto da quelli (i redditi) prodotti nel territorio dello Stato». Naturalmente, l'adozione del doppio criterio di prelievo (inteso ad escludere «zone franche» della imposizione), in base all'«utile mondiale» del soggetto e alla territorialità della fonte del reddito, espressione della sovranità dello Stato sui cittadini e sul territorio, implica il rischio di doppie imposizioni rispetto a quei Paesi che utilizzano gli stessi criteri. Di qui l'esigenza di adottare appositi accordi tra gli Stati, che prevalgono sulla normativa interna, oltre che per il generale principio sancito dall'art. 10 della Costituzione (*pacta sunt servanda*), per espressa e specifica disposizione di legge (art. 75, d.p.r. n. 600 del 1973: «Nell'applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi sono fatti salvi gli accordi internazionali resi esecutivi in Italia») a meno che la disciplina interna non sia più favorevole al contribuente (art. 128 t.u.i.r.: «Le disposizioni del presente testo unico si applicano, se più favorevoli, anche in deroga agli Accordi internazionali contro la doppia imposizione»).

2.3. – In questo quadro generale di riferimento devono essere poste a confronto ed esaminate le due disposizioni convenzionali, richiamate dalle parti in causa.

Giova, preliminarmente, riassumere le due tesi contrapposte e le circostanze di fatto non contestate.

L'Amministrazione finanziaria assume che la S., in quanto musicista, è soggetta alla imposizione in base al criterio (oggettivo) territoriale del luogo in cui è stato prodotto il reddito, e, quindi in Italia, in base all'art. 17 della convenzione italo - francese.

La S., invece, assume che, essendo residente a Mentone in Francia, le si deve applicare il criterio (soggettivo) della tassazione in base alla residenza, come stabilisce l'art. 15, paragrafo 4, della medesima convenzione.

In punto di fatto, è pacifico che la S.

a) risiede nel comune di Mentone «al confine con lo Stato italiano e pertanto può essere considerata lavoratrice frontaliera» (v. p. 3 della sentenza impugnata);

b) «è musicista (violoncellista di fila) (...) e svolge la sua attività lavorativa in Italia, dove percepisce il suo reddito da lavoro subordinato» (v. p. 2 del ricorso).

2.4. – Dunque, la contribuente è una musicista, lavoratrice dipendente, il cui reddito deriva da una attività svolta in uno Stato diverso da quello di residenza, ma in zona di frontiera tra i due Stati. Conseguentemente, il primo compito che attende l'interprete è quello di individuare le norme della convenzione che disciplinano la tassazione dei redditi derivanti da lavoro subordinato, quando non vi sia coincidenza territoriale tra la residenza del contribuente e la fonte del reddito. Poi, se del caso, occorrerà esaminare le norme che disciplinano particolari tipi di lavoro (nella specie artisti e musicisti) e/o altre particolari situazioni di

fatto che assumono rilevanza giuridica (residenza - lavoro in zona di frontiera).

2.5. – L'art. 15, paragrafo 1, della convenzione italo - francese, disciplina specificamente la tassazione dei redditi derivanti da «Lavoro subordinato» e dispone che «i salari, gli stipendi e le altre remunerazioni analoghe che un residente di uno Stato riceve in corrispettivo di un'attività dipendente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che tale attività non venga svolta nell'altro Stato. Se l'attività è quivi svolta, le remunerazioni percepite, a tal titolo sono imponibili in questo altro Stato.» In altri termini, il criterio primario per la individuazione dello Stato legittimato ad effettuare il prelievo fiscale, sui redditi derivanti da lavoro subordinato, resta quello della residenza del contribuente. Tuttavia, se l'attività lavorativa viene svolta in uno Stato diverso da quello della residenza, viene riconosciuto a tale Stato il potere di effettuare il prelievo (territorialità della fonte del reddito). In pratica, in questa seconda ipotesi, lo Stato di residenza rinuncia ad applicare il criterio della tassazione in base al presupposto soggettivo e dell'«utile mondiale», riconoscendo all'altro Stato contraente il diritto di applicare il criterio di tassazione oggettivo in base alla territorialità della fonte del reddito, in ragione della reciprocità della autolimitazione. Quindi, nella specie, in assenza di altre norme, la S. avrebbe dovuto essere tassata in Italia, luogo di produzione del reddito (in conformità anche alle disposizioni del t.u.i.r.).

Ma lo stesso art. 15, paragrafo 4, contiene disposizioni particolari per i redditi derivanti da lavoro dipendente dei contribuenti cc.dd. frontalieri, per i quali deve essere applicata in ogni caso la regola primaria e generale della tassazione in base alla residenza, prescindendo dal luogo di produzione del reddito che, per definizione, non è distante da quello della residenza: «Nonostante le disposizioni precedenti del presente articolo, i redditi derivanti dal lavoro dipendente di persone abitanti nella zona di frontiera di uno degli Stati, e che lavorano nella zona di frontiera dell'altro Stato, sono imponibili soltanto nello Stato del quale dette persone sono residenti». Pertanto, in forza di quest'ultima disposizione, che equipara il «frontaliere» al residente (quasi una sorta di prolungamento del territorio nazionale), la S. avrebbe ragione ad affermare di dovere essere tassata in Francia.

2.6. – La parte ricorrente, quindi, per legittimare il prelievo effettuato in Italia, invoca l'art. 17 che reca disposizioni specifiche per «Artisti e sportivi», in forza delle quali, «nonostante» le disposizioni generali, dettate in materia di «Professioni indipendenti» (art. 14 della convenzione) e «Lavoro subordinato» (art. 15), «i redditi che un residente di uno Stato ritrae dalle sue prestazioni personali esercitate nell'altro Stato in qualità di artista dello spettacolo, quale un artista di teatro, del cinema, della radio o della televisione, o in qualità di musicista, nonché di sportivo, sono imponibili in detto

altro Stato» (tassazione in ragione della territorialità della fonte reddito).

2.7. – Osserva il Collegio che una attenta lettura comparata delle norme invocate dalle parti porta alla conclusione che, nella specie, il prelievo fiscale sul reddito della S. sia di competenza dello Stato di residenza, sulla base delle osservazioni che seguono.

Innanzitutto, l'attenzione dell'interprete deve soffermarsi sull'uso dell'espressione con la quale esordisce l'art. 17: «nonostante le disposizioni degli artt. 14 e 15». Il termine «nonostante» non equivale, evidentemente, alla formula «in deroga», che esclude, *sic et simpliciter*, le norme richiamate. La formula adottata nel testo in esame è certamente più «morbida» (*soft*), nel senso che le norme che, formalmente, «concorrono» alla disciplina della medesima fattispecie, devono essere lette in termini di «alternatività attenuata», che consente una interpretazione integrata delle disposizioni concorrenti, laddove se ne presenti la necessità. Vale a dire, la norma contenuta nell'art. 17, paragrafo 1, in forza della quale l'imposta deve essere applicata nello Stato in cui il reddito viene prodotto («altro Stato»), ha una valenza generale che, però, non osta alla applicazione di diverse e più specifiche disposizioni (principio di specialità) giustificate da una particolare *ratio legis*. Nella specie, il particolare *status* dei lavoratori dipendenti cc.dd. «frontalieri», espressamente previsto e disciplinato dal paragrafo 4 dell'art. 15, ha indotto gli Stati contraenti a mantenere fermo il criterio della tassazione nello Stato di residenza, benché il lavoro sia svolto in diverso (ma limitrofo) Stato. Tale disposizione non è incompatibile con il citato paragrafo 1 dell'art. 17, che reca una disciplina di carattere generale, peraltro ispirata, prevalentemente, alla esigenza di scongiurare fenomeni di evasione fiscale, collegati alle attività svolte in regime di lavoro autonomo nelle località più disparate. In tali casi, infatti, lo Stato di residenza difficilmente può effettuare proficui controlli, per far valere, in ipotesi, il principio dell'utile mondiale, che sarebbe quindi destinato a restare inattuato, consentendo ai contribuenti di realizzare con facilità forme di «risparmio» fiscale, più o meno lecite.

Infine, la mancata applicazione, nella specie, del criterio di tassazione previsto per i lavoratori dipendenti frontalieri, soltanto perché si tratta di un musicista, comporterebbe una ingiustificata discriminazione in ragione della professione svolta, in contrasto con quanto dispone l'art. 3 della Costituzione. Infatti, se per i lavoratori autonomi, in genere (ma in particolare per gli artisti che possono ricavare un reddito anche dal semplice uso della loro immagine, come si evince dalla seconda parte del paragrafo 1 dell'art. 17), può essere giustificata una disciplina differenziata, dovuta alla maggiore difficoltà di individuazione delle fonti e dell'ammontare del reddito, a causa delle peculiarità di talune attività, come la mobilità transnazionale, non è così per i lavoratori dipendenti frontalieri, per i quali il prelievo fiscale avviene con riferimento a due parametri fissi: l'abitazione del lavoratore e il luogo in cui viene svolto il lavoro, entrambi in zona di frontiera e, quindi, necessariamente anche

vicine tra loro, circostanza che agevola i controlli, che è poi la *ratio* della specifica disposizione.

(*) SOMMARIO: 1. La fattispecie. – 2. Il principio della *lex specialis derogat legi generali*. – 3. Convenzioni contro le doppie imposizioni e principi costituzionali. – 4. Considerazioni conclusive.

1. – *La fattispecie*

La sentenza in epigrafe affronta per la prima volta il tema della tassazione dei redditi di lavoro dipendente prodotti nella zona di frontiera di uno dei due Stati contraenti della Convenzione italo-francese del 5 ottobre 1989 da parte di una musicista residente nella zona di frontiera dell'altro Stato (1). Nella sostanza la questione presentatasi davanti al Supremo Collegio si pone tutta in punto di diritto, essendo volta a coniugare tra di loro i disposti degli artt. 15, par. 4, e 17, par. 1, della Convenzione sopra citata.

In particolare si trattava di una cittadina francese residente nella città di confine di Mentone (Francia) ed impiegata in qualità di violoncellista nell'Orchestra Sinfonica del Comune di confine di Sanremo (Italia), la quale, dopo essersi vista negare l'istanza di rimborso dell'irpef pagata in Italia dal 1993 al 1996, aveva impugnato il silenzio rifiuto dell'Amministrazione finanziaria così formatosi, affermando che secondo la Convenzione Italia-Francia contro le doppie imposizioni fiscali, ratificata con legge del 7 gennaio 1992, n. 20, i redditi dalla stessa contribuente prodotti nel nostro Paese erano ivi esenti da imposizione ai sensi dell'art. 15, par. 4, in tema di tassazione dei redditi dei lavoratori dipendenti di confine.

Resisteva quindi l'Amministrazione finanziaria la quale invece invocava il

(1) Sul caso di specie non si conoscono precedenti editi, fatta eccezione per la giurisprudenza di merito relativa allo stesso caso.

Copiosa è invece la giurisprudenza più in generale sul tema della tassazione dei redditi dei frontalieri nella Convenzione Italia-Francia del 5 ottobre 1989, tra le quali si segnalano: Cass., 14 luglio 2004, n. 13053, *Banca dati Ipsosa*, per la quale l'assegno di confine, emolumento spettante in aggiunta allo stipendio, per attività lavorativa prestata all'estero, deve ritenersi esente da irpef non per il fatto di avere carattere non retributivo, ma in virtù della disposizione che positivamente concedeva (fino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2000) tale esenzione in ogni caso ai redditi derivanti da lavoro dipendente prestato all'estero in via continuativa e come oggetto esclusivo del rapporto; Comm. trib. prov. Imperia, sez. I, sent. 26 giugno 1997, n. 381, *retro*, 1997, III, 707, con nota di M. Calcagno, *Non imponibilità dei redditi dei lavoratori frontalieri*; Comm. trib. 1° grado Sanremo, sez. II, 21 marzo 1996, n. 256, *ivi*, 368, con nota di N. Lanteri, *Interrelazioni tra norma interna e norma convenzionale nel trattato contro le doppie imposizioni stipulato tra l'Italia e la Francia: il caso dei lavoratori frontalieri*, le quali evidenziavano che, nella sostanza, l'attribuzione della piena ed esclusiva capacità impositiva attribuita dall'art. 15, par. 4, della Convenzione italo-francese sopra citata all'Italia per i compensi percepiti in Francia da nostri residenti frontalieri veniva vanificato dall'art. 3, 3° comma, lett. c), del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, che dichiarava esenti i redditi da lavoro dipendente prestato all'estero in via continuativa e come oggetto esclusivo del rapporto, così facendo sorgere nuovamente il potere impositivo dello Stato francese.

disposto dell'art. 17, par. 1, della Convenzione in tema di tassazione dei redditi degli artisti e sportivi per affermare la propria potestà impositiva sui redditi in questione.

Nonostante questo in entrambi i gradi del giudizio di merito la contribuente vedeva accolte le proprie istanze di rimborso; pertanto l'Amministrazione finanziaria ricorreva in Cassazione per vedere riformata la sentenza di secondo grado mentre la contribuente resisteva con controricorso.

Investita della questione la Suprema Corte osservava che secondo l'art. 15, par. 1, della Convenzione, rubricato «lavoro subordinato», «salve le disposizioni degli artt. 16, 18, 19, 20 e 21, i salari, gli stipendi e le altre remunerazioni analoghe che un residente di uno Stato riceve in corrispettivo di un'attività dipendente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che tale attività non venga svolta nell'altro Stato. Se l'attività è quivi svolta, le remunerazioni percepite a tale titolo sono imponibili in questo altro Stato».

Pertanto per i redditi di lavoro dipendente la norma convenzionale sopra riportata assurgeva quale criterio generale di tassazione dei redditi in discorso quello dello *Stato di residenza del contribuente* se gli stessi derivavano da attività svolta nel medesimo Stato. Diversamente, se i redditi di lavoro dipendente venivano percepiti nell'altro Stato convenzionale, diventava operativo il criterio della *territorialità della fonte di reddito*, in forza del quale veniva riconosciuta una legittimazione impositiva esclusiva allo Stato in cui il reddito veniva prodotto.

Tuttavia la stessa Corte osservava che ai sensi del successivo par. 4 del medesimo articolo il principio della «territorialità della fonte di reddito» espresso dall'art. 15, par. 1, trovava una deroga nel caso di contribuenti c.d. «frontalieri». Ed infatti secondo detta norma «nonostante le disposizioni precedenti del presente articolo, i redditi derivati dal lavoro dipendente di persone abitanti nella zona di frontiera di uno degli Stati, e che lavorano nella zona di frontiera dell'altro Stato, sono imponibili soltanto nello Stato del quale dette persone sono residenti».

Pertanto, qualora detti redditi fossero stati percepiti nella zona di confine dello Stato convenzionale diverso da quello della residenza e da *contribuenti c.d. «frontalieri»*, veniva ad applicarsi la regola della tassazione in base alla residenza, già valida per i redditi prodotti dal residente nel proprio Stato di residenza, sul presupposto che la vicinanza della zona di confine faceva sì che questa zona potesse essere considerata una sorta di prolungamento del territorio nazionale.

Fin qui nessun problema. Il punto di diritto invece si presentava nella formulazione dell'art. 17 della Convenzione, rubricato «artisti e sportivi», secondo cui, al par. 1, parte prima, «nonostante le disposizioni degli artt. 14 (“professioni indipendenti”) e 15 (“lavoro subordinato”), i redditi che un residente di uno Stato ritrae dalle sue prestazioni personali esercitate nell'altro Stato in qualità di artista dello spettacolo, quale un artista di teatro, del cinema, della radio o della televisione, o in qualità di musicista, nonché di sportivo, sono imponibili in detto altro Stato».

L'art. 17 della Convenzione infatti sembrava proporre quale criterio di tassazione esclusivo per i redditi prodotti da alcune particolari categorie di contribuenti ivi specificatamente contemplate quello della «territorialità della fonte di reddito»; ma lasciava aperto il problema dell'effettivo coordinamento con le precedenti disposizioni ed in particolare con l'art. 15, par. 4. Quest'ultima norma infatti sottoponeva il regime di tassazione dei redditi da lavoro dipendente dei contribuenti c.d. «frontalieri» al principio generale dello «Stato di residenza»; mentre nessuna specificazione in tal senso si ri-

scontrava con riguardo alle categorie di reddito di cui al successivo art. 17 ed in particolare per i musicisti.

Alla luce di quanto finora osservato, nella motivazione della sentenza in commento la Suprema Corte sosteneva quindi che nella Convenzione Italia - Francia del 5 ottobre 1989 contro le doppie imposizioni fiscali il reddito dei musicisti lavoratori dipendenti di confine rientrava sotto l'egida dell'art. 15, par. 4, anziché dell'art. 17, par. 1.

Ed infatti da un primo punto di vista afferente il rapporto di specialità tra norme, la Corte riteneva che l'art. 15, par. 4, avente ad oggetto i dipendenti c.d. «frontalieri», fosse norma speciale rispetto all'art. 17, par. 1, che invece riguardava più in generale tutti gli artisti e sportivi. E ciò sia perché quest'ultima norma si ispirava all'esigenza di scongiurare fenomeni di evasione fiscale collegati ad attività svolte in regime di lavoro autonomo; sia perché di conseguenza la locuzione contenuta all'inizio dell'art. 17, par. 1, («nonostante le disposizioni degli artt. 14 e 15») esprimeva non tanto una «deroga», bensì una «alternatività attenuata», vale a dire un «concorso» tra norme, da interpretarsi secondo la chiave di lettura sopra avanzata.

Da un secondo punto di vista afferente la gerarchia delle fonti, invece la Suprema Corte sottolineava che un'interpretazione diversa da quella dalla stessa fornita si poneva in contrasto con il principio di uguaglianza espresso dall'art. 3 della Costituzione italiana, giacché i musicisti dipendenti c.d. «frontalieri» venivano a subire un trattamento peggiore rispetto agli altri lavoratori (stranieri) dipendenti «frontalieri» non musicisti; e ciò senza un'apparente ragione.

Pertanto sulla base di queste motivazioni la Corte rigettava il ricorso dell'Amministrazione finanziaria e compensava le spese.

2. – *Il principio della lex specialis derogat legi generali*

Le argomentazioni assunte dalla sentenza in commento impongono quindi di soffermarsi innanzitutto sul rapporto di specialità che unisce le due norme giuridiche interessate dal caso di specie.

In generale va detto che una norma è speciale rispetto ad un'altra (che quindi si assume essere generale) quando: o 1) si ponga nei confronti della seconda in un rapporto di eccezione rispetto alla regola (cioè, totale-totale); ovvero 2) presenti un campo di applicazione parzialmente sovrapposto rispetto a quest'ultima (cioè, totale-parziale) (2).

In entrambi i casi il criterio di specialità fa sì che una delle due norme confliggenti – e precisamente la norma generale – non sia invalida o abrogata, bensì semplicemente derogata ad opera dell'altra (*lex specialis derogat legi generali*).

Tuttavia, nel caso in cui ricorra l'ipotesi *sub. 2*), non sempre è agevole distinguere la norma speciale da quella generale.

Se infatti assumiamo l'esempio per cui vi sia una norma N1 che statuisca che nessun tributo è dovuto ai produttori di vini d.o.c. (sia bianchi che rossi) ed una seconda norma N2 che imponga un tributo ai produttori di vini rossi, l'interprete potrebbe giungere a conclusioni diverse e per certi versi opposte, ritenendo che:

(2) Cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, t. 1, Milano, 1998, 214 ss.

a) la norma N1 costituisca regola generale e N2 eccezione ad essa e quindi tutti i produttori di vini d.o.c. siano esenti dal tributo, ad eccezione dei produttori di vini rossi;

b) o, all'opposto, la norma N2 sia regola generale e N1 faccia ad essa eccezione e quindi tutti i produttori di vini rossi siano soggetti al tributo, ad eccezione dei produttori di vini rossi d.o.c.

Seguendo l'esempio ora proposto, nel caso *sub a)* quindi i produttori di vini rossi d.o.c. sarebbero soggetti a tributo, mentre in quello *sub b)* gli stessi risulterebbero esenti.

Ebbene nel caso di specie l'interprete si trova di fronte: ad una norma N1, l'art. 15 della Convenzione, sulla tassazione dei redditi da lavoro dipendente, che in particolare, al par. 4, assoggetta al principio della tassazione nello Stato di residenza i redditi prodotti dai contribuenti c.d. «frontalieri» nell'altro Stato convenzionale; e ad una norma N2, l'art. 17 della Convenzione medesima, che considera la tassazione di una particolare categoria di redditi, quelli degli artisti e sportivi (che si assume possano essere lavoratori dipendenti o autonomi), assoggettandone la tassazione al principio della «territorialità della fonte di reddito».

Tra le due norme N1 e N2 non vi è completa sovrapposizione, giacché N1 concerne tutte le categorie di contribuenti lavoratori dipendenti, mentre la seconda riguarda solo due particolari categorie di essi, prescindendo tuttavia dalla fonte del reddito (lavoro autonomo o dipendente).

Applicando allora lo schema sopra proposto al caso di specie astrattamente si potrebbe ritenere che:

a) la norma N1 costituisca regola generale e N2 eccezione ad essa e quindi i lavoratori dipendenti (francesi) c.d. «frontalieri» che lavorino in Italia siano esenti dal tributo nel nostro Paese, ad eccezione di quelli che sono artisti e sportivi;

b) o, all'opposto, la norma N2 sia regola generale e N1 faccia ad essa eccezione e quindi gli artisti e sportivi (francesi) che lavorino in Italia siano soggetti al tributo nel nostro Paese, ad eccezione dei lavoratori dipendenti (francesi) c.d. «frontalieri».

Nel caso *sub c)* quindi gli artisti e sportivi (francesi) che lavorino in Italia sarebbero soggetti a tributo nel nostro Paese, anche se lavoratori dipendenti c.d. «frontalieri»; mentre in quello *sub d)* gli stessi, se lavoratori dipendenti c.d. «frontalieri», risulterebbero esenti da tributo.

In verità già di per sé il testo dell'art. 17, par. 1, della convenzione sembra rendere preferibile la prima ipotesi formulata *sub c)*, poiché l'inciso con cui incomincia la norma (*nonostante le disposizioni degli artt. 14 e 15*), fa presumere sia che detta norma apporti una deroga agli articoli ivi richiamati e sia che il rapporto di specialità tra quest'ultima e gli artt. 14 e 15 interessi necessariamente tutte le disposizioni della norma generale, inclusa quella sui contribuenti c.d. frontalieri (art. 15, par. 4, N1).

Quindi, a pare di chi scrive, nel formulare un'ipotesi ricostruttiva deve tenersi in considerazione la collocazione della regola sui contribuenti c.d. frontalieri all'interno dell'art. 15, il caso diverso rappresentando un assurdo giuridico. Né in proposito può sovenire in aiuto il concetto di «alternatività attenuata» coniato dalla Corte, poiché esso costituisce semplicemente una forma descrittiva sintetica del modo in cui i giudici hanno applicato il principio di specialità al caso di specie, ma non ne fornisce alcuna reale giustificazione sul piano del diritto.

Ma soprattutto l'interpretazione *sub d)*, seguita alla Corte, non regge il confronto con il modello OCSE, così come esplicitato dal commentario allo stesso, cui si ispira la Convenzione in oggetto.

Ed infatti, come chiarisce il commentario OCSE, in detto modello (in cui peraltro non è prevista alcuna specifica disposizione sui contribuenti c.d. «frontalieri») (3) la tassazione dei redditi di lavoro dipendente viene rigidamente assoggettata al criterio di tassazione espresso nell'art. 15, senza tendenzialmente subire eccezioni al di fuori di quelle ivi indicate (tra cui l'art. 17), le quali in tal caso prevalgono.

In particolare il commentario precisa che il regime di tassazione previsto dal modello OCSE per i redditi degli artisti e degli sportivi di cui all'art. 17 segue la regola peculiare ivi enunciata della «territorialità della fonte di reddito», indipendentemente dal fatto che si tratti di redditi di lavoro dipendente o autonomo, e ciò per la difficoltà di assoggettare a tassazione da parte dello Stato di residenza i redditi degli artisti e sportivi prodotti all'estero. Mentre la limitazione dell'efficacia dell'art. 17 ai soli redditi di lavoro autonomo, con conseguente assoggettamento degli artisti e sportivi lavoratori dipendenti all'art. 15, resta per il modello OCSE una mera eventualità rimessa alla discrezionalità degli Stati contraenti attraverso una modifica del testo dell'articolo 17 che faccia sì che la deroga sia prevista solo per l'art. 14.

Dall'analisi del modello OCSE, così come esplicito dal commentario, risulta quindi che, salvo specifica deroga contenuta nel testo convenzionale, il rapporto di specialità tra l'art. 15 e l'art. 17, così come sopra delineato da chi scrive, è corretto.

Ed infatti dal testo della Convenzione Italia-Francia non può desumersi alcuna indicazione specifica circa la volontà di non assoggettare i redditi di lavoro dipendente alla peculiare previsione dell'art. 17, par. 1, della Convenzione medesima. Ed atteso il dato normativo alla stessa conclusione necessariamente deve giungersi per i redditi (di lavoro dipendente) dei contribuenti c.d. «frontalieri», giacché nella convenzione in oggetto non può rinvenirsi alcuna traccia in senso limitativo della portata dell'art. 17 che autorizzi l'interprete ad addivenire a conclusioni in tal senso diverse.

3. – *Convenzioni contro le doppie imposizioni e principi costituzionali*

Resta ancora da verificare la correttezza dell'interpretazione fornita dalla Suprema Corte alla luce dei principi costituzionali interni ed in particolare dell'art. 3, 1° comma, della Costituzione italiana.

Afferma infatti la Suprema Corte che, in ogni caso, l'applicazione dell'art. 17, par. 1, anche ai musicisti «frontalieri» lavoratori dipendenti comporterebbe una ingiustificata discriminazione, rilevante ai fini dell'art. 3 della Costituzione italiana, rispetto alle altre categorie di lavoratori dipendenti «frontalieri», soggetti invece all'art. 15, par. 4, della Convenzione. Ciò in quanto, se è vero che per i lavoratori autonomi in genere (ma in particolare per gli artisti e sportivi che possono ricavare un reddito anche dal semplice uso della loro immagine) può essere giustificata una disciplina differenziata, dovuta alla maggiore difficoltà di individuare le fonti e l'ammontare del reddito, a causa delle peculiarità di talune attività; diversamente deve dirsi per i lavoratori dipendenti c.d. «frontalieri» per i quali il prelievo fiscale avviene con riferimento a parametri fissi (l'abitazione ed il luogo di lavoro) entrambi in zona di frontiera e quindi agevolmente controllabile.

(3) Il commentario al modello OCSE specifica infatti che, attesi i problemi che il tema della tassazione dei «frontalieri» potrebbe creare, sia meglio lasciare la formulazione di qualsiasi soluzione al riguardo direttamente agli Stati contraenti.

L'affermazione della Corte va però attentamente ponderata.

Come è noto infatti le norme convenzionali assumono lo stesso rango normativo delle fonti che le recepiscono nel nostro ordinamento interno – normalmente la legge ordinaria – atteso che il richiamo automatico contenuto nell'art. 10 della Costituzione italiana opera solo a favore della norme internazionali consuetudinarie. Al pari della legge che le recepisce, pertanto, tendenzialmente le norme convenzionali soggiacciono al principio generale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., il quale, in quanto espressione di coerenza dell'ordinamento giuridico, interessa anche il profilo sostanziale o contenutistico della legge (4). Pertanto in forza di detto principio la legge deve trattare in maniera eguale situazioni eguali ed in maniera razionalmente diversa situazioni diverse.

Ebbene lo schema più semplice in cui il giudizio di eguaglianza ricorre è quello della mancata espansione di una norma generale a tutte le fattispecie che potenzialmente rientrerebbero nella sua ratio, per effetto di una norma speciale o eccezionale che limiti o interrompa l'universalità della norma. Tendenzialmente tale giudizio opera solo se si denuncia la norma derogatoria in relazione alla norma generale, e non anche nel caso inverso in cui ad essere denunciata sia la norma generale, giacché funzione del giudizio di eguaglianza è quella di riequilibrare il sistema mediante il ripristino della normativa più generale ritenuta valida e ingiustificatamente derogata da quella particolare (5).

Se è così, da un punto di vista prettamente giuridico parlare di incostituzionalità dell'art. 17, par. 1, per violazione dell'art. 3 Cost. potrebbe non essere corretto, giacché come si è dimostrato detta norma convenzionale non si pone in rapporto di genere a specie rispetto all'art. 15, par. 4, bensì è essa stessa derogatoria rispetto all'intera fattispecie dell'art. 15 relativamente ai redditi degli artisti e sportivi lavoratori dipendenti.

Lo stesso commentario OCSE mostra inoltre che la scelta se limitare l'operatività dell'art. 17 ai soli lavoratori autonomi, così come quella di regolamentare specificatamente i contribuenti c.d. «frontalieri», è di squisita spettanza del legislatore, esorbitando così dal giudizio di incostituzionalità (6).

Alla luce di quanto sopra osservato, e se si considera inoltre che il giudizio di incostituzionalità di una norma giuridica è rimesso alla competenza esclusiva della Corte Costituzionale ed esula quindi da una valutazione, *incidenter tantum*, della Suprema Corte, non può che concludersi per l'infondatezza anche di questa seconda argomentazione giuridica addotta dalla Cassazione.

4. – *Considerazioni conclusive*

Le conclusioni sul caso di specie non possono quindi che essere contrarie rispetto all'interpretazione offerta in merito dalla Suprema Corte: alla luce del principio di specialità e dei principi costituzionali, sopra esaminati, pare infatti a chi scrive che la tesi seguita dalla Corte non possa beneficiare di un adeguato supporto normativo e piuttosto sia frutto di una soluzione d'equità, cui si cerca di trovare una conferma sul piano giuridico.

Il giurista però deve sempre essere legato alla norma giuridica, la quale, seppure interpretata a livello sistematico e non solo letterale, è sempre punto di

(4) Cfr. Corte cost., 31 novembre 1982, n. 204.

(5) Cfr., tra le tante, Corte cost., 19 gennaio 1988, n. 6.

(6) Cfr., tra le tante, Corte cost., 18 ottobre 1983, n. 314.

partenza e di arrivo – e quindi termine di confronto – della sua opera interpretativa.

Ed allora, secondo una corretta interpretazione, va concluso che i redditi dei musicisti lavoratori dipendenti di confine sono soggetti al disposto dell'art. 17, par. 1, anziché dell'art. 15, par. 4, e pertanto risultano imponibili nello Stato in cui il reddito viene prodotto.

avv. GIANMARCO BERTONE

L'esistenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni sui redditi come causa giustificatrice di trattamenti discriminatori: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia CE (*)

Gli artt. 56, n. 1, CE e 58, n. 1, lett. a), CE ostano ad una norma di legge di uno Stato membro che esclude la concessione di un abbattimento del reddito imponibile a persone fisiche per l'acquisto di azioni o di quote societarie rappresentative di conferimenti di denaro in società di capitali aventi sede in altri Stati membri.

Poiché l'obiettivo di una Convenzione contro le doppie imposizioni è quello di garantire la coerenza fiscale, detta Convenzione non può essere invocata come giustificazione di un trattamento discriminatorio.

Corte di giustizia delle Comunità europee (grande Sezione), sentenza del 15 luglio 2004, causa C-242/03, *Ministre des Finances c. J.C. Weidert E. Paulus*, reperibile sul sito <http://europa.eu.int>.

(Omissis).

(*) Il commento della sentenza in parola involge l'analisi di alcuni principi-cardine del diritto comunitario e, più in generale, del diritto fiscale internazionale, primo fra tutti quello della «libera circolazione dei capitali», sul rispetto del quale, principalmente, la Corte ha fondato il proprio dispositivo ed i coniugi *Wiedert-Paulus*, sostanzialmente, il proprio ricorso. Tale libertà costituisce una delle quattro (per le persone, le merci ed i servizi, oltre che per i capitali) alla base del Mercato Unico ed è sancita dagli artt. 56 e ss. del Trattato istitutivo delle Comunità Europee, in attuazione dei quali gli Stati membri devono adottare tutte le misure volte a:

a) sopprimere tutte le restrizioni ai movimenti dei capitali appartenenti ai residenti nei rispettivi territori;

b) abolire le discriminazioni di trattamento fondate su: 1) nazionalità delle parti; 2) residenza delle parti; 3) luogo di collocamento dei capitali.

Di fondamentale importanza è l'art. 58, che consente agli Stati membri di far salve le distinzioni ordinariamente operate dalle legislazioni fiscali nazionali tra residenti e non residenti, nonché di adottare le misure atte ad impedire violazioni alla legislazione fiscale, purché queste non si traducano di fatto in un «mezzo di discriminazione arbitraria» o «una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti». Come si evince, dunque, dal contenuto delle norme qui richiamate, le disposizioni attinenti alla materia fiscale contenute nel Trattato – è appena il caso di precisarlo – lungi dallo svolgere un ruolo attivo nella definizione della politica economica dei singoli Stati membri, sono finalisticamente strumentali al raggiungimento degli obiettivi fondamentali della Comunità. L'armonizzazione di tali disposizioni è, perciò, strettamente funzionale al perseguimento delle obiettivi comunitari.

La vicenda oggetto della questione pregiudiziale sottoposta all'esame della

Corte muove dalla richiesta, da parte dei coniugi lussemburghesi, di poter fruire, nell'ambito della loro dichiarazione collettiva dei redditi, dell'abbattimento speciale per gli importi destinati all'acquisto di azioni o di quote societarie, giusta quanto previsto dall'art. 129 c della LIR. Più precisamente la norma ora citata contempla tuttavia la possibilità di tale abbattimento solo ove le azioni o le quote da acquistare ineriscano a società aventi sede nel territorio nazionale, con ciò operando, quindi, una limitazione del vantaggio fiscale alle ipotesi descritte e producendo, in una, il duplice effetto, da una parte, di dissuadere i cittadini dello Stato membro in parola dall'investire in società aventi sede in altro Stato e, dall'altra, di ostacolare le società di altri Stati membri nel raccogliere capitali in Lussemburgo.

Nel caso di specie, la richiesta di abbattimento era relativa ad azioni del capitale della società di diritto belga *Interbrew SA*. Alla luce di ciò, dunque, nel delinearne l'ambito normativo di riferimento deve tenersi conto anche della Convenzione stipulata tra il Regno del Belgio ed il Granducato di Lussemburgo «sulla doppia imposizione», firmata a Lussemburgo il 17 settembre 1970, che, in tema di distribuzione di dividendi a soggetti residenti in Stato contraente diverso da quello in cui ha sede la società da cui gli stessi provengono, ne prevede la possibile imponibilità in tale secondo Stato, ma «(...) l'imposta così accertata non può eccedere (...) il 15% per l'importo lordo dei dividendi».

Il riferimento a tale Convenzione è stato operato dal governo lussemburghese al fine di giustificare la *ratio* operativa dell'art. 129 LIR, che, lungi dall'indebolirla, rafforzerebbe la coerenza del sistema fiscale; ciò sia in virtù della previsione di cui all'art. 58, n. 1, lett. a) di cui costituirebbe una regolare applicazione, sia in quanto – è stato affermato – il vantaggio fiscale derivante dalla norma in discorso, sopra ampiamente illustrato, sarebbe compensato dalla tassazione dei dividendi nei termini previsti dalla Convenzione, come già indicati. Il ragionamento appare tuttavia forzato ed offre spunti di critica sotto entrambi i punti di vista, ovvero sia sotto quello concernente la esatta interpretazione dell'art. 58, sia sotto quello della comparazione quantitativa dei vantaggi apportati dall'applicazione delle norme della Convenzione rispetto a quelli derivanti dall'abbattimento *ex art.* 129 LIR.

Sotto il primo aspetto, l'esegesi del dettato dell'art. 58 del Trattato CE effettuata dal governo lussemburghese, secondo cui il n. 1, lett. a) della predetta norma *consente agli Stati membri di applicare le disposizioni pertinenti della loro legislazione fiscale che operano una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella stessa situazione (...) sono obiettivamente giustificate (...) per imperiosi motivi di interesse generale, in particolare per la coerenza del sistema fiscale*, appare insufficiente in quanto, se è vero ciò, è vero nondimeno che tale previsione va interpretata in combinato disposto con il n. 3 del medesimo articolo, il quale prescrive che *le misure in questione non costituiscano né un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali*. Nel caso *de quo*, appare invece palese, come diffusamente argomentato, il verificarsi di una vera e propria discriminazione arbitraria in base alla residenza dei cittadini ed alla sede delle società, in grado di generare una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali. Tanto meno risulta efficace e convincente il riferimento alla sentenza *Bachmann* (1) evocata nella causa principale dall'Amministrazione tributaria lussemburghese al fine di

(1) Corte di giustizia, 28 gennaio 1992, causa C-204/90; per un approfondimento vedasi N. Raggi, *Il principio della coerenza fiscale non si applica? Tutta colpa della convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2004, II, 282 ss.

raccordare la previsione dell'art. 129 LIR con la necessità di garantire la coerenza fiscale. La sentenza in epigrafe infatti contemplava sì la possibilità di un'eccezione al principio della libera circolazione dei capitali, in modo restrittivo ed entro limiti di proporzionalità, ma subordinandola, invero, alla esistenza di un nesso diretto tra il vantaggio fiscale accordato da un lato ed il prelievo fiscale compensativo dall'altro (2). Nel caso che ci occupa, risulta evidente, solo a voler fare dei computi numerici, la sproporzione tra i vantaggi derivanti dall'abbattimento richiesto dai *Wiedert-Paulus* e quelli, minimi, discendenti dall'applicazione della Convenzione. È appena il caso di precisare, tra l'altro, che quest'ultima è volta solo ad evitare la doppia imposizione, essendo comunque il contribuente soggetto alla tassazione belga.

Il tema della doppia imposizione suggerisce, tra l'altro, alcune osservazioni utili all'analisi della vicenda in esame. La fattispecie astratta prevista dalla Convenzione vigente tra il Regno del Belgio ed il Granducato del Lussemburgo, quella della tassazione dei dividendi attribuiti da una società che ha sede in uno Stato contraente ad un residente di un altro Stato contraente, integra una delle ipotesi che tipicamente darebbero luogo alla cd. «doppia imposizione economica internazionale». Questa si verifica in ragione di una doppia tassazione degli stessi utili, prima in capo alla società che li realizza, successivamente, in sede di distribuzione, in capo al singolo azionista. La doppia imposizione in senso economico consiste, cioè, nell'applicazione di imposte similari ed evidentemente concorrenti da parte di due Stati sul medesimo reddito tassabile nei confronti di soggetti diversi (3). Ciò, ove la società distributrice e l'azionista provengano da ordinamenti tributari diversi perché fiscalmente residenti in due Stati differenti. In riferimento ad ipotesi come quella ora esposta, le misure volte alla eliminazione della doppia imposizione, nella direzione del raggiungimento della neutralità fiscale, sono molte e variegate, sì da impedire soluzioni univoche (4). La diversità delle misure adottate si raccorda, inoltre alla diversità dei regimi di tassazione degli utili societari adottati:

- a) sistema classico;
- b) sistema del doppio tasso;
- c) sistema di imputazione;
- d) sistemi diversi, peculiari di singoli paesi.

Il problema si pone ad esempio quando vengano a confronto sistemi differenti, quali quello classico e quello cd. di «imputazione». Negli ordinamenti che adottano un sistema del primo tipo, ad esempio, si ritiene che lo Stato in cui vige il sistema «dell'imputazione» debba sempre accordare il credito d'imposta previsto dalla sua legislazione per i dividendi percepiti da propri residenti ai dividendi che fluiscono a residenti dell'altro Stato. Ciò per impedire che sussi-

(2) In ordine alla reale sussistenza di tale nesso ai fini dell'operatività del criterio della coerenza fiscale, cfr. p. 36 della Corte di giustizia, 15 luglio 2004, causa C-315/02, Lenz.

(3) Sul punto Cfr. C. Garbarino, in *Materiali di diritto tributario internazionale e comunitario – Le Convenzioni contro la doppia imposizione*, a cura di C. Sacchetto, 51 e ss.; tale libro costituisce la raccolta delle lezioni tenute al Corso di Diritto Tributario Internazionale e Comunitario, organizzato dalla Direzione Regionale delle Entrate della Lombardia nel 2001; per un ampio panorama sul tema, vedi Adonnino, *Doppia imposizione*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1984.

(4) I metodi più utilizzati, a tal fine, sono: a) il metodo dell'esenzione dei redditi prodotti all'estero, cd. *exemption method*; b) il metodo del *foreign tax credit*, ossia della detrazione dell'imposta assolta sui redditi prodotti all'estero; c) il metodo della deduzione della base imponibile delle imposte pagate all'estero, cd. *deduction method*.

sta discriminazione di trattamento tra azionisti di una stessa società sulla base della residenza degli azionisti stessi.

In proposito, è stato tuttavia da molti rilevato che, sul piano dei rapporti internazionali, la neutralità fiscale debba essere perseguita non solo in riferimento alla sede della società distributrice dei dividendi, ma anche in relazione alle possibilità di un investimento dei residenti di ciascuno dei due Stati in società dell'altro Stato contraente. Tutto questo implica «una valutazione dell'onere fiscale globale che grava i dividendi distribuiti dalle società di ciascun Stato allo scopo di permettere che il rendimento dell'investimento azionario sia il più possibile equilibrato, quale che sia la localizzazione della società distributrice dei dividendi» (5). Considerazioni, queste, risultanti peraltro da un ampio dibattito scientifico già in sede OCSE. Il Modello OCSE non detta infatti una regola generale in proposito. Ciò, in ragione della diversità di esigenze intercorrenti, ad esempio, tra uno Stato importatore di capitali ed un altro, viceversa, esportatore (6). Le ragioni addotte dalle autorità lussemburghesi per giustificare l'applicazione del precetto normativo previsto dall'art. 129 LIR appaiono, alla luce di quanto sin ora detto, infondate. Ciò per una serie di ragioni.

Anzitutto, in quanto, per i motivi sopra illustrati, dalla suddetta applicazione discenderebbe una palese discriminazione di trattamento tra azionisti di una stessa società residenti in paesi diversi (disattendendosi quindi il disposto degli artt. 56 e 58 Trattato CE) lungi, invece, dal perseguirsi una coerenza o neutralità fiscale.

In secondo luogo, pur volendo, a tutto concedere, ritenere in astratto raggiunto il risultato della coerenza fiscale raccordando la norma della LIR con quanto previsto dalla Convenzione 17 settembre 1970, risulta comunque evidente, in esito ad un mero computo numerico, quindi ad un approccio empirico del caso, la forzatura del ragionamento. L'abbattimento previsto dall'art. 129 c della LIR sarebbe infatti collegato al solo acquisto delle azioni o delle quote societarie e non dipenderebbe affatto dall'effettiva distribuzione successiva dei dividendi che, in molti casi, potrebbe non avvenire. In tale ultimo caso, dunque, il vantaggio fiscale previsto disposto dalla menzionata norma non troverebbe alcun contrappeso, *rectius* compensazione, neanche apparentemente.

In caso contrario, in caso cioè di distribuzione di utili, tale compensazione potrebbe, invece, considerarsi appunto solo apparente, dal momento che, nel caso di specie, il vantaggio fiscale *ex* art. 129 c LIR supera di gran lunga l'importo risultante dall'eventuale tassazione successiva dei dividendi.

Al di là di tali considerazioni, il dato fondamentale che va sottolineato è un altro: non è sul contenuto della Convenzione che va focalizzata l'attenzione di chi analizza il caso in parola, al fine di ben interpretare da dove discenda l'incongruità della normazione lussemburghese in relazione alla fattispecie concreta in esame. La Convenzione, infatti, «evita soltanto che l'importo dei dividendi ricevuti dal contribuente venga tassato due volte, ma non consente che questo importo sfugga alla tassazione». Dunque, la non tassazione di una quota dell'imposta sui dividendi, che giustifica secondo il governo lussemburghese l'abbattimento in questione, non procurerebbe alcun vantaggio al contribuente interessato, il quale avrebbe comunque da pagare l'importo di detta imposta alle autorità tributarie belghe a titolo di ritenuta alla fonte.

L'operatività di tale convenzione va rinvenuta cioè, anche ove sussistesse

(5) Vedi Del Giudice, *Il fisco*, n. 25 del 2003, fasc. n. 2.

(6) Sul punto cfr. G. Corasaniti, *Dividendi, Interessi, Canoni e Plusvalenze nel Modello OCSE*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, a cura V. Uckmar, Padova, 2002, 481 e ss.

realmente un nesso tra il vantaggio fiscale previsto dall'art. 129 c LIR e la tassazione dei dividendi nella misura sopra indicata, sul piano della reciprocità fiscale tra Stati membri, «di guisa che, rinunciando al 15% dell'importo lordo dei dividendi versati da società aventi sede in Belgio a persone soggette all'imposta sul reddito lussemburghese, il Granducato di Lussemburgo può in compenso riscuotere il 15% dei dividendi versati da società aventi sede in tale Stato membro a persone soggette all'imposta sul reddito in Belgio».

Quel che ne deriva e che la Corte ha inteso precisare è perciò che risulta ultroneo e fuorviante il collegamento posto dal governo lussemburghese tra la indicata norma della LIR e la Convenzione, nel senso che quest'ultima opera ad un livello separato e distinto, quello, come detto, della reciprocità delle norme applicabili negli Stati contraenti. Non discendono, dunque, dall'applicazione della stessa effetti atti di per se a garantire un regime di coerenza fiscale. Per converso, il contribuente che chieda l'abbattimento del reddito imponibile in ipotesi come quella esaminanda, non può invocare la Convenzione come fonte di incoerenza.

La non rispondenza, in tal caso, della normativa lussemburghese ai principi di coerenza e neutralità fiscale discende, in definitiva, ed esclusivamente, dalla contrarietà a quanto disposto dagli artt. 56, n. 1, CE e 58, n. 1, lett. a), CE, i quali, secondo la Corte «ostano ad una norma di legge di uno Stato membro, che esclude la concessione di un abbattimento del reddito imponibile a persone fisiche per l'acquisto di azioni o di quote societarie rappresentative di conferimenti di denaro in società di capitali aventi sede in altri Stati membri». Quanto stabilito dalla Corte risponde ai principi generali che regolano il rapporto tra gli ordinamenti comunitario e tributario interno. Il diritto tributario interno, in conflitto con il comunitario, non può ritenersi meramente inefficace, in quanto è «carente di una condizione di validità» (7). Nel nostro ordinamento, ad esempio, è operante il sistema dell'automatismo *ex art. 10 Cost.*, per cui la norma comunitaria tributaria, attraverso la sua forza espansiva, elimina la normativa statale appena sorge l'incompatibilità.

La Corte di giustizia CE, le cui sentenze assurgono al rango di fonti del diritto comunitario, ha strutturato i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno su due principi:

- a) la diretta efficacia o effetto diretto delle norme comunitarie;
- b) la prevalenza del diritto comunitario sulle norme interne contrastanti.

Il principio di prevalenza, che è quello che qui ci interessa, è stato fatto valere nella causa 6/64 del 15 luglio 1964 (*F. Costa / Enel*, in *Racc.* 1129) in cui la Corte rilevò che il Trattato ha istituito un ordinamento giuridico proprio, volto a garantire ed esplicitare uniformità di efficacia del diritto comunitario in tutta la Comunità. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE, il Trattato funge da strumento di integrazione tra ordinamenti giuridici autonomi e sovrani, costituisce la fonte superiore dell'ordinamento giuridico comunitario. In virtù di ciò, i rapporti tra le norme interne e quelle comunitarie vanno ricostruite in termini di validità, nel senso che ogni atto normativo interno, il cui contenuto sia contrario a norme comunitarie, è da ritenersi invalido e non meramente inefficace (8).

(7) Vedi A. Amatucci, in V. Uckmar, *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002.

(8) Vedasi, in proposito, quanto affermato dalla Corte Comunitaria nella sentenza *Simenthal*, caso C-106/77, 9 marzo 1978, in *Racc.* 629, ossia che «le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione (...) preesistente, ma anche (...)

L'orientamento della Corte di giustizia è quello di un'interpretazione dinamica delle disposizioni del Trattato, focalizzata sugli obiettivi seguiti, basata, cioè, su un criterio di interpretazione «teleologico», ispirato ad una lettura della disposizione comunitaria nella direzione dell'integrazione piuttosto che nella direzione opposta. Tale *modus operandi* si rinviene anche osservando, nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, come siano state tutelate le libertà fondamentali (di circolazione delle merci, persone, servizi e capitali), utilizzando i principi-cardine del diritto europeo, quale il divieto di ogni discriminazione basata sulla nazionalità (9). In tale solco, può affermarsi che la Corte di giustizia, attraverso le sue sentenze, ha elaborato il concetto, oltre la tradizionale dicotomia del diritto fiscale internazionale tra soggetti residenti e non-residenti, di «soggetto non residente residente comunitario». Diverse decisioni della Corte hanno inciso sulle legislazioni fiscali degli Stati membri, comportando l'obbligo di adeguamento interno, «equivalente nei fatti ad un'azione equilibratrice comunitaria» (10).

Relativamente all'argomento della nostra indagine, la Corte comunitaria ha, più volte, sottolineato che le convenzioni bilaterali stipulate dagli Stati membri devono essere conformi al diritto comunitario, con riferimento, in particolare, al rapporto tra le c.d. «libertà fondamentali» e le Convenzioni contro le doppie imposizioni. L'attenzione della Corte si è sempre focalizzata, più precisamente, sull'incidenza delle norme convenzionali per l'eliminazione della doppia imposizione sulla progressiva costituzione di un mercato unico privo di «ostacoli fiscali» (11). La questione, oggetto d'indagine, è la seguente: l'esistenza di convenzioni contro la doppia imposizione può giustificare il trattamento fiscale meno favorevole del soggetto non residente?

La prima occasione in cui la Corte si è pronunciata sull'argomento *de quo* è stata la notissima causa 270/83 (12). La sentenza relativa alla causa 270/83 rappresenta un punto di riferimento obbligato, ai fini di una completa ricostruzione dei cardini del diritto fiscale internazionale e del correlativo iter giurisprudenziale comunitario sui quali poggia l'argomento in esame, atteso che si ritiene da alcuni (13) che abbia addirittura, insieme alle pronunce che ne segui-

la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie».

(9) Con riguardo alla discriminazione nei confronti delle persone fisiche, si è soliti distinguere la discriminazione diretta, allorché la stessa si fonda sulla cittadinanza, ovvero indiretta, quando essa si basa sulla residenza. Per le persone giuridiche la Corte ha chiarito che la discriminazione in base al luogo di residenza è una discriminazione diretta.

(10) Vedi F. Roccatagliata, in V. Uckmar, *op. cit.*

(11) Cfr. sul punto G. Bizioli, *Le Fonti di diritto comunitario tributario*, in *Materiali di diritto tributario internazionale comunitario*, a cura di C. Sacchetto, *op. cit.*, 25 e ss.

(12) *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese* del 28 gennaio 1986, meglio noto come *avoir fiscal*, in seguito alla quale la Corte del Lussemburgo, aderendo alle conclusioni formulate dall'Avvocato Generale Mancini, espresse tale chiara osservazione: «(...) i diritti attribuiti ai destinatari dall'art. 52 (ora 43) del trattato sono assoluti e uno Stato membro non può far dipendere la loro osservanza dal contenuto di un trattato stipulato con un altro Stato membro. In particolare, questo articolo non consente di subordinare questi diritti alla condizione della reciprocità allo scopo di ottenere vantaggi corrispondenti in altri Stati membri»; diversamente, le decisioni C-330/91, *The Queen c. Inland Revenue Commissioners*, nonché le successive cause C-279/93, *Finanzamt Koln- Altstadt c. Roland Schumacher* del 14 febbraio 1995, in *Racc.* I-225.

(13) Cfr. sul punto F. Roccatagliata, in *Corso di diritto tributario internazionale*, a cura di V. Uckmar, Padova, 2002.

rono, in qualche modo favorito l'inserzione nel Trattato dell'art. 58 cit. nella sua attuale formula.

Anche la sentenza in commento si muove in tale solco.

dott. CAMILLO FEDERICO,
*Dottorando di ricerca in
Finanza pubblica comunitaria,
Seconda Università degli Studi di Napoli*

Distribuzione di dividendi da società figlie italiane a «matri» comunitarie e requisito dell'ininterrotto possesso per almeno un anno della partecipazione (*)

Il requisito della detenzione ininterrotta per almeno un anno della partecipazione, richiesto per la non applicazione delle ritenute sui dividendi distribuiti nel regime dettato dalla Direttiva n. 90/435/Ce, deve essere inteso nel senso che al socio estero è riconosciuta la possibilità di non subire ritenute sui dividendi anche prima che sia decorso il periodo minimo, purché la condizione richiesta per fruire di tale beneficio sia adempiuta anche successivamente alla data di delibera di distribuzione.

Agenzia delle entrate, Circolare n. 49 del 22 novembre 2004, par. 2.5 in www.finanze.it.

(*) *Revirement* interpretativo, da parte dell'Agenzia delle entrate, in tema di dividendi distribuiti da società figlie italiane a società «matri» in applicazione della Direttiva n. 90/435/Ce (cd. «Direttiva madre-figlia») (1).

L'art. 27-bis del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, rubricato «Rimborso della ritenuta sui dividendi distribuiti a soggetti non residenti», prevede, in applicazione della Direttiva madre-figlia, che gli utili distribuiti da società figlie italiane a matri comunitarie non siano soggetti ad alcuna ritenuta ovvero, se applicata, che il socio non residente abbia il diritto alla richiesta del rimborso della ritenuta subita in applicazione dell'art. 27, 3° comma, del d.p.r. Più precisamente, il diritto del socio alla non applicazione della ritenuta (ovvero al rimborso della stessa se applicata) è subordinata al rispetto, fra le altre, delle seguenti condizioni:

- i) la società partecipante sia residente in uno dei Paesi dell'Unione europea;
- ii) la società partecipante detenga una partecipazione diretta al capitale della società distributrice il dividendo di almeno il 25% (2);
- iii) la società partecipante rivesta una delle forme societarie previste dall'allegato alla Direttiva madre-figlia;

(1) Per un commento della Direttiva e della modalità di recepimento in Italia si veda G. Maisto, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra «società matri» e «società figlie»*, Milano, 1996.

(2) Si noti, peraltro, che la soglia di partecipazione minima che consente l'accesso al regime disciplinato dalla Direttiva n. 90/435/Ce è stata ridotta dal 25% al 20% per effetto della Direttiva del Consiglio 22 dicembre 2003, n. 2003/123/Ce. Ai sensi dell'art. 2 della citata Direttiva, gli Stati membri fanno entrare in vigore le disposizioni necessarie per conformarsi alla stessa «entro e non oltre il 1° gennaio 2005». Si segnala, infine, che il legislatore comunitario ha, inoltre, previsto un graduale decremento della soglia partecipativa minima per accedere ai benefici della Direttiva, stabilendo che la percentuale di detenzione del 20% sia ridotto al 15% ed al 10%, rispettivamente dal 1° gennaio 2007 e dal 1° gennaio 2009.

iv) la società partecipante sia soggetta, senza possibilità di fruire di regimi di opzione o esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, nel suo Stato di residenza ad una delle imposte indicate nell'allegato della più volte citata Direttiva;

v) la detenzione della partecipazione deve essere almeno pari ad un anno.

Con riferimento a quest'ultimo requisito (quello della detenzione della partecipazione per almeno un anno) la Corte di Giustizia Ce ebbe modo di precisare, nella sentenza del 17 ottobre 1996 (procedimenti riuniti C-283/94, C-291/94 e C-292/94, *Denkavit*), che uno Stato membro non può subordinare l'applicazione del disposto della Direttiva alla condizione che il periodo minimo di possesso ininterrotto della partecipazione risulti già decorso al momento della distribuzione dei dividendi, potendo lo stesso periodo minimo di detenzione concludersi anche dopo la distribuzione del dividendo.

La sentenza interpretativa, resa in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia CE, costrinse il legislatore italiano ad intervenire in materia. Prima della sentenza, infatti, l'art. 27-*bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, stabiliva che il diritto al rimborso (o la richiesta di esonero dall'applicazione della ritenuta) spettassero a condizione che la partecipazione fosse «detenuta ininterrottamente da almeno un anno alla data della relativa delibera di distribuzione». Al fine di conformare la disciplina interna alla giurisprudenza comunitaria, l'art. 15 della l. n. 28 del 1999 ha soppresso, nell'art. 27-*bis*, d.p.r. n. 600 del 1973, il riferimento alla data della delibera di distribuzione, fermo restando il possesso di almeno un anno.

La novella legislativa dell'art. 15 della l. n. 28 del 1999 era stata oggetto di chiarimenti da parte dell'Agenzia delle entrate con la Circolare n. 60/E del 19 giugno 2001, al cui par. 5, l'Agenzia aveva precisato che se al momento della distribuzione dell'utile non era ancora maturato il periodo di possesso, la società distributrice avrebbe dovuto comunque applicare la ritenuta in uscita, salvo il diritto per il socio non residente del rimborso delle ritenute versate in eccesso al compimento del periodo stesso, utilizzando la procedura di cui all'art. 38 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602. L'Assonime, in parziale contrasto con il pronunciamento dell'Agenzia, aveva precisato (3) che se la società madre al momento dell'erogazione del dividendo, non essendo ancora trascorso l'anno di possesso richiesto dalla norma, avesse rilasciato alla società distributrice un impegno a mantenere la partecipazione per almeno un anno, la società distributrice avrebbe potuto omettere l'applicazione della ritenuta.

Con la Circolare in epigrafe, l'Agenzia delle entrate, incidentalmente (e cioè a commento del regime di trasparenza delle società di capitali), sembra far sua l'interpretazione dell'Assonime e, superando il suo precedente pronunciamento del giugno 2001, dispone che «al socio estero è riconosciuta la possibilità di non subire ritenute sui dividendi anche prima che sia decorso il periodo minimo, purché la condizione richiesta per fruire di tale beneficio sia adempiuta anche successivamente alla data di delibera di distribuzione».

Il *revirement* dell'Agenzia, seppur apprezzabile, lascia irrisolti però altri dubbi. In particolare, l'Agenzia non chiarisce cosa accade se a fronte della mancata applicazione della ritenuta in uscita, in occasione della distribuzione di un dividendo ad una società-madre comunitaria prima del compimento del periodo di possesso annuale, la società-madre poi dismetta la partecipazione prima del compimento del periodo di possesso annuale richiesto dalla Direttiva

(3) Circolare del 4 luglio 2004, n. 32.

madre-figlia. Sul punto, in attesa di chiarimenti di fonte ministeriale, non è da escludersi la responsabilità della società figlia italiana nella sua veste di sostituto d'imposta.

NOTA REDAZIONALE

