



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"

DIPARTIMENTO DI TEORIA DELLO STATO

RIVISTA DI DIRITTO
TRIBUTARIO INTERNAZIONALE
INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

Fondata da • *Founded by*
GIOVANNI PUOTI
Professore di *Diritto tributario*
nell'Università "La Sapienza" di Roma
e di *Diritto tributario internazionale*
nell'Università "Luiss" di Napoli

2
2006
maggio/agosto

Diretta da • *Editors*
ANDREA AMATUCCI
Professore di *Diritto finanziario* e di
Diritto tributario internazionale
nell'Università "Federico II" di Napoli

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

LIBRERIA DELLO STATO



Sezione I - Dottrina

Section I - Academic essays

- **Victor UCKMAR**
Introduction to the International Tax Meeting on “State Aids, Tax Incentives and National Jurisdiction - Spring in Naples (Napoli, 4th May 2006) 3
Introduzione al convegno di fiscalità internazionale su “aiuti di stato, fiscalità di vantaggio e potestà tributaria nazionale - Spring in Naples” (Napoli, 4 maggio 2006) 7
- **Franco ROCCATAGLIATA**
International Tax Competition: the Code of Conduct for Business Taxation, a Limit to the Taxing Powers of the States and its Connections to the Community Rules on State aid 11
Concorrenza fiscale internazionale: i limiti alla potestà tributaria nazionale derivanti dal codice di condotta sulla tassazione delle imprese ed i suoi legami con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato 25
- **Heleno Taveira TORRES**
Principles of Tax Control over Transfer Prices in the Brazilian Legal System 41
Principi di controllo fiscale in materia di prezzi di trasferimento nel sistema giuridico brasiliano 61

Sezione II - Documenti commentati

Section II - Commented documents

- Italy – Provincial Tax Court of Milan Section XLVII**
Judgement no. 272 of 22 december 2005 83
Personal Income Tax (irpef) – Basis of Taxation – Person engaged in Prostitution Activity – Proceeds – Liability to Tax – Whether or not they can be considered as Crime - Exclusion
- **Roberta D'AGATA**
Income Prostitution: Taxable income or Tax-free Compensation? 83
- Italia – Commissione Tributaria Provinciale di Milano, Sez. XLVII,**
Sentenza 22 dicembre 2005, n. 272
Imposta sul reddito delle persone fisiche (I.R.P.E.F.) – Presupposto – Soggetto esercente attività di prostituzione – Proventi – Assoggettamento a tassazione – Configurabilità di illecito penale – Esclusione 93

- **Roberta D'AGATA**
I proventi della prostituzione: reddito tassabile o risarcimento esentasse? 96

- Italian Revenue Agency – Central Tax Provisions and Litigation Department – Resolution no. 44 of 30 March 2006** 105

- **Ciriaco Renato PETRILLO**
The Determining Importance of Equity Capital in the Calculation of Interest Expenses to deduct from the income of a Permanent Establishment 106

- Agenzia delle entrate – Direzione centrale normativa e contenzioso – Risoluzione 30 marzo 2006, n. 44** 115

- **Ciriaco Renato PETRILLO**
Il fondo di dotazione quale elemento determinante per la deduzione degli interessi passivi dal reddito della stabile organizzazione 116

Sezione III - Appunti e rassegne *Section III - Notes and surveys*

- **Carlo ROMANO** (a cura di)
Using Tax Haven under European Law: Cadbury Schweppes and CFC Rules 127
L'utilizzazione dei paradisi fiscali nel diritto europeo: il caso Cadbury Schweppes e la disciplina in materia di società estere controllate ("CFC") 141

- **Francesco FLORIS e Francesca VITALE**
The European Commission Communication on the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Brief Overview and some Remarks on the Apportionment of the Consolidated Tax Base 155
La comunicazione della Commissione europea relativa alla base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB). Breve sintesi ed alcune riflessioni sulla ripartizione della base imponibile consolidata 163

- **Giovanna PETRILLO**
New Impetus from the OECD for resolving Tax Disputes through Arbitration: an Opportunity to reflect on the Validity of Domestic Restraints to arbitration in Tax Matters 171
Nuovo impulso dall'OCSE alla risoluzione delle controversie con l'introduzione di una procedura arbitrale: un'occasione di riflessione sulla fondatezza di eventuali resistenze domestiche in ordine alla legittimità dell'arbitrato in materia tributaria 181

- **Jacques MALHERBE**
Multilingual Texts and Interpretation of Tax Treaties and EC Tax Law (edited by Guglielmo Maisto)
(EC and International Tax Law Series, Volume 1, Amsterdam, IBFD Publications, 2005, 344 p.) 191
Testi multilingue: interpretazione del diritto tributario convenzionale e comunitario (a cura di Guglielmo Maisto)
(EC and International Tax Law Series, Volume 1, Amsterdam, IBFD Publications, 2005, 344 p.) 195

- **Pietro SELICATO**
Towards the European Constitution: the Message from Altiero Spinelli, Godfather of the European Federalism (Inaugural Conference of the Altiero Spinelli National Committee) 199
Verso la Costituzione europea: il messaggio di Altiero Spinelli, padre del federalismo europeo (Convegno inaugurale delle attività del Comitato Nazionale Altiero Spinelli) 203

- **Renato GUARINI**
Towards a European Constitution. The Message from Altiero Spinelli, Godfather of the European Federalism. Introductory Presentation (Inaugural conference of the Altiero Spinelli National Committee, Rome, 6th December 2006) 207
Verso la Costituzione europea. Il messaggio di Altiero Spinelli, padre del federalismo europeo. Intervento introduttivo (Convegno inaugurale delle attività del Comitato Nazionale Altiero Spinelli, Roma, 6 dicembre 2006) 211

SEZIONE I

DOTTRINA

Academic essays

Introduction to the International Tax Meeting on “State Aids, Tax Incentives and National Jurisdiction - Spring in Naples” (Napoli, 4th May 2006)

Victor Uckmar*

I am grateful to the organizers for having invited me to contribute to this fifth edition of *Spring in Naples* on penalties, discriminations and State aids and also for the opportunity to pay tribute to my Southern colleagues, who did a great deal of research work on this topics; out of a specific interest, I will limit myself to mentioning Franco FICHERA, Fabrizio AMATUCCI, Agostino Ennio LA SCALA (University of Palermo), Giuseppe PIZZONIA (University of Catanzaro).

Certainly, the tax phenomenon is at the core of the social life of people: the documented history traces back to the Sumerians in the VI century B.C. (recording the rebellion against the vexing practices of tax collectors – they required the heirs to meet the deceased person’s tax debts) until our electoral combat of last 9 and 10 April, where above all the final discussions focused on tax reductions. It is however only in the last century that scholarship and government were attracted to how tax measures could affect trade among States, mainly when they led to distortion and discrimination.

After the end of the First World War, the broadening of markets made it necessary to face international double taxation, which distorted trade with damaging economic consequences.

Spurred by the economic theories of EINAUDI, BRUIN, SELIGMAN and STAMP, the League of Nations dealt with the matter and suggested the adoption of conventions to mitigate at least double taxation concerning direct taxes and inheritance taxes. The OECD followed the same path, also with a view to combating tax evasion, as this too leads to distortions in international trade: in this framework, the attention was drawn to multinational enterprises, whose structure facilitates the reduction of tax burdens by way of opportune allocation of profits and costs (the 1979 Report on transfer pricing).

From the eighties (and in particular after the Reagan reform) the world has been infected by *tax cut fever*: not only the trend was to reduce the tax burden, but many States (the so-called tax havens) introduced specific provisions aimed at facilitating the hiding of profits or reduction of taxes for non residents. The OECD itself intervened along with the European Union (the latter, with specially effective measures) and adopted codes of conduct to combat harmful tax competition.

In the context of the fight against distortion and discrimination, the attention focused on “State aids” in order to eliminate them. The WTO has played an important role: even within the GATT, it intervenes not only to eliminate all the unfair advan-

* Translated in English by Claudia Calogero

tages and burdens to cross-border trade in goods on the export or the import side, but also to prevent domestic measures directed at supporting export and damaging import. This is what happened (upon the initiative of the European Union) when the USA introduced the DISC tax relief; when Argentina introduced an advanced VAT, in addition to the VAT at the border, on imported goods before the sale; as well as a tax on expected income from using these goods. The Boeing/Airbus case has been pending in the WTO for such a long time that no less an authority than the International Herald Tribune exclaimed *make planes, not trade disputes* (4 May 2006).

I may recall your attention to Eason's book (*Tax Incentives for Foreign Direct Investments*), which our scholars have not quoted yet: it deserves attention because it contains a comprehensive survey on various kinds of incentives, which we can summarize as follows:

1. direct contributions of money or goods (mainly land for the setting up of industrial plants), which are largely used, not only in Italy: on 26 April 2006 the European Union commenced an infringement procedure against Greece which granted 161 million of euros of aid to Olympic Airlines from 1999 to 2002; may it be a warning for Alitalia;

2. indirect contributions (tentatively hidden) are often given; for example, rumours say this is what happens in France in the aeronautical sector, as the State pays excessively remunerative prices for supplies (especially military airplanes) in order to favour certain enterprises against foreign trade competition;

3. trade-distorting changes to the ordinary tax system (according to the Financial Times of 1st May 2006, this issue was recently submitted to the Supreme Court of the United States, where 46 out of 50 states grant tax advantages to attract investment within the federal State).

The "State aids" are exactly the target of our meeting. It falls within the scope of Article 87 (ex 92) of the Treaty of Rome, which says: "*Save as otherwise provided in this Treaty, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market*".

Neither Article 87 or other Treaty provisions give a definition of "aid"; a detailed definition (for subsidies) is instead contained in Articles 1, 2 and 3 of the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, which should be referred for similarities of subject matter and its binding value for Member States (all European Union members).

And so, in my opinion, it would be appropriate to dwell upon the phrase "any aid ..., in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market". Then, in examining the single cases, the preliminary test should be whether "it affects trade between Member States"; in practice, no distinction is made.

The Commission plays a pivotal role though recommendations, communications and decisions, with a very large discretionary power; it is true that relevant decisions may be appealed in front of the Court of Justice, but the Court substantially reviews only the legality of acts and usually illegality is decided on grounds of lack of adequate statement of reasons.

If I may express my opinion, the Commission appears to be very strict to Italy, but maybe ...not without a good reason.

Time does not allow me to speak longer, also because, being the moderator, I have to keep the other interventions to fifteen minutes.

In this short time, we should receive a picture of the interventions made by the Commission and the Court of Justice on “aids”, and obtain some guidelines especially for the advantages to Southern Italy (introduced tardily while the States benefited from them in the past before falling under the fire of the Commission). I expect also some interventions on a hot issue, which the Italian Supreme Court recently submitted to the Commission “for information”, that is the so-called aids granted to Italian cooperatives: I say “so-called” as the lower levy applied in compliance with the Constitution is counterbalanced by burdens on cooperatives (for example, reserves cannot be distributed).

I take the liberty to point out another delicate aspect of the matter to the speakers, the “recovery”: when the Commission decides that the State shall abolish the aid and “recover” all the tax advantages that had been granted by law, is the taxpayer allowed to invoke the protection of his own right to the application of the preferential law against the action of the State?

Introduzione al convegno di fiscalità internazionale su “aiuti di stato, fiscalità di vantaggio e potestà tributaria nazionale - Spring in Naples” (Napoli, 4 maggio 2006)

Victor Uckmar

Sono grato agli organizzatori per l'invito a partecipare alla quinta edizione *Spring in Naples* sul tema delle sanzioni, discriminazioni ed aiuti di Stato anche per rendere omaggio ai colleghi meridionali che tanto se ne sono occupati nelle loro ricerche; mi limito a ricordare, per un interesse specifico, Franco FICHERA, Fabrizio AMATUCCI, Agostino Ennio LA SCALA (dell'Università di Palermo), Giuseppe PIZZONIA (dell'Università di Catanzaro).

Di certo il fatto fiscale è al centro della vita sociale dei popoli: la storia documentata incomincia dai Sumeri del VI secolo a.C. (con la rivolta contro gli esattori vessatori – pretendevano dagli eredi il pagamento delle tasse dovute dal defunto per mancanza di mezzi) alla nostra tenzone elettorale del 9 e 10 aprile, nella quale, soprattutto gli ultimi dibattiti erano concentrati sulla concessione di riduzioni fiscali. Ma solo nel decorso secolo l'attenzione degli studiosi e degli uomini di governo fu attratta dall'incidenza fiscale sui traffici economici interstatali, soprattutto per le conseguenze distorsive e discriminative.

Appena finita la prima guerra mondiale, con l'allargarsi della sfera dell'economia, fu affrontato il tema della doppia imposizione internazionale, dalla quale derivavano distorsioni nell'operare, penalizzanti economicamente.

Sotto la spinta della dottrina di ENAUDI, BRUIN, SELIGMAN e STAMP, la Società delle Nazioni affrontò il tema, suggerendo l'adozione di convenzioni intese ad almeno attenuare le doppie imposizioni in materia di imposte dirette e di successioni ereditarie. L'indirizzo fu proseguito dall'OECD, ma anche nell'ottica della repressione dell'evasione, pure questa distorsiva dell'attività in campo internazionale: ed in questo quadro l'attenzione fu portata nei confronti delle multinazionali facilitate nel ridurre gli oneri fiscali attraverso operazioni di comodo nel collocare redditi e costi (rapporto 1979 sul *transfer price*).

A partire dagli anni '80 (e soprattutto per effetto della riforma Reagan) il mondo fu contagiato dalla *tax cut fever*: non solo vi fu una tendenza a ridurre la pressione fiscale, ma molti Stati (i *c.d.* paradisi fiscali) introdussero disposizioni intese a favorire l'occultamento di redditi o la riduzione delle imposte soprattutto a favore di “non residenti”. La stessa OECD, e contemporaneamente la Comunità europea, intervennero (con particolare efficacia di quest'ultima) con l'adozione di “codici di condotta” per combattere l'*harmful tax competition*.

Nel quadro della lotta alle distorsioni e discriminazioni l'attenzione fu portata agli "aiuti" di Stato con tendenza alla loro soppressione. Un ruolo importante è stato assunto dal WTO: questi, seppure nel quadro del GATT, interviene non solo per reprimere le agevolazioni e gli aggravii nel movimento frontaliero delle merci, rispettivamente *in* e *out*, ma altresì per impedire misure interne dirette ad agevolare le imprese esportatrici ovvero penalizzare le importazioni. E così è stato nei confronti degli Stati Uniti (per iniziativa dell'Unione europea), per le agevolazioni fiscali a favore delle DISC; dell'Argentina che aveva introdotto un'IVA anticipata, oltre a quella di frontiera, per le merci importate ancora prima della vendita; come pure un'imposta sul reddito presunto per l'utilizzo di tali merci. Ed è tutt'ora, da anni, in piedi dinanzi al WTO la controversia Boeing/Airbus, tanto da far autorevolmente esclamare: *make planes, not trade disputes* (*International Herald Tribune*, 4 maggio 2006).

Mi permetto richiamare l'attenzione sul volume di Eason (*Tax Incentives for Foreign Direct Investments*), che non ho ancora visto citato dalla nostra dottrina: merita attenzione perché offre un quadro completo sulle varie modalità di incentivi, che possiamo così riassumere:

1. contributi diretti in denaro o in beni materiali (soprattutto terreni per insediamenti industriali), strumento largamente utilizzato, non solo in Italia: è del 26 aprile 2006 l'azione intrapresa dalla Unione europea nei confronti della Repubblica greca per aver erogato dal 1999 al 2002 161 milioni di euro in aiuti alla *Olympic Airlines*: è di ammonizione per l'Alitalia;

2. spesso si fa ricorso a contributi indiretti, (tentativamente occulti); ad esempio, secondo quanto si dice accade in Francia nel settore aeronautico, corrispondendo lo Stato prezzi remunerativi fuori misura per forniture (specie aerei militari) da parte di imprese da agevolare nella concorrenza commerciale specialmente straniera;

3. modifiche particolari all'ordinario regime fiscale con effetti distorsivi nella concorrenza, (Tema secondo quanto riferisce *Financial Times* del 1° maggio 2006, rimesso nei giorni scorsi all'esame della Corte Suprema degli Stati Uniti ove 46 dei 50 Stati accordano agevolazioni fiscali per attrarre investimenti all'interno dello Stato federale).

Gli "aiuti di Stato" è appunto l'oggetto del nostro incontro. La fattispecie rientra nelle ipotesi di cui all'art. 87 (*ex* 92) del trattato di Roma secondo il quale: "*Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minacciano di falsare la concorrenza*".

Né l'art. 87, né altra norma del Trattato, offrono una definizione di "aiuto"; una dettagliata definizione (per i *subsidies*) si trova agli artt. 1, 2 e 3 dell'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* del WTO alla quale sarebbe bene invece fare riferimento per le analogie della materia e per la forza vincolante per gli Stati membri (tutti quelli aderenti all'Unione europea).

E così, a mio avviso, sarebbe opportuno soffermarsi sull'inciso "sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidono sugli scambi fra gli Stati membri, gli aiuti ...". E quindi, nell'esaminare le singole fattispecie, un esame preliminare dovrebbe essere prestato all'inciso "sugli scambi fra gli Stati membri", ed invece nella prassi si fa di ogni erba un fascio.

La Commissione ha un ruolo determinante, attraverso le raccomandazioni, le comunicazioni e le decisioni, con amplissimo potere discrezionale; è vero che i provvedimenti possono essere impugnati dinanzi alla Corte di giustizia, ma questa in sostanza si limita a controllare la correttezza dell'*iter* processuale e le pronunce di illegittimità solitamente sono incentrate sulla mancanza di adeguate motivazioni del provvedimento.

Se potessi esprimere una opinione, la Commissione tendenzialmente appare assai severa nei confronti dell'Italia, ma forse...gliene abbiamo dato buon motivo.

Il tempo non mi consente andar oltre anche perché, nella posizione di moderatore, dovrò limitare l'intervento dei relatori a quindici minuti.

In tale ristretto tempo dovremmo avere un quadro degli interventi della Commissione e della Corte di giustizia sul tema degli "aiuti", attingendo un quadro di guida specie per le agevolazioni al Mezzogiorno (attuate tardivamente mentre gli Stati ne avevano beneficiato nel tempo trascorso prima di cadere sotto la scure della Commissione). Confido anche in interventi su un tema scottante, recentemente rimesso dalla Corte di cassazione all'esame della Commissione "per informazioni", e cioè le *c.d.* agevolazioni alle cooperative italiane: dico "cosiddette", giacché il regime di minor prelievo, nel rispetto della Costituzione, è controbilanciato dagli oneri gravanti sulle cooperative (come la indistribuibilità dei fondi accantonati).

Un altro aspetto delicato, che mi permetto segnalare ai relatori, è il "recupero": laddove per decisione della Commissione lo Stato proceda ad un "recupero" per disconoscimento delle agevolazioni fiscali già accordate per legge, all'azione dello Stato non può essere contrapposto il diritto di tutela del contribuente che aveva fatto "affidamento" sulla norma di favore?

International Tax Competition: The Code of Conduct for Business Taxation, a Limit to the Taxing Powers of the States and its Connections to the Community Rules on State Aid*

Franco Roccatagliata**

SUMMARY: 1. Premise - 2. The code of conduct; 2.1. Legal nature; 2.2. Political targets; 2.3. Fundamental contents; 2.4. Implementation difficulties and conflicts in competence - 3. The code of conduct and Community state aid rules - 4. Conclusions

1. Premise

My previous presentations reported a thorough analysis of the complex network of Community rules on competition - especially on State aid - and of recent interventions made by the European Commission in this area¹. In this presentation, therefore, preferential tax regimes will be analysed from another point of view, and the focus will be on whether they are consistent with Community tax policy.

In particular, I will explore the *Code of Conduct for business taxation*: indeed, this instrument has established new significant bounds for Member States and their political or administrative divisions in the area of what is defined as “fiscal favours” in previous presentations. Afterwards, I will clarify - as far as it is possible – the borderline between the exercise the Code of Conduct proposes to Member States and Community rules on State aid; moreover, I will examine the limits of this instruments and relevant current litigation framework. To conclude, I will try to outline possible future scenarios.

2. The Code Of Conduct

2.1. Legal nature

The Code of Conduct for business taxation was adopted on 1st December 1997 by a Resolution of the Council of the European Union². It is perhaps the most innovative

* Translation by Claudia Calogero.

** franco.roccatagliata@ec.europa.eu. Principal Administrator at the European Commission (DG TAXUD, E1, *tax policies coordination unit*) and European Tax Law Professor at the University of Liège. The views expressed are those of the author and do not commit the European Commission.

¹ This article is the reviewed and updated version of the author’s presentation at the V Conference of International Taxation - Spring in Naples, “*Aiuti di Stato, fiscalità di vantaggio e potestà tributaria nazionale*” [State aids, fiscal favours and taxing powers of the States], held in San Leucio (Caserta) on 4 May 2006.

² *Resolution of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council on a code of conduct for business taxation*. Annex I to the conclusions of the ECOFIN Council meeting on 1st December 1997 concerning taxation policy, in OJ C 2 of 6 January 1998, p. 1.

product of the ‘tax-package’ that was launched on that occasion and adopted six years later, after intense and laborious negotiations at the political level³.

From a purely formal point of view, the Code falls within the *atypical measures*. It is, in fact, formalized by a ‘resolution’, which is a kind of measure without an explicit indication in the EEC Treaty⁴. Moreover, this resolution was adopted not only by the Council but also by «*the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council*». It is a rather cryptic formula, which is likely meant to emphasise only that the Code of Conduct can affect a matter within the (largely) primary competence of the Member States. It is not a legally binding instrument but a so-called gentlemen’s agreement. Essentially, it may be defined as a formal political commitment made by the governments of the Member States.

Therefore, resolutions fall within the “soft-law” of the Community⁵. These instruments are not binding *per se*, they have, however, a legal status of their own and can affect the behaviour of Member States and European bodies themselves⁶ interacting with the whole Community legal system – which they however belong to -, even if they have not the same legally binding effects as typical measures.

In truth, the Community nature of the Code has been questioned by more than one commentator. Nevertheless, the Code is contained in the *acquis communautaire* (that is the body of EU legislation in force at the accession) in the field of taxation, for the preparation of membership both in recent and future enlargement of the European Union⁷.

³ The tax package, which was launched during the mandate of Commissioner Monti, consisted of the Code and two proposals for Directives: a Directive concerning the taxation of savings income and a Directive to eliminate withholding taxes on payments of interest and royalties made between associated companies.

In 2003, on the day after the adoption of the package, *pro tempore* Commissioner for Taxation Frits Bolkestein declared: «*I am delighted that the Council has finally been able to agree on the tax package to combat harmful tax competition after almost six years of intensive negotiations. The agreement reflects the courage and pragmatism demonstrated by all the countries involved, to which I pay tribute. The package will play an essential role in preventing the uncontrolled erosion of certain tax revenues so that the EU can now turn its full attention to tackling remaining tax obstacles to cross-border activity within the Internal Market*» (Press release of the European Commission IP/03/787 of 3rd June 2003).

⁴ Actually, Article 249 of Consolidated EEC Treaty provides that «*in order to carry out their task and in accordance with the provisions of the Treaty, the European Parliament acting jointly with the Council, the Council and the Commission shall make regulations and issue directives, take decisions, make recommendations or deliver opinions*», it does not refer however, as said, to the term *resolution*, which was used for the Code of Conduct.

In his conclusions to the case NIPFO, Advocate General La Pergola effectively defines the term: «*A resolution, ..., is one of those (no less important) atypical measures, to which the Council and the Commission occasionally resort – albeit in the context of increasing integration between the legal systems of the Member States – for the purpose of expressing their own political will, specifying the contours of agreements in principle reached within the institution, with a view to preventing such agreements from being called once again in question. In other words, resolutions (particularly those of the Council) in principle amount to no more than political commitments, the context of which, however, points forward to subsequent development in the legally valid forms contemplated by Article [249] of the Treaty*»; Conclusions of Advocate General Antonio La Pergola of 30 September 1997, case C-4/96 (*Northern Ireland Fish Producers’ Organisation Ltd –NIFPO and others*), point 56.

⁵ For a broader analysis of the concept of *non-legislative instruments or non-binding measures* (‘soft law’) in Community tax policy, see point 4.2. of Commission Communication “*Tax policy in the European Union – Priorities for the years ahead*”, COM(2001) 260 final of 23 May 2001, in OJ C 284 of 10 October 2001.

⁶ Particularly probative is the example of the Code of Conduct itself, where point J refers to the European Commission’s commitment «*to examine or re-examine existing tax arrangements and proposed new legislation by Member States case by case*» in the light of the new (and stricter) interpretation of the rules on State aid.

⁷ See Annex to Council Decision on the Accession Partnership for Turkey, containing the principles and conditions for the membership, which explicitly indicates as a *short-term priority* the necessity to commit to the principles of the Code of Conduct for business taxation and to ensure that future legislation complies with the principles of the Code. Council Decision (2006/35/EC) of 23 January 2006, in OJ L 22 of 26 January 2006, p. 42.

Needless to say, moreover, that as the Code of Conduct has no legally binding effect, in principle, according to Article 230 of EC Treaty⁸, the Court of Justice of European Union cannot perform its established role of guardian of the legality of Community acts.

With regard to its contents, the Code increases the scanty list of Community measures in the field of business taxation that have been adopted in these last twenty years⁹, while overlapping partially with current State aid provisions.

In consideration of this partial overlapping and of a certain confusion that it may bring about, it will be useful to devote some reflections to this topic, in an attempt to enlighten the complex relationships between the Code and Community rules on competition.

Following the order, before dealing with this topic, it is proper to better understand the Code of Conduct, its political targets and relevant implementing provisions.

2.2. Political targets

The Code of Conduct aims at combating *harmful tax competition*. What is exactly *tax competition* and when is it *harmful*? The Council Resolution of 1st December 1997 tries to answer these questions but it leaves some interpretation issues unresolved, as it is the product of a difficult compromise.

The Council Resolution emphasises the positive effects of *fair* competition among Member States' tax systems and reaffirms that enterprises have the right to totally benefit from the fundamental freedoms covered by EC Treaty¹⁰ without being hindered, when they operate within the Single Market. The Code, however, points out that « ... *tax competition may also lead to tax measures with harmful effects* ».

It is well known that although direct taxation is within the Member States' own competence, even in this area, domestic legislative powers must be exercised according to Community law; as a consequence, Member States are not entirely free to adopt all tax measures they consider more convenient for themselves. These limits concern first the banning of any kind of discrimination based on nationality¹¹. Obviously, also the EC Treaty rules on competition, and in particular on State aid (Articles 87-89 of the EC), are a significant limit to Member States' powers.

The Resolution on the Code of Conduct expressly mentions that the Code does not aspire to affect the respective spheres of competence of the Member States and the Com-

⁸ Article 230, first paragraph of EC Treaty: « *The Court of Justice shall review the legality of acts adopted jointly by the European Parliament and the Council, of acts of the Council, of the Commission and of the ECB, other than recommendations and opinions, and of acts of the European Parliament intended to produce legal effects vis-à-vis third parties.* ».

⁹ See, in particular, the common system of taxation applicable to mergers, divisions and transfer of assets introduced by Directive 90/434/EC; the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States (Directive 90/435/EC); arbitration procedure in transfer pricing (Convention 90/436/EC) and the more recent Council Directive 2003/49/EC applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States.

¹⁰ Free movement of workers and capital, freedom to provide services and right of establishment.

¹¹ «... as Community law stands at present, direct taxation does not as such fall within the purview of the Community, the powers retained by the Member States nevertheless be exercised consistently with Community law». ECJ, judgement of 14 February 1995, case C-279/93 (*Schumacker*), point 21; see also, *inter alia*, judgement of 11 August 1995, case C-80/94 (*Wielockx*), point 16; judgement of 27 June 1996, case C-107/94 (*Asscher*), point 36; judgement of 15 May 1997, C-250/95 (*Futura*), point 19; judgement of 28 April 1998, case C-118/96 (*Safir*), point 21; judgement of 16 July 1998, case C-264/96 (*I.C.I.*), point 19; etc.

munity resulting from the Treaty. Thus, the Code of Conduct does not pretend to have a harmonising function. Specifically, the Code of Conduct is not designed to reduce differences in taxes on enterprises located in different Member States, while they operate in the Single Market. These differences result – so to speak, ‘naturally’ – from the fact that business taxation is within the nearly exclusive competence of Member States.

The Code does not even want to reduce distortions in competition deriving from the application of different domestic and regional tax systems, or at least it is not its direct aim, as it reserves this aim to Community law on State aid in Articles 87 and following of the EC Treaty, which the Code does not want to replace, nor could it do this anyway.

To better identify the targets of the Code of Conduct, it is necessary to go back in time and read the Commission Communication¹², which is the source of the mentioned Council Resolution.

This document generally points out that tax competition in itself is a positive phenomenon, as a means of benefiting citizens and of imposing downward pressure on government spending. Nonetheless, according to the Commission, «*unrestrained competition for mobile factors can both bias tax systems against employment*»¹³ and can temporarily make reduction in the overall tax burden more difficult.

A competition of this kind reduces the room for manoeuvre to achieve other Community targets, such as the protection of the environment, the safeguard of the *European social model*, energy saving policies, etc.). Eventually, tax competition can frustrate Member States’ efforts to reduce budget deficits, which is not only a necessary aim *per se* but is also a means to conform with the Maastricht criteria and with the Stability and Growth Pact. By reason of this, «*market integration, without any accompanying tax co-ordination, is putting increasing constraints on Member States’ freedom to choose the appropriate tax structure, including by broadening the tax base and lowering the rates*»¹⁴.

Governments’ need for revenues cannot be lowered easily (or at least beyond a certain limit) unless at the expense of services provided. Therefore, the tax competition generated by particularly generous tax regimes¹⁵, out of the logic of compensation, results in the shift in the tax burden of Member States from the factors of production that can be easily delocalised (capital, mainly) to the base of “labour” (consisting of employees’ wages and business profits), which is by definition the less mobile factor. The Code of Conduct therefore epitomizes the common reaction to the consequences of the still existing significant differential between labour and capital mobility within the Single Market.

The Council of the European Union could not avoid attesting that the allocation of the factors of production essentially dictated by favourable tax measures was absolutely insufficient from an economic point of view, all the more that these measures are generally adopted by Member States only to attract revenues from other Member States.

¹² Communication from the Commission to the Council “*Towards tax co-ordination in the European Union. A package to tackle harmful tax competition*”, of 1st October 1997; COM(97)495.

¹³ COM(97)495, *op. cit.*, point 3, p. 2.

¹⁴ COM(97)495, *op. cit.*, *ibid.*

¹⁵ Even if these regimes are compatible with State aid rules.

The purpose of the Code of Conduct is to counteract this phenomenon by way of imposing limits to this kind of competition. Certainly, the traditional approximation of tax legislations could have been a remedy to the problem, but the Council of the European Union was of another opinion, or, more likely, it considered that other paths would have been difficult to follow. In consideration of the fact that there was no way forward for harmonisation -which was blocked after some timid success in the first 90s -, the Commission itself had pragmatically pointed to move from *harmonisation* to *coordination* of Member States' tax policies as a possible recipe to avoid the impasse¹⁶.

The atypical nature of the Code is therefore the result of this choice and clearly of all the almost insurmountable difficulties in achieving a full agreement without compromise. It is to remember that in taxation any Community act must be agreed unanimously by Member States¹⁷.

As intended by the drafters and by Member States that agreed on it by unanimity, the Code of Conduct allows to cope with above problems, while maintaining a certain competition among Member States' tax legislations (quintessence of a country system) and thus protecting the principle of national fiscal sovereignty that cannot be renounced (by Member States).

2.3. Fundamental contents

As already mentioned, the core of the Code is the definition of *harmful tax measure*, which can be inferred practically through some examples at points A and B of the Code itself¹⁸.

A tax measure is considered potentially *harmful* when it provides for a significantly lower effective level of taxation, including zero taxation, than those levels which generally apply in the Member State concerned and when it affects (or may affect) significantly the location of business activity in the Community. Such a level of taxation may operate by virtue of the nominal tax rate, the tax base or any other relevant factor.

¹⁶ «The Commission emphasises that any proposal for Community action in taxation take full account of the principles of subsidiarity and proportionality. It does not seek harmonisation of taxation systems for harmonisation's sake. Rather, it favours a pragmatic and realistic approach which aims to provide a more effective defence than hitherto against the loss of national fiscal sovereignty in favour of the markets experienced by Member States ...». European Commission, "Taxation in the European Union"; COM(96)546 of 22 October 1996, point 6.2, p. 9.

¹⁷ For direct taxation, the legal basis is in Article 94 ECT (« the approximation of the laws ... as directly affect ...[the] functioning of the common market »), under which the Council shall act unanimously.

Having chosen to include the Code of Conduct in a *package* of tax measures that are very different among each other follows the same objective of achieving unanimity more easily. In fact, the proposal of a package of measures to be approved contemporarily allows to bypass Member States' cross-vetoes. The so-called 'package Monti' had been arranged in such a way that each Member State could consider convenient for its own economic and/or fiscal system to approve at least one of the measures proposed by the Commission; and therefore it was urged to approve the whole package of measures.

¹⁸ «A. Without prejudice to the respective spheres of competence of the Member States and the Community, this code of conduct, which covers business taxation concerns those which affect, or may affect, in a significant way the location of business activity in the Community.. The tax measures covered by the code include both laws or regulations and administrative practices ».

« B. ... tax measures which provide for a significantly lower effective level of taxation, including zero taxation, than those levels which generally apply in the Member State in question are to be regarded as potentially harmful and therefore covered by this code. ... ».

The Code establishes various criteria to be taken into account when assessing whether or not the tax measures covered are harmful, in the light of the repercussions that may happen within the Community. The tax measures covered by the Code include both laws or regulations and administrative practices.

A tax measure is harmful, above all, when it is accorded solely to non-residents or in respect of transactions carried out only with non-residents; when it is ring-fenced from the domestic market, so it does not affect the national tax base; when it is granted even without any substantial economic presence within the Member State offering it; when it deviates from internationally accepted principles (for example, OECD transfer pricing principles); or when it lacks transparency.

By approving the Code, Member States have committed themselves not to introduce new harmful tax measures (*standstill*); to examine their existing domestic laws and practices and to amend them, where necessary, with a view to eliminating any harmful measure (*rollback*), as soon as possible; to exchange information of existing or proposed tax measures, which may fall within the scope of the Code; to set up a group in charge of assessing the tax measures and of supervising the provision of relevant information; and to promote the adoption of the principles aimed at abolishing harmful tax measures in third countries and in territories to which the Treaty does not apply.

In particular, Member States with dependent or associated territories or which have special responsibilities or taxation prerogatives in other territories have committed themselves, within the framework of their constitutional arrangements, to ensuring that these principles are applied in those territories¹⁹.

Assessing the tax measures that may fall within the scope of the Code is up to a group, which has been established in 1998 by the ECOFIN Council²⁰. After a first phase of intense work, the Group reported regularly on the measures assessed.

In its first interim report²¹, the Group assessed almost 300 tax favourable regimes and identified 66 tax measures with *harmful* features, that is falling within the scope of the Code.

¹⁹ It is worthwhile recalling that in April 1998 the OECD, spurred by the Member States of the European Union, adopted a report on *harmful tax competition*, and that also the leaders of G8-countries have demonstrated their commitments to analyse in-depth how harmful tax competition affects world economy. The OECD - whose report covers a wider geographical (world-based) scope than the Community's analysis and focuses mainly on financial services - has established a set of guidelines to curb preferential tax regimes identified as harmful within the OECD, to list tax havens at world level and to set up a Forum on Harmful Tax Practices to oversee the implementation of the Recommendations contained in the 1998 Report. OECD, *Towards Global Tax Co-operation, Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, Paris, 2000.

The European Commission was likely the first to launch the first global approach to combat harmful tax competition by submitting its document - SEC(96)487 - at the informal ECOFIN Council meeting in Verona in March 1996; but it is certain that the parallel discussions at the OECD expedited the Community action, as indicated in the first report of the High Level Group which drafted the tax package (« *Many representatives, however, favoured continuing with initiatives specifically targeted at restraining or eliminating unfair competition in this area, in conjunction with the work currently being undertaken at the OECD* »; see COM(96)546, point 3.15).

²⁰ Conclusions of the Council of 9 March 1998 concerning the establishment of the Code of Conduct Group (on business taxation), in OJ C 99 of 1st April 1998, p. 1. The Group met on 8 May 1998 for the first time, under the chairmanship of Paymaster General Dawn Primarolo of the British Treasury, then dubbed, as it is still dubbed, Primarolo Group.

²¹ Document of the Council SN 4901/99 of 29 November 1999. Contrary to the usual procedure for Council groups, the ECOFIN Council meeting of 28 February 2000 decided to make the report accessible to the public and now it is available on the website of the Council of the European Union. The Council did not make following reports accessible. This lacking of transparency - which was considered as unjustified - has been strongly criticized by the European Ombudsman (see press release from the Ombudsman Office, EO/02/17 of 1 July 2002).

The Council adopted this first report after over one year of hard negotiations²². It needed to wait, in fact, for the ECOFIN Council meeting of November 2000, which also exploited the renewed willingness to implement the tax package as a whole, as shown by the EU Member States' leaders at the Feira European Council in June 2000.

Although frequent disagreements between Member States – and with the European Commission itself – on how and when to dismantle harmful tax regimes cannot be disregarded, the implementation of the Code has however led to significant results. From 1998, in fact, Member States have slowed the introduction of potentially harmful measures covered by the Code, and those few that were introduced were initially examined by the Council Group.

Furthermore, some draft laws were preventively reported to the Group and many potential harmful measures were surrendered well before the expected expiring date or are gradually under elimination²³.

2.4. Implementation difficulties and conflicts in competence

According to ECOFIN Council conclusions of 1 December 1997, a period of two years should have been sufficient for rollback. Nonetheless, the Resolution pointed out «... as from 1 January 1998 the actual rollback will have to take place within five years although a longer period may be justified in particular circumstances following an assessment of the Council».

Afterwards²⁴, however, the ECOFIN Council changed the rollback schedule and agreed to enterprises being barred from entering into these tax regimes after 31 December 2001. An exception was made where such regimes have been the subject of an existing Commission decision providing for longer duration within the framework of State aid²⁵. Moreover, it was proposed that the Council give its approval – by informing previously the Primarolo Group – to postpone certain harmful tax regimes after the final date 31 December 2005.

In March 2003 – in implementing the conclusions of the ECOFIN Council meeting held at the beginning of that year²⁶ – the Council finally approved the report of the Primarolo Group, and therefore the positive evaluation of 66 measures. Almost at the same time, the Member States submitted a list of law provisions

²² This report should have been approved by the Helsinki European Council in December 1999, along with other tax package measures, but on that occasion the proposal for a Directive to ensure a minimum of effective taxation of savings income came to a deadlock and the whole package of measures was abruptly stopped.

²³ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament «*First Annual Report on the implementation of the Code of Conduct for Business Taxation and Fiscal State*»; document COM(1998)595 final of 25 November 1998.

In the case of Italy, the spontaneous compliance with the commitments taken on 1 December 1997 is manifest in the discontinuing of the activity of Trieste Financial Services and Insurance Centre, which however had been authorized to operate by the same Community authorities, even if before the approval of the Code of Conduct.

²⁴ Conclusions of the ECOFIN Council of 26 and 27 November 2000. Press release of EU Council of 27.11.2000, no. 453.

²⁵ For those regimes, the Council decided that undertakings could have benefited from such tax measures until 31 December 2002 or – where deriving benefits from harmful tax arrangements on 31 December 2000 – until 31 December 2005 (that is, at least for five years, in order not to penalize all those undertakings that had 'entered' into the preferential tax regime in unexpected times and therefore to allow them to amortize relevant costs incurred).

²⁶ Press release of EU Council of 21.1.2003, no. 15.

amending these tax measures with a view to comply with Council decisions. One more time, however, at the final approval of the tax package²⁷, there was a further change of the rules of the game, in order to reach an acceptable compromise. In fact, a longer duration was provided for six tax measures (which the Primarolo Group had assessed as harmful), until 2011 for some cases (and after 2011 in some other cases).

Particular attention is to be given to the case of Belgian coordination centres²⁸, on the account of its complex nature and of the true intra-institutional conflict between the Council and the European Commission resulting from it.

In July 2003, the Council authorized Belgium to renew the application of a preferential tax scheme also to certain coordination centres, whose approval was to expire before the end of 2005. This scheme was considered *compatible with the common market* under Article 88(2) of EC Treaty²⁹. The Commission argued that this renewal violated the final *negative* decision it had adopted on 17 February 2003, within its exclusive powers on State aid³⁰.

The Commission brought an action for the annulment of the Council decision to the Court of Justice. By judgement of 22 June 2006, the Court annulled said decision, holding that there was a clear excess of power. In the Court's opinion, in fact, «*if the Member State concerned has made no application to the Council under that provision before the Commission declares the aid incompatible with the common market, the Council is no longer authorized to exercise the exceptional power conferred upon it by that provision in order to declare such aid compatible with the common market*»³¹.

However, only for a short time the Commission could celebrate the statement of principle according to which its exclusive powers on State aid cannot be violated. Almost contemporarily, in fact, Belgium brought an action to the Court of Justice, of course not against the Council decision of July 2003, but against the Commission decision of February 2003. Well, on the same day, the Court of Justice³² (partially) annulled the Commission decision as well, holding that this Community administration

²⁷ Press release of EU Council of 3.6.2003, no. 138.

²⁸ The tax scheme applicable to coordination centres was introduced by Royal Decree no. 182 of 30 December 1982. At a first stage, Belgium had established a ten-year tax exemption from income taxation for those centres performing certain functions (administrative activity of a preparatory or auxiliary nature, centralisation of financial operations) for the member of the group. Once the European Commission examined the measure within its activity of controlling State aid (under Article 87), Belgium had to amend significantly the tax regime after a short time. Currently, under this tax scheme, coordination centres' taxable income is determined at a standard rate (according to cost-plus method) for company taxation purposes.

²⁹ Decision of the Council of 16 July 2003, 2003/531/CE, on the aid scheme implemented by Belgium for coordination centres established in Belgium, in OJ L 184 of 23 July 2003, p. 17.

Article 88(2) EC «... *On application by a Member State, the Council may, acting unanimously, decide that aid which that State is granting or intends to grant shall be considered to be compatible with the common market, in derogation from the provisions of Article 87 or from the regulations provided for in Article 89, if such a decision is justified by exceptional circumstances...* ».

³⁰ See letter for initiating the infringement procedure, in OJ C 147 of 20 June 2002, p. 2 and press release IP/03/1032 of 16.7.2003.

³¹ ECJ, Judgement of 22 June 2006, case C-399/03 (*Commission v Council*), not yet published in ECR, paragraph 24; see ECJ, Judgement 29 June 2004, case C-110/02, (*Commission v Council*), ECR p. I-6333, paragraphs 31-35.

³² ECJ, Judgement of 22 June 2006, joined cases C-182/03 and C-217/03 (*Belgium and Forum 187 Asbl v Commission*), not yet published in ECR.

did not take into account the *legitimate expectation* of the parties³³. In the Court's opinion, the coordination centres with an application for renewal of their authorisation pending on the date on which the Commission's decision was notified « *were entitled to have a legitimate expectation that a reasonable transitional period would be granted in order for them to adjust to the consequences* » of that decision.

In the Court's opinion, the Commission infringed the *principle of equal treatment* as well. It held, in fact, that the Commission discriminated without justification between those coordination centres with an authorisation expiring shortly before its adoption (which could thus benefit from the regime in question until 31 December 2010) and those with an authorisation expiring after the date on which the contested decision was notified - and which were denied the benefit of any transitional measures - in the absence of any overriding public interest which might take precedence over the interest of the coordination centres in question to be granted such a transitional period.

3. The Code of Conduct and Community State Aid Rules

From the above analysis on recent case of 'coordination, the intertwining of Community State aid rules with the commitments taken by Member States (and the Commission) in the framework of the Code of Conduct has led to broad discussions within the Court of Justice, but many problems remain unresolved. Apart from the Court of Justice's interpretation, which is unavoidably connected to the facts in case, whatever general and "exportable" principles may establish, in this examination it is appropriate to analyse the relationship between these two regulatory instruments more generally.

Even if these two instruments feature evident similarities, it is to be pointed out first that the Code of Conduct on business taxation and Community rules on State aid, as provided for in Article 87 and following of the Treaty, pursue different objectives, with different legal effects and following very different evaluation processes.

Notwithstanding the foregoing - and not only in principle - the tax measures indicated in the Code of Conduct can be reviewed as potential State fiscal aid as well, but it is also true that a significant number of tax measures, included in the list drawn by the Primarolo Group with the assistance of the European Commission, was actually re-examined by Commission services of competition. Nothing that had not already been provided by the same Resolution of 1 December 1997, which noted at point J

³³ In his opinion, Advocate General Léger held that the legitimate expectation is «... *the corollary of the principle of legal certainty, which requires that Community legislation must be certain and its application foreseeable by legal persons...* ». While observing that it is difficult to give an exhaustive definition of the principle of the protection of legitimate expectations, the Advocate General said that infringement of the principle is recognised when certain conditions are satisfied:.... *first of all, there must be an act or conduct on the part of the Community administration capable of having given rise to such an expectation.... Next, the person concerned must not be able to foresee the change to the pattern of conduct previously adopted by the Community administration.... Lastly, the Community interest which the contested measure seeks to achieve must not justify the infringement of the legitimate expectation of the party concerned. That condition is satisfied where the balancing of the interests in question shows that, in the circumstances of the case, the Community interest does not prevail over that of the person concerned in seeing the situation maintained that it might legitimately have assumed to be a stable one*»; conclusions of the Advocate General of 9 February 2006 to joined cases C-182/03, C-217/03 and C-399/03, *cit.*

that « some of the tax measures covered by this code may fall within the scope of the provisions on State aid in Articles [87, 88 e 89] of the Treaty»³⁴.

It is to be said that the Commission carries out its analysis of State aid cases resulting in a lower taxation burden for enterprises in direct taxation according to autonomous and different criteria with respect to those followed by the Code of Conduct in assessing whether or not a tax measure is harmful. However, as confirmed also by the Commission³⁵, in this case, there was a clear willingness to work in full harmony. Doubtless, both analyses may give converging results, in the sense that harmful tax measures fall within State aids almost automatically, even if this rule is not always valid in the opposite case.

As observed by the Commission in its notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation³⁶, « the qualification of a tax measure as harmful under the code of conduct does not affect its possible qualification as a State aid. However the assessment of the compatibility of fiscal aid with the common market will have to be made, taking into account, inter alia, the effects of aid that are brought to light in the application of the code of conduct ».

And moving on, the same Commission document, which contains the main guidelines on State fiscal aids, points out that « If it is to be considered by the Commission to be compatible with the common market, State aid intended to promote the economic development of particular areas must be 'in proportion to, and targeted at, the aims sought'. For the examination of regional aid the criteria allow account to be taken of other possible effects, in particular of certain effects brought to light by the code of conduct»³⁷.

³⁴ Point J of the Code of Conduct still points out that « without prejudice to Community law and the objectives of the Treaty, the Council notes that the Commission undertakes to publish guidelines on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation by mid-1998....., and commits itself to the strict application of the aid rules concerned, taking into account, inter alia, the negative effects of aid that are brought to light in the application of this code. The Council also notes that the Commission intends to examine or re-examine existing tax arrangements and proposed new legislation by Member States case by case, thus ensuring that the rules and objectives of the Treaty are applied consistently and equally to all».

³⁵ The statement by *pro tempore* Commissioner for Competition Mario Monti is crystal clear on the complementary nature of the Community two-track approach: « I have instructed the Commission's Competition Department to examine all the relevant cases of fiscal state aids in business taxation, so as to allow the Commission to comply fully and promptly with its own institutional obligations, also on the basis of the Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation of 11 November 1998. This duty of the Commission was underlined in the work that led to the Council Resolution of 1 December 1997 on the Code of Conduct. In particular, under paragraph J of the Resolution, the Council noted that the Commission commits itself to the strict application of the aid rules concerned, taking into account, inter alia, the negative effects of aid that are brought to light in the application of this code»; press release IP/00/182 of 23.2.2000.

³⁶ Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation (98/C 384/03), point 30, in OJ C 384, of 10 December 1998, p. 3.

³⁷ *Ibidem*, point 33. The selectivity of a tax measure which is regional or local in scope is a very controversial issue. The Commission notice of 1998 left a certain margin of interpretation linked to the case-law principle of nature or general scheme of the system: « The main criterion in applying Article [87(1)] to a tax measure is therefore that the measure provides in favour of certain undertakings in the Member State an exception to the application of the tax system. The common system applicable should thus first be determined. It must then be examined whether the exception to the system or differentiations within that system are justified 'by the nature or general scheme' of the tax system, that is to say, whether they derive directly from the basic or guiding principles of the tax system in the Member State concerned. If this is not the case, then State aid is involved». Communication 98/C 384/03, *op.cit.*, point 16.

On the matter of regional tax policy, recent European case-law is worthy of a careful evaluation: in its judgment of 6 September 2006, paragraphs 56-59 (C-88/03, *Portogallo v Commissione*, not yet published in ECR), the Court of Justice held that in order to determine whether a tax measure is selective when compared with 'normal

In one of the working documents prepared by the Commission's services, which reports the state of the art of the works implementing the Code of Conduct³⁸, the Commission makes an attempt to explain better the differences between the two procedures: in particular, it points out that seven of 66 tax regimes, which the Primarolo Group assessed as harmful, - regularly notified by Member States to Commission's services - were not State aid or were compatible with the common market.

Actually, only 43 out of 66 measures listed by the Council Working Group - those operating in the territory of Member States - were covered by State aid rules under Article 87 and following of the EC Treaty. In fact, another significant difference between the Code of Conduct and EC Treaty provisions lies with the different geographical scope of application.

Finally, there is another aspect to examine. Apart from the regimes falling out of the territorial scope of the Treaty, also tax measures which are open to all economic agents do not satisfy one of the four State aid criteria: *selectivity*.

Even if the Code of Conduct, being a mere political commitment, cannot derogate the EC Treaty, the two provisions are so different that there is not a real supremacy, at least of intervention, between the Code and Treaty provisions on State aid. The application of agreements and obligations deriving from the two instruments is cumulative³⁹. As a consequence, Member States must comply with the strictest rules, regardless of whether these rules are established by the EC Treaty itself or by the States within a *gentlemen's agreement*.

4. Conclusions

In practice, the two instruments have had a reciprocal influence on each other. This influence has allowed the Council and the Commission to arrive at consistent solutions.

The control mechanism adopted by the Council for implementing the Code of Conduct is, by its own nature, slow and subject to arbitration and political mediation that make it extremely fragile. Conversely, Commission's powers can be rapid and extremely effective. It is therefore evident that the Competition services' control favoured the success of the Code and endowed it with partial legal binding effects.

In truth, it is to be pointed out that a particularly favourable circumstance occurred

taxation': «... the reference framework need not necessarily be defined within the limits of the Member State concerned, so that a measure conferring an advantage in only one part of the national territory is not selective on that ground alone for the purposes of Article 87(1) EC. It is possible that an infra-State body enjoys a legal and factual status which makes it sufficiently autonomous in relation to the central government of a Member State, with the result that, by the measures it adopts, it is that body and not the central government which plays a fundamental role in the definition of the political and economic environment in which undertakings operate. In such a case it is the area in which the infra-State body responsible for the measure exercises its powers, and not the country as a whole, that constitutes the relevant context for the assessment of whether a measure adopted by such a body favours certain undertakings in comparison with others in a comparable legal and factual situation...».

³⁸ European Commission, "Issues related to the roll-back process under the Code of Conduct (Business taxation)", SEC (2000) 1539 of 19 September 2000.

³⁹ In its judgement of 30 April 2002, case T-195/01 (*Gibraltar v Commission*), the EC Tribunal of First Instance held that the notification to the Primarolo Group cannot be treated as formal notification to the Commission for the purposes of the Community rules on State aid.

at a political-administrative level, which facilitated the development of synergies among various Commission's services: Professor Monti, European Commissioner for Taxation until 1998, became Commissioner for Competition in the following five years. It would be difficult to imagine that the father of the *tax package* – of which the Code of Conduct is perhaps the most significant element from an economic point of view – could desert his own project, once moved on to the political direction of the Competition services.

Moreover, the Commission has shown a certain flexibility (which is allowed by the Treaty) in the implementation of State aid rules, by trying to find reasonable justifications – the good faith of the parties involved and the lacking of clear guidelines in the area (before 1998) – to avoid to reimburse aids illegally granted to enterprises. Therefore, it is possible to say that the 'carrot and stick' policy adopted by the Commission's services, in strategic harmony, has given its fruits eventually.

To conclude, some updates on the developments of the Code of Conduct.

With respect to new Member States, the Council Working Party on Enlargement (composed by the representatives of the 15 former Member States) has been particularly strict, in line with the Commission's suggestions. In examining the tax measure covered by the Code of Conduct, the Group assessed that more than half of them (about fifty) were harmful⁴⁰.

The effects of tax competition within the enlarged Europe are still to be evaluated. On the one hand, it is evident that those activities that can be easily delocalised will try to move (if not already moved) to low taxation countries⁴¹. On the other hand, a significant transfer of enterprises and capital towards new Member States will contribute to balance national economies, so that new Member States will approximate Community averages.

In the long run, this will have certainly a not negligible effect also on State aid policies. In fact, an «*aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious underemployment*» (Article 87(3)(a) ETC)⁴² is compatible with the common market. Now, regional aid can play an effective role only if it is concentrated on the most disadvantaged regions⁴³. As a consequence, taking into account how the Commission determines whether an aid is covered by Article 87(3)(a) EC⁴⁴, new Member States are likely to benefit from it, at least at an initial stage. With regard to the 'very new' Member States (Bulgaria and Romania), in principle, the whole territory can be covered by regional aid.

⁴⁰ The Council did not make the list of this tax measure accessible.

⁴¹ It is to be borne in mind that taxation is only one of the parameters that an enterprise analyses before making a production or location choice.

⁴² The Court of Justice has expressed its views on this derogation and pointed out that «... the use of the words 'abnormally' and 'serious' in the exemption contained in Article [87(3)(a)] shows that it concerns only areas where the economic situation is extremely unfavourable in relation to the Community as a whole»; ECJ, Judgement of 14 October 1987, (*Germany v Commission*) case 248/84, ECR 4013, paragraph 19.

⁴³ «... the permissible aid ceilings should reflect the relative seriousness of the problems affecting the development of the regions concerned. Furthermore, the advantages of the aid in terms of the development of a less favoured region must outweigh the resulting distortions of competition ...»; European Commission, "Guidelines on national regional aid for 2007-2013", (2006/C 54/08), in OJ C 54 of 4 March 2006, p.13, paragraph 5.

⁴⁴ «The Commission considers that the conditions laid down [in Article 87(3)(a)] are fulfilled if the region, being a NUTS [territorial unit for statistics] level II geographical unit, has a per capita gross domestic product (GDP), measured in purchasing power standards (PPS), of less than 75 % of the Community average. The GDP per capita of each region and the Community average to be used in the analysis are determined by the Statistical Office of the European Communities. »; "Guidelines ...", *op.cit.*, paragraph 16.

Finally, it is to be reaffirmed that the action of the Code of Conduct is restricted, by its own nature, to combat particular regimes adopted by Member States; likewise State aid rules, the Code of Conduct is powerless in front of whole national tax systems that may strongly attract enterprises (not necessarily because of real cross-border activities)⁴⁵, regardless of normal entrepreneurial evaluations or mentioned economic criteria

As already observed by the Commission in its notice on the application of fiscal State aid rules⁴⁶, in the case of *general* tax measures that impede the proper functioning of the internal market, the Treaty provides the possibility of harmonizing Member States' tax provisions on the basis of Article 94 by way of proper directives. Disparities between general provisions that may distort competition and create distortions can (*rectius*, must) be eliminated on the basis of Articles 96 and 97 of the EC Treaty, which provides that – when necessary and upon prior consultation of the relevant Member States by the Commission – the Council « ...shall, on a proposal from the Commission, acting by a qualified majority, issue the necessary directives... ». Having highly disruptive effects, this instrument was never used for the taxation area. One more, *sovereignty, subsidiarity and, why not, opportunity*, seem steer towards a *coordination* of national tax policies, which may lead Member States to a spontaneous approximation of national tax legislations. Is it maybe time to launch a new Code of Conduct assuring a fair tax competition among Member States' general measures?

⁴⁵ Refer to tax planning schemes that are allowed – and nowadays 'communitised' – by way of bilateral treaty network signed Malta and Cipro with third countries or, more simply, (low) flat rates recently adopted (or under way of adoption) in different new Member States.

⁴⁶ Communication 98/C 384/03, *op.cit.*, point 6.

Concorrenza fiscale internazionale: i limiti alla potestà tributaria nazionale derivanti dal codice di condotta sulla tassazione delle imprese ed i suoi legami con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato

Franco Roccatagliata*

1. Premessa

Il quadro generale della complessa disciplina comunitaria della concorrenza - specialmente in materia di aiuti di Stato - ed i recenti interventi della Commissione europea in tale settore, hanno già formato oggetto di un esame approfondito nelle precedenti relazioni¹. Pertanto, in questo intervento, l'analisi dei regimi fiscali agevolati sarà condotta da un altro punto di vista, ed incentrata, prevalentemente, sulla loro compatibilità con le linee d'azione della politica fiscale comunitaria.

Oggetto d'esame privilegiato sarà, in particolare, il *Codice di Condotta in materia di tassazione delle imprese*. Uno strumento che ha creato nuovi vincoli importanti agli Stati membri ed alle loro suddivisioni politiche o amministrative, proprio nel settore che negli interventi precedenti è stato definito della 'fiscalità di vantaggio'. Si cercherà poi di chiarire - per quanto possibile - il confine tra l'esercizio che il Codice di condotta propone agli Stati membri e la politica comunitaria in materia di aiuti di Stato. Si esamineranno, inoltre, i limiti di questo strumento ed il contenzioso in atto. L'analisi sarà conclusa con un accenno alle sue possibili evoluzioni future.

2. Il codice di condotta

2.1. La sua natura giuridica

Il Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese è stato adottato con una Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 1° dicembre 1997². Esso è forse

* franco.roccatagliata@ec.europa.eu. Amministratore principale alla Commissione europea (DG TAXUD, E1, *tax policies coordination unit*) e docente di diritto tributario europeo all'Università di Liegi. Le opinioni espresse in questa relazione non impegnano che l'autore e non possono in alcun modo essere attribuite all'Istituzione presso la quale presta servizio.

¹ Il presente articolo è la versione riveduta ed aggiornata dell'intervento al V Convegno di Fiscalità Internazionale - Spring in Naples, "Aiuti di Stato, fiscalità di vantaggio e potestà tributaria nazionale", tenutosi a San Leucio (Caserta) il 4 maggio 2006.

² *Risoluzione del Consiglio e dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio su un co-*

l'elemento più innovativo del 'pacchetto fiscale' lanciato in quell'occasione e definitivamente approvato sei anni più tardi dopo intense e difficili trattative a livello politico³.

Dal punto di vista puramente formale il Codice si configura come un *atto atipico*. La forma scelta è infatti quella della 'risoluzione', una forma d'atto che non trova un'esplicita formulazione nel Trattato CE⁴. Inoltre, tale risoluzione non è stata semplicemente adottata dal Consiglio, ma anche « *dai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio* ». Una formula piuttosto criptica che probabilmente ha la sola funzione di voler sottolineare come il Codice di condotta incida su di una materia che è di competenza (largamente) prevalente degli Stati membri. Non si tratta di un atto giuridico vincolante, ma di un cd. *gentlemen's agreement*. In sostanza, può definirsi come un impegno formale assunto, a livello politico, dai governi degli Stati membri.

La *risoluzione* rientra quindi nell'ambito di quelle misure comunitarie che vanno sotto la denominazione di *soft law*⁵. Si tratta di atti che non hanno, di per sé, una forza vincolante, ma che, tuttavia, presentano una natura giuridica propria e che, attraverso l'insieme dell'ordine giuridico comunitario - di cui comunque fanno parte - possono condizionare la condotta degli Stati membri e delle stesse Istituzioni europee⁶, anche senza la forza vincolante dell'atto tipico.

Per il vero, la natura comunitaria del Codice è stata messa in dubbio da più di

dice di condotta in materia di tassazione delle imprese. Allegato I alle Conclusioni del Consiglio Ecofin del 1° dicembre 1997 in materia di politica fiscale, in GUCE, C 2 del 6 gennaio 1998, p. 1.

³ Il pacchetto fiscale, lanciato durante il mandato del Commissario Monti, prevedeva, oltre al Codice, due proposte di direttiva: una in materia di fiscalità del risparmio e l'altra finalizzata all'abolizione delle ritenute alla fonte sugli interessi e canoni distribuiti tra società collegate.

Nel 2003, così dichiarava Frits Bolkestein, Commissario *pro tempore* per la Fiscalità, all'indomani dell'accordo finale sul pacchetto: « Sono particolarmente lieto che il Consiglio, dopo sei anni di intensi negoziati, abbia potuto finalmente adottare il "pacchetto fiscale" per combattere la concorrenza fiscale dannosa. L'accordo riflette il coraggio ed il pragmatismo dimostrato da tutti i paesi interessati, ai quali rendo merito. Il "pacchetto" svolgerà un ruolo essenziale nel prevenire l'erosione selvaggia di alcune risorse fiscali. L'Unione europea potrà ora concentrarsi completamente alla rimozione degli ostacoli fiscali residui alle attività transfrontaliere nel Mercato Interno » (Comunicato stampa della Commissione IP/03/787 del 3.6.2003; traduzione italiana a cura dell'autore).

⁴ L'articolo 249 del Trattato CE prevede infatti che « per l'assolvimento dei loro compiti e alle condizioni contemplate dal presente trattato il Parlamento europeo congiuntamente con il Consiglio, il Consiglio e la Commissione adottano regolamenti e direttive, prendono decisioni e formulano raccomandazioni o pareri. », tuttavia, come detto, non accenna al termine *risoluzione* utilizzato per il Codice di condotta.

L'Avvocato generale La Pergola, nelle sue conclusioni al caso *NIFPO*, ne ha fornito una definizione efficace: « ... la risoluzione è, uno di quegli atti atipici, (non meno importanti) cui il Consiglio e la Commissione fanno talvolta ricorso - pur nell'ottica di una crescente integrazione fra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri - al fine di esprimere la propria volontà politica, precisando i contorni di accordi di principio intervenuti in seno all'istituzione, al fine di evitare che gli stessi possano essere rimessi in discussione. In altre parole, le risoluzioni (soprattutto quelle del Consiglio) rappresentano in linea di principio solo impegni politici, dei quali viene però contestualmente annunciato il successivo sviluppo nelle forme giuridicamente efficaci contemplate dall'art. [249] del Trattato »; Conclusioni dell'avvocato generale Antonio La Pergola del 30 settembre 1997, causa C-4/96 (*North-ern Ireland Fish Producers' Organisation Ltd -NIFPO et alia*), punto 56.

⁵ Per una più ampia disamina del concetto di strumento non legislativo o norma non vincolante ('soft law') nella politica fiscale comunitaria, si rinvia al punto 4.2. della Comunicazione della Commissione europea "La Politica fiscale dell'Unione europea - Priorità per gli anni a venire", COM(2001) 260 def. del 23 maggio 2001, in GUCE, n. C 284 del 10 ottobre 2001.

⁶ L'impegno assunto dalla Commissione europea nel Codice di condotta stesso (al punto J) di « riesaminare caso per caso i regimi fiscali in vigore e i nuovi progetti degli Stati membri » alla luce di una nuova interpretazione (più restrittiva) delle disposizioni in materia di aiuti di Stato, ne è un esempio particolarmente probante.

un commentatore. Ciò non ha tuttavia impedito di inserirlo tra le disposizioni fiscali che vanno considerate come parte del cd. *acquis communautaire* (cioè della normativa comunitaria vigente al momento dell'adesione) in fase di negoziazione, sia nel recente allargamento dell'Unione europea sia per quelli futuri⁷.

Inutile poi precisare che ai sensi dell'articolo 230 del Trattato CE⁸, mancando al Codice di condotta la natura di atto giuridico vincolante, in linea di principio, viene meno la funzione di controllo di legalità abitualmente svolta dalla Corte di giustizia delle Comunità europee sugli atti comunitari.

In quanto ai contenuti, il Codice va ad arricchire lo scarso catalogo dei provvedimenti d'origine comunitaria in materia di fiscalità delle imprese adottati in questi ultimi vent'anni⁹, sovrapponendosi, in parte, all'esistente disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Proprio per tale parziale sovrapposizione ed una certa confusione che essa può generare, si cercherà di dedicare qualche riflessione a tale soggetto cercando di portare un po' di luce sulle complesse relazioni del Codice con le regole del diritto comunitario della concorrenza.

Andando per ordine, prima di affrontare questo argomento è opportuno cominciare a conoscere un po' meglio il Codice di condotta, i suoi obiettivi politici e le disposizioni pratiche che lo accompagnano.

2.2. *Gli obiettivi politici*

Il Codice di condotta è uno strumento che serve a combattere la *concorrenza fiscale dannosa*. Che cos'è esattamente la *concorrenza fiscale* e quando può definirsi *dannosa*? La risoluzione del Consiglio del 1° dicembre 1997 cerca di rispondere a queste domande, ma essendo il frutto di un difficile compromesso tra gli Stati membri, lascia più di un problema interpretativo irrisolto.

Nell'atto del Consiglio in esame, gli effetti positivi della concorrenza *leale* tra i sistemi fiscali degli Stati membri vengono evidenziati ed è ribadito il diritto delle imprese che operano all'interno del Mercato unico a poter pienamente beneficiare delle libertà fondamentali sancite dal Trattato CE¹⁰, senza incontrare alcun ostacolo. Il Codice, tuttavia, constata « ... *che la concorrenza fiscale può condurre anche a misure*

⁷ Si veda, da ultimo, l'allegato alla decisione del Consiglio relativa all'Associazione per l'adesione della Turchia all'Unione europea, contenente i principi e le condizioni indispensabili per poter procedere all'adesione, che, tra le *priorità a breve termine*, indica esplicitamente la capacità d'assumere l'impegno di rispettare i principi del codice di condotta in materia di tassazione delle imprese e la garanzia che la sua legislazione fiscale futura sarà sempre in sintonia con i principi di detto codice. Decisione del Consiglio (2006/35/CE) del 23 gennaio 2006, in GUCE, L 22 del 26 gennaio 2006, p. 42.

⁸ Articolo 230, 1° paragrafo, TCE: « *La Corte di giustizia esercita un controllo di legittimità sugli atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi* ».

⁹ Si pensi in particolare al regime fiscale di fusioni, scissioni e conferimenti di attivo, introdotto dalla direttiva 90/434/CEE; al regime applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (direttiva 90/435/CEE); alla procedura arbitrale in materia di prezzi di trasferimento (convenzione 90/436/CEE) ed alla più recente direttiva 2003/49/CE del Consiglio concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e royalties fra società consociate di Stati membri diversi.

¹⁰ Libera circolazione dei lavoratori e dei capitali, libera prestazione dei servizi e diritto di stabilimento.

fiscali che possono avere effetti pregiudizievoli ».

Come è noto, la fiscalità diretta è una competenza propria degli Stati membri, ma, anche in questo settore l'esercizio della potestà legislativa nazionale deve rispettare il dettato comunitario e, per conseguenza, gli Stati membri non sono totalmente liberi di adottare le politiche fiscali che ritengono per loro più opportune. Tali vincoli normativi riguardano innanzi tutto l'interdizione di ogni forma di discriminazione basata sulla nazionalità¹¹. Ovviamente, anche le disposizioni del Trattato CE relative alle regole della concorrenza, ed in particolare agli aiuti di Stato (artt. 87-89 del Trattato CE) costituiscono un vincolo importante per gli Stati membri.

La Risoluzione che ha adottato il Codice menziona espressamente il fatto che esso non ha alcuna pretesa di modificare le competenze rispettive degli Stati membri e della Comunità, così come discendono dal Trattato CE. Per conseguenza il Codice di condotta non vuole svolgere una funzione armonizzativa. In particolare, non è concepito per ridurre le differenze impositive che gravano sulle imprese - basate in Stati membri diversi - che operano nel Mercato interno. Tali differenze sono la conseguenza - per così dire, 'naturale' - del fatto che la tassazione delle imprese è ancora una competenza pressoché esclusiva degli Stati membri.

Il Codice non vuole neppure limitare le distorsioni della concorrenza derivanti dall'applicazione alle imprese di distinti regimi fiscali nazionali e regionali, almeno non come obiettivo diretto. Riservando piuttosto questo obiettivo alla disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato, prevista dai citati articoli 87 e seguenti del Trattato CE, a cui il Codice non pretende di sostituirsi, né d'altronde potrebbe farlo.

Per meglio individuare gli obiettivi del Codice di condotta occorre fare un passo indietro nel tempo e leggere la *Comunicazione* della Commissione¹², che è alle origini della più volte citata Risoluzione del Consiglio.

In tale documento si precisa che, in generale, il fenomeno della concorrenza fiscale è da considerarsi, di per sé, positivo in quanto strumento che agisce a vantaggio dei cittadini e che esercita una pressione al ribasso sulla spesa pubblica nazionale. Tuttavia, secondo la Commissione, « *una concorrenza senza limiti volta ad assicurarsi i fattori della produzione caratterizzati da maggiore mobilità può ripercuotersi negativamente sulle strutture tributarie e provocare distorsioni a detrimento dell'occupazione* »¹³ e, nel contempo, può rendere più difficile una diminuzione della pressione fiscale complessiva.

Una tal forma di concorrenza riduce inoltre lo spazio di manovra disponibile per conseguire altri obiettivi della Comunità (quale la protezione dell'ambiente, la tutela del *modello sociale europeo*, le politiche per un risparmio energetico, ecc.). Infine la competizione fiscale può intralciare gli sforzi intrapresi dagli Stati membri per ridurre i disavanzi di bilancio. E ciò non costituisce soltanto un obiettivo necessario di per

¹¹ «... allo stato attuale del diritto comunitario la materia delle imposte dirette non rientra, in quanto tale, nella competenza della Comunità, ciò non toglie tuttavia che gli Stati membri sono tenuti ad esercitare le competenze loro attribuite nel rispetto del diritto comunitario ». CGCE, decisione del 14 febbraio 1995, causa C-279/93 (Schumacker), 21; si vedano altresì, tra le altre, le decisioni dell'11 agosto 1995, causa C-80/94 (Wielockx), 16; del 27 giugno 1996, causa C-107/94 (Asscher), 36; del 15 maggio 1997, C-250/95 (Futura), 19; del 28 aprile 1998, causa C-118/96 (Safir), 21; del 16 luglio 1998, causa C-264/96 (I.C.I.), 19; ecc.

¹² Comunicazione della Commissione al Consiglio "Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa", del 1° ottobre 1997; COM(97)495.

¹³ COM(97)495, cit., punto 3, p. 2.

sé, ma anche un mezzo per conformarsi ai criteri di Maastricht e al Patto di stabilità e di sviluppo. Per questa ragione, « *l'integrazione dei mercati, non assistita da misure di coordinamento fiscale, pone sempre maggiori limiti alla libertà degli Stati membri di scegliere la struttura tributaria più appropriata, estendendo la base imponibile e diminuendo le aliquote* »¹⁴.

Lo Stato ha un'esigenza di gettito non facilmente comprimibile (o, comunque non comprimibile, oltre un certo limite, se non a discapito dei servizi forniti). Pertanto, la concorrenza fiscale causata da regimi fiscali particolarmente generosi¹⁵, per una logica compensativa, ha come pratica conseguenza lo spostamento della pressione fiscale degli Stati membri da forme d'attività economica facilmente delocalizzabili (principalmente i capitali) alle basi imponibili derivanti dal fattore produttivo 'lavoro' (formato tanto dal salario dei dipendenti quanto dall'utile generato dall'attività d'impresa) che è - per definizione - il fattore economico meno mobile. Il Codice di condotta rappresenta dunque la reazione comune alle conseguenze dell'importante differenziale, tutt'ora esistente, tra la mobilità dei lavoratori e quella dei capitali all'interno del Mercato unico.

Il Consiglio dell'Unione europea non poteva non constatare che, da un punto di vista economico, era del tutto inefficiente un'allocazione dei fattori produttivi dettata essenzialmente dalle misure fiscali di vantaggio. Tanto più che, generalmente, tali misure sono adottate dagli Stati membri al solo fine di attrarre basi imponibili provenienti dai vicini partners europei.

Il Codice di condotta si prefigge di porre un rimedio a questo fenomeno, stabilendo dei limiti alla predetta concorrenza. Certamente, vi si sarebbe potuto ovviare anche seguendo la classica via dell'armonizzazione delle legislazioni fiscali comunitarie, tuttavia il Consiglio dell'Unione europea è stato d'altro avviso, o, più probabilmente, ha valutato che sarebbe stato ben difficile seguire strade diverse. La stessa Commissione, vista l'impossibilità di far avanzare ulteriormente il processo armonizzativo - subito bloccatosi dopo i timidi successi dell'inizio degli anni '90 - aveva pragmaticamente indicato il passaggio dall'*armonizzazione* al *coordinamento* delle politiche fiscali nazionali come una possibile ricetta per uscire dall'*impasse*¹⁶.

L'atipicità del Codice è quindi il risultato di questa scelta e, naturalmente, delle difficoltà, quasi insormontabili, d'arrivare ad un accordo all'unanimità senza passare per complicati compromessi. Ricordiamo infatti che, in materia di fiscalità, l'unanime consenso degli Stati membri è la premessa indispensabile di ogni atto comunitario¹⁷.

¹⁴ COM(97)495, cit., *ibid*.

¹⁵ Anche qualora tali misure siano compatibili con le disposizioni in materia di aiuti di Stato.

¹⁶ « *La Commissione tiene a sottolineare che, nel settore fiscale, tutte le proposte di iniziative comunitarie dovranno tenere pienamente conto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. La Commissione non ritiene che l'armonizzazione dei sistemi fiscali costituisca di per sé un obiettivo; si dichiara piuttosto favorevole ad un approccio pragmatico e realista volto a fornire agli Stati membri mezzi più efficaci per proteggersi contro l'erosione, a favore dei mercati, della sovranità nazionale in materia fiscale ...* ». Commissione Europea, « *La politica tributaria nell'Unione europea* »; COM(96)546 del 22 ottobre 1996, punto 6.2, p. 13.

¹⁷ Per la fiscalità diretta, la base giuridica è rappresentata dall'articolo 94 TCE (« *ravvicinamento delle disposizioni legislative ... che hanno per oggetto ... il funzionamento del mercato interno* ») che richiede delibere unanimi del Consiglio.

La stessa scelta di inserire il Codice di condotta in un *pacchetto* formato da misure fiscali assai diverse tra di loro risponde all'identica logica di pervenire più facilmente ad un consenso unanime. La presentazione agli Stati

Nell'intenzione degli estensori e degli Stati membri che l'hanno unanimemente sottoscritto, il Codice di condotta permette di far fronte ai problemi sopra evidenziati, mantenendo tuttavia una certa concorrenza tra le legislazioni fiscali nazionali (quint'essenza di un sistema-paese), salvaguardando pertanto l'irrinunciabile (per gli Stati membri) principio della sovranità fiscale nazionale.

2.3. I contenuti essenziali

Come già evidenziato, l'elemento essenziale del Codice è la definizione di *misura fiscale dannosa* che si ricava in maniera pragmatica, attraverso una serie di esemplificazioni, ai punti A e B del Codice stesso¹⁸.

Devono ritenersi potenzialmente *dannose* le misure fiscali che determinano un livello d'imposizione effettivo nettamente inferiore rispetto ai livelli generalmente applicati nello Stato membro interessato, e che hanno (o che possono potenzialmente avere) una sensibile incidenza sull'ubicazione delle attività imprenditoriali nel territorio della Comunità. Tale livello d'imposizione può essere determinato dall'aliquota nominale dell'imposta, dalla base imponibile o da qualsiasi altro elemento pertinente.

Il Codice stabilisce diversi criteri che devono essere presi in considerazione nel valutare se le misure che rientrano nel suo ambito di applicazione siano o meno dannose, alla luce delle loro possibili ripercussioni all'interno della Comunità. Le misure fiscali alle quali esso si applica comprendono sia le disposizioni legislative o regolamentari sia le semplici pratiche amministrative.

Rientrano tra le misure fiscali sleali soprattutto quelle misure riservate esclusivamente ai non residenti o concepite soltanto per transazioni effettuate con non residenti; quelle isolate completamente dall'economia nazionale, in modo da non incidere sulla base imponibile nazionale; quelle accordate anche in mancanza della presenza effettiva sul territorio dello Stato membro che le accorda; quelle che si discostano dai principi generalmente riconosciuti a livello internazionale (ad esempio, in contrasto con i principi concordati in sede OCSE in materia di *prezzi di trasferimento*); o quelle mancanti di trasparenza.

Nell'approvare il Codice, gli Stati membri si sono impegnati a non introdurre nuove misure fiscali pregiudizievoli (cd. *status quo*); a esaminare la propria normativa interna e le prassi esistenti e a modificarle, ove necessario, allo scopo di eliminare qual-

membri di un pacchetto di misure da approvarsi contemporaneamente, permette infatti ad eventuali veti incrociati degli Stati membri di annullarsi reciprocamente. La composizione del cd. 'pacchetto Monti' era infatti stata pensata affinché ogni Stato membro trovasse utile per il proprio sistema economico e/o fiscale l'approvazione di almeno una delle misure presentate dalla Commissione in modo da spingerlo - per ottenerla - all'approvazione dell'intero pacchetto di misure.

¹⁸ « A. Fatte salve le competenze rispettive degli Stati membri e della Comunità, il presente codice di condotta in materia di tassazione delle imprese si applica alle misure che hanno o possono avere una sensibile incidenza sull'ubicazione di attività imprenditoriali nel territorio della Comunità ... Le misure fiscali alle quali si applica il codice comprendono le disposizioni legislative o regolamentari nonché le pratiche amministrative ».

« B. ... vanno considerate potenzialmente dannose e pertanto coperte dal presente codice 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 ... ».

siasi misura dannosa (cd. *smantellamento*), nel più breve tempo possibile; a scambiarsi reciprocamente informazioni sulle misure fiscali in vigore - o previste - che potrebbero rientrare nel campo di applicazione del Codice; ad istituire un gruppo incaricato della valutazione delle predette misure fiscali e della supervisione delle informazioni relative a tali misure; e a promuovere l'adozione dei principi diretti ad eliminare le misure fiscali dannose nei Paesi terzi e nei territori cui non si applica il Trattato.

In particolare, gli Stati membri che hanno territori dipendenti od associati, o che hanno particolari responsabilità o prerogative fiscali su altri territori, si sono impegnati, nell'ambito delle rispettive norme costituzionali, a garantire l'applicazione di tali principi nei suddetti territori¹⁹.

La valutazione delle misure che possono rientrare nel campo di applicazione del Codice spetta ad un apposito gruppo che è stato istituito nel 1998 dal Consiglio dei Ministri Ecofin²⁰. Tale gruppo, dopo una prima fase di intenso lavoro, ha predisposto una serie di rapporti, a scadenze regolari, in cui ha reso noto il suo giudizio sui regimi fiscali esaminati.

Nel primo rapporto preliminare²¹, dopo aver esaminato quasi 300 regimi fiscali di vantaggio, ne ha segnalati ben 66 come *dannosi*, cioè rispondenti ai criteri elaborati dal Codice di condotta.

L'adozione di questo primo rapporto da parte del Consiglio è stata alquanto travagliata ed ha richiesto oltre un anno di trattative per arrivare alla sua approvazione²². Si è dovuto, infatti, attendere il Consiglio Ecofin del novembre 2000, che metteva

¹⁹ Vale la pena ricordare che nell'aprile 1998, su impulso degli Stati membri aderenti all'Unione europea, l'OCSE ha adottato una relazione sulla *concorrenza dannosa in materia fiscale*, e che anche nel corso delle riunioni del G8 i *leader* dei grandi paesi hanno manifestato l'impegno ad approfondire gli effetti della concorrenza fiscale pregiudizievole sull'economia mondiale. L'analisi dell'OCSE - che si differenzia da quella comunitaria, non solo per la maggiore portata geografica (base mondiale), ma per essere principalmente concentrata sulle attività finanziarie - stabilisce una serie di orientamenti volti ad affrontare la questione dei regimi preferenziali pregiudizievoli in ambito OCSE, a redigere un elenco di paradisi fiscali su base mondiale e ad istituire un foro per le pratiche fiscali dannose, con l'incarico di sorvegliare l'attuazione delle raccomandazioni formulate nella relazione del 1998; OECD, *Towards Global Tax Co-operation, Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, Paris, 2000.

Se la paternità della primo progetto organico di lotta alla concorrenza fiscale dannosa va probabilmente riconosciuta alla Commissione europea, con il documento presentato nel marzo 1996 al Consiglio Ecofin informale di Verona - SEC(96)487 - è certo che le parallele attività svolte in sede OCSE hanno funzionato da acceleratore per l'azione comunitaria, come indicato nella prima relazione del Gruppo di Alto livello che ha elaborato la bozza del pacchetto fiscale («Numerosi rappresentanti hanno tuttavia auspicato il proseguimento di iniziative specifiche volte a limitare o a far cessare la concorrenza sleale in questo settore, di concerto con i lavori attualmente svolti dall'OCSE»; V. COM(96)546, punto 3.15).

²⁰ Conclusioni del Consiglio del 9 marzo 1998 riguardanti l'istituzione del gruppo «Codice di condotta» (tassazione delle imprese), in *GUCE*, C 99 del 1° aprile 1998, p.1. Il gruppo, che si è riunito per la prima volta l'8 maggio 1998, ha eletto alla sua guida la sig.ra Dawn Primarolo, sottosegretario per le Finanze (più precisamente: *paymaster general*) del Tesoro britannico, assumendo pertanto la connotazione informale di «Gruppo Primarolo» che mantiene tutt'ora.

²¹ Documento del Consiglio SN 4901/99 del 29 novembre 1999. Contrariamente a quanto avviene normalmente per i lavori dei gruppi del Consiglio, il rapporto, con decisione assunta dall'Ecofin il 28 febbraio 2000, è stato reso pubblico ed è consultabile tra la documentazione disponibile nel sito internet del Consiglio dell'Unione europea. I rapporti successivi non sono stati resi pubblici dal Consiglio. Tale mancanza di trasparenza - ritenuta ingiustificata - è stata oggetto di dure critiche da parte del Mediatore europeo (V. comunicato stampa dell'ufficio dell'*ombudsman*, EO/02/17 del 1 luglio 2002).

²² Tale rapporto avrebbe dovuto essere approvato al Consiglio europeo di Helsinki, nel dicembre 1999, insieme alle altre misure del pacchetto, ma, la battuta d'arresto accusata in quell'occasione dalla proposta di direttiva per una tassazione minima del risparmio causò un brusco stop all'insieme delle misure che facevano parte del pacchetto.

altresì a frutto la rinnovata volontà di arrivare ad un'attuazione dell'intero pacchetto fiscale, manifestata dai capi di Stato dei paesi dell'UE in occasione del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira, nel giugno precedente.

Benché non possano essere celati i frequenti dissidi tra gli Stati membri - e con la stessa Commissione europea - su tempi e modalità dello smantellamento dei regimi fiscali non rispondenti ad un criterio di sana concorrenza fiscale, si devono comunque registrare dei significativi effetti della messa in atto del Codice. Dal 1998 ad oggi la spinta degli Stati membri ad introdurre misure fiscali agevolate, potenzialmente pregiudizievoli ai sensi del Codice, si è di molto frenata, e le poche misure introdotte sono state oggetto di un'accurata analisi preventiva da parte del gruppo di controllo del Consiglio.

Inoltre alcuni progetti di legge sono stati trasmessi in via preventiva all'esame del gruppo e molte misure suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione del Codice sono state ritirate ben prima della data finale prevista o sono in via di graduale eliminazione²³.

2.4. Le difficoltà applicative i conflitti di competenza

Secondo le conclusioni del Consiglio Ecofin del 1° dicembre 1997, un periodo di due anni sarebbe dovuto essere sufficiente per lo smantellamento delle misure considerate dannose. La risoluzione precisava che, in ogni caso, «... a decorrere dal 1° gennaio 1998 l'effettivo smantellamento dovrà essere realizzato entro cinque anni, sebbene in circostanze particolari, previa valutazione del Consiglio, possa giustificarsi un periodo più lungo».

In seguito²⁴, il Consiglio Ecofin ha però modificato il calendario dello smantellamento delle misure fiscali dannose, stabilendo comunque che nessuna impresa avrebbe potuto cominciare a beneficiare di tali regimi fiscali dopo il 31 dicembre 2001. Fu prevista un'eccezione per quei regimi che già avevano beneficiato di una precedente decisione della Commissione europea - presa in materia di aiuti di Stato - che avesse previsto una durata maggiore²⁵. Veniva inoltre previsto che il Consiglio avrebbe potuto decidere - mettendone previamente al corrente il Gruppo Primarolo - la proroga degli effetti di determinati regimi fiscali, già qualificati come dannosi, anche al di là della data finale prevista del 31 dicembre 2005.

²³ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo «Prima relazione annuale sull'applicazione del Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese e degli aiuti di Stato di carattere fiscale»; documento COM(1998)595 finale del 25 novembre 1998.

Nel caso dell'Italia lo spontaneo adeguamento agli impegni presi il 1° dicembre 1997 è palese nel mancato avvio dell'attività del *centro finanziario di Trieste* che, tra l'altro aveva ricevuto l'autorizzazione ad operare dalle stesse autorità comunitarie, ma in epoca precedente all'approvazione del codice di condotta.

²⁴ Conclusioni del Consiglio Ecofin del 26 e 27 novembre 2000. Comunicato stampa del Consiglio UE del 27.11.00, n. 453.

²⁵ Per tali regimi venne deciso che le imprese avrebbero potuto beneficiare di tali misure fiscali fino al 31 dicembre 2002 o - se già godevano di tale regime al 31 dicembre 2000 - fino al 31 dicembre de 2005 (cioè, almeno per cinque anni, al fine di non penalizzare tutte quelle imprese che fossero 'entrate' nel regime fiscale agevolato in tempi non sospetti, permettendo loro di ammortizzare i 'costi d'ingresso' sostenuti).

Nel marzo 2003 - dando pratica attuazione alle conclusioni dell'Ecofin tenutosi all'inizio di quell'anno²⁶ - il Consiglio dava finalmente il suo avallo al Rapporto del Gruppo Primarolo, sancendo come dannose le 66 misure in esso considerate. Quasi contestualmente, gli Stati membri presentavano la lista delle disposizioni legislative di modifica dei regimi fiscali in questione al fine di mettersi in conformità con le decisioni del Consiglio. Ancora una volta, però, al momento dell'adozione finale del pacchetto fiscale²⁷, per raggiungere un accettabile compromesso, si procedeva ad un'ulteriore modifica delle regole del gioco. Infatti per sei regimi fiscali (già considerati come dannosi dal Gruppo Primarolo) veniva concessa una proroga allo smantellamento, che, in certi casi, veniva procrastinato fino al 2011 (e oltre, in talune circostanze).

Il caso dei 'centri di coordinamento' belgi²⁸, per la sua complessità e per il contenzioso che ne è derivato, merita un'attenzione particolare in quanto ha dato luogo ad un vero e proprio contenzioso interistituzionale tra il Consiglio e la Commissione europea.

Nel luglio 2003 il Consiglio decideva di consentire al Belgio d'applicare fino al 2005 il suo regime fiscale preferenziale anche ai centri di coordinamento la cui autorizzazione fosse scaduta prima di tale data. Tale regime veniva considerato *compatibile con il mercato comune* ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 2, terzo comma del Trattato CE²⁹. Tale proroga - secondo la Commissione - violava però la precedente decisione *negativa* definitiva della stessa Commissione, presa il 17 febbraio 2003, nell'ambito dei suoi poteri esclusivi in materia di aiuti di Stato³⁰.

La Commissione ricorreva dunque alla Corte di Giustizia richiedendo l'annullamento della decisione del Consiglio. La Corte, con decisione del 22 giugno 2006, annullava la citata decisione del Consiglio per un manifesto 'eccesso di potere'. Secondo il giudice comunitario, infatti « *qualora lo Stato membro interessato non abbia rivolto alcuna domanda al Consiglio, sul fondamento di detta disposizione, prima che la Commissione dichiari l'aiuto incompatibile con il mercato comune, il Consiglio non è più legittimato ad esercitare il potere eccezionale conferitogli dalla suddetta disposizione al fine di dichiarare un siffatto aiuto compatibile con il mercato comune* »³¹.

²⁶ V. Comunicato stampa del Consiglio UE del 21.1.2003, n. 15.

²⁷ Comunicato stampa del Consiglio UE del 3.6.2003, n. 138.

²⁸ I centri di coordinamento erano stati originariamente istituiti con Regio decreto del 30 dicembre 1982, n. 187. In un primo tempo il Belgio aveva previsto un'esenzione fiscale decennale dall'imposta sui redditi per i centri che svolgono un certo numero di funzioni (di natura amministrativa, preparatoria o ausiliaria o di centralizzazione finanziaria) a vantaggio delle imprese del gruppo al quale essi appartengono. In seguito ai rilievi mossi dalla Commissione europea nell'ambito della sua attività di controllo delle misure che rientrano tra gli aiuti di Stato (ex articolo 87), il suddetto regime fiscale aveva subito importanti limitazioni e modifiche già poco dopo la sua attivazione. Attualmente, l'elemento caratterizzante del regime fiscale agevolato dei centri di coordinamento consiste nell'adozione di una base imponibile determinata forfetariamente (secondo il cd. metodo del *cost plus*) per la determinazione dell'imposta sulle società dovuta.

²⁹ Decisione del Consiglio del 16 luglio 2003, 2003/531/CE, *relativa alla concessione da parte del governo belga di un aiuto per taluni centri di coordinamento stabiliti in Belgio*, in GUCE, L 184 del 23 luglio 2003, p. 17.

Articolo 88, comma 2, TCE «... A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato comune, in deroga alle disposizioni dell'articolo 87 o ai regolamenti di cui all'articolo 89, quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione ... ».

³⁰ Cfr. la lettera d'avvio della procedura d'infrazione, pubblicata in GUCE, C 147 del 20 giugno 2002, p. 2 ed il comunicato stampa IP/03/1032 del 16.7.2003.

³¹ CGCE, sentenza del 22 giugno 2006, causa C-399/03 (*Commissione c. Consiglio*), non ancora pubblicata in Racc., punto 24; cfr. altresì CGCE, sentenza 29 giugno 2004, causa C-110/02, (*Commissione c. Consiglio*), in Racc. pag. I-6333, punti 31-35.

La Commissione non ha però potuto festeggiare a lungo tali importanti affermazioni di principio sull'inviolabilità dei suoi poteri sovrani in materia di aiuti di Stato. Anche il Belgio aveva provveduto, quasi simultaneamente, a presentare un ricorso alla Corte di Giustizia. Ovviamente non contro la decisione del Consiglio del luglio 2003, ma contro la precedente decisione della Commissione del febbraio dello stesso anno. Ebbene, la Corte di Giustizia, con una sentenza emanata lo stesso giorno³² ha (parzialmente) annullato anche la decisione della Commissione in quanto tale istituzione comunitaria non avrebbe tenuto nel dovuto conto il *legittimo affidamento* dei contribuenti³³. Per la Corte, i centri di coordinamento che avevano una domanda di rinnovo dell'autorizzazione pendente alla data della notifica della decisione della Commissione « avevano il diritto di nutrire un legittimo affidamento circa la concessione di un ragionevole periodo transitorio per potersi adeguare alle conseguenze » derivanti dalla predetta decisione.

La Commissione, così facendo, avrebbe altresì violato il *principio di uguaglianza*. Si sarebbe infatti creata una discriminazione ingiustificata tra i centri di coordinamento la cui autorizzazione era scaduta poco prima dell'adozione della sua decisione (che potevano così godere degli effetti del regime fiscale di vantaggio fino al 31 dicembre 2010) e quelli con autorizzazione in scadenza dopo la notifica della decisione impugnata - in situazioni sostanzialmente comparabili - ai quali non veniva concessa alcuna misura transitoria, senza che alcun interesse pubblico inderogabile ostasse all'adozione di tali provvedimenti transitori.

3. Il codice di condotta e la disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato

Come si è appena visto esaminando il recente caso dei 'centri di coordinamento', l'intreccio tra disposizioni comunitarie in materia d'aiuti di Stato e impegni assunti dagli Stati membri (e dalla Commissione) nel quadro dell'attuazione del Codice di condotta, ha offerto ampia materia di discussione alla Corte di Giustizia, lasciando tuttavia molti punti insoluti. A prescindere però dall'interpretazione giurisprudenziale che, per quanto possa formulare principi generali ed 'esportabili', risente inevitabilmente dei fatti concreti che è chiamata a giudicare, è opportuno in questa sede tentare un'analisi più generale dei rapporti tra questi due strumenti normativi.

³² CGCE, sentenza del 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03 (Belgio e Forum 187 Asbl c. Commissione), non ancora pubblicata in *Racc.*

³³ Secondo l'Avvocato generale Léger, il legittimo affidamento è «... il corollario del principio di certezza del diritto, il quale impone che la normativa comunitaria sia certa e la sua applicazione prevedibile per i soggetti dell'ordinamento... Pur rinunciando a darne una definizione esaustiva, l'Avvocato generale aggiunge che la sua violazione può comunque essere affermata quando siano soddisfatte determinate condizioni: ... innanzitutto, deve esistere un atto o un comportamento dell'amministrazione comunitaria in grado di aver ingenerato tale affidamento... Inoltre, l'interessato non doveva essere in grado di prevedere il cambiamento della linea di condotta in precedenza seguita dall'amministrazione comunitaria... Infine, l'interesse comunitario perseguito dall'atto impugnato non può giustificare la lesione del legittimo affidamento dell'interessato. Tale ultima condizione è soddisfatta allorché la ponderazione degli interessi in gioco dimostra che, nelle circostanze del caso, l'interesse comunitario non prevale su quello dell'interessato alla conservazione della situazione che tale persona poteva legittimamente ritenere acquisita »; conclusioni dell'Avvocato generale, del 9 febbraio 2006, alle cause riunite C-182/03, C-217/03 e C-399/03, citate.

Senza voler negare le evidenti similitudini tra i predetti strumenti, va subito premesso che il Codice di condotta sulla tassazione delle imprese e la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, prevista agli articoli 87 e seguenti del Trattato CE, perseguono obiettivi distinti, hanno una diversa efficacia giuridica e prevedono percorsi valutativi molto diversi.

Tuttavia - e nonostante quanto premesso - non solo in via teorica le misure fiscali contemplate dal Codice di condotta possono essere oggetto d'esame anche in quanto potenziali aiuti di Stato di natura fiscale, ma è altresì vero che un numero rilevante di misure fiscali, comprese nella lista elaborata dal Gruppo Primarolo con l'assistenza della Commissione europea, è stata realmente oggetto d'un esame approfondito da parte dei servizi comunitari della concorrenza. Nulla che comunque non fosse già previsto dalla stessa risoluzione del 1° dicembre 1997, che, al punto J, già evidenziava che «una parte delle misure fiscali contemplate dal codice rientra nel campo di applicazione delle disposizioni sugli aiuti di Stato di cui agli articoli [87, 88 e 89] del Trattato CE»³⁴.

Va detto che l'analisi che svolge la Commissione rispetto agli aiuti di Stato che comportano una riduzione del carico fiscale delle imprese in materia di fiscalità diretta è un atto autonomo, basato su criteri diversi da quelli adottati dal Codice di condotta al fine di stabilire se una misura fiscale debba o meno considerarsi dannosa. Tuttavia, come d'altronde confermato dalla stessa Commissione³⁵, nel caso specifico si è manifestata una esplicita volontà di operare in completa sintonia. Senza alcun dubbio entrambe le analisi possono dare risultati convergenti, nel senso che le misure fiscali dannose rientrano quasi automaticamente tra gli aiuti di Stato, anche se tale regola non vale, sempre, per il caso contrario.

Come la Commissione ha osservato nella sua Comunicazione sugli aiuti di Stato legati alla tassazione delle imprese³⁶, « il fatto che una misura fiscale sia da considerarsi dannosa in base al codice di condotta non pregiudica l'eventuale classificazione della misura come aiuto di Stato. Per contro, l'esame della compatibilità degli aiuti fiscali con il mercato comune dovrà avvenire tenendo conto, tra l'altro, degli effetti di questi aiuti evidenziati dall'applicazione del codice di condotta ».

³⁴ Il punto J del Codice di condotta prosegue poi precisando che «fatti salvi il diritto comunitario e gli obiettivi del trattato, il Consiglio prende atto dell'impegno della Commissione di pubblicare gli orientamenti per l'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese entro la metà del 1998 ... nonché dell'impegno di perseguire una rigorosa applicazione delle norme relative agli aiuti in questione, tenendo conto, tra l'altro, degli effetti negativi degli aiuti evidenziati dall'applicazione del codice. Il Consiglio prende altresì 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 ».

³⁵ Le dichiarazioni del Commissario europeo pro tempore per la Concorrenza, Mario Monti, non lasciano dubbi sulla complementarietà della duplice azione comunitaria: « Ho chiesto ai servizi della Commissione incaricati di vegliare sulla corretta applicazione delle regole della concorrenza d'esaminare tutti i casi relativi agli aiuti di Stato a carattere fiscale, in modo d'assicurare il diligente rispetto di tutti gli obblighi istituzionali, ed in particolare quelli derivanti dalla Comunicazione dell'11 novembre 1998 [vedi nota seguente] relativa all'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese »; Comunicato stampa IP/00/182 del 23.2.2000. Traduzione italiana a cura dell'autore.

³⁶ Comunicazione della Commissione europea «sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese», (98/C 384/03), punto 30, in GUCE n. C 384, del 10 dicembre 1998, p. 3.

E poco più avanti, lo stesso documento della Commissione che rappresenta la principale linea-guida in materia di aiuti di Stato di natura fiscale, precisa ancora che « per poter ottenere dalla Commissione la dichiarazione di compatibilità con il mercato comune, gli aiuti di Stato destinati a favorire lo sviluppo economico di particolari regioni devono essere proporzionati e mirati rispetto all'obiettivo perseguito. I criteri di esame degli aiuti a finalità regionale permettono di tener conto, nella valutazione degli aiuti fiscali, di altri eventuali effetti di tali aiuti, in particolare degli effetti di questi aiuti evidenziati dall'applicazione del codice di condotta »³⁷.

In uno dei documenti di lavoro dei suoi servizi, in cui si fa il punto sullo stato d'avanzamento dei lavori sul Codice di condotta³⁸, la Commissione si sforza di spiegare maggiormente i possibili punti di divergenza dei due procedimenti, segnalando in particolare che dei 66 regimi fiscali considerati dannosi dal Gruppo Primarolo, la Commissione ne ha rilevato sette - regolarmente notificati dagli Stati membri ai servizi della Commissione - che non erano da ritenersi aiuti di Stato o erano stati considerati compatibili con le regole del Mercato comune.

In realtà soltanto per 43 delle 66 misure enumerate dal gruppo di lavoro del Consiglio - quelle operanti sul territorio degli Stati membri - le disposizioni in materia di aiuti di Stato previste dall'Articolo 87 e seguenti del Trattato CE trovavano applicazione. Infatti un'altra importante distinzione tra il Codice di condotta e le disposizioni del Trattato CE consiste nei diversi ambiti geografici d'applicazione.

C'è infine un altro aspetto che va preso in esame. Oltre ai regimi ubicati al di fuori dall'ambito d'applicazione territoriale delle disposizioni del Trattato, vanno altresì escluse quelle misure fiscali che rientrando nella definizione di regime applicabile alla generalità delle imprese non soddisfano uno dei quattro imprescindibili elementi costitutivi dell'aiuto di Stato: la *selettività*.

Pur se, come già precisato, il Codice di condotta, in quanto semplice accordo politico, non può derogare alle disposizioni del Trattato CE, la diversità della natura

³⁷ *Ibidem*, punto 33. La *selettività* di una misura fiscale dovuta alla sua applicazione territorialmente limitata è un argomento assai controverso. La Comunicazione della Commissione europea del 1998 lasciava un certo margine interpretativo, legato alla giustificazione della *natura o struttura del sistema*, d'origine giurisprudenziale: « Il principale criterio per applicare l'articolo [87, paragrafo 1] ad una misura fiscale è dunque il fatto che tale misura instauri, a favore di talune imprese dello Stato membro, un'eccezione all'applicazione del sistema tributario. Occorre quindi determinare innanzitutto quale sia il sistema generale applicabile. Si dovrà poi valutare se l'eccezione a tale sistema o le differenziazioni al suo interno siano giustificate dalla natura o dalla struttura del sistema stesso, ossia se discendano direttamente dai principi informatori o basilari del sistema tributario dello Stato membro interessato. In caso contrario, si è in presenza di un aiuto di Stato ». Comunicazione 98/C 384/03, cit., punto 16.

In materia di politica fiscale regionale meritano altresì di essere attentamente valutate le recenti affermazioni della Corte di Giustizia, che nella sua decisione del 6 settembre 2006 (C-88/03, *Portogallo c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*), ai punti 56-59 ha precisato come determinare il quadro di riferimento, al fine di valutare la *selettività* di una misura fiscale rispetto al regime 'ordinario': «... l'ambito di riferimento non deve essere necessariamente definito entro i limiti del territorio dello Stato membro interessato, cosicché un provvedimento che concede un beneficio solo in una parte del territorio nazionale non è per ciò solamente selettivo ai sensi dell'art. 87, n. 1, TCE. Non si può escludere che un'entità infrastatale sia dotata di uno statuto di fatto e di diritto che la renda sufficientemente autonoma rispetto al governo centrale di uno Stato membro affinché, grazie alle misure adottate, sia la detta entità, e non il governo centrale, a rivestire un ruolo fondamentale nella definizione dell'ambiente politico ed economico in cui operano le imprese. In tali circostanze, il territorio nel quale esercita la sua competenza l'entità infrastatale che ha adottato il provvedimento, e non il territorio nazionale nella sua totalità, rappresenta il contesto rilevante per accertare se un provvedimento adottato da tale entità favorisca determinate imprese rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga ...».

³⁸ Commissione europea, "Questions liées au processus de démantèlement prévu par le Code de conduite (fiscalité des entreprises)", SEC (2000) 1539, del 19 settembre 2000.

tra le due disposizioni, fa sì che tra il Codice e gli obblighi derivanti dalla disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato non vi sia una reale preminenza, almeno a livello d'intervento. Gli accordi e gli obblighi derivanti dai due strumenti si applicano cumulativamente³⁹. Ciò comporta per gli Stati membri l'obbligo di rispettare le regole più restrittive. Poco importa se queste ultime siano dettate dal Trattato CE stesso o concordate tra gli Stati nell'ambito del loro *gentlemen's agreement*.

4. Conclusioni

All'atto pratico si può constatare che vi è stata una reciproca influenza tra i due strumenti in esame. Un'influenza che ha permesso al Consiglio e alla Commissione di giungere a soluzioni coerenti e compatibili.

Il meccanismo di controllo messo in piedi dal Consiglio per attuare il Codice di condotta è, per sua natura, lento e soggetto ad un processo arbitrale e di mediazione politica che lo rende estremamente fragile. Ben diversa è la situazione per quel che riguarda i poteri della Commissione in materia di aiuti di Stato, che possono essere rapidi ed estremamente efficaci. È pertanto evidente che l'azione di controllo esercitata nei confronti di un gran numero di misure dannose da parte dei servizi comunitari della Concorrenza, ha indubbiamente favorito il successo del Codice di condotta, dandole una parziale forza vincolante - anche sul piano giuridico - che per sua natura non aveva.

Ad onor del vero, va altresì precisato che, in maniera fortuita, si è verificata una circostanza particolarmente favorevole sul piano politico-amministrativo, che ha favorito lo sviluppo di sinergie tra i diversi servizi della Commissione: il prof. Monti, che fino al 1998 era Commissario europeo alla Fiscalità, nel quinquennio successivo è divenuto Commissario alla Concorrenza. Ora, sarebbe stato un po' difficile immaginare che il 'padre putativo' del *pacchetto fiscale* - di cui il Codice di condotta rappresentava forse l'elemento più significativo sul piano economico - una volta passato alla guida politica dei servizi della Concorrenza, avrebbe abbandonato al suo destino il progetto politico di cui era stato il principale artefice.

La Commissione ha inoltre mostrato una certa flessibilità (che il Trattato CE le consente) nell'applicare le regole in materia di aiuti di Stato, cercando ragionevoli appigli - basati sulla buona fede dei percipienti e l'assenza di chiare linee-guida nel settore (precedentemente al 1998) - per evitare il rimborso degli aiuti illecitamente versati alle imprese. Si può pertanto affermare che la politica 'del bastone e la carota' adottata dai diversi servizi della Commissione, in strategica armonia, ha finalmente dato i suoi frutti.

Un accenno, infine, sugli ultimi sviluppi del Codice di condotta.

Nei confronti dei nuovi Stati membri il Gruppo 'Allargamento' del Consiglio (formato da rappresentanti dei 15 Stati membri pre-allargamento), seguendo i sugge-

³⁹ Nella sua decisione del 30 aprile 2002, causa T-195/01 (*Governo di Gibilterra v Commissione*), il Tribunale di Prima Istanza della CE ha affermato che la notifica al Gruppo Primarolo non può in alcun modo sostituire la notifica formale alla Commissione prevista dalle disposizioni comunitarie in materia di aiuti di Stato.

rimenti della Commissione, è stato particolarmente severo. Nell'esame delle misure fiscali che rientrano nel Codice di condotta, più della metà delle misure esaminate (in totale una cinquantina) sono state infatti considerate dannose⁴⁰.

Gli effetti della concorrenza fiscale nell'Europa allargata sono ancora tutti da valutare. Da un lato è evidente che le attività più facilmente delocalizzabili cercheranno (se già non lo fanno) di spostarsi laddove la pressione fiscale è minore⁴¹. D'altro canto un importante spostamento di imprese e capitali verso i nuovi Stati membri contribuirà ad un riequilibrio delle economie nazionali, consentendo ai nuovi Stati membri di avvicinarsi alle medie comunitarie.

Tutto ciò, a lungo termine, avrà sicuramente un effetto non trascurabile anche sulle politiche in materia di aiuti di Stato. Come è infatti noto possono considerarsi compatibili con il mercato comune «*gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso*» (Articolo 87, paragrafo 3, lettera a, TCE)⁴². Ora, perché degli aiuti a finalità regionale possano svolgere un ruolo efficace, occorre che siano concentrati nelle regioni effettivamente più svantaggiate⁴³. Per conseguenza - tenuto conto delle modalità adottate dalla Commissione per poter determinare l'intensità dell'aiuto ammissibile ex articolo 87, 3, lett. a), TCE⁴⁴ - sembra probabile che, almeno in un primo momento, i nuovi Stati membri ne siano i principali beneficiari. Per quanto riguarda, poi, i 'nuovissimi' Stati membri (Bulgaria e Romania) l'intero loro territorio sarà di norma ammissibile agli aiuti a finalità regionale.

Infine, va ribadito che l'azione esercitata dal Codice di Condotta, per sua natura, si limita a combattere regimi particolari adottati dagli Stati membri, ma - come d'altronde le stesse regole in materia di aiuti di Stato - è impotente a fronte di intere strutture fiscali nazionali che rischiano di presentarsi come un irresistibile polo attrattivo per le imprese (ma non necessariamente per le reali attività) transfrontaliere⁴⁵, e ciò, purtroppo, indipendentemente dalle valutazioni imprenditoriali ordinarie o dai rilievi economici che si sono appena formulati.

⁴⁰ Il Consiglio non ha reso pubblico l'elenco di tali misure fiscali.

⁴¹ Non va tuttavia perso di vista che la fiscalità è soltanto uno dei parametri che un'impresa analizza prima di fare una scelta produttiva o localizzativa.

⁴² Questa deroga è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia, che ha precisato che «... l'uso dei termini 'anormalmente' e 'grave' nella deroga contenuta nella lett. a) dimostra che questa riguarda solo le regioni nelle quali la situazione economica è estremamente sfavorevole rispetto alla Comunità nel suo complesso»; CGCE, sentenza del 14 ottobre 1987, (*Germania c/ Commissione*) causa 248/84, Racc. p. 4013, punto 19.

⁴³ «...i massimali di aiuto ammissibili dovrebbero riflettere la gravità relativa dei problemi di sviluppo nelle regioni interessate. Inoltre, i vantaggi degli aiuti in termini di sviluppo di una regione sfavorita devono essere superiori alle distorsioni della concorrenza che ne derivano...»; Commissione europea, «Orientamenti in materia di aiuti di stato a finalità regionale 2007-2013», (2006/C 54/08), in GUCE, C 54, del 4 marzo 2006, p.13, punto 5.

⁴⁴ «La Commissione ritiene... che le condizioni fissate [dall'Articolo 87, 3, lett.a] siano soddisfatte se la regione, corrispondente ad un'unità geografica di livello II della NUTS [unità territoriali ai fini statistici], ha un prodotto interno lordo (PIL) pro capite, misurato in standard di potere d'acquisto (SPA), inferiore al 75 % della media comunitaria. Il PIL pro capite di ogni regione e la media comunitaria da utilizzare nell'analisi sono stabiliti dall'Ufficio statistico delle Comunità europee»; «Orientamenti...», cit., punto 16.

⁴⁵ Si pensi, per tutti, al caso di certe pianificazioni fiscali possibili - ed oggi 'comunitarizzate' -utilizzando i network di convenzioni bilaterali sottoscritte da Malta e Cipro con paesi terzi o, più semplicemente, ai (*law*) flat rates recentemente adottati (o in corso d'adozione) in diversi nuovi Stati membri.

Come già correttamente osservava la Commissione nella sua Comunicazione in materia di aiuti di Stato di natura fiscale⁴⁶, per le misure fiscali di *carattere generale* che ostacolano il corretto funzionamento del Mercato interno, il Trattato CE, non prevede soltanto la possibilità di procedere al riavvicinamento delle legislazioni fiscali degli Stati membri, sulla base dell'articolo 94 attraverso l'adozione delle opportune direttive. Le disparità tra le disposizioni generali che possono falsare la concorrenza e provocare distorsioni possono (*rectius*: devono) essere eliminate sulla base degli articoli 96 e 97 del Trattato CE, il quale prevede che - ove necessario e previa consultazione degli Stati membri da parte della Commissione - il Consiglio possa stabilire « ... *su proposta della Commissione, le direttive all'uopo necessarie, deliberando a maggioranza qualificata* ... ». Per i suoi effetti dirompenti non si è mai fatto ricorso, in materia fiscale, a questo strumento. Ancora una volta *sovranità, sussidiarietà* e perché no, *opportunità*, sembrano far orientare le scelte verso un *coordinamento* delle politiche fiscali nazionali che induca gli Stati membri ad uno spontaneo riavvicinamento delle legislazioni fiscali nazionali. È forse tempo per lanciare un nuovo Codice di condotta che assicuri anche un'equa concorrenza fiscale tra le misure generali adottate dagli Stati membri ?

⁴⁶ Comunicazione 98/C 384/03, *cit.*, punto 6.

Principles of Tax Control over Transfer Prices in the Brazilian Legal System*

Heleno Taveira Torres**

SUMMARY: 1. Introduction - 2. Principle of legality and reasons for certainty in the objectiveness of the methods – assumptions for identification of the “abnormal advantage” by the relevant (or assumed) discrepancy for control over transfer prices; 2.1 Methods for control of transfer prices in Brazilian law - 3. The content of the arm’s length principle and its relation to the constitutional principles; 3.1 Arm’s length and the principle of equity; 3.2 Arm’s length principle and free competition - 4. Non-discrimination and legal protection as limits to the freedom of disqualification of the method option; 4.1 Methods for control of transfer prices – the right to opt in for the best method; 4.2 Criteria for reduction of the breadth of discretionary power, for purposes of comparability. The OECD’s experience on arbitrariness interdiction.

1. Introduction

Tax control over transfer prices is premised upon the technical feasibility of verifying, based on the prices practiced between related or affiliated parties, any significant discrepancies in the prices ascribed to assets, services or rights, to define recognized revenues (for subsequent addition), or the costs borne for such transactions (for subsequent deductibility), taking into account a comparison between the prices effectively practiced and those shown by one of the methods used, depending on the transaction.

Throughout the entire application of the various techniques for taxation or levy, and particularly when handled by those who are under a legal duty of auditing, controlling and applying prescriptive legislation, the interpretation of tax legislation cannot get away from the functional analysis of such techniques, as instruments that serve to fulfill the objectives and the values of the system, so as to ensure the rationality and the necessary coherence that the legal system requires. This is precisely the warning that we must issue at this introductory moment, to stress that the application of the methods for control of transfer prices must not be used without the proper understanding of their purpose, which is not exhausted by the mere use of their criteria, but particularly as an instrument to provide parallel control over the assessment of profit margins that will serve to identify “taxable income”. To deviate from this direction is to incur artificialities and to depart from the actual purpose of the legal instrument that the technique uses as a reference.

* Edited in English by the Author.

** Professor of Tax Law of the Economic and Financial Law Department of the Law School of the University of São Paulo (Graduate and Postgraduate). PhD in Tax Law. Attorney at law.

Thus, it is necessary to understand the purpose of, and what exactly is, tax control over transfer prices, which is far from being an innovative technique for tax enforcement, such as the tax assessment, but rather arises with the purpose of collaborating in the maintenance of strictness for demonstration of the price practiced, disclosing the relevant discrepancies incurred in a given transaction or a series of transactions between (i) related parties, (ii) with a party established in a country with favored taxation, or (iii) where information concerning corporate structures is protected (Law No. 10.451, of May 10, 2002). For this reason, such measure does not permit Tax Authorities to be unaware of the company's accounting and rely solely on the result of such methods. This is why the choice of the best method is a right of the taxpayer and the Tax Authorities may only disregard it when faced with substantial and consistent evidence that could justify its inapplicability. Otherwise, the Tax Authorities could assess fictitious amounts as "income", without any factual sufficiency for such purpose.

It is imperative to remember that the reason to control transactions between related parties, or transactions submitted to one single power of decision, involving the transfer of goods, financing, use of intangible assets or rendering of services, is that they can be practiced with transfer prices that diverge from market prices, practiced under a system that is not aligned with that of free competition. And, as a result, only in these cases can such transactions have any tax relevance, because they have the purpose of: i) generating transfers of tax base calculations from countries with higher levy rates to others with lower levy rates; ii) offsetting negative calculation bases (losses) against positive ones, iii) reducing the calculation base for indirect taxes, or iv) spontaneously deferring the payment of taxes.

In view of the detrimental consequences that can be generated by transfer prices that diverge from the market price, the tax systems of many countries have instituted mechanisms for suppression of such practice, using methods that are capable of controlling the transactions and adjusting the prices to those of the market, thereby ensuring that the arm's length (free competition) principle is respected. And since this is not an exclusive prerogative of the OECD (Organization for Economic Cooperation and Development), to use this principle does not mean, in principle, to unconditionally accept the methods proposed by that institution, [because] what is relevant is to establish the parameters of limits that are closest to the market price, in an attempt of re-composition. Thus, one cannot confuse the arm's length principle, which is applied by any country as a kind of ideal to be accomplished, with the methods adopted by the OECD for identification of such principle, because this is substantially contingent upon the actual formation of the legal system and on how the principle of legality is applied to tax matters.

The methods adopted must be sufficient to fulfill the ideal of the control over transfer prices, when taking as a base the application of the arm's length principle, aiming at attaining the market price or the free competition price, i.e., the price that should be practiced between independent companies, under analogous conditions. However, transfer of prices can involve conditions that diverge from those of free competition, thereby violating the arm's length principle. Thus, in order to recover such market conditions and assure that such principle is respected, Tax Authorities apply the methods for control of transfer prices, as a way of ensuring compliance with these tax control interests (re-composing the tax calculation bases) and extra-tax

control (enabling the principle of free competition), with the commitment of objectiveness and approximation to the ideal of the arm's length principle.

From this derives a legal rule, supported by solid ethical bases, which proclaims, also for related parties, that they should operate with free competition prices, with market prices. For this reason, transactions between related parties must necessarily observe the arm's length principle, developing as if they were business transactions between independent parties, with fair prices charged under analogous conditions, defined by the normal conditions of the market. There may be, and it is expected that there be, transfer prices that do not give rise to any abnormal advantage for the parties that participate in the transaction. The fact that two entities are related parties does not necessarily imply that negotiations between them have any favoring condition as such. The fact of being related parties only implies the simple assumption of existence of advantageous and abnormal conditions between them, which justifies the use of the method, with due regard for the right of choice on the part of the taxpayer, except when the information is unreliable, or is insufficient, or is projected with malice, fraud or simulation.

In this way, tax control of transfer prices is conducted by applying methods that have the purpose of showing the average price (reference price) to be practiced in the relationships between interdependent or independent parties, whose result, when discrepant, may give rise to the necessary adjustment of prices (and possibly of accounting records) of payment transactions based on discrepant amounts (either over or under) in relation to those that would be formed in a transaction between independent parties, on free competition (arm's length) conditions.

2. Principle of legality and reasons for certainty in the objectiveness of the methods – assumptions for identification of the “abnormal advantage” by the relevant (or assumed) discrepancy for control over transfer prices

Transfer price procedures are usually conducted between companies that make up a transnational group of companies (intercompany prices), but such procedures can also be used by related parties that are subject to a common decisional power, such as affiliated companies or those that simply maintain with each other a relationship of cooperation, either by contract or for reasons of economic interest, creating a system of price privileges practiced between them, by conducting underinvoicing (exports) or overinvoicing (imports) for transactions with assets (either tangible or intangible), services or rights, loans (interest), indivisible general charges, among others.

Transactions between related parties or parties subject to a common power of decision, involving sale of assets, financing, use of intangible assets or rendering of services, may be practiced with transfer prices that diverge from the prices for assets, interest rates, foreign exchange risks, royalties, reimbursement of costs or other instruments such as practiced under a system of free competition. In view of this, as mentioned before, such transactions gained tax relevance, inasmuch as they are strategically structured to: i) generate transfers of tax base calculations of countries with higher levy rates to others with lower levy rates; ii) offset negative calculation bases

(losses) against positive ones, iii) reduce the calculation base for indirect taxes, or iv) spontaneously defer payment of taxes. As they may also have the scope of affecting competition, or of practicing, even if only indirectly, a form of dumping, for which the control methods apply with a non-tax function of re-composing free competition prices and avoiding such practices, among others.

In view of these consequences, the tax system of various countries have instituted mechanisms of limitation of the practice of transfer pricing, by using methods to control the transactions and adjust the prices to those of the market, thereby ensuring that the arm's length principle is followed.

From a strictly legal standpoint, especially that of the tax law, it is not the motivation that induces related companies to "abnormal" transfer prices, nor the criteria to define prices or corresponding economic effects, but, rather, the purchase or sale of assets or goods at prices differing from the market prices, and their impact on the formation of the tax calculation bases of the parties involved, which are the most important elements to constitute the legal event that as a consequence requires the application of control methods.

Thus, by legal requirement, given the occurrence of a legal event concerning transfer of prices with considerable discrepancy vis-à-vis market prices, the resulting obligation must be formed between the resident (taxpayer) and the Tax Administration, the purpose of which is to act in compliance (formal duty) with legal requirements stemming from the Revenue Service overseeing incumbency, i.e.: to present, following the proper method, a demonstration of the prices, through calculations and documents. If any relevant discrepancy is ascertained in the transfer prices, then a taxable event is characterized, which will enable the administrative authority to assess ex-officio the amount of the difference due.

However, in order to segregate the elements of analysis of transfer prices, for purposes of the Brazilian control procedure, it is necessary to identify the existence of the relevant assumptions, which are the following:

1. subjective assumptions:

- *presence of parties that are distinct corporate entities (even if for tax purposes), connected by reciprocity relationships.*
- *or in any transaction where the non-resident party is located in a country with favored taxation, or where secrecy of corporate data is protected.*

2. objective assumptions:

- *price transfer transaction.*
- *relevant divergence of prices, as opposed to the normal amount.*

3. extra-territorial element:

- *necessary presence of a non-resident party (either related or located in countries with favored taxation).*

The extra-territorial element¹ that conditions the application of the arm's length pricing principle has a subjective (personal) nature, consisting of qualification as a

¹ For ample comments in this regard see our: TÔRRES, HELENO. "Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas" (International Multi-taxation of Corporate Income), 2nd Edition, SP: "Revista dos Tribunais" (Courts Magazine), 2000;

“non-resident” attributed to one of the participants in the controlled transaction. In this way, the Brazilian procedure for control of transfer prices does not apply to relationships between resident parties, but only to relationships between a resident party and (an) other non-resident party(ies), or any that is/are domiciled abroad.

The subjective assumptions for determination of the transfer price phenomenon correspond to the necessary identification of the parties that participate in the transaction and the type of link established between them. This is particularly important in order to apply the relevant tax control, in respect of the transaction carried out by the company (upon which the rectification applies). Specifically, it should necessarily occur (i) between related parties, i.e., between a resident and a related non-resident party, on the terms of Article 24 of Law No. 9430/96. The “related party” must necessarily be resident or domiciled abroad, in order to characterize “transfer prices” that are subject to control in Brazil. For the purpose of this assumption, according to Brazilian legislation, it would also fall into this category (ii) any type of legal entity located in countries with favored taxation (Law No. 9430/96), or (iii) in countries or jurisdictions where internal legislation requires secrecy concerning the corporate composition of legal entities, or in respect of the relevant ownership (Law No. 10451, of May 10, 2002).

In order to fulfill the objective assumptions of the institute of transfer pricing, the discipline of tax control may only be applied (i) to typical price transfer transactions (between related parties or when the non-resident is established in a country with favored taxation) and when in the transaction there is a “relevant discrepancy” between the covenanted price and the normal value of the assets, services or rights. In view of this, (ii) the methods should be applied to determine the parameter price that will serve for comparison with the price effectively adopted by the parties, for ultimate charge of taxes due on the base formed from the relevant discrepancy ascertained. With this, the Tax Authorities will find an “abnormal advantage”, and based on that, will provide for addition of revenues (exports) or deduction of costs (imports), for purposes of the resulting adjustments to the calculation base for the relevant taxes (Income Tax and Social Contribution on Net Income). However, in order to detect any distortion of the prices practiced in the controlled transaction, it is necessary to define in advance a notion of the normal amount for transfer prices between companies.

Like any other “price”, transfer prices must be established by the related parties as a free competition price, determined by comparison with the price practiced in the relevant market of the asset, service or right, under analogous conditions, which is the ideal projected by the arm’s length principle. On the terms of the OECD Bulletin of 1979, Paragraph Two, the concept of “normal value” should be understood to be the price that would be covenanted between non-related parties involved in equal or analogous transactions, on equal or analogous conditions, in the open market. In other words, the “normal value” should be related to the price practiced for a given transaction, consisting in the compliance with a specific contractual obligation, which can be compared to one practiced in analogous or identical transactions, based on the true conditions of the market in which the transaction is carried out, and corresponding to

the activities performed by the affiliated companies². And to show evidence that the related parties operate in this manner, there should be a demonstration by a proper method, in view of a relevant difference that may be demonstrated. This is the required objectiveness that should be adopted.

In objective terms, the amounts arrived at by application of one of the methods for tax control provided for in the internal legislation of each country are known as “reference price” or “parameter price”, which should be the closest possible to the arm’s length price, i.e., to the “market price”, in a system of free competition. The “parameter price” or “reference price” is the price assessed using tax control methods applied to transfer prices, on the terms of whatever is provided by legislation, which will serve as reference in the comparison with the price that was effectively practiced by the company.

Thus, upon a comparison of the prices practiced by related parties with the reference prices and a determination of existing causal connection between the “abnormal advantage” and the “reciprocity relationship”, the corresponding tax relevance of the transaction will arise, showing the difference over the calculation base formed by the earnings that derive from the difference ascertained, which will legitimate the corresponding adjustment and the tax assessment on the difference found.

2.1 Methods for control of transfer prices in Brazilian law

In order to avoid overinvoicing of imports, which seeks to increase the deductible expense or cost, or overinvoicing of exports, as a way of reducing (internal) profitability, the system for control of prices, created by Law No. 9430/96, is applicable to imports, so that costs, expenses and charges corresponding to assets, services and rights will only be deductible for determination of IRPJ (Corporate Income Tax) and CSLL (Social Contribution on Net Income) up to an amount that does not exceed the price determined according to one of the provided methods. And it is also applicable to exports, when the revenues earned from transactions carried out with related parties, during the relevant period of assessment of the income tax base calculation, are less than ninety percent of the average price practiced for the sale of the same assets, services or rights, in the Brazilian market, during the same period, on similar payment terms, which will be subject to arbitration by means of one of the typical methods.

The methods adopted by the Brazilian system to define the “reference price” are thus divided according to the legal act practiced by the resident party based on the transactions, whether of entry (import) or exit (export) of assets or services. It will also assimilate the type of transaction to which the transfer price system applies, that is: commercial transactions and financial transactions. Active commercial transactions (sales abroad of assets, services and rights) and passive commercial transactions

² For other comments concerning OECD’s interpretation and discipline regarding the arm’s length principle, see: TÔRRES, H TÔRRES NO. “*Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*” (*International tax law: tax planning and transnational transactions*) SP: Ed. RT, 2001, 160-319 page; XAVIER, ALBERTO. “*Direito tributário internacional do Brasil*” (*International Tax Law in Brazil*), 6th edition, Rio de Janeiro: 2004, page 301-26;

(acquisitions abroad of assets, services and rights); as well as active financial transactions (loans granted to parties domiciled abroad) and passive financial transactions (loans received by parties domiciled in Brazil)³, depending on which direction, will give rise to the application of the proper methods, from among which the taxpayer can choose the most favorable one.

For active commercial transactions (exports), Law No. 9430/96 provides for in its Article 19 that revenues earned from transactions carried out with related parties are subject to arbitration when the average selling price of the assets, services or rights, for exports effected during the relevant period of assessment of the income tax base calculation, is less than 90% of the average price practiced for the sale of the same assets, services or rights in the Brazilian market, during the same period, on similar payment terms. The following methods were set forth:

I – EXPORT SELLING PRICE Method (*Preço de Venda nas Exportações – PVEx*): defined as being the arithmetic average of the selling prices for exports made by the company itself to other clients, or to another domestic exporter of assets, services or rights that are identical or similar, during the same period for assessment of the income tax base calculation and on similar payment terms;

II – WHOLESALE SELLING PRICE IN THE COUNTRY OF DESTINATION, AFTER DEDUCTING PROFIT Method (*Preço de Venda por Atacado no País de Destino – PVA*): defined as being the arithmetic average of the selling prices for assets, that are identical or similar, practiced in the wholesale market of the country of destination, on similar payment terms, deducting taxes included in the price levied in the relevant country and a profit margin of fifteen percent of the wholesale selling price;

III – RETAIL SELLING PRICE IN THE COUNTRY OF DESTINATION, AFTER DEDUCTING PROFIT Method (*Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro – PVV*): defined as being the arithmetic average of the selling prices for assets, that are identical or similar, practiced in the retail market of the country of destination, on similar payment terms, deducting taxes included in the price levied in the relevant country and a profit margin of thirty percent of the retail selling price;

IV – ACQUISITION OR PRODUCTION COST, PLUS TAXES AND PROFIT Method (*Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro – CAP*): defined as being the arithmetic average of the acquisition or production costs of the assets, services or rights that are exported, plus taxes and contributions levied in Brazil and a profit margin of fifteen percent on the sum of the costs plus taxes and contributions.

And for passive commercial transactions (imports), Law No. 9430/96 prescribed in its Article 18 that the costs, expenses and charges relative to assets, services and rights, as shown in import or acquisition documents, for transactions carried out with related parties, are only deductible in the determination of the taxable profit up to an amount that does not exceed the price determined by one of the following methods:

I – COMPARED INDEPENDENT PRICES Method (*Preços Independentes Comparados – PIC*): defined as being the arithmetic average of the prices of assets, services or rights that are identical or similar, assessed in the Brazilian market or in markets of other countries, for purchase and sale transactions, on similar payment terms;

³ Classification prepared by XAVIER (1999, page 311);

II – RESALE PRICE, AFTER DEDUCTING PROFIT Method (*Preço de Revenda menos Lucro – PRL*): defined as being the arithmetic average of the prices of assets or rights, after deducting:

- a) unconditional discounts granted;
- b) taxes and contributions levied on the sales;
- c) commission and brokerage fees paid;
- d) a profit margin of twenty percent, calculated on the resale price;

III – PRODUCTION COST PLUS PROFIT Method (*Custo de Produção mais Lucro – CPL*): defined as being the average production cost of assets, services or rights that are identical or similar, in the country where they were produced originally, plus taxes and tariffs levied by the relevant country on exports and a profit margin of twenty percent calculated on the cost assessed.

As for financial transactions, for purposes of control of transfer prices, Law No. 9430/96 provides in its Article 22 that interest paid or credited to a related party, when deriving from an agreement not registered with the Central Bank of Brazil (*Banco Central do Brasil - BACEN*), will only be deductible for purposes of determining taxable profit up to an amount that does not exceed the amount calculated based on the Libor rate, for deposits in dollars in the United States of America for a term of six months, plus three percent per annum on account of a spread, in proportion to the period for which the interest is accrued. In cases of agreements registered with the BACEN, interest will be admitted as determined based on the registered rate, in view of the prior control conducted by the authorities on transactions that are to be carried out. This is the regime of passive operations, which tend to restrict deduction of interest paid or credited up to an amount that does not exceed the amount calculated based on the above criteria.

In the case of a loan with a related party, in an active financial transaction, the lending legal entity domiciled in Brazil must recognize a minimum interest income. For such purpose, interest will be calculated based on the amount of the obligation or of the right, denominated in the currency that is subject-matter of the agreement and converted into *Reais* at the exchange rate announced by the BACEN, for the date of the final term for calculation of the interest. The minimum interest rate may also correspond to LIBOR + 3% per annum.

In the case of financial transactions, the amount of financial charges that exceeds the mentioned limit and the difference of revenue assessed in the form shown above will be added back to the calculation base for income tax owed by the company in Brazil, including assumed or arbitrated profit.

The OECD recognizes the resale price method for purposes of determining arm's length prices, when it states that this method "uses the price for which a product is acquired from a related company and is resold to an independent company". This price (or resale price) is then reduced by an appropriate gross profit margin (the resale margin), which represents the total amount with which the reseller would seek to cover its selling expenses and other operating expenses and, depending on the actions carried out (taking into account the assets employed and the risks assumed), attain an appropriate profit. The remainder, which is obtained after a deduction of the gross margin, can be regarded - after adjustments for other costs associated with the

purchase of the product (for example, customs duties) - an arm's length price for the original transfer of ownership between related parties"⁴.

The method is applied in two stages: i) determination of the resale price, and ii) application of the profit margin. An analysis of these two stages shows a substantial series of appraisals and of subsidiary criteria, which originate from the need to take into account the existing variables in the specific factispecies. As can be seen, the comparison is indirect, because it does not depend on the link between the related parties, i.e., between whom are the prices transferred, and on whom does the tax control apply (the acquirer, for a resale, is an independent operator). It is by establishing the resale profit margin that one can assess whether or not a transaction has been carried out with an abnormal advantage.

In Brazil, this method has been recognized, for imports, by the method of resale price after deducting profit – PRL, and for exports, by the methods of wholesale selling price in the country of destination, after deducting profit – PVA and the method of retail price in the country of destination, after deducting profit – PVV.

Another form of indirect comparison can be found in the cost plus method, which consists of a mechanism for determination of the arm's length price that uses as a criterion the assessment, in a controlled transaction, the costs borne by the supplier of the products, added to a profit margin that is compatible with the market average.

This represents a form of indirect control, inasmuch as the desired comparison requires gathering of data for indication of the cost, and application of reference profit margins, based on the controlled transaction, to establish whether it is compatible with the average of the prices that could be practiced in the concrete situation if not contributing to the advantageous or abnormal conditions for the parties, as a result of the relationship. In Brazil, this method model is represented by the Acquisition or Production Cost, Plus Taxes and Profit method (CAP), and by the Production Cost, Plus Profit method (CPL).

3. The content of the arm's length principle and its relation to the constitutional principles

All effort employed for application of the methods only indirectly aims at attaining the formation of the taxable income in the period, so that the method cannot be presented as an adequate technical means for substituting something that is already molded in Income Tax legislation, for purposes of effective assessment. These are ancillary methods that can only be used when there is presence of the motivation criteria provided by law, when there is presence of the assumptions, and provided that they are intended for adequate adjustment of the prices practiced, with objective bases, even if aimed at the ideal of free competition price, which is the essence of the arm's length principle. As Ricardo Lobo Torres says, the arm's length principle signals in the sense that such prices must be those of competition or of the market, without any overinvoicing or underinvoicing, i.e., equal to those practiced by independent

⁴ OECD (1996, page II-5, item 2.14);

companies, or, metaphorically, by persons that are placed at ‘a distance of an arm’ (at arm’s length)”⁵. Actually, it only signals, but does not require one to always and invariably arrive at such price.

For tax matters, compliance with the arm’s length principle for determination of the reference price, using the adjustment methods, serves to determine the effective financial capability of the taxpayer omitted by manipulation of prices, using under-invoicing or overinvoicing. The comparison methods must necessarily observe the principle of financial capability. And thus the correct application of the methods will correspond with either more or less evidence to the arm’s length criterion, to the exact extent that the result reflects the effective market price (free competition price). If there is a principle that must be respected by the legislation and by the ones who deal with tax law, for purposes of tax justice, it is the financial capability principle, which must always be achieved by the search for the material truth, in the ambit of evidence. Otherwise, the transfer price discipline would serve as a mechanism for taxation by means of fictions and assumptions, which would collide head-on with the constitutional system of any nation that contemplates such principle as a criterion for justice in taxation.

These are the facets for application of the arm’s length principle regarding transfer prices, to be determined directly between the related parties, according to methods contemplated in advance, for the establishment of such prices, as a reflection of the material truth and disclosure of the effective financial capability, in objective terms.

Thus, segregating the arm’s length principle, as the principle that should prevent the relations between related parties according to the definition of their transfer prices, and the *result of the application of the adjustment methods*, the “reference price”, we believe that the latter always intends to fulfill the arm’s length principle, as the ideal to be achieved, as much as possible. For this reason, the chosen methods should reflect, when comparing the price effectively practiced (between interdependent parties) and the objective market price (practiced between independent parties not established in “tax havens”), the actual financial capability of the parties involved, and nothing more than this, under penalty of leading to confiscation (article 150, IV, Federal Constitution), by levying what would not be due, when higher; or jeopardizing the isonomy due to the undisputable violation of equivalent treatment, when lower, in the assessment of the calculation base for the taxes involved.

This is because, as an ideal, it is expected that all transactions between related parties should have their transfer prices covenanted on conditions of free competition, on same or similar conditions, as if they were practiced between independent parties. However, if the arm’s length principle is not observed under such conditions, and assuming that legal provisions in this regard are set forth and applicable, Tax Authorities may adjust the prices practiced, according to its own methods, aiming to establish them the closest possible to the prices defined between independent parties.

For this reason, the application of the methods cannot be seen as having the typical appearance of arbitration of the calculation base, making assumptions for as-

⁵ TORRES, RICARDO LOBO. “O princípio *arm’s length*, os preços de transferência e a teoria da interpretação do direito tributário” (The arm’s length principle, the transfer prices and the theory for construal of tax law). *Dialética de direito tributário* magazine. SP: Dialética, 1999, n° 47, p. 01 (separata);

assessment of profits, always and mandatorily. This may only happen when the taxpayer has not presented its option of best method, or when, even if presented, the results derive from the demonstration made using inconsistent or unreliable data. Thus, it is all about the concern with the objectiveness that should be sought at all costs, in respect of the principle of legality, while assuring the respect for the principle of financial capability.

3.1 Arm's length and the principle of equity

Klaus Tipke claims that the arm's length principle can serve for the fulfillment of the principle of equity. However, this is a statement that should be pondered, because it depends on the referential used, reminding us of the proposed distinction between the arm's length principle and the reference price.

It is unquestionable that the arm's length principle seeks to reveal an inequity (observed from the divergence of prices) and, based on the parameter of a normal price (free competition price), applying the system of equity when establishing prices. But this is for competition purposes, not for tax purposes. At no time does this criterion serve for isonomic treatment by Tax Authorities in relation to the taxpayer that is subject to control of transfer prices. It is precisely to the contrary! The taxpayer should allege equity (an essential protective right against abuses of the Tax Authorities) specifically for defense against imposition that could derive from rectification of prices that has arisen with the comparison procedures.

If the arm's length principle serves for some sort of equity, it is the one that establishes the "generality" (Article 153, Paragraph Two, I, of the Federal Constitution), according to which all persons should be levied with income tax up to the limit of their financial capability, without distinctions or privileges.

The rules for isonomy that are present in the Brazilian tax system do not concern only the Government-taxpayer relationship (individualized), when one applies the criterion of isonomy (Article 150, II, of the Federal Constitution) as a corollary for Article 5, I (all are equal before the law); but it also provides on the actual relationship between citizens, in view to the Government's tax mechanism, where isonomy (in this case) reveals itself in the principle of generality as a proto-principle, the base principle and the point of convergence of the other ones, which prohibits any and all forms of discrimination or of concession of privileges (Article 150, II, of the Federal Constitution), by which all citizens should submit themselves to the Government's power of levy, paying taxes to the extent of the economic capability that they appear to have. And this is an entirely different legal situation, distinct from equity as a result of Article 5, I of the Federal Constitution.

It is the generality that should inform the levy on income, together with the universality, according to which all of the profits, earnings and gains obtained, and the progressiveness, should contribute to the formation of the tax base calculation of all legal entities.

The discrimination that one questions corresponds to the privilege that could be maintained by some (who, due to the privileged relations that they have, transfer prices so as to reduce taxable income), of "not handing over money to the Govern-

ment”, and by the non-occurrence of the creation of a tax obligation (as it would effectively be), while others would continue to be subject to such obligation. This would eliminate the fulfillment of tax isonomy, in terms of generality, given that any extra-tax treatment that provides privileges should be avoided, or reduced to a minimum of possibilities, up to the limit of not affecting the proto-principle of equity.

As a result, control of transfer prices becomes legitimate, as an assurance of the principle of isonomy, to the extent that it preserves the “generality” and, consequently, the principle of financial capability. This principle can be translated into an expression of tax justice that assumes the economic capability of the party, as a necessary but insufficient condition. Such economic capability must be more than a certain minimum and considered to be reliable in order to contribute to the formation of public revenue, in relation to the amounts validated in the Constitution.

Hence, the comparison methods must observe the principle of financial capability, and they will correspond to a greater or lesser degree to the arm’s length criterion in proportion to the extent that its result reflects on the effective market price (free competition price). If there is a principle to be observed by legislation and by the ones who apply it, that should be the principle of financial capability. This indeed is a true principle. Otherwise, the transfer price discipline would serve as a mechanism for taxation by means of fictions and assumptions, which would collide head-on with the Brazilian constitutional system.

The Brazilian legislator should have no concern with any equivalence between the methods that have been chosen and those that the OECD suggests, or with what has been structured in other countries (apart from the usefulness of the experience reflected in their studies). It is important for the legislator to comply with his/her incumbencies, under the shelter of constitutional precepts, creating taxes and the relevant control mechanisms, in the interests of the relevant collection and control, all of which within the limits of the principles and assurances ascribed to the taxpayers by the Federal Constitution.

3.2 *Arm’s length principle and free competition*

The principle in question became known internationally by the English expression “arm’s length principle”. It is of maximum importance for the study of transfer pricing, more from its repercussions in the sphere of competition law than from those of tax law, in respect of the application of the relevant comparison methods, all of which are valid, provided that they are sufficient to enable visualizing the equivalence of the prices practiced to the market prices. The OECD itself is not only concerned with taxation, but also with competition law, economic law, etc.

Free enterprise and free competition are separate concepts⁶, even if supplementary. Freedom of competition is nothing more than an instrument to guarantee fair prices deriving from the battle between interests of the private agents in the relevant

⁶ GRAU, EROS. “A ordem econômica na Constituição de 1988” (*The economic order in the Constitution of 1988*), SP: RT, 1990, page 229; cfr.: SILVEIRA, PAULO ANTÔNIO CALIENDO V. da. “Defesa da concorrência no Mercosul” (*Defense of competition in the Mercosur*). SP: LTr, 1998, page 55;

markets, taking the former, private enterprise, as a premise to the extent that it is performed observing the freedom of purposes, means and forms, to achieve the relevant economic interests.

Free competition (in the sense normally conferred on it: “free contest between the forces of the market, disputing clientele”), manifested in the behavioral form of competitiveness, subject to legal regulation of the economic order, offers basis for intervention by the Government, only and strictly when abuses are committed aimed at reducing the incidence of free competition, or to implement systems of control of prices practiced in one same sector of activities.

Freedom of economic initiative is an ample and complex concept, comprising in its context, among others, the liberty to limit the activity of the company and to regulate competition relationships with other entrepreneurs. Well, a legal precept that uses as a basic premise for its understanding, as described by the OECD, the fact that, while a company, in relation to other independent companies, in the acts of conducting its businesses, (usually) maintains commercial and financial conditions determined by market forces; but when in relation to parties to which it is related in any form, it conducts the same businesses in commercial and financial conditions that are more favorable and advantageous, the control over such situations that diverge from market rules essentially serves for nothing more than the conduction of principles of economic order, as is the case of free competition (Article 173, IV, of our Federal Constitution), free enterprise and further, in the case of Brazil, to the fulfillment of Paragraph Four of Article 173 of the Federal Constitution, according to which: “The law shall suppress abuse of economic power that aims at domination of the markets, at the elimination of competition and at arbitrary increase of profits”.

Free enterprise “expresses unfolding of freedom” as Eros Roberto Grau states, for whom “the freedom of initiative does not only identify the freedom of enterprise (...) it encompasses all of the forms of production, whether individual or collective”⁷. As a corollary of this principle, free competition, in turn, is identified with free competitiveness.

The arm’s length principle aims also at establishing an “extra-tax” purpose, which is of promoting fair competition and reducing the divergences of treatment with other resident companies, both in mutual relationships and relationships with other companies that operate with non-resident companies. Seen from this angle, the arm’s length principle is more oriented to giving rise to isonomic treatment in the ambit of the domestic market, for commercial transactions between companies that are somehow related under advantageous conditions and transactions made between independent companies, in order to avoid harmful advantages and, particularly, those of a tax nature, to the extent that they directly affect the Government’s mechanism for collection and financing.

For this reason it is impertinent to state that the arm’s length principle serves only to establish the guiding criterion for tax control of transfer prices. Specifically in the tax area, it also serves for control of indirect profit distribution, as well as control of

⁷ GRAU, EROS. “A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)” (*The economic order in the Constitution of 1988 (construal and critique)*). SP: RT, 1990, page 226;

under invoiced imports, in the case of customs taxes, as well as of extra-tax purposes, such as the practice of free competition, thereby ensuring that the principle of free enterprise is respected.

4. Non-discrimination and legal protection as limits to the freedom of disqualification of the method option

The Constitution, when it supports a principle such as of financial capability, and at the same time assures the rights to equality and to property, imposes exclusively upon the legislators the value of adopting a single criterion for progressiveness and discrimination in tax levy, as a means of achieving some form of tax justice. This is what one reads in Article 145, Paragraph One: “(...) taxes shall have a personal nature and shall be progressive according to the economic capability of the taxpayer (...)”. Such progressiveness can oscillate between the two indispensable limits: i) the minimum for subsistence, for individuals, or for the costs that are necessary for generating income and maintaining property, in the case of legal entities, and that of ii) non-confiscation. In the exact words of Aliomar Baleeiro, the introducer of the principle in Brazil: “An analysis of this provision breaks it down into three combined principles for purposes of social justice through taxation: a) personalization of the taxes; b) progressiveness; c) financial capability.”⁸ And so it is.

Since the principle of financial capability is the only criterion admitted by the Constitution for distinction of systems and of treatment between taxpayers, when they are in analogous conditions, non-discrimination requires criteria of effective comparability to admit any kind of segregation between parties, in respect of the applicable tax system. Therefore, it is necessary to use a very objectively defined judgment when determining whether or not people are in an “equivalent situation”.

This theme leads us to weigh the values that inform the two dearest principles of any legal system, which are the certainty of the law and the legal protection, through the predictability of expectations and strict criteria in the typical application of taxes.

Well, detailed prescriptive legislation as a corollary of the rule of law, due to the role of stabilization of expectations that it performs in the legal context, imposes a material bind to law enforcers⁹, so that qualifications and semantic limits cannot be supplanted by administrative authorities in the acts of construal, by means of political, economic or social evaluations. These are variables that will have to be progressively subtracted by the legal regulation that has being brought about, which is increasingly

⁸ BALEEIRO, ALIOMAR. “*Direito Tributário Brasileiro*” (Brazilian Tax Law). RJ: Forense, 11th edition, 1999, page 704; Concerning the relationship between financial capability and extra-tax nature, see the following important study: COELHO, SACHA CALMON NAVARRO. “*Curso de direito tributário Brasileiro*” (Course on Brazilian Tax Law). 2nd edition, RJ: Forense, 1999, pages 77-84;

⁹ According to Guastini: “La garanzia dei diritti è massima quando la legge, nel conferire un potere, pone ad esso non solo limiti, ma anche vincoli sostanziali, predeterminando il contenuto dei suoi atti (ossia conferisce un potere vincolato)”. GUASTINI, RICCARDO. *Legalità (principio di)*. *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Torino: UTET, 1987, v. IX, p. 89.

analytical and objective, in the process of positivation. The rule of law mandate for clear and objective regulation thus is not limited to serving only as a criterion for guidance of the legislative function. Its efficacy has repercussions on any act of creation of a legal rule, particularly in the performance of acts of tax assessment, when practiced by tax authorities, either *ex-officio* or in the conduction of audits, even in cases where discretionary judgment is applied as an instrument of legal protection for the controlled parties.

Legal protection thus aims at conferring predictability on the regular positivation of the law, which can only be accomplished if there is legal certainty, i.e., an exact determination of the applicable legal content, and the maintenance of equality of treatment of parties by competent authorities, on their law enforcement activities. Thus, we will have the assurance, as a result of two axiological variables that supplement each other, certainty and equality. In the certainty function, the predominant value is predictability, as a requisite for prior determination of the effects that the legal system attribute to behaviors, in the normative regulation of typical actions; in the equality, the respect that all of the bodies that draft rules must have in order to ensure compliance with the laws in an impartial and non-discriminatory way, in the law making process, thereby protecting the mentioned predictability of the certainty function. These are values that accompany the formal legality from the formation of the liberal state – equality and certainty, as means of justice and protection. And from legality in a formal sense one goes on to material legality, because it is substantive legality that conditions power, establishes its limits, outlining its field of material action in respect of a given matter, as a way of assuring specific constitutional values. This is a means of obtaining an essential legal guarantee, as the more disciplined the exercise of power, the smaller is the space for arbitrary action (principle of interdiction of arbitrariness), when reducing the field of indetermination of concepts (*lex certa, stricta* and complete), which are institutes and procedures of law.

Thus, the nature of the bound act, which is inherent to the administrative act of assessment, requires in the process of creating an individual and concrete rule by the administrative authority with proper jurisdiction, the prevalence of the semantic content of the construed text (law) in a relation of “class” (connotation) and element (denotation) – the administrative act. The application of law requires full consonance with what the legislation and its legal precepts actually mean, refraining the construer from interfering in the meaning, imposing his/her desires, on account of “doing justice” or overcoming the “formalism” that may sometimes arise as corollary of the positivism. Hence, in view of detailed prescriptive legislation, the action of the law enforcer finds clear limits in the law, both of a formal nature (i) concerning the procedures that are to be adopted, and of a material nature (ii) concerning the content to be included in the rules to be created.

4.1 Methods for control of transfer prices – the right to opt in for the best method

As already mentioned, for determination of the “reference price” the methods provided in legislation should be used, but regardless of the method of comparison of prices applied, the party – taxpayer or authority – that carries out the “adjustment of the import or export prices for tax purposes”, must always bear in mind the due impor-

tance of correct and unbiased determination of the relation that must exist between the price practiced in the transaction and that which would have been practiced in analogous transactions between independent companies (arm's length), avoiding arbitrariness on its acts or choices.

The purpose of the methods cannot be other than fulfilling the criteria of the arm's length principle, the content of which is summarized into determining the price and the conditions that non-related parties practice, or would practice, if they were in equal situations, in view of the comparativeness with the prices of the controlled transaction carried out between related parties, so that it can be fulfilled, either directly (comparison methods) or indirectly (survey of data and margins). And this is always aimed at fulfilling the principle of financial capability in the controlled transaction, and not only at the adoption of the criterion *per se*.

In the search for the "best method", neither the administration nor the taxpayer have the obligation of applying more than one method, so as to distinguish which are the most adequate for the transactions practiced and which should not be adopted. This demonstration is not necessary inasmuch as the system understands that it is unnecessary for the taxpayer or the Tax Authorities to show evidence that a given method is not applicable, so that they can resort to other methods. The rule is of admitting the use of the method that is most convenient for the taxpayer. If there is any freedom, this is limited to the methods that the legislation permits; but, once selected, the taxpayer is required to maintain the method, by asset, service or right, throughout the entire period of calculation of the tax. And this is an assurance for the taxpayer itself, to the extent that it guarantees for it the right of practicing the prices arrived at with the use of the chosen method, without any interference by the Tax Administration.

The methods adopted by Brazilian legislation to conduct control of transfer prices can be divided between simple or direct comparison methods and complex or indirect comparison methods, which only permit comparison between the price practiced in the controlled transaction and the reference price, obtained through assessment of data and application of reference margins. This classification uses as a criterion the necessity or non-necessity of gathering data or of definition of profit margins, and resulting equalization, respectively, between concrete transactions (direct comparison) or between a concrete transaction and a transaction that could have been practiced in the concrete situation if they had not contributed to conditions that were advantageous or abnormal for the parties, on account of the related party condition (indirect comparison).

There are two methods that, by the characteristics that they support, may be grouped in the class of simple or direct comparison methods. These are the Compared Independent Prices method (PIC) and the Export Selling Price method (Pvex), the comparativeness of which does not require assessment of data or definition of profit margins, using simple identification of the market price practiced for similar products under similar payment terms¹⁰.

¹⁰ This opinion is shared by MAISTO, when stating: "Infatti, anche i metodi del prezzo di rivendita e del costo operano una comparazione in quanto raffrontano l'utile lordo conseguito dalla dalla impresa associata con quello che una delle imprese associate avrebbe conseguito nell'ipotesi in cui le stesse attività fossero state svolte a favore di imprese indipendenti". MAISTO, GUGLIELMO. Il progetto di rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento. *Rivista di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1995, abr., n° 4, p. 364;

What the direct comparison methods allow is a comparison of the prices of product or services transferred in a controlled transaction with the price charged for transactions that occur between independent parties, on similar payment terms¹¹. For this reason, legal scholars usually claim that this method of “comparison of prices” represents a more typical expression of the determination of arm’s length prices, which is very different to saying that it is the only way of arriving at an arm’s length price, because it enables a direct comparison with the prices practiced by independent companies and reflects the market conditions (free competition).

One of the most common methods for determination of prices without interference is the CUP – Comparable Uncontrolled Price method, which is similar to our PIC. The application of this method is carried out by comparison between the price practiced for an international transaction and the price established in a similar transaction, carried out between independent parties on similar conditions. This is a simpler method that enables assessing the occurrence of price transfer, even if, in practice and paradoxically, this simplicity renders it unviable.

PIC is a comparison method that is applied to import transactions carried out by residents with assets, services or rights coming from related non-resident parties, the reference price of which is arrived at by simple equalization (arithmetic average) of the prices, in relation to identical or similar assets and on similar payment terms, for purposes of deductibility of the cost by the Brazilian resident, so as to avoid overinvoicing or other advantageous conditions, which would not exist if they were practiced between non-related parties.

The application of control of transfer prices for transactions that have the purpose of assignment of material assets preferably should adopt the application of the method of “comparison of prices”, so that the transfer price of the asset that is subject-matter of the controlled transaction can be compared with that practiced for a similar sale: between independent companies (external comparison), or between a company of the group with an independent third party (internal comparison). The claims for fulfillment of the condition of identity of the transactions thus result in the substantial failure of the price comparison method, so that it is necessary to support the comparison on less rigid parameters, i.e., on the similarity of the transactions, in respect of the characteristics of the assets and the selling conditions.

4.2 *Criteria for reduction of the breadth of discretionary power, for purposes of comparability. The OECD’s experience on arbitrariness interdiction.*

In order to minimize so many difficulties that derive from the attempts of using the comparability methods, the OECD presented an interesting proposal in its guidelines, which are inherent to the way that transfer prices should be assessed and the relevant implications contemplated (*guidance for applying the arm’s length principle*)¹².

¹¹ Cfr.: MAISTO, GUGLIELMO. *Il “transfer price” nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova: CEDAM, 1985, p. 106;

¹² See, for example: OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OCDE: 1996, pages I-7 to I-15;

The proposal attempts to identify the transactional focus, so that the arm's length price can be defined using an identified transaction (or a group of related transactions), which represents the controlled transaction, based on which the adjustment can be applied, in view of transactions between independent parties on similar conditions.

Following this, one should conduct a comparative analysis or comparability, for purposes of applying the arm's length principle, which usually is based on the comparison of the conditions of the controlled transaction with the conditions present in the transactions that occur between independent companies. For this it is necessary to take into account the relevant economic characteristics of the situations being compared.

In this regard, one should take into account the intrinsic characteristics of the assets or services that are subject-matter of the transaction. Differences between the specific characteristics of the assets or services will reflect in the relevant price practiced in the open market. For this reason, the arm's length price must be based on the conditions of the market, which reflect typical commercial practices, by type of product or services. Thus, it is necessary to know how to focus on which of the characteristics are most relevant for purposes of the comparison, varying according to the type of asset or service. For material assets, the physical characteristics, the quality, the reliability, the volume of the sale, the availability in the market should be focused; for services, on the other hand, such characteristics correspond to the nature and to the objective extension, the typology and the quantitative relevance; for industrial property, the legal typology of the transaction (sale or license), the type of intangible asset (license, know-how, etc.), the duration and the intensity of the legal protection, the benefits obtained from the use of the intangible asset should be examined. But this does not exclude the possibility of comparing the purpose of the business subject to control with assets that are only similar or interchangeable.

Any comparison procedure must also contemplate a so-called functional analysis of the transactions carried out, in view of the specific functions that the companies perform, as well as taking into account the assets used, the risk assumed in each jurisdiction by the different companies of one same economic group: risks concerning market, country, credit, liquidity, exchange rate, existence of loans, all of which on a functional basis, in order to identify and segregate the significant economic activities and the liabilities (costs and risks) in the relations with related parties and in the relations with independent parties. For this reason, special attention must be given to the structure and to the organization of the business group.

The contractual terms are also object of intense concern, inasmuch as in practicing prices where the arm's length principle is applied, the contractual terms of the transaction define, either explicitly or implicitly, which are the liabilities, risks and benefits to be shared between the parties, which must be amply contemplated in the functional analysis, when one must take into account the legal obligations assumed by the contracting parties and, hence, the legal effects of the transaction that must be contemplated in the comparison procedure. However, there is a recognized right of the tax authorities of not accepting the conditions of the agreement, when: i) the form of the transaction differs from the economic substance; or ii) the form and sub-

stance of the transaction coincide, but the conditions covenanted between the parties would not reasonably be covenanted between independent parties.

The economic circumstances in which the contracting parties are inserted are also considerably relevant. The arm's length price must take into account the varieties and peculiarities of the various markets¹³, where transactions occur with certain products or services. The similarity of the geographical markets, the size and sophistication of the markets and the available alternatives should serve as an element for the purpose of comparison between the price practiced between independent parties and that practiced by related parties. Preferably the market contemplated should be the same as where the parties operate, and any differences should not have a material effect on the price, to the extent of hindering the proper adjustments that could be necessary.

Lastly, the OECD's guidelines stress the so-called business strategies, since in the comparison analysis there should be consideration for the factors that are inherent to business strategies in the conduction of the businesses that are inherent to the product or service (innovation, diversification, etc.) and the plans for conquering markets. It is pertinent, therefore, to make an opportune comparison between the commercial strategy of the related company with that pursued by independent parties in analogous circumstances.

Actually, as Brazil is not a member of the OECD, it is not required to comply strictly with these rules, but it is important to remember that the Client's parent company is located in a country that is a member of the Organization and, despite not being a signatory of a convention to avoid international double taxation with Brazil, it maintains this reciprocity commitment. As a result, for one of the related parties there is a requirement of verification of such criteria and conditions of comparability. And one can already see that the supposed "ease" of using the comparability method is not quite so simple and involves extremely high amounts and costs, in addition to the difficulty of finding a transaction that is susceptible to such comparison.

Another aspect that could interfere in the results of the comparability concerns the influences Government places upon market laws, through policies of managed prices, establishment of interest rates, restrictions to the deductibility of costs, exemptions. It is absolutely necessary that the effect of these governmental choices be contemplated for correct application of the arm's length principle.

All of this effort is aimed at reducing arbitrariness, by fostering the reasoning of administrative discretionary power to rely on technical elements that are the most rigid possible, so as to ensure legal protection, with ample avoidance of arbitrary acts in the identification of market prices, in relations between parties that may in some way be interrelated.

¹³ "Characteristics that it may be important to consider include the following: in the case of transfers of tangible property, the physical features of the property, its quality and reliability, and the availability and volume of supply; in the case of the provision of services, the nature and extent of the services; and in the case of intangible property, the form of transaction (e.g. licensing or sale), the type of property (e.g. patent, trademark, or know-how), the duration and degree of protection, and the anticipated benefits from the use of the property". OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OCDE: 1996, page I-9;

One thus should not confuse the practicability and the efficiency of tax administration with any kind of uncontrolled quest for increase of revenue, which certainly will be achieved as a consequence, but not exactly as a purpose as such. Controlled procedures, fair identification of the financial capability by practical means and celerity for enabling tax assessment, with due regard for individual rights and for the applicable legislation, these effectively must be the instruments for promotion of the principle of efficiency in Tax Administration. We expect that such efficiency to be reflected in the solution of conflicts in this field, whose sluggishness and excess of procedures cause unequivocal losses for the Internal Revenue and for the taxpayers.

Principi di controllo fiscale in materia di prezzi di trasferimento nel sistema giuridico brasiliano*

Heleno Taveira Torres**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Principio di legalità e certezza ai fini dell'obiettività dei metodi – presupposti per individuare il “vantaggio anomalo” dato dal relativo (o presunto) divario nell'ambito del controllo dei prezzi di trasferimento; 2.1 Metodi di controllo dei prezzi di trasferimento nella normativa brasiliana - 3. Implicazioni del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) in rapporto ai principi costituzionali; 3.1 Principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) ed equità; 3.2 Principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) nel libero mercato - 4. Non discriminazione e protezione giuridica quali limiti alla libertà di dequalificare la scelta del metodo; 4.1 Metodi di verifica dei prezzi di trasferimento – il diritto alla scelta del metodo migliore; 4.2 Criteri per ridurre il potere discrezionale ai fini della comparabilità. L'esperienza OCSE contro l'arbitrarietà

1. Introduzione

Il controllo fiscale in materia di prezzi di trasferimento presuppone la possibilità tecnica di verificare, sulla base dei prezzi praticati tra collegate o affiliate, qualsiasi differenza rilevante nei prezzi attribuiti a beni, servizi o diritti, per definire gli utili riconosciuti (al fine di una successiva maggiorazione), o i costi sostenuti per le transazioni interessate (al fine di una successiva diminuzione), tenendo in considerazione un confronto tra i prezzi effettivamente praticati e quelli indicati da uno dei metodi utilizzati a seconda della transazione posta in essere.

Nell'applicazione generale delle varie tecniche ai fini della tassazione o del prelievo, e in particolare quando tali tecniche sono utilizzate da coloro che sono giuridicamente responsabili della verifica, del controllo e dell'applicazione della normativa prescrittiva, l'interpretazione della legislazione fiscale non può prescindere dall'analisi funzionale di dette tecniche, quali strumenti necessari a raggiungere gli obiettivi e a soddisfare i valori del sistema, così da assicurare la razionalità e la coerenza richiesta dal sistema giuridico. È precisamente questo l'avvertimento che dobbiamo dare in questa introduzione, per sottolineare che i metodi di controllo dei prezzi di trasferimento non devono essere applicati senza la giusta comprensione del loro scopo, il quale non si esaurisce nel mero utilizzo dei criteri che costituiscono la base dei metodi stessi, ma consiste, in particolare, in uno strumento di controllo parallelo ai fini dell'accertamento dei margini di utile che serviranno a identificare il “reddito imponibi-

* Traduzione in italiano di Claudia Calogero

** Professore di Diritto Tributario presso il Dipartimento di Diritto Economico e Finanziario della Scuola Giuridica dell'Università di San Paolo (corsi di laurea e post-laurea). PhD in Diritto Tributario - Avvocato.

le". Deviare da questa direzione significa esporsi ad artificiosità e sviare dal reale scopo dello strumento giuridico a cui si riferisce la tecnica.

Di conseguenza, è necessario comprendere lo scopo e l'essenza del controllo fiscale sui prezzi di trasferimento, che è lontano dall'essere una tecnica innovativa ai fini dell'implementazione della normativa fiscale, come l'accertamento, ma piuttosto nasce come supporto al fine di mantenere parametri rigidi nella dimostrazione del prezzo praticato, rivelando i divari esistenti in una data transazione o in una serie di transazioni (i) tra soggetti collegati, (ii) con un soggetto stabilito in un Paese a fiscalità privilegiata, o (iii) quando le informazioni concernenti le strutture societarie sono protette (Legge n. 10.451 del 10 maggio 2002). Per questa ragione, detta misura non consente alle autorità fiscali di prescindere dalla contabilità della società e affidarsi esclusivamente ai risultati di detti metodi. Ecco perché la scelta del metodo migliore è un diritto del contribuente e le autorità fiscali possono non tenerne conto solo quando esiste una prova sostanziale e concordante, che potrebbe giustificare la sua inapplicabilità. Altrimenti, le autorità fiscali potrebbero accertare importi fittizi come "reddito", senza che esista una sufficienza di elementi di fatto a tal fine.

È imperativo ricordare che la ragione che spinge a controllare le transazioni tra soggetti collegati, o le transazioni soggette a un singolo potere decisionale, concernente il trasferimento di beni, il finanziamento, l'utilizzo dei beni tangibili o la prestazione di servizi, sta nel fatto che dette transazioni possono essere effettuate a prezzi di trasferimento che divergono dai prezzi di mercato, nell'ambito di un sistema che non è in linea con quello di libera concorrenza. E, di conseguenza, solo in questi casi dette transazioni possono avere una qualche rilevanza fiscale, poiché esse hanno lo scopo di: i) generare trasferimenti della materia imponibile da Paesi a tassazione elevata ad altri a tassazione ridotta; ii) compensare i componenti negativi del reddito (perdite) con quelli positivi; iii) ridurre la base imponibile per le imposte indirette, oppure iv) differire spontaneamente il versamento delle imposte.

In considerazione degli effetti dannosi che possono derivare dai prezzi di trasferimento divergenti dal prezzo di mercato, i sistemi fiscali di molti Paesi hanno creato dei meccanismi per sopprimere detta pratica, ricorrendo a metodi che sono in grado di controllare le transazioni e rettificare i prezzi sulla base dei prezzi del mercato rilevante, e assicurando in tal modo che il principio di *arm's length* (libera concorrenza) sia rispettato. E siccome questa non è una prerogativa esclusiva dell'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici), utilizzare questo principio non significa, in teoria, accettare incondizionatamente i metodi proposti da quella istituzione, poiché ciò che conta è stabilire i parametri dei limiti che sono più vicini al mercato, in un tentativo di ricostruzione della base imponibile. Quindi, non si può confondere il principio di libera concorrenza, che è applicato da ogni Paese come una specie di ideale da realizzare, con i metodi adottati in sede OCSE ai fini dell'individuazione di tale principio, poiché ciò dipende sostanzialmente dalla struttura reale del sistema giuridico e dalle modalità di applicazione del principio di legalità in materia tributaria.

I metodi adottati devono essere sufficienti a realizzare l'ideale controllo sui prezzi di trasferimento, laddove si assuma come base del controllo stesso l'applicazione del principio di libera concorrenza, che mira a ottenere il prezzo di mercato o prezzo di libera concorrenza, ossia il prezzo che dovrebbe essere praticato tra imprese indipendenti in circostanze analoghe. Tuttavia, la determinazione dei prezzi di trasferimento può

implicare situazioni che sono di libera concorrenza, violando in tal modo il principio di *arm's length*. Così, al fine di recuperare queste situazioni di mercato e assicurare che il principio sia rispettato, le autorità fiscali applicano i metodi di controllo dei prezzi di trasferimento come uno dei mezzi per far rispettare gli interessi insiti nella verifica fiscale (ricostruire la base di calcolo ai fini dell'imposizione) e nei controlli extra-fiscali (consentire l'applicazione del principio di libera concorrenza), nonché l'impegno di obiettività e di avvicinamento all'ideale del principio di *arm's length*.

Da ciò deriva una regola giuridica, sostenuta da solide basi etiche, la quale proclama, anche per i soggetti collegati, che essi dovrebbero operare a prezzi di libera concorrenza, a prezzi di mercato. Per tale ragione, le transazioni tra soggetti collegati devono necessariamente osservare il principio di *arm's length* ed essere effettuate come se fossero transazioni commerciali tra soggetti indipendenti, a prezzi equi praticati in circostanze analoghe e definite dalle normali condizioni del mercato. Potrebbero esserci, e si suppone che esistano, prezzi di trasferimento che non danno luogo a nessun vantaggio anomalo per i soggetti che partecipano alla transazione. Il fatto che due entità siano collegate non implica necessariamente che le negoziazioni intercorse fra loro si siano avvantaggiate di condizioni particolari. Il fatto di essere soggetti collegati implica solo il presupposto che esistono condizioni vantaggiose e anomale tra loro, le quali giustificano il ricorso al metodo, con dovuto riguardo al diritto di scelta in capo al contribuente, eccetto che per i casi in cui le informazioni siano inaffidabili, insufficienti, o fittizie, oppure prodotte con intenti dolosi o fraudolenti.

In tal modo, il controllo fiscale dei prezzi di trasferimento è condotto attraverso l'applicazione dei metodi volti a dimostrare il prezzo medio (prezzo di riferimento) da praticare nei rapporti tra soggetti interdipendenti o indipendenti, il cui risultato, se diverge dallo standard assunto, può dare luogo alla rettifica necessaria dei prezzi (e possibilmente dei libri contabili) delle transazioni a titolo oneroso, con importi in diminuzione o in aumento, a seconda dei prezzi che sarebbero stati applicati in una transazione tra soggetti indipendenti, a condizioni di libera concorrenza.

2. Principio di legalità e certezza ai fini dell'obiettività dei metodi – presupposti per individuare il “vantaggio anomalo” dato dal relativo (o presunto) divario nell'ambito del controllo dei prezzi di trasferimento

Di regola, le pratiche di *transfer pricing* sono effettuate tra imprese che formano un gruppo transnazionale (prezzi infragruppo); esse possono comunque essere utilizzate anche da soggetti collegati che sono soggetti a un potere decisionale comune, come le affiliate o le imprese che mantengono tra loro un rapporto di cooperazione, sia in base a un contratto che per ragioni di interesse economico, creando un sistema privilegiato di prezzi praticato attraverso sottofatturazioni (esportazioni) o sovrapprezzamenti (importazioni) per transazioni aventi ad oggetto, tra l'altro, beni (materiali o immateriali), servizi o diritti, prestiti (interessi), spese generali indivisibili.

Le transazioni tra soggetti collegati o dipendenti da un comune potere decisionale, relativamente a vendita di beni, finanziamenti, utilizzo di beni immateriali o prestazioni

di servizi, possono essere effettuate a prezzi di trasferimento che differiscono dai prezzi per beni, tassi d'interesse, rischi di cambio, royalties, rimborso dei costi o altri strumenti, che sono praticati in un sistema di libera concorrenza. In considerazione di ciò, come si è detto sopra, tali transazioni acquistano una rilevanza fiscale, nella misura in cui sono strutturate strategicamente al fine di: i) generare trasferimenti della materia imponibile da Paesi a tassazione elevata ad altri a tassazione ridotta; ii) compensare i componenti negativi del reddito (perdite) con quelli positivi, iii) ridurre la base imponibile per le imposte indirette, oppure iv) differire spontaneamente il versamento delle imposte. Poiché esse possono avere anche lo scopo di incidere sulla concorrenza, o di praticare, anche solo indirettamente, una forma di dumping, i metodi di controllo si applicano anche a fini non fiscali per ricostruire i prezzi di libera concorrenza e combattere quelle stesse pratiche.

In vista di questi effetti, il sistema tributario di vari Paesi prevede meccanismi di limitazione della pratica di *transfer pricing*, attraverso il ricorso a metodi di controllo delle transazioni effettuate e il conseguente aggiustamento dei prezzi a quelli di mercato, assicurando in tal modo il rispetto del principio di libera concorrenza.

Da un punto di vista strettamente giuridico, specialmente quello del diritto tributario, non è la motivazione che induce le imprese collegate ad applicare prezzi di trasferimento "anomali", né i criteri di definizione dei prezzi o dei corrispondenti effetti economici, ma piuttosto l'acquisto o la vendita di attivi o beni a prezzi che differiscono da quelli di mercato, e il loro impatto sulla formazione della base di calcolo ai fini dell'imposta dei soggetti collegati: sono questi gli elementi più importanti che integrano la fattispecie giuridica richiedente l'applicazione dei metodi di controllo.

Perciò, al verificarsi di una fattispecie giuridica riguardante i prezzi di trasferimento che presentano una forte deviazione rispetto ai prezzi di mercato, sorge un rapporto d'obbligazione tra il (contribuente) residente e l'amministrazione fiscale, il cui oggetto è di agire in osservanza (dovere formale) delle prescrizioni giuridiche emanate dal Fisco, il quale verifica l'adempimento degli obblighi previsti, ossia che sia presentata la documentazione e i calcoli relativi ai prezzi di trasferimento applicati sulla base di un metodo adeguato. Nel caso in cui sia accertata una differenza nei prezzi di trasferimento, si verifica un fatto fiscale, che consentirà all'autorità amministrativa di accertare ex-officio l'ammontare della differenza dovuta.

Tuttavia, al fine di segregare gli elementi nell'analisi dei prezzi di trasferimento, ai fini della procedura di controllo brasiliana, è necessario individuare l'esistenza dei seguenti presupposti:

1. presupposti soggettivi:

- *i soggetti sono entità societarie distinte (anche se ai fini fiscali) e collegate da relazioni di reciprocità, oppure*
- *i soggetti non residenti sono localizzati in un Paese a fiscalità privilegiata, oppure le informazioni concernenti le strutture societarie sono protette.*

2. presupposti oggettivi:

- *operazione di transfer pricing*
- *prezzi applicati differenti rispetto al valore normale*

3. elemento extra-territoriale:

- necessaria presenza di un soggetto non residente (collegato o situato in Paesi a fiscalità privilegiata).

Il fattore extra-territoriale¹ che condiziona l'applicazione del principio di libera concorrenza nel *transfer pricing* ha natura soggettiva (personale), consistendo nella qualificazione di "non residente" attribuita a uno dei partecipanti nella transazione controllata. In tal modo, la procedura applicata in Brasile ai fini del controllo dei prezzi di trasferimento non si applica alle relazioni tra soggetti residenti, ma solo alle relazioni tra un soggetto residente e uno o più soggetti non residenti, o uno o più soggetti domiciliati all'estero.

I presupposti soggettivi per la determinazione dei prezzi di trasferimento corrispondono alla necessaria identificazione dei soggetti che partecipano alla transazione e al tipo di collegamento che esiste tra loro. Ciò risulta particolarmente importante al fine del controllo fiscale da effettuare rispetto alla transazione eseguita dall'impresa (al quale si applica la rettifica). In particolare, la transazione deve avvenire (i) tra soggetti collegati, ossia tra un soggetto residente e un soggetto non residente collegato, ai sensi dell'articolo 24 della Legge n. 9430/96. Il "soggetto collegato" deve essere necessariamente residente o domiciliato all'estero affinché si integri la fattispecie dei "prezzi di trasferimento" da sottoporre a controllo in Brasile. Ai fini del presupposto soggettivo, secondo quanto previsto dalla normativa brasiliana, ricadrebbe in questa categoria anche (ii) ogni entità giuridica situata in Paesi a fiscalità privilegiata (Legge n. 9430/96), o (iii) in Paesi o giurisdizioni la cui normativa interna tutela la riservatezza dei dati relativi alla composizione o alla proprietà degli enti giuridici (Legge n. 10451 del 10 maggio 2002).

Ai fini del presupposto oggettivo in materia di *transfer pricing*, la disciplina del controllo fiscale può essere applicata solo (i) nei confronti delle tipiche operazioni di *transfer pricing* (tra soggetti collegati o quando il soggetto non residente è stabilito in un Paese a fiscalità privilegiata) e quando nella transazione esiste una "differenza rilevante" tra il prezzo pattuito e il valore normale di beni, servizi o diritti. A tale fine, (ii) i metodi dovrebbero essere applicati per determinare il parametro di prezzo che servirà nel confronto con il prezzo effettivamente adottato dai soggetti, per la definizione delle imposte dovute sulla base del nuovo calcolo effettuato a seguito della differenza accertata. In tal modo, le autorità fiscali rileveranno un "vantaggio anomalo", e sulla base di questo effettueranno una rettifica in aumento dei redditi (esportazioni) o una deduzione per passività (importazioni), ai fini della determinazione della base imponibile (imposta sui redditi e contributi sociali su reddito netto). Tuttavia, per rilevare le differenze nei prezzi praticati nella transazione controllata, è necessario definire preliminarmente il concetto di valore normale per i prezzi di trasferimento tra le imprese.

Come ogni altro "prezzo", i prezzi di trasferimento devono essere fissati dai soggetti collegati come prezzi di libera concorrenza, determinati dal confronto con il prezzo

¹ Per ampi commenti al riguardo si veda TÔRRES, HELENO. "Pluriributação Internacional sobre as Rendas de Empresas" (Tassazione plurima internazionale sui redditi d'impresa), seconda edizione, SP: "Revista dos Tribunais" (Rivista giudiziaria) 2000;

praticato nel mercato rilevante del bene, servizio o diritto, in condizioni analoghe, che costituisce l'ideale insito nel principio di libera concorrenza. Secondo quanto previsto dal Rapporto OCSE del 1979, il concetto di "valore normale" dovrebbe essere inteso come il prezzo che sarebbe stato convenuto tra imprese indipendenti nell'ambito di transazioni identiche o analoghe in circostanze identiche o analoghe di libero mercato. In altre parole, il "valore normale" dovrebbe essere collegato al prezzo praticato per una data transazione, effettuata sulla base di un obbligo contrattuale, che possa essere confrontato con il prezzo praticato nell'ambito di transazioni identiche o analoghe in condizioni reali di mercato, e corrispondente alle attività effettuate dalle società affiliate². E per fornire la prova che i soggetti collegati operano secondo tali modalità, occorrerebbe che ciò sia dimostrato attraverso un metodo adeguato, in vista della differenza che potrebbe essere giustificata. È questa la necessaria obiettività che dovrebbe essere adottata.

In termini oggettivi, gli importi a cui si perviene attraverso l'applicazione di uno dei metodi di controllo fiscale previsti dalla normativa interna di ciascun Paese sono conosciuti come "prezzo di riferimento" o "parametro di prezzo", che dovrebbe essere il più possibile vicino al prezzo di libera concorrenza, ossia al "prezzo di mercato", in un sistema di libera concorrenza. Il "parametro di prezzo" o "prezzo di riferimento" è il prezzo accertato utilizzando i metodi di controllo fiscale applicati ai prezzi di trasferimento, come previsto dalla normativa, che servirà come riferimento nel confronto con il prezzo che era effettivamente praticato dall'impresa.

Perciò, nel confronto tra i prezzi praticati dai soggetti collegati e i prezzi di riferimento e nella determinazione della connessione causale esistente tra il "vantaggio anomalo" e la "relazione di reciprocità", sorgerà la corrispondente rilevanza fiscale della transazione, mostrando la differenza nella base di calcolo formata dai ricavi che derivano dalla differenza accertata, la quale legittimerà la rettifica corrispondente e l'accertamento fiscale sulla differenza rilevata.

2.1 Metodi di controllo dei prezzi di trasferimento nella normativa brasiliana

Al fine di evitare la sovrapproduzione delle importazioni, che mira ad aumentare le spese o i costi deducibili, o la sovrapproduzione delle esportazioni, come mezzo per ridurre la redditività interna, il sistema di controllo dei prezzi, creato dalla Legge n. 9430/96, è applicabile alle importazioni, cosicché i costi, le spese e i canoni corrispondenti a beni, servizi e diritti sarà deducibile esclusivamente ai fini della determinazione dell'imposta sul reddito d'impresa (IRPJ) e del contributo sociale sul reddito netto (CSLL) fino alla concorrenza di un importo che non eccede il prezzo, quando le entrate derivanti dalle transazioni effettuate con i soggetti collegati, durante il relativo periodo d'accertamento della base imponibile ai fini dell'imposta sul

² Per altri commenti concernenti l'interpretazione e la disciplina dell'OCSE sul principio di libera concorrenza, si veda: TÓRRES, HELENO. "Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais" (Diritto tributario internazionale: pianificazione fiscale e transazioni transnazionali) SP: Ed. RT, 2001, pp.160-319; XAVIER, ALBERTO. "Direito tributário internacional do Brasil" (Diritto tributario internazionale in Brasile), sesta edizione, Rio de Janeiro: 2004, pp. 301-26;

reddito, sono inferiori al novanta per cento del prezzo praticato per la vendita degli stessi beni, servizi o diritti, sul mercato brasiliano, durante il medesimo periodo, a condizioni di pagamento simili, che sarà soggetto ad arbitraggio attraverso uno dei metodi tipici.

I metodi adottati dal sistema brasiliano per definire il “prezzo di riferimento” si dividono a seconda dell’atto giuridico adottato dalla parte residente in relazione alle transazioni effettuate, sia in entrata (importazioni) sia in uscita (esportazioni) di beni o servizi. L’atto giuridico assimilerà anche il tipo di transazione al quale si applica il prezzo di trasferimento, ossia transazioni commerciali e transazioni finanziarie. Le transazioni commerciali attive (cessioni all’estero di beni, servizi e diritti) e le transazioni commerciali passive (acquisizioni all’estero di beni, servizi e diritti), nonché le transazioni finanziarie attive (prestiti erogati a soggetti domiciliati all’estero) e le transazioni finanziarie passive (prestiti ricevuti dai soggetti domiciliati in Brasile)³, a seconda della direzione, comporteranno l’applicazione di metodi adeguati, tra i quali il contribuente può scegliere il più favorevole.

Per le transazioni commerciali attive (esportazioni), la legge n. 9430/96 prevede all’Articolo 19 che i ricavi derivanti dalle transazioni effettuate con soggetti collegati siano sottoposti ad arbitraggio quando il prezzo medio di vendita di beni, servizi o diritti, per le esportazioni realizzate durante il relativo periodo di accertamento del reddito, è inferiore al 90% del prezzo medio praticato per la vendita degli stessi beni, servizi o diritti nel mercato brasiliano, durante il medesimo periodo, a condizioni di pagamento analoghe. Sono stati individuati i seguenti metodi:

I – METODO DEL PREZZO DI VENDITA NELLE ESPORTAZIONI (*Preço de Venda nas Exportações – PVEx*): definito come la media aritmetica dei prezzi di vendita per le esportazioni effettuate dalla società stessa ad altri clienti, o a un altro esportatore nazionale di beni, servizi o diritti, che sono identici o analoghi, durante il medesimo periodo di accertamento del reddito e a condizioni analoghe di pagamento;

II – METODO DEL PREZZO DI VENDITA ALL’INGROSSO NEL PAESE DI DESTINAZIONE, DIMINUITO DELL’UTILE (*Preço de Venda por Atacado no País de Destino – PVA*): definito come la media aritmetica dei prezzi di vendita di beni, servizi o diritti, che sono identici o analoghi, praticati nel mercato all’ingrosso del Paese di destinazione, a condizioni analoghe di pagamento, dopo aver dedotto le imposte incluse nel prezzo applicato nel relativo Paese e un margine di utile del quindici per cento del prezzo di vendita all’ingrosso;

III – METODO DEL PREZZO DI VENDITA AL DETTAGLIO NEL PAESE DI DESTINAZIONE, DIMINUITO DELL’UTILE (*Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro – PVV*): definito come la media aritmetica dei prezzi di vendita di beni, servizi o diritti, che sono identici o analoghi, praticati nel mercato al dettaglio del Paese di destinazione a condizioni analoghe di pagamento, dopo aver effettuato la deduzione delle imposte incluse nel prezzo applicato nel relativo Paese e di un margine di utile del trenta per cento del prezzo di vendita al dettaglio;

IV – METODO DEL COSTO DI ACQUISIZIONE O DI PRODUZIONE, MAGGIORATO DELLE IMPOSTE E DELL’UTILE (*Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro – CAP*):

³ Classificazione preparata da XAVIER (1999, p. 311);

definito come la media aritmetica dei costi di acquisizione o produzione dei beni, servizi o diritti che sono esportati, maggiorati delle imposte e dei contributi applicati in Brasile e di un margine di utile del quindici per cento sull'ammontare totale del costo maggiorato delle imposte e dei contributi.

Per le transazioni commerciali passive (importazioni), la legge n. 9430/96 prevede all'articolo 18 che i costi, le spese e gli oneri relativi a beni, servizi e diritti, risultanti dai documenti d'importazione e d'esportazione, per transazioni effettuate con soggetti collegati, sono deducibili ai fini della determinazione dell'utile imponibile solo sino a un importo che non ecceda il prezzo determinato attraverso uno dei seguenti metodi:

I – METODO DEI PREZZI INDIPENDENTI COMPARATI (*Preços Independentes Comparados – PIC*): definito come la media aritmetica del prezzo di vendita e d'acquisto di beni, servizi o diritti, che sono identici o analoghi, accertati nel mercato brasiliano o nei mercati di altri Paesi a condizioni analoghe di pagamento;

II – METODO DEL PREZZO DI RIVENDITA, DIMINUITO DELL'UTILE (*Preço de Revenda menos Lucro – PRL*): definito come la media aritmetica dei prezzi di vendita di beni, servizi o diritti, dopo aver dedotto:

- a) eventuali sconti incondizionati concessi;
- b) imposte e contributi applicati sulle vendite;
- c) eventuali provvigioni e commissioni di mediazione;
- d) un margine di utile del venti per cento, calcolato sul prezzo di rivendita;

III – METODO DEL COSTO MAGGIORATO DELL'UTILE (*Custo de Produção mais Lucro – CPL*): definito come la media aritmetica del costo di produzione di beni, servizi o diritti, che sono identici o analoghi, applicato nel Paese in cui sono stati prodotti in origine, maggiorato delle imposte e delle tariffe applicate nel relativo Paese sulle esportazioni e di un margine di utile del venti per cento calcolato sul costo accertato.

Riguardo alle transazioni finanziarie, ai fini del controllo dei prezzi di trasferimento, la Legge n. 9430/96 prevede all'articolo 22 che gli interessi versati o accreditati a un soggetto collegato, se non esiste un accordo registrato presso la Banca Centrale del Brasile (*Banco Central do Brasil - BACEN*), possono essere dedotti ai fini della determinazione dell'utile imponibile solo sino a un importo che non ecceda la somma calcolata sulla base del tasso Libor, per i depositi in dollari statunitensi a sei mesi, maggiorato del 3 per cento per anno di spread, in proporzione al periodo di maturazione dell'interesse. Nel caso in cui gli accordi siano registrati presso il BACEN, l'interesse sarà determinato in base al tasso autorizzato, in considerazione del controllo preventivo effettuato dalle autorità sulle transazioni che devono essere realizzate. Questo è il regime delle operazioni passive, che tendono a limitare le deduzioni degli interessi versati o accreditati sino a un importo che non ecceda la somma calcolata secondo i suddetti criteri.

Nel caso di un contratto di mutuo concluso con un soggetto collegato, in una transazione finanziaria attiva, il mutuante domiciliato in Brasile deve riconoscere un interesse minimo. A tal fine, l'interesse sarà calcolato sulla base dell'obbligazione o del diritto, nella valuta che è oggetto del contratto e convertita in *Reais* al tasso di cambio prescritto dal BACEN, alla data ultima di calcolo dell'interesse. Il tasso minimo di interesse può anche corrispondere al LIBOR + 3% per anno.

Nel caso delle transazioni finanziarie, l'ammontare degli oneri finanziari che eccede il limite sovrammenzionato e la differenza dei redditi accertati come de-

scritto viene aggiunto alla base di calcolo ai fini dell'imposta sul reddito dovuta dalla società in Brasile, comprensiva dell'utile presunto o definito in base all'arbitraggio.

L'OCSE riconosce il metodo del prezzo di rivendita ai fini della determinazione del prezzo di libera concorrenza, quando afferma che questo metodo usa il prezzo per il quale un prodotto è acquistato da una impresa collegata ed è rivenduto a una impresa indipendente. Questo prezzo (o prezzo di rivendita) è ridotto quindi di un adeguato margine di utile lordo (margine di rivendita), che rappresenta la somma totale con cui il rivenditore cercherebbe di coprire le proprie spese di vendita e altre spese operative e, a seconda delle attività realizzate (considerando i beni utilizzati e i rischi assunti), di ottenere un utile adeguato. Ciò che residua, a seguito della deduzione del margine lordo, può essere considerato – dopo la rettifica per altri costi collegati all'acquisto del prodotto (ad esempio, dazi doganali) – un prezzo di libera concorrenza per il trasferimento originario del bene tra i soggetti collegati⁴.

Il metodo è applicato in due fasi: i) determinazione del prezzo di rivendita, e ii) applicazione del margine di utile. Un'analisi di queste due fasi mostra una serie sostanziale di apprezzamenti e di criteri sussidiari, che sorgono dal bisogno di prendere in considerazione le variabili esistenti nelle fattispecie specifiche. Come si può ben vedere, il confronto è indiretto, perché non dipende dal collegamento tra le parti collegate, ossia tra il soggetto a cui si applicano i prezzi e il soggetto a cui si applica il controllo fiscale (l'acquirente, per una rivendita, è un operatore indipendente). È attraverso la determinazione del margine di utile di rivendita che si verifica se la transazione è stata realizzata con o senza vantaggi anomali.

In Brasile, questo metodo è stato riconosciuto, per le importazioni, nel metodo del prezzo di rivendita diminuito dell'utile – PRL, e per le esportazioni, nei metodi del prezzo di vendita all'ingrosso nel Paese di destinazione, diminuito dell'utile – PVA e il metodo del prezzo al dettaglio nel Paese di destinazione, diminuito dell'utile – PVV.

Un'altra forma di confronto indiretto può essere trovata nel metodo del costo maggiorato, consistente in un meccanismo di determinazione del prezzo di libera concorrenza, che utilizza come criterio la verifica, in una transazione controllata, dei costi sostenuti dal fornitore dei prodotti, aggiunti al margine di utile che è compatibile con la media di mercato.

Questo rappresenta una forma di controllo indiretto, nella misura in cui il confronto auspicato richiede la raccolta di dati per l'indicazione del costo e l'applicazione dei margini di utile di riferimento, basati sulle transazioni controllate, per stabilire se sia compatibile con la media dei prezzi che potrebbe essere praticata nella situazione concreta, se non esistessero condizioni vantaggiose o anomale per i soggetti coinvolti, a causa della relazione esistente. In Brasile, questo metodo è rappresentato dal metodo del costo di acquisizione o produzione, maggiorato delle imposte e dell'utile (CAP), e dal metodo del costo di produzione, maggiorato dell'utile (CPL).

⁴ OCSE (1996, p. II-5, paragrafo 2.14);

3. Implicazioni del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) in rapporto ai principi costituzionali

Tutti gli sforzi impiegati nell'applicazione dei metodi mirano solo indirettamente alla formazione della base imponibile in riferimento al periodo in esame, cosicché il metodo non può essere presentato come un mezzo tecnico adeguato alla sostituzione di un qualcosa che è già insito nella normativa in materia di imposte sul reddito, ai fini di un efficace accertamento. Questi metodi supplementari che possono essere usati solo quando sussistono le condizioni previste dalla legge, e purchè siano volti a una rettifica adeguata dei prezzi praticati, con base oggettiva, anche se hanno come obiettivo l'ideale del prezzo di libera concorrenza, che costituisce l'essenza del principio di libera concorrenza. Come indica Ricardo Lobo Torres, il principio di libera concorrenza suggerisce che tali prezzi devono essere quelli della concorrenza o del mercato, senza alcuna sovrapproduzione o sottoproduzione, ossia uguali a quelli praticati dalle imprese indipendenti, o da coloro che si trovano, per usare una metafora, 'a distanza di braccio' (*arm's length*)⁵. In realtà, esso suggerisce solamente ma non obbliga a pervenire sempre e invariabilmente a tale prezzo.

In materia fiscale, il rispetto del principio di libera concorrenza nella determinazione del prezzo di riferimento, attraverso il ricorso ai metodi di rettifica, serve a stabilire l'effettiva capacità finanziaria del contribuente, nascosta attraverso la manipolazione dei prezzi, sovrapproduzioni o sottoproduzioni. I metodi di confronto devono necessariamente conformarsi al principio di capacità finanziaria. Quindi, la corretta applicazione dei metodi corrisponderà a una maggiore o minore giustificabilità rispetto al criterio di *arm's length*, nella misura in cui il risultato riflette l'effettivo prezzo di mercato (prezzo di libera concorrenza). Se esiste un principio che deve essere rispettato dalla normativa e da coloro che trattano la materia fiscale, ai fini della giustizia fiscale, è il principio di capacità finanziaria che deve essere rispettato nella ricerca della verità sostanziale, nell'ambito della prova. Altrimenti, la disciplina del *transfer pricing* consisterebbe in un meccanismo di tassazione attraverso finzioni e supposizioni, che contrasterebbe direttamente con il sistema costituzionale di qualsiasi nazione che prevede tale principio come criterio di giustizia fiscale.

Queste sono le sfaccettature della questione relativa all'applicazione del principio di libera concorrenza in materia di prezzi di trasferimento, i quali devono essere determinati direttamente tra i soggetti collegati, secondo i relativi metodi anticipatamente previsti, come riflesso della verità sostanziale e dimostrazione della effettiva capacità finanziaria, in termini oggettivi.

In tal modo, distinguendo tra il principio di libera concorrenza come principio che dovrebbe regolare le relazioni tra soggetti collegati nella definizione dei prezzi di trasferimento, e il risultato dell'applicazione dei metodi di controllo, il "prezzo di riferimento", si ritiene che quest'ultimo sia sempre inteso a soddisfare il principio di libera concorrenza, come ideale a cui avvicinarsi il più possibile. Per tale ragione, i metodi scelti dovrebbero riflettere, nella comparazione tra il prezzo effettivamente praticato

⁵ TORRES, RICARDO LOBO. "O princípio *arm's length*, os preços de transferência e a teoria da interpretação do direito tributário" (Il principio di *arm's length*, i prezzi di trasferimento e la teoria sull'interpretazione del diritto tributario). *Dialética de direito tributário* magazine. SP: Dialética, 1999, n. 47, p. 01 (separata);

(tra soggetti indipendenti) e il prezzo obiettivo di mercato (praticato tra soggetti indipendenti non stabiliti in “paradisi fiscali”), la reale capacità finanziaria dei soggetti coinvolti, e niente più di questo, pena la confisca (articolo 150, IV, Costituzione Federale), prelevando ciò che non era dovuto, se maggiore; o ostacolando l’isonomia dovuta alla violazione indiscutibile del trattamento equo, se minore, nella verifica della base di calcolo ai fini delle imposte implicate.

Questo perché, come ideale, si presume che tutte le transazioni tra soggetti collegati abbiano un prezzo di trasferimento concordato secondo il principio di libera concorrenza, a condizioni identiche o analoghe, come se fossero effettuate tra soggetti indipendenti. Tuttavia, se a tali condizioni il principio di libera concorrenza non è rispettato, e presupponendo che sia prevista e applicabile una norma al riguardo, le autorità fiscali possono rettificare i prezzi stabiliti, sulla base dei metodi predisposti, al fine di renderli il più possibile vicino ai prezzi in vigore tra soggetti indipendenti.

Per tale ragione, non può affermarsi che l’applicazione dei metodi abbia le caratteristiche tipiche di un arbitraggio della base di calcolo, in quanto essa presuppone l’accertamento dell’utile, sempre e obbligatoriamente. Ciò può accadere solo nel caso in cui il contribuente non abbia scelto il metodo più adeguato, o nel caso in cui, seppure abbia compiuto detta scelta, i risultati derivano da una applicazione del metodo con ricorso a dati incoerenti o inaffidabili. Di conseguenza, tutta la questione consiste nella ricerca dell’obiettività a tutti i costi, nel rispetto del principio di legalità e, al contempo, del principio della capacità finanziaria.

3.1 Principio di libera concorrenza (*arm’s length principle*) ed equità

Klaus Tipke afferma che il rispetto del principio di libera concorrenza può contribuire a soddisfare il principio di equità. Tuttavia, questa è un’affermazione che deve essere ponderata, perché dipende dal riferimento utilizzato, nel ricordarci la distinzione proposta tra il principio di libera concorrenza e il prezzo di riferimento.

Non vi è ombra di dubbio che il principio di libera concorrenza tenti di rivelare un’ingiustizia (dal punto di vista della deviazione dei prezzi) e, sulla base del parametro del prezzo normale (prezzo di libera concorrenza), di applicare il principio dell’equità nella determinazione dei prezzi. Tuttavia ciò avviene ai fini della concorrenza, non ai fini fiscali. In nessuna circostanza, tale criterio può essere utilizzato dalle autorità fiscali ai fini dell’applicazione del principio dell’isonomia, riguardo al contribuente che è soggetto al controllo dei prezzi di trasferimento. È l’esatto contrario! Il contribuente deve sostenere l’esistenza dell’equità (un diritto sostanziale di protezione contro gli abusi delle autorità fiscali) specificatamente per difendersi contro l’applicazione dell’imposta, che potrebbe derivare dalla rettifica dei prezzi effettuata a seguito delle procedure di confronto.

Se il principio di libera concorrenza contribuisce a una sorta di equità, è quella che stabilisce la “generalità” (Articolo 153, comma 2, I della Costituzione Federale), secondo la quale tutti soggetti devono essere assoggettati all’imposta sul reddito sino al limite della capacità finanziaria, senza distinzioni o privilegi.

Le regole dell'isonomia esistenti nel sistema giuridico brasiliano non riguardano solo il rapporto tra lo Stato e il contribuente (individualizzato) al momento dell'applicazione del criterio dell'isonomia (Articolo 150, II della Costituzione Federale), come corollario dell'Articolo 5, I (eguaglianza di fronte alla legge); ma dispongono anche sulla reale relazione tra cittadini, in vista del meccanismo tributario statale, dove l'isonomia (in questo caso) diventa essa stessa principio di generalità come proto-principio, principio base e principio di convergenza degli altri, che proibisce qualsiasi forma di discriminazione o di concessione di privilegio (Articolo 150, II della Costituzione Federale), in base alla quale tutti i cittadini devono sottomettersi al potere di prelievo dello Stato, pagando le imposte secondo la capacità economica che risulta essi abbiano. E questa è una situazione giuridica completamente differente, distinta dall'equità come risultato dell'Articolo 5, I della Costituzione Federale.

È la generalità che dovrebbe costituire la base del prelievo sul reddito, insieme all'universalità, secondo la quale tutti gli utili, i guadagni e i proventi ottenuti, e la progressività, dovrebbero contribuire alla formazione della base imponibile per tutti i soggetti giuridici.

La discriminazione che si questiona corrisponde al privilegio che potrebbe essere mantenuto da alcuni (che, a causa dei rapporti privilegiati che intrattengono, applicano i prezzi di trasferimento così da ridurre il reddito imponibile), di "non trasferire denaro allo Stato" e dal mancato insorgere dell'obbligazione tributaria (come invece dovrebbe essere), mentre gli altri soggetti continuerebbero a essere assoggettati a tali obbligazioni. Ciò comporterebbe la mancata attuazione dell'isonomia tributaria, in termini di generalità, dato che ogni trattamento extra-fiscale che comporta dei privilegi dovrebbe essere evitato o ridotto al minimo, per non oltrepassare il limite del proto-principio dell'equità.

Di conseguenza, il controllo dei prezzi di trasferimento diviene legittimo come garanzia del principio di isonomia, nella misura in cui preserva la "generalità" e quindi il principio della capacità finanziaria. Questo principio può essere tradotto in un'espressione di giustizia fiscale che presuppone la capacità economica del soggetto come condizione necessaria ma insufficiente. Tale capacità economica deve essere maggiore di un minimo determinato e considerata affidabile al fine della entrate pubbliche, in relazione alle somme convalidate dalla Costituzione.

I metodi di confronto devono, quindi, osservare il principio della capacità finanziaria, e corrisponderanno al criterio della libera concorrenza in misura maggiore o minore in proporzione a quanto dell'effettivo prezzo di mercato (prezzo di libera concorrenza) viene riflesso nei risultati. Se esiste un principio che la legge e coloro che la applicano devono rispettare, è il principio della capacità finanziaria. Questo è davvero un principio sostanziale. Altrimenti, la disciplina del *transfer pricing* consisterebbe in un meccanismo di tassazione operante attraverso finzioni e supposizioni, contrastante direttamente con il sistema costituzionale brasiliano.

Il legislatore brasiliano non dovrebbe preoccuparsi dell'equivalenza tra i metodi scelti e quelli suggeriti dall'OCSE, o altre metodologie strutturate in altri Paesi (se non per l'utilità dell'esperienza riflessa nei relativi studi). È importante che il legislatore svolga il suo compito al riparo dei precetti costituzionali, creando imposte e i relativi meccanismi di controllo, al fine della riscossione e della verifica, entro i limiti e le garanzie riconosciute ai contribuenti dalla Costituzione Federale.

3.2 Principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) nel libero mercato

Il principio in questione è stato fatto conoscere a livello internazionale con l'espressione inglese "arm's length principle". È di massima importanza per lo studio del *transfer pricing*, più per le sue ripercussioni nella sfera della normativa sulla concorrenza che della normativa tributaria, riguardo all'applicazione dei relativi metodi di confronto, tutti validi purché siano sufficienti a consentire di stabilire l'equivalenza dei prezzi praticati a quelli di mercato. L'OCSE stessa non tratta solo la materia fiscale, ma la normativa sulla concorrenza, sull'economia, ecc.

Libera impresa e libera concorrenza sono due concetti separati⁶, anche se complementari. La libertà di concorrenza non è nulla di più di uno strumento per garantire prezzi equi nella battaglia tra gli interessi degli operatori privati nei mercati, assumendo l'impresa privata come premessa, in quanto essa viene gestita in libertà di scopi, mezzi e forme, per raggiungere risultati economici.

La libertà di concorrenza (nel senso usualmente datole: "libera competizione tra le forze di mercato per accaparrarsi la clientela"), manifestata nel comportamento di competitività e assoggettata alla regolamentazione giuridica dell'ordine economico, offre una base per l'intervento dello Stato, esclusivamente quando gli abusi commessi mirano a ridurre l'incidenza della libera concorrenza, o a implementare sistemi di controllo dei prezzi praticati in uno stesso settore di attività.

La libertà di iniziativa economica è un concetto ampio e complesso, comprendente nel proprio ambito, tra l'altro, la libertà di limitare l'attività dell'impresa e di regolamentare i rapporti di concorrenza con gli altri imprenditori. Ora, un precetto giuridico che utilizza come premessa base, come descritto dall'OCSE, il fatto che mentre un'impresa, in rapporto con altre imprese indipendenti, nella conduzione delle proprie attività, (di solito) mantiene le condizioni commerciali e finanziarie di mercato, ma che, quando intrattiene rapporti con soggetti ai quali è collegata sotto qualsiasi forma, conduce le stesse attività a condizioni commerciali e finanziarie che sono più favorevoli e vantaggiose, il controllo su tali situazioni che deviano dalle regole di mercato ha come scopo essenziale nulla di più dell'attuazione dei principi di ordine economico, come nel caso della libera concorrenza (Articolo 173, IV dell'attuale Costituzione Federale), libera impresa e inoltre, nel caso del Brasile, il rispetto del paragrafo quattro dell'Articolo 173 della Costituzione Federale, secondo il quale: "La legge sopprimerà l'abuso del potere economico che mira a dominare i mercati, ad eliminare la concorrenza e ad aumentare arbitrariamente l'utile".

La libera impresa "esprime lo spiegarsi della libertà", come afferma Eros Roberto Grau, secondo il quale "la libertà di iniziativa non solo invidia la libertà delle imprese (...) essa informa tutte le forme di produzione, sia individuali che collettive"⁷. Come corollario di questo principio, la libera concorrenza, a sua volta, è identificata con la libera competitività.

⁶ GRAU, EROS. "A ordem econômica na Constituição de 1988" (*L'ordine economico nella Costituzione del 1988*), SP: RT, 1990, page 229; cfr.: SILVEIRA, PAULO ANTÔNIO CALIENDO V. da. "Defesa da concorrência no Mercosul" (*Difesa della concorrenza nel Mercosul*). SP: LTr, 1998, pagina 55;

⁷ GRAU, EROS. "A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)" (*L'ordine economico nella Costituzione del 1988 (interpretazione e critica)*). SP: RT, 1990, pagina 226;

Il principio di libera concorrenza mira anche a stabilire uno scopo “extrafiscale”, che consiste nel promuovere una concorrenza sana e nel ridurre le disparità di trattamento con altre imprese residenti, sia nelle relazioni reciproche che nelle relazioni con altre società che operano con imprese non residenti. Visto da questo angolo, il principio di libera concorrenza è più orientato a dare origine all’isonomia nell’ambito del mercato interno, per le transazioni commerciali tra le imprese che sono in qualche modo collegate e usufruiscono di condizioni vantaggiose e le transazioni effettuate da imprese indipendenti, al fine di evitare vantaggi dannosi e, in particolare, quelli di natura fiscale, nella misura in cui essi influenzano direttamente il meccanismo statale di riscossione e finanziamento.

Per questa ragione, non è pertinente affermare che il principio di libera concorrenza sia utile solo a stabilire il criterio guida per il controllo fiscale dei prezzi di trasferimento. Specificatamente nell’area fiscale, esso serve inoltre al controllo della distribuzione indiretta dell’utile, nonché al controllo dell’utile sottofatturato, nel caso dei dazi doganali, così come a scopi extra-fiscali, come la pratica della libera concorrenza, assicurando in tal modo che il principio della libera impresa sia rispettato.

4. Non discriminazione e protezione giuridica quali limiti alla libertà di dequalificare la scelta del metodo

La Costituzione, quando sostiene un principio come quello della capacità finanziaria, e allo stesso tempo assicura i diritti all’eguaglianza e alla proprietà, impone al legislatore di adottare esclusivamente un singolo criterio di progressività e discriminazione nel prelievo fiscale, come mezzi per raggiungere una qualche forma di giustizia fiscale. Questo è ciò che si legge nell’Articolo 145, paragrafo 1: “(...) le imposte avranno una natura personale e saranno progressive secondo la capacità economica del contribuente (...)”. Tale progressività può oscillare tra due limiti: i) il minimo di sussistenza, per i singoli, o di costi che sono necessari alla produzione di reddito e al mantenimento della proprietà nel caso delle persone giuridiche, e ii) la non confiscabilità. Nelle esatte parole di Aliomar Baleeiro, colui che ha introdotto il principio in Brasile: “Un’analisi di tale norma la scompone in tre principi combinati ai fini della giustizia fiscale attraverso la tassazione: a) personalizzazione delle imposte; b) progressività; c) capacità finanziaria.”⁸ E così è.

Poiché il principio di capacità finanziaria è l’unico criterio ammesso dalla Costituzione per distinguere i sistemi e il trattamento tra contribuenti, quando essi si trovano in condizioni simili, la non discriminazione richiede criteri di effettiva comparabilità per ammettere qualsiasi tipo di segregazione tra i soggetti, riguardo al sistema fiscale applicabile. Perciò, è necessario utilizzare un giudizio obiettivamente molto definito nel determinare se i soggetti si trovano o meno in una “situazione equivalente”.

⁸ BALEEIRO, ALIOMAR. “*Direito Tributário Brasileiro*” (Diritto tributario brasiliano). RJ: Forense, 11th edizione, 1999, p. 704; sulla relazione tra capacità finanziaria e natura extra-fiscale, v. l’importante studio: COELHO, SACHA CALMON NAVARRO. “*Curso de direito tributário Brasileiro*” (Corso di diritto tributario brasiliano). 2nd edizione, RJ: Forense, 1999, pp. 77-84;

Questo tema ci porta a soppesare i valori che informano i due principi più cari in qualsiasi sistema fiscale, che sono la certezza giuridica e la garanzia dei diritti, attraverso la prevedibilità delle aspettative e una rigida applicazione dei criteri nel contesto fiscale.

Ora, una dettagliata normativa prescrittiva come corollario al principio di legalità, dovuta al ruolo di stabilizzatore delle aspettative che svolge nel contesto giuridico, impone un vincolo sostanziale agli operatori giuridici⁹, cosicché le qualificazioni e i limiti letterali non possono essere rimpiazzati dalle autorità amministrative, nella loro attività di interpretazione, da valutazioni politiche, economiche o sociali. Queste sono variabili che dovranno essere progressivamente eliminate attraverso la regolamentazione giuridica corrente, che è sempre più analitica e obiettiva, nel processo di positivizzazione. Il principio di legalità impone una regolamentazione chiara e obiettiva, non limitandosi quindi a essere solo un criterio di guida per la funzione legislativa. La sua efficacia ha ripercussioni su ogni atto di formazione della norma giuridica, in particolare sulla atti di accertamento fiscale, se praticati dalle autorità fiscali, sia *ex-officio* che nello svolgimento di verifiche, persino nei casi in cui il giudizio discrezionale è applicato come strumento di garanzia dei diritti dei soggetti controllati.

La garanzia dei diritti mira, quindi, a conferire prevedibilità alla positivizzazione ordinaria della legge, che può essere compiuta se esiste la certezza giuridica, ossia un'esatta determinazione del contenuto giuridico applicabile, e il mantenimento dell'uguaglianza di trattamento dei soggetti da parte delle autorità competenti, sulle rispettive attività di applicazione della norma. Di conseguenza, si avrà la garanzia, come risultato di due variabili che si complementano l'una con l'altra, ossia certezza e uguaglianza. Nella funzione che rappresenta la certezza, il valore predominante è la prevedibilità, come requisito per una determinazione preventiva degli effetti attribuiti dal sistema giuridico ai comportamenti, nella regolamentazione normativa delle azioni tipiche; nell'uguaglianza, invece, è il rispetto che tutti i partecipanti alla creazione della norma devono avere al fine di assicurare l'adempimento della normativa in modo imparziale e non discriminatorio, nell'ambito del processo di formazione della legge, proteggendo in tal modo la prevedibilità della funzione di certezza. Questi sono valori che accompagnano la legalità formale dalla formazione dello Stato liberale – uguaglianza e certezza, come strumenti di giustizia e garanzia. E dalla legalità in senso formale si passa alla legalità in senso sostanziale, perché è quest'ultima che condiziona il potere, stabilisce limiti, delineando il proprio campo di azione rispetto a una certa materia, come mezzo per garantire specifici valori costituzionali. Questo è un mezzo per ottenere una garanzia giuridica essenziale, in quanto più disciplinato è l'esercizio del potere, minore è lo spazio per un'azione arbitraria (principio dell'interdizione dell'arbitrarietà), nel ridurre il campo di indeterminatezza dei concetti (*lex certa, stricta e completa*), che sono gli istituti e le procedure di legge.

La natura dell'atto vincolato, che è inerente all'atto amministrativo di accertamento, richiede, nell'ambito del processo di creazione di una norma singola e con-

⁹ According to Guastini: "La garanzia dei diritti è massima quando la legge, nel conferire un potere, pone ad esso non solo limiti, ma anche vincoli sostanziali, predeterminando il contenuto dei suoi atti (ossia conferisce un potere vincolato)". GUASTINI, RICCARDO. *Legalità (principio di)*. *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Torino: UTET, 1987, v. IX, p. 89.

creta da parte dell'autorità amministrativa competente, la prevalenza del contenuto letterale del testo interpretato (legge) in una relazione di "classe" (connotazione) ed "elemento" (denotazione) – l'atto amministrativo. L'applicazione della legge esige una completa consonanza con quello che è realmente il significato della normativa e dei relativi precetti, trattenendo l'interprete dall'interferire nel significato, attraverso un'imposizione dei propri desideri, al fine di "fare giustizia", o un superamento del "formalismo", che può talvolta sorgere come corollario del positivismo. Perciò, in vista di una dettagliata legislazione prescrittiva, l'attività dell'applicatore della legge riscontra chiari limiti nella legge, sia di natura formale (i) concernenti le procedure che sono state adottate, che di natura sostanziale (ii) concernenti il contenuto da includere nelle norme da creare.

4.1 Metodi di verifica dei prezzi di trasferimento – il diritto alla scelta del metodo migliore

Come già menzionato, per la determinazione del "prezzo di riferimento" dovrebbero essere utilizzati i metodi previsti nella legislazione, ma indipendentemente dalle metodologie di confronto applicate, il soggetto – contribuente o autorità – che effettua "la rettifica del prezzo applicato all'importazione o all'esportazione ai fini fiscali", deve tenere sempre a mente l'importanza di una corretta e obiettiva determinazione della relazione che deve esistere tra il prezzo praticato nella transazione e quello che sarebbe stato praticato in transazioni analoghe tra imprese indipendenti (in condizioni di libera concorrenza), evitando azioni o scelte arbitrarie.

Lo scopo dei metodi non può essere altro che quello di corrispondere ai criteri del principio di libera concorrenza, il cui contenuto può essere sintetizzato come segue: determinare il prezzo e le condizioni che i soggetti non collegati praticano, o praticerebbero se si trovassero nelle medesime condizioni, tenendo conto della comparabilità con i prezzi della transazione controllata effettuata tra i soggetti collegati. In tal modo, il principio può essere soddisfatto sia direttamente (metodi di comparabilità) che indirettamente (valutazione di dati e margini). Tutto ciò ha come obiettivo il rispetto del principio di capacità finanziaria nella transazione controllata, e non solo l'adozione del criterio in sé e per sé.

Nel ricercare il "best method", né l'amministrazione né il contribuente è obbligato ad applicare più di un metodo, per dimostrare quali sono i più adeguati alle transazioni effettuate e quali non dovrebbero essere adottati. Questa dimostrazione non è necessaria finché il sistema comprende che non è obbligatorio per il contribuente o le autorità fiscali dimostrare l'inapplicabilità di un certo metodo, cosicché essi possono ricorrere ad altri metodi. La regola consiste nell'ammettere l'utilizzo del metodo che è più conveniente per il contribuente. Se esiste una qualche libertà, questa è limitata ai metodi che la legislazione consente; ma, una volta che si è selezionato il metodo, il contribuente deve mantenere la scelta fatta per il bene, il servizio o il diritto, durante tutto il periodo d'imposta. Questa è una garanzia per lo stesso contribuente, che ha il diritto di applicare i prezzi determinati in base al metodo scelto, senza interferenze da parte dell'amministrazione fiscale.

I metodi adottati dalla legislazione brasiliana per condurre i controlli sui prezzi di trasferimento possono essere divisi tra metodi di confronto semplici o diretti e metodi

di confronto complessi o indiretti, i quali consentono il confronto solo tra il prezzo praticato nell'ambito della transazione controllata e il prezzo di riferimento, ottenuto attraverso la verifica dei dati e l'applicazione dei margini di riferimento. Questa classificazione utilizza come criterio la necessità o la non necessità di raccogliere i dati o le definizioni dei margini di utile e la risultante perequazione, rispettivamente, tra le transazioni concrete (confronto diretto) o tra una transazione concreta e una transazione che avrebbe potuto essere praticata nella situazione concreta, se non fossero esistite condizioni vantaggiose o anomale per i soggetti coinvolti, in virtù della condizione di soggetto collegato (confronto indiretto).

Esistono due metodi che, per le caratteristiche che presentano, possono essere raggruppati nella classe dei metodi di confronto semplice o diretto. Sono i metodi dei prezzi indipendenti comparati (PIC) e del prezzo di vendita nelle esportazioni (Pvex), la cui comparabilità non richiede la verifica dei dati o la definizione dei margini di utile, ricorrendo alla semplice individuazione del prezzo di mercato praticato per prodotti analoghi a condizioni simili di pagamento¹⁰.

Ciò che i metodi di confronto diretto consentono è un confronto dei prezzi dei prodotti o dei servizi trasferiti in una transazione controllata con il prezzo applicato alle transazioni effettuate con soggetti indipendenti, a condizioni analoghe di pagamento¹¹. Per questa ragione, la dottrina giuridica, di norma, ritiene che questo metodo di "confronto dei prezzi" rappresenti l'espressione più tipica della determinazione dei prezzi di libera concorrenza, che è molto differente dal dire che è solo un modo di pervenire a un prezzo di libera concorrenza, perché consente un confronto diretto con i prezzi praticati con le imprese indipendenti e riflette le condizioni di mercato (libera concorrenza).

Uno dei metodi più comuni per determinare i prezzi senza interferenze è il CUP – metodo del prezzo comparabile di libero mercato, che è simile al nostro PIC. L'applicazione di tale metodo è effettuato attraverso il confronto tra il prezzo stabilito per una transazione internazionale e il prezzo stabilito per una analoga transazione, effettuata tra imprese indipendenti in circostanze analoghe. Questo è uno tra i metodi più semplici, anche se, in pratica e paradossalmente, questa semplicità lo rende impraticabile.

PIC è un metodo di confronto che si applica alle importazioni, effettuate dai residenti, di beni, servizi o diritti derivanti dai soggetti non residenti collegati, il cui prezzo di riferimento è stabilito attraverso una semplice equalizzazione (media aritmetica) dei prezzi, in relazione a beni identici o simili e sulla base di analoghe condizioni di pagamento, ai fini della deducibilità dei costi da parte del residente brasiliano, così da evitare sovrapprezzamenti o altre condizioni vantaggiose, che non esisterebbero tra soggetti indipendenti.

¹⁰ Questa posizione è condivisa da MAISTO, quando afferma: "Infatti, anche i metodi del prezzo di rivendita e del cost-plus operano una comparazione in quanto raffrontano l'utile lordo conseguito dalla impresa associata con quello che una delle imprese associate avrebbe conseguito nell'ipotesi in cui le stesse attività fossero state svolte a favore di imprese indipendenti". MAISTO, Guglielmo. Il progetto di rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento. *Rivista di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1995, abr., n° 4, p. 364;

¹¹ Cfr.: MAISTO, GUGLIELMO. *Il "transfer price" nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova: CEDAM, 1985, p. 106;

Quando si controllano i prezzi di trasferimento relativamente alle transazioni concernenti l'attribuzione di beni materiali, si dovrebbe adottare preferibilmente il metodo del "confronto dei prezzi": il prezzo di trasferimento del bene che è oggetto della transazione controllata può essere così comparato con quello praticato per una vendita analoga tra imprese indipendenti (confronto esterno), o tra un'impresa del gruppo con un terzo indipendente (confronto interno). Esigere che sia soddisfatto il requisito dell'identità delle transazioni comporta quindi che il metodo di confronto del prezzo sia sostanzialmente un fallimento, ed è necessario sostenere la comparabilità su parametri meno rigidi, ossia la similarità delle transazioni, rispetto alle caratteristiche dei beni e alle condizioni di vendita.

4.2 Criteri per ridurre il potere discrezionale ai fini della comparabilità. L'esperienza OCSE contro l'arbitrarietà

Al fine di ridurre al minimo le tante difficoltà che derivano dai tentativi di utilizzare i metodi di comparabilità, l'OCSE ha presentato nelle sue direttive una proposta interessante concernente le modalità di accertamento dei prezzi di trasferimento e le relative implicazioni (*direttive per l'applicazione del principio di libera concorrenza*)¹².

La proposta tenta di individuare la transazione, sulla cui base (o sulla base di un gruppo di transazioni collegate) può essere definito il prezzo di libera concorrenza, che rappresenta la transazione controllata, sulla quale si applica la rettifica, in considerazione di transazioni tra soggetti indipendenti in circostanze analoghe.

In seguito, si dovrebbe effettuare un'analisi di comparabilità, al fine dell'applicazione del principio di libera concorrenza, che di solito è basato sul confronto delle circostanze in cui si svolge la transazione controllata e le circostanze presenti nelle transazioni realizzate tra imprese indipendenti. A tal fine è necessario prendere in esame le caratteristiche economiche delle situazioni da comparare.

A tale riguardo, si dovrebbe tenere conto delle caratteristiche intrinseche del bene o del servizio oggetto della transazione. Le differenze tra le caratteristiche specifiche dei beni o dei servizi si rifletteranno nel prezzo praticato nel libero mercato. Per tale ragione, il principio di libera concorrenza deve fondarsi sulle condizioni di mercato, che riflettono le pratiche commerciali tipiche, per tipo di prodotto o servizio. Conseguentemente, è necessario sapere come focalizzare le caratteristiche più rilevanti ai fini del confronto, variando a seconda del tipo di bene o servizio. Per i beni materiali, si dovrebbe concentrare l'attenzione sulle caratteristiche fisiche, sulla qualità, sull'affidabilità, sul volume delle vendite, sulla disponibilità di mercato; per i servizi, d'altra parte, tali caratteristiche corrispondono alla natura e all'oggettiva dimensione, alla tipologia e alla quantità; per la proprietà intellettuale, si dovrebbe esaminare la tipologia giuridica della transazione (vendita o concessione), il tipo di bene immateriale coinvolto (brevetto, *know-how*, ecc.), la durata e l'intensità della protezione giuridica, i benefici ottenuti dall'utilizzo del bene immateriale. Ma questo non esclude la possi-

¹² Si veda, ad esempio, OCSE *Direttive sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*. Paris: OCSE 1996, pp. I-7 a I-15;

bilità di comparare lo scopo dell'attività soggetta a controllo con i beni che sono solo simili o fungibili.

I confronti devono anche prevedere la cosiddetta analisi funzionale delle transazioni effettuate, relativa alle specifiche funzioni svolte dalle imprese, nonché considerando i beni utilizzati e i rischi assunti in ciascuna giurisdizione dalle differenti imprese di uno stesso gruppo economico: rischi concernenti il mercato, il paese, il credito, la liquidità, il tasso di cambio, l'esistenza di prestiti, tutti elementi da considerare su base funzionale, al fine di individuare e segregare le attività economiche significative e le passività (costi e rischi) nei rapporti con soggetti collegati e nei rapporti con soggetti indipendenti. Per tale ragione, una speciale attenzione deve essere data alla struttura e all'organizzazione del gruppo economico.

Le condizioni contrattuali sono anche oggetto di intenso interesse, in quanto nello stabilire i prezzi per cui si applica il principio di libera concorrenza, le condizioni contrattuali di una transazione definiscono, sia esplicitamente che implicitamente, come debbano essere ripartiti tra le parti le responsabilità, i rischi e i vantaggi, che devono essere presi in ampia considerazione nell'analisi funzionale e, di conseguenza, se si deve tener conto degli obblighi assunti dalle parti contraenti e degli effetti giuridici della transazione che devono essere considerati nel confronto. Tuttavia, si riconosce alle autorità fiscali il diritto a non accettare le condizioni dell'accordo quando: i) la forma della transazione differisce dalla sostanza; oppure ii) la forma e la sostanza della transazione coincidono, ma le condizioni convenute tra le parti non sarebbero state ragionevolmente convenute tra imprese indipendenti.

Le condizioni economiche in cui operano le parti contraenti sono altrettanto importanti. Il principio di libera concorrenza deve considerare la varietà e le peculiarità dei vari mercati¹³, dove si realizzano transazioni aventi ad oggetto certi prodotti o servizi. La similarità dei mercati geografici, la dimensione e la complessità dei mercati e le alternative disponibili devono servire al fine del confronto tra il prezzo praticato da imprese indipendenti e quello praticato dalle imprese collegate. Preferibilmente, il mercato considerato dovrebbe essere lo stesso in cui operano le imprese, e le differenze non devono avere un effetto sostanziale sul prezzo oppure devono essere riflesse in rettifiche adeguate.

Infine, le Direttive OCSE sottolineano l'importanza delle cosiddette strategie commerciali, poiché nell'ambito dell'analisi di comparabilità occorre considerare i fattori inerenti alle strategie di mercato utilizzate dall'impresa riguardo al prodotto o al servizio (innovazione, diversificazione, ecc.) e gli schemi di penetrazione del mercato. È quindi utile effettuare un confronto opportuno tra la strategia commerciale dell'impresa collegata con quella perseguita dalle imprese indipendenti in circostanze analoghe.

Attualmente, poiché il Brasile non è un Paese membro dell'OCSE, non esiste l'obbligo di adempiere rigidamente a tali regole, ma è importante ricordare che la so-

¹³ "Tra le caratteristiche, di cui occorre tenere conto, figurano le seguenti: nel caso di trasferimenti di beni materiali, le caratteristiche fisiche del bene, la sua qualità ed affidabilità, la disponibilità ed il volume della fornitura; nel caso di fornitura di servizi, la loro natura e dimensione; e infine, nel caso di beni immateriali, la forma della transazione, ad esempio concessione o vendita, il tipo di bene, per esempio brevetto, marchio di fabbrica o *know-how*, la durata ed il grado di protezione, e i vantaggi previsti dall'utilizzazione del bene". OCSE, Direttive sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali. Paris, OCSE 1996, p. I-19;

cietà madre del cliente è localizzata in un Paese che è membro dell'Organizzazione e, nonostante non sia parte contraente di una convenzione contro le doppie imposizioni con il Brasile, esso mantiene un impegno di reciprocità. Di conseguenza, per una delle imprese collegate esiste un obbligo di verifica di tali criteri e condizioni di comparabilità. E si può già vedere che la supposta "facilità" di ricorrere al metodo di comparabilità non è poi così semplice e implica un dispendio enorme di costi, oltre alla difficoltà di trovare una transazione che sia suscettibile di essere oggetto di tale confronto.

Un altro aspetto che potrebbe interferire nei risultati dell'analisi di comparabilità riguarda gli effetti degli interventi statali sulle leggi di mercato, quali politiche di controllo dei prezzi, dei tassi di interesse, restrizioni alla deducibilità dei costi, esenzioni. È assolutamente necessario che l'effetto di queste scelte governative sia preso in considerazione per la corretta applicazione del principio di libera concorrenza.

Questi sforzi mirano tutti a diminuire l'arbitrarietà, incentivando l'amministrazione a basare il proprio potere discrezionale su elementi tecnici che siano il più possibile rigidi, assicurando al contempo la garanzia dei diritti dei contribuenti ed evitando atti arbitrari nella determinazione dei prezzi di mercato, nelle relazioni tra soggetti che possono essere in qualche modo collegati tra loro.

Non si dovrebbe perciò confondere l'efficienza dell'amministrazione fiscale con la richiesta incontrollata di un aumento delle imposte, che sarà certamente conseguita, ma non come scopo in quanto tale. Le procedure di controllo, l'individuazione equa di una capacità finanziaria attraverso strumenti concreti e veloci di accertamento delle imposte, con dovuto riguardo ai diritti dei singoli e alla legislazione applicabile, sono questi i mezzi reali attraverso i quali si promuove il principio di efficienza dell'amministrazione fiscale. Si auspica che tale efficienza si rifletta nella soluzione delle controversie in questo campo, la cui lentezza ed eccessiva burocratizzazione è causa di perdite evidenti per il Fisco e per i contribuenti.

SEZIONE II

DOCUMENTI COMMENTATI

Commented documents

Italy – Provincial Tax Court of Milan (Commissione Tributaria Provinciale di Milano), Section XLVII – Judgement no. 272 of 22 december 2005

Personal income tax (irpef) – Basis of Taxation – Person engaged in Prostitution Activity – Proceeds – Liability to tax – Whether or not they can be considered as Crime - Exclusion

The Provincial Tax Court of Milan, Section XLVII, by judgement no. 272 delivered on 22 December 2005 ruled that proceeds from prostitution activity are not taxable since they cannot be classified according to any of the categories of income provided for by article 6 of the TUIR (Italian Income Taxes Consolidated Text) included in Presidential Decree 917/1986, nor can they be covered by the provisions of article 14, paragraph 4 of Law 537/1993.

Income From Prostitution: Taxable Income Or Tax-free Compensation?

Roberta D'Agata

SUMMARY: 1. Introduction - 2. Taxability of proceeds from illegal activities - 3. Italian legislation - 4. Italian case-law - 5. Observations on the case.

1. Introduction

The judgement under consideration can be the starting point for the analysis of the legislative and jurisprudential evolution which characterized, in the last two decades, the delicate issue of taxation of proceeds from illegal activities. In connection with this, and following the decriminalization policy enacted by the Italian lawmaker, another problem arose related to the treatment of particular kinds of income which are no longer considered illegal but cannot easily be included in the established classification

of income; as a result a taxation vacuum occurred to the manifest prejudice of tax equality.

In particular, in the case at issue, the Court was reluctant to consider the prostitution activity as self-employment (due to the fact that it is contrary to public decency), but at the same time it escaped taxation due to its decriminalization (which grants “legality” to it).

In fact, the Court, accepting the arguments put forward by the claimant, considered the income as non taxable and dismissed the Tax administration’s claim as invalid, under the assumption that it was not only impossible to include the income in any of the established categories, but also that it did not fall under the provisions of article 14, paragraph 4 of Law No. 537/1993¹, since prostitution is no longer a crime.

Therefore, before analysing in details this specific case, it is necessary to examine the approach followed by lawmakers and courts as regards taxation of proceeds from illegal activities.

2. Taxability of proceeds from illegal activities

From a moral viewpoint, when deciding on the advisability of taxing proceeds from illegal activities, some strictly juridical observations are necessary.

It is first of all necessary to consider whether it is justifiable (from a constitutional viewpoint) to equate income from law-breaking activities with the categories of income falling within the traditional scope of tax; or, on the contrary, if this would be in contrast with the provisions of the Constitution stating that Italy is a republic based on labour – obviously legal – where all citizens have to contribute to public expenditure according to their taxable capacity (resulting from the honest work of a *reasonable man*).

In other words, the analysis of the possibility to tax proceeds from illegal activities implies the definition of the concept of income - i.e. of the concept to which the principle of taxable base refers - by identifying any “anomalous” kind of wealth or enrichment which can be included in the above concept, such as proceeds from illegal activities².

In Italy, due to a Constitution strongly based on the ethical value of labour and on its social significance, someone has been induced to think that equating illegal proceeds to legal ones could constitute a sort of legitimization of the former; however,

¹ Art. 14, paragraph 4 Law No. 537/1993 “the categories of income under article 6, paragraph 1 of the TUIR...shall include, if classifiable therein, the proceeds from facts, actions or activities qualified as civil wrong, crime or administrative offence”.

² In view of the provisions of article 3 of the TUIR, introduced by Presidential Decree 917/86, stating that “the tax shall be applied upon the taxpayer’s aggregate income”, it is necessary to consider to what extent the prospective taxpayer can dispose of the illegal proceeds, since the proceeds are at risk of a seizure or confiscation that could exclude the proceeds from the aggregate income and hence from the scope of tax. It must therefore be clarified whether the taxable person may even temporarily lose the possibility to dispose of the above-mentioned income - traditionally meaning “stable possession” - due to a seizure or confiscation.

However, it seems rather unlikely that, in spite of the literal tenor of article 1 of the TUIR introduced by Presidential Decree 917/86, the “dispossession” resulting from a seizure – which is, by its very nature, temporary – may lead to consider proceeds from illegal activities definitively as non taxable, since, this being the case, the inequality of treatment of the items of income which are regularly taxed would not have a legitimate justification.

according to the writer's opinion and irrespective of moral considerations, the damages caused to the legal and economic system by a different treatment of the two kinds of "wealth" are certainly heavier than those resulting from a uniform tax treatment.

As a matter of fact, it does not seem possible to support the idea that taxing proceeds from crime could be interpreted as a sort of legitimization of the illegal activity since what counts in tax matters is only the objective data that can be used as a basis for taxation.

Therefore, it is more likely to regard the exclusion from taxation as a benefit granted to the wrongdoer rather than the opposite; this is also confirmed by the provision of the Constitution stating that the State must guarantee an equal treatment (including in tax matters) to all Italian citizens.

Although it is not the responsibility of the tax legislator to "penalize" the offender by increasing traditional penalties – through the improper use of tax instruments – it is advisable to bear in mind the main aim of taxation, i.e. the contribution to public expenditure in line with the principles of a shared democracy, in order not to demean its value and to avoid blatant unconstitutionality.

3. Italian legislation

In Italy the matter was regulated by Presidential Decree 597/73, now repealed, which in its article 80 (Other income) stated: "*Aggregate income includes, for the tax period and in proportion to the amount of income received, any item of income other than those expressly provided for by the provisions of this decree*".

As a result, in the seventies, "atypical" income categories – such as income from illegal sources – could be taxable.

However, in the second half of the eighties, this broad concept of "income" was not included in the new TUIR - introduced by Presidential Decree 917/86 - which therefore lacks a provision corresponding to article 80 of the former TUIR.

Article 6 (Classification of income), in its paragraph 1, in accordance with the constitutional logic, states: "*Income shall be classified according to the following categories: a) income from land and buildings; b) income from capital; c) income from employment; d) income from self-employment; e) business income; f) miscellaneous income*".

Since the concept of "*miscellaneous income*" was a rather abstract one, it was obviously not easy to include in this category proceeds from illegal sources and as a consequence it was rather difficult to tax them³.

With the introduction of article 14, paragraph 4 of Law 537/93 - "Rationalisation and abolition of tax allowances, tax recovery and broadening of the tax base"

³ Anyhow, case-law on this subject matter has adopted conflicting positions: see Tax Court of Verbania (Commissione Tributaria di Verbania) no. 111/96 in favour of the taxpayer and Regional Tax Court of Turin (Commissione Tributaria Regionale di Torino) no. 436/97 which delivered an opposite judgement; but see also Criminal Court of Cassation (Cassazione Penale) Sect. III no. 5170/1984, Criminal Court of Cassation joint sections no. 2798/94.

– the problem has been solved as follows: “*The categories of income under article 6, paragraph 1 of the Italian Income Taxes Consolidated Text ...shall include, if classifiable therein, the proceeds from facts, actions or activities qualified as civil wrong, crime or administrative offence, unless they have already been subjected to criminal seizure or confiscation. The relevant income is calculated according to what provided for each category of income*”⁴.

Again, the provision at issue regards proceeds from illegal activities as a class of income, i.e. as a way of accumulating wealth (the cause of which, although illegal, does not diminish its economic value); consequently, it will be necessary to choose the appropriate legislative tool to be used according to the kind of income produced from the different illegal activities – civil, criminal or administrative offences.

The change of perspective in law making is quite clear and it is certainly the result of the development of an economic and business oriented legislation.

In support of the changed legislative trend, there is also the Circular letter no. 150/94⁵, which clarifies that, as concerns article 6 of the new TUIR “*the principle applies on condition that the activity producing the income, is already taxable as such according to the provisions of the legislation in force*” further specifying that “*income from self-employment or business income derived from illegal activities carried out in the absence of a requirement provided for by relevant non tax legislation*” is in any case taxable⁶.

The inclusion in a specific category of income shall then be decided by applying the determination criteria relevant to each of them.

In fact, from the analysis of the text of article 6⁷ of the new TUIR it could be inferred that the lawmaker did not want to link the determination of “*Other income*” to economic initiative, meaning social utility in accordance with article 41 of the Constitution (which, on the contrary, would have excluded any illegal activity, although it was an income producing activity)⁷.

It is therefore clear that the nature of the income, i.e. how it has been produced, does not affect the inclusion in one of the categories of taxable income.

Everything increasing somebody’s fortune, which can be evaluated from an economic and quantitative (not qualitative) point of view, can be classified as income.

⁴ The preparatory report to the bill mentioned the advisability of providing for the taxability of any kind of income, including those from illegal activities; and, for this purpose, in the report accompanying the law some actual cases of taxability of illegal proceeds have been included.

⁵ Ministry of Finance, Revenue Department, Central Directorate for Legal Affairs and Tax Litigation (Ministero delle Finanze, Dipartimento delle Entrate, Direzione Centrale Affari giuridici e contenzioso), Circular letter no.150/E of 10/8/1994.

⁶ For this purpose, taxable items of income include income from capital derived from usury, or business income derived from criminal activities, or income produced in the absence of certain prerequisites such as the registration in the Rolls of Lawyers.

⁷ This is confirmed by article 67 d), which qualifies as sources of income “*winnings in lotteries, prize contests, games and betting organized for the public and prizes from tests of ability or of chance, as well as those awarded in recognition of particular artistic, scientific or social merit*”.

Any source of income of an individual is subject to taxation simply because it exists and it can enlarge the taxable capacity of the owner.

Only in case a source of income is excluded from the property of the taxable person, e.g. following a confiscation, such income will not be taxed at all⁸.

No moral overtone can then be found in the solution adopted by the lawmaker (which is line with the growing production of reward regulations - *legislazione premiale* – and the increasing use of amnesty) and the abandoning of an ethical approach to law comes clearly to light.

4. Italian case-law

The changes in legislation that have intervened resulted in an alteration of the jurisprudential trend followed until the mid-nineties, even if, in the decision no. 447 of 21.12.1994, the Central Tax Court, Section IX, recalling “*the broad and generic definition used in article 1 of Presidential Decree 597/73, according to which any continuing or occasional income from any source falls within the scope of tax*” excluded the taxability of proceeds from illegal activities “*only when and if the derivation of the income gives rise to a correlative and equivalent obligation to return it to the injured party or to its confiscation*”⁹.

In 1995, in judgement 4381¹⁰, the Civil Court of Cassation confirmed the abandoning of the previous jurisprudential trend¹¹ concerning the non taxability of the proceeds of crime in the light of the effected law reform (Law no. 573/93, article 14), to be regarded as authentic interpretation of the TU IR in force and - as such - as having retrospective effect. As a consequence, also the *pretium sceleris* (the price paid for an illegal transaction) should be included in the taxable base. Later on, in 2002, by judgement no. 3550, the fifth Section of the Court of Cassation, widening the argument put forward in 1995 by judgement 4381, stated that income from illegal activities was also liable to VAT¹². But there is more to it.

⁸ This is not the case when it is temporarily excluded from the property, e.g. following a civil or administrative seizure, which can be overruled at any time. In such a case, taxability is deferred until the item of income is included in the taxable base of the individual.

⁹ It is interesting to note that in the case at issue the Court specified that, in case a criminal judgement has been delivered following a plea bargain, the illegal nature of the assessed proceeds could not be proved for taxation purposes.

¹⁰ In this judgement the Court specifies that if the taxpayer can still dispose of the illegal proceeds, although being in theory at risk of confiscation, they shall be subject to taxation; any confiscation after taxation, would consequently “*a posteriori invalidate taxation, due to the expiry of the title document*”. See also Civil Court of Cassation Sect. 1 no. 12782/95 and 11148/96 on the applicability of personal income tax to proceeds from illegal activities.

¹¹ See Civil Court of Cassation no. 3028/93, rejecting the taxability of crime proceeds as income of the culprit.

¹² See also Civil Court of Cassation, V Section no. 15984/02 confirming the applicability of personal income tax to proceeds from illegal activities.

In 2003, by judgement no. 13335, the Fifth Civil section of the Court specifically provided the taxability of illegal income derived from gambling, thereby confirming still further the retrospective effect of article 14, paragraph 4 of Presidential Decree 537/97.

In fact, the Court maintains that winnings from gambling are liable to tax since they fall within one of the categories provided for by art. 6 of Presidential Decree 917/86 and - more specifically - in the income under article 81, paragraph 1d); even the defence put forward by the claimant could not succeed in convincing the Court on this subject; according to the claimant's argument, taxation would be illegitimate: illegal proceeds cannot be considered as "income" since they are not related to the academic concept of "production" or "exchange" of goods and services, nor can they be qualified as proceeds from an activity aimed at creating or increasing social utility¹³.

Also the criminal Court of Cassation which, until 1997, had always rejected the possibility to tax proceeds from illegal activities¹⁴, in view of the fact that proceeds of crime "*cannot be considered as giving rise, at the same time, to tax liability and to an obligation to restitution since the two cannot coexist and cannot apply to the same item of income*" definitely changed direction.

In fact the Court, by completely overcoming the argument that it used to refer to on the basis of article 185 of Criminal Code - which provides for an obligation to restitution by the culprit, thus excluding the item of income from the basis of taxation¹⁵ - following the above-mentioned Circular Letter no. 150/E, delivered judgement no. 7713/97 which recognised the taxability of proceeds from illegal activities¹⁶, thus confirming the retrospective effect of article 14, paragraph 4 of Law no. 537/93¹⁷.

¹³ The theory of the non applicability of tax provisions to the cases of unjust enrichment - which could include proceeds from illegal activities - is based on the alleged violation of articles 1, 2 and 41 of the Constitution: taxing illegal income would be in contrast with the principle of the Constitution according to which Italy is Republic founded on honest - not dishonest - work, with the obligation to economic solidarity - which could not be fulfilled through illegal activities - and lastly with the principle of private economic activity which cannot be exercised in contrast with social utility - which certainly cannot be based on illegality.

¹⁴ See judgement no. 2798/1994 stating that Italian regulations do not consider as income the proceeds from criminal activities "since other tools have been established to prevent the culprit from earning an income from a criminal activity... such as compensation for damage, restitutions and - above all - confiscation of the outcome, the profit or the proceeds of crime". *Contra* see Criminal Court of Cassation 3124/96.

¹⁵ Circular Letter no. 150/E of 1994 specifies that "in any case, at the assessment stage, it will be possible to produce evidence of the forfeiture of the proceeds or their restitution and compensation; in this case the burden of proof lies with the taxpayer."

¹⁶ Non taxability of seized property results from the fact that the taxable person cannot dispose of the property, due to measures of forced transfer of goods into the public ownership. On this subject, there has been an animated discussion at doctrinal level on the advisability to exempt from taxation also the property subject to civil or administrative seizure, and the outcome was a negative answer, due to the temporary nature of these two kinds of measures and to the possibility that the property is returned to the taxable person.

¹⁷ On this point, the Taxpayer Bill of Rights, Law no. 212/2000, at article 3, paragraphs 1 and 2, provides that tax provisions cannot have a retrospective effect, except for exceptional cases when they are classified as interpretative provisions by ordinary law.

5. Observations on the case

In order to settle the present case, first of all the Tax Court had to classify – from a legal and fiscal point of view – the money used for the investments in relation to which the claimant received the contested notices of assessment of income.

The Court has in fact ruled that in the notices of assessment the tax administration has to indicate according to which of the categories provided for by article 6 of the TUIR the income for which the taxpayer is receiving the notice can be classified.

In the present case, this information was lacking and this lack could not be compensated for by the late classification made by the office when appearing in court as income from illegal activity, i.e. prostitution as a habitual activity.

However, apart from being late, the classification was considered by the Tax Court as incorrect since - due to its decriminalization – prostitution cannot be regarded as directly producing “illegal taxable income”.

But the Court went further by adhering to a principle laid down in 1986 by the Supreme Court¹⁸, despite it was a unique and rather old principle.

In practice, by going back to the concept of prostitution laid down in 1986 as contrary to public decency, the Tax Court rejected the possibility to compare such activity to any kind of self-employment – which, on the contrary, would have allowed to consider the proceeds as taxable – and classified the price paid by the customer for the service as a kind of “*sui generis compensation for damage caused by the infringement of the dignity of the person receiving the insult of selling herself*”.

Such classification, in the writer's opinion, not only appears to be the result of a misinterpretation of the constitutional principle, but it is also clearly in contrast with the provisions of article 14, paragraph 4 of Law 537/93 where the reference made to crime as well as to civil wrong and administrative offence clearly shows that the aim of the lawmaker is to encourage the taxation of any kind of wealth or enrichment, provided that the taxpayer can effectively dispose of it.

So if taxation depends on the possibility to classify each item of income in one of the categories provided for by article 6 of the new TUIR, it is for the court to determine whether in the activity producing the income under consideration the illegal purpose is extrinsic and as such not prevailing, or if it represents a constitutive part of the activity corrupting it to the extent that it cannot be classified as one of the above-mentioned income categories.

Therefore in the present case the inconsistency in the logic of the Tax Court is manifest and it is clearly shown in the reasoning of the judgement.

¹⁸ See judgement no. 4927/1986 of the Constitutional Court stating that “*prostitution is an activity contrary to public decency, since it is perceived by most people as violating common morality; in fact, based on the moral rules representing the patrimony of our civilization, a woman selling her body is a concept rejected by common morality; therefore the proceeds earned by a prostitute from her activity cannot be regarded as income from self-employment or from employment*”.

In fact, if as a result of decriminalization, prostitution does not have an illegal nature from a criminal point of view, still it is considered as illegal according to civil law, since prostitution is contrary to public decency, i.e. to that principle wrongly recalled by the Tax Court when asserting that the activity could not be regarded as a kind of self-employment.

The inconsistency lies in the fact that, on the one side, the possibility to apply to the mentioned income the provisions of article 4, paragraph 4 of Law 537/93 has been rejected since the proceeds cannot be regarded as illegal but, on the other side, the income could not be classified as income from self-employment under article 6 of the new TUIR due to the antisocial implications of prostitution, which would alter the nature of the proceeds, so that they become a kind of compensation for damage rather than a remuneration for a service.

It is exactly because it is contrary to public decency that prostitution is regarded as illegal from the point of view of civil law, with reference to the object of the contract between the prostitute- supplier of service and the client-beneficiary of the service; in spite of this, it still has the characteristics of self-employment thus allowing the classification of the relevant income as income from self-employment.

Article 2222 of the Civil Code states that a self-employment contract occurs when “*someone assumes the obligation to perform a task or a service for a consideration, using primarily his own labour and with no hierarchical subordination to the person commissioning the work*”.

In practice, a self-employed is a person which, without any obligation, directive, specific prescription, performs his job, using his own instruments and facilities, and bearing the risks derived from the activity without any disciplinary supervision.

Article 53 of Chapter V of Presidential Decree 917/1986 (Income from self-employment) defines income from self-employment as “*that derived from the practise of the arts and professions. Practise of the arts and professions shall mean engaging in activities of self-employment other than those dealt with in Chapter VI habitually, even though not exclusively, as a profession....*”¹⁹.

From a careful analysis of the case under consideration, the conditions required for the inclusion of the activity in the category of self-employment appear to be fully satisfied.

In fact the claimant, by her own admission, carried on her activity independently, without accounting to anyone, managing her appointments at her home, establishing the visiting hours for clients and in return for remuneration paid to her directly and in full, without the obligation to transfer part of it to anyone²⁰.

¹⁹ Chapter VI of Presidential Decree 917/1986 regulates “*Business Income*”.

²⁰ Different is the case of a prostitute working under the control of a pander, to whom she has to pay part – usually a considerable part – of the money she receives from her clients; in this case the person luring women into prostitution is guilty of pimping and as such liable to taxation for the proceeds earned if they are not subject to seizure or confiscation .

In the writer's opinion, she was therefore a self-employed person since all the conditions required by law were satisfied.

The Tax Court of Milan in order to provide a further support to the conclusion that income from prostitution is not taxable, recalls – although challenging its use in Italian regulations – a judgement delivered by the European Court of Justice²¹ in 2001, where it is recognized that prostitution is an economic activity pursued by a self-employed person since “Article 44(4)(a)(i) of the above Agreement²² with the Republic of Poland and Article 45(4)(a)(i) of the above Agreement²³ with the Czech Republic must be construed to the effect that the economic activities as self-employed persons referred to in those provisions have the same meaning and scope as the activities as self-employed persons referred to in Article 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC).

The activity of prostitution pursued in a self-employed capacity can be regarded as a service provided for remuneration and is therefore covered by both those expressions.

5. Article 44 of the above Agreement with the Republic of Poland and Article 45 of the above Agreement with the Czech Republic must be construed to the effect that prostitution is an economic activity pursued by a self-employed person as referred to in those provisions, where it is established that it is being carried on by the person providing the service:

- *outside any relationship of subordination concerning the choice of that activity, working conditions and conditions of remuneration;*
- *under that person's own responsibility; and*
- *in return for remuneration paid to that person directly and in full.*

The Tax Court of Milan maintains that, due to the presence in the Italian legislation of provisions aimed at guaranteeing human dignity, it is not possible to reach the same conclusion as the European Court of Justice.

But the Tax Court seems to forget that in the Italian legal system there is a provision of constitutional rank stating “All citizens shall contribute to public expenditure according to their taxable capacity” as well as a constitutional provision stating that “No obligations of a personal or a financial nature may be imposed on any person other than by law”; an *contrario* reasoning of this provisions would lead to the conclusion that it is not possible for a taxpayer to escape a financial obligation provided by law for purely moral reasons.

²¹ Judgement of 20 November 2001 delivered in the case C-268/99 concerning “External relations - Association agreements between the Communities and Poland and between the Communities and the Czech Republic - Freedom of establishment - “Economic activities” - Whether or not they include the activity of prostitution”.

²² The recalled European Agreement is the one establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Poland, of the other part, concluded and approved on behalf of the Communities by Decision 93/743/Euratom, ECSC, EC of the Council and the Commission of 13 December 1993 (OJ 1993 L 348, p. 1) concerning the freedom of establishment of a Polish national in a host Member State on condition that some conditions are satisfied among which there is the economic activity that the foreigner wishes to carry on in the host State.

²³ The recalled European Agreement is the one establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Czech Republic, of the other part, concluded and approved on behalf of the Communities by Decision 94/910/ECSC, EC, Euratom of the Council and the Commission of 19 December 1994 (OJ 1994 L 360, p.1) concerning the freedom of establishment of a Czech national in a host Member State on condition that some conditions are satisfied among which there is the economic activity that the foreigner wishes to carry on in the host State.

As a result, since there is no specific provision establishing that prostitution cannot be included in the same category of income as self-employment, it appears more than reasonable to tax its proceeds.

Furthermore, excluding from taxation such - often considerable - money flows may only lead to inequality as to the contribution provided, in contrast with the text of the constitution, and encourage the laundering of the proceeds from illegal activities as is the case for organized crime.

A legislative intervention aimed at making this kind of cases clearer is urgently needed in order to break the current impasse in interpretation which is also in open contrast with the Community trend²⁴.

²⁴ On the trend followed by the EC Court of Justice, which regards illegal activities meeting the condition of being professional and competitive as liable to VAT, see D'AGATA, *Attività illecite: l'IVA è sempre dovuta quando hanno carattere concorrenziale*, in Riv. dir. trib. int., 2005, n. 2-3, p. 107.

Italia – Commissione Tributaria Provinciale di Milano, Sez. XLVII, Sentenza 22 dicembre 2005, n. 272

Imposta sul reddito delle persone fisiche (I.R.P.E.F.) – Presupposto – Soggetto esercente attività di prostituzione – Proventi – Assoggettamento a tassazione – Configurabilità di illecito penale – Esclusione

La commissione tributaria provinciale di Milano, sezione XLVII, con la sentenza n. 272 depositata in data 22 dicembre 2005, ha stabilito che i proventi dell'attività di prostituzione non possono essere assoggettati a tassazione in quanto non riconducibili ad alcuna categoria reddituale tra quelle indicate nell'art. 6 del T.U.I.R. contenuto nel D.P.R. n. 917/1986, né possono ricondursi alla previsione dell'art. 14, comma 4 della L. n. 537/1993.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il ricorso ha per oggetto due distinti avvisi d'accertamento relativi ad IRPEF ed Addizionale regionale emessi dall'Agenzia delle Entrate – per l'anno d'imposta 1998 e 1999.

L'Ufficio ha proceduto alla determinazione sintetica del reddito complessivo attribuibile alla contribuente per le predette annualità sulla scorta della capacità di spesa dimostrata con l'acquisto di beni mobili ed immobili.

La ricorrente, come sopra rappresentata e difesa, deduce l'illegittimità degli avvisi d'accertamento perché, consisterebbero, in violazione dell'art. 53 della Costituzione, nella pretesa di tassare il patrimonio accumulato dal contribuente senza considerare anche la sua capacità contributiva.

In particolare e nel merito, la ricorrente, con successiva memoria aggiunta, sostiene che sono state riprese a tassazione delle somme derivanti da investimenti effettuati a partire dal 1999, senza che l'Ufficio, di tali somme, abbia in alcun modo indicato la definizione tributaria, ossia la tipologia di reddito, di cui all'art. 6, del T.U. n. 917/1986, alla quale ascrivere le riprese.

In data 22 febbraio 2005 si è costituito in giudizio l'Ufficio il quale, preliminarmente, ha chiesto l'inammissibilità del ricorso per avere la ricorrente impugnato due distinti avvisi d'accertamento con un unico atto; nel merito, ha ribadito la legittimità e fondatezza della pretesa, chiedendo il rigetto del ricorso con vittoria di spese ed onorari di causa, deducendo, nello specifico, l'irrelevanza delle eccezioni sollevate dalla ricorrente, la quale non avrebbe fornito alcun elemento giustificativo della capacità di spese desumibile dai notevoli investimenti effettuati.

La Commissione esaminata la documentazione in atti, preso atto di quanto emerso in udienza e camera di consiglio, preliminarmente, ritiene infondata l'eccezione d'inam-

missibilità avanzata dall'Ufficio. Sulla questione vi è da precisare che nessun obbligo di autonoma impugnativa del singolo atto può desumersi direttamente dal combinato disposto degli artt. 19 e 20, del D.P.R. n. 546/1992, ed in ogni caso, l'eccezione è priva di riscontro pratico, dato che sulla scorta dell'esistenza delle cause di connessione oggettiva e soggettiva che caratterizzano gli atti qui impugnati, l'eventuale diversificazione dei ricorsi sarebbe stata superata dall'inevitabile riunione processuale degli stessi.

Passando, al merito la Commissione ritiene che la materia del contendere sia da circoscrivere alla qualificazione giuridico-tributaria delle somme utilizzate dalla ricorrente per gli investimenti citati negli avvisi d'accertamento, che hanno dato luogo alla determinazione sintetica del reddito. Tale questione, in quanto assorbente delle altre, è da ritenere idonea da sola a decidere le sorti del presente giudizio.

Sul punto va premesso che la potestà accertativa dell'Amministrazione finanziaria, in qualsiasi caso, ed a maggior ragione nel caso di specie, vista la determinazione sintetica del reddito, deve essere subordinata ai criteri della chiarezza e riconoscibilità del proprio operato; elementi che devono, geneticamente, essere inclusi nelle motivazioni dell'atto emesso, non essendo sufficiente, in tal senso, provvedere successivamente alla loro integrazione.

In ossequio ai predetti principi, l'Ufficio, nel caso in esame, avrebbe dovuto almeno indicare negli avvisi d'accertamento a quale categoria di reddito, di cui all'art. 6 del T.U. n. 917/1986, andava ricondotta la capacità reddituale della ricorrente. L'assenza di tale specificazione, non può essere sanata successivamente in sede processuale: tuttavia, per completezza d'indagine, appare opportuno affrontare il merito della fattispecie tenendo conto delle deduzioni dell'Ufficio, avanzate con la costituzione in giudizio, relative alla qualificazione del reddito accertato in capo alla ricorrente stessa e come assunto dall'Ufficio nell'esercizio abituale del meretricio.

Tenuto conto che l'art. 3, sesto comma, del D.P.R. n. 600/1973, attribuisce al contribuente, la facoltà di dimostrare, anche prima della notifica dell'avviso d'accertamento, che il maggior reddito sinteticamente determinato sia costituito in tutto o in parte da redditi esenti o da redditi soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta e che agli effetti dell'imposta locale sui redditi il maggior reddito accertato sinteticamente è considerato reddito di capitale, salva la facoltà del contribuente di provarne l'appartenenza ad altre categorie di redditi, appare evidente che in sede processuale, dopo la notifica dell'avviso d'accertamento, bisogna riconoscere, in ossequio al pieno esercizio del diritto alla difesa, ampia facoltà del contribuente di dimostrare non solo la categoria di reddito, ma anche la circostanza che i proventi o incrementi non costituiscano reddito in senso tecnico o, comunque, non siano assoggettabili ad imposta.

Su tale presupposto la difesa della ricorrente, basata sulla circostanza della non tassabilità dei redditi perché provento dell'attività di prostituta, va considerata idonea ad inficiare la pretesa erariale; infatti i proventi in questione sono esclusivamente frutto di tale attività, come risulta essere stato ampiamente provato in sede processuale (vedasi annunci commerciali e relativi contratti telefonici intestati alla ricorrente).

Mentre, la collocazione operata dall'Ufficio dell'attività tra quelle illecite, non trova riscontro alcuno nell'ordinamento, infatti, da diverso tempo, la prostituzione non costituisce più ipotesi di reato, per cui risulta inapplicabile la previsione dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993, in base alla quale "nelle categorie di reddito di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi...devono intendersi

ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo...”.

Inoltre, tale attività non rientra in nessuna delle ulteriori ipotesi di cui all'art. 6 del T.U. n. 971/1986: “ I singoli redditi sono classificati nelle seguenti categorie: a) redditi fondiari; b) redditi di capitale; c) redditi di lavoro dipendente; d) redditi di lavoro autonomo; e) redditi di impresa; f) redditi diversi”.

La verità è che, alla luce dell'attuale ordinamento, i proventi della prostituzione non possono essere considerati tecnicamente redditi, per cui la loro non assoggettabilità ad imposta è da considerare consequenziale.

La Corte di giustizia delle Comunità europee, solo grazie ad un accordo concluso dalla Comunità stessa con Polonia e Repubblica Ceca, ha ritenuto che l'attività di prostituzione esercitata da cittadine polacche e ceche rientri nelle attività economiche svolte in qualità di lavoratore autonomo.

Ma dall'analisi delle argomentazioni dei giudici comunitari si evince che la carenza di disposizioni normative in tema di dignità della persona ha impedito alla Corte di giungere ad una diversa conclusione.

Tra l'altro la Commissione, in sintonia con il principio enucleato dalla Corte di cassazione in tema di qualificazione del fenomeno della prostituzione con la sentenza n. 4927 del 1° agosto 1986, condivide l'ipotesi avanzata dalla ricorrente sulla determinazione dei proventi, e quindi sulla non tassabilità degli stessi, quali forma di risarcimento del danno *sui generis* a causa della lesione dell'integrità della dignità di chi subisce l'affronto della vendita di sé; analoga considerazione e trattamento dovrebbero avere, proprio per la stretta connessione tra l'utilizzo diretto del proprio corpo e guadagno, i casi, per esempio, di vendita a scopo di lucro di organi propri della persona.

In tali casi appare evidente come il provento non possa essere considerato reddito; analogamente la prostituzione, che si differenzia dalla vendita in senso stretto solo per le modalità d'esercizio, in quanto non circoscritta a possibilità d'azione limitate ma continuative, non può essere direttamente produttiva di reddito tassabile, finché il legislatore non interviene per disciplinare specificatamente le fattispecie che comportino la vendita o la locazione di parti di sé.

In conclusione, poiché “la prostituzione è attività contraria al buon costume, in quanto avvertita dalla generalità delle persone come violatrice di quella morale corrente che rifiuta, sulla scorta delle norme etiche che rappresentano il patrimonio della civiltà attuale, il commercio per danaro che una donna faccia del proprio corpo, il guadagno conseguito dalla prostituta a seguito della sua attività non può considerarsi reddito di lavoro autonomo o dipendente” (sempre Cass. n. 4927/1986), né fatto illecito perché non sanzionato, con la conseguenza che i proventi di tale attività non possono essere ripresi a tassazione.

Pertanto, il ricorso è fondato e va accolto; mentre, in considerazione delle risultanze formali relative agli obblighi tributari e della particolarità e novità della fattispecie, si ritiene ricorrano giustificati motivi per la integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso e per gli effetti annulla entrambi gli accertamenti impugnati; compensa le spese.

I proventi della prostituzione: reddito tassabile o risarcimento esentasse?

Roberta D'Agata

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La tassabilità del provento illecito - 3. La normativa italiana - 4. La giurisprudenza italiana - 5. Riflessioni sul caso in esame

1. Premessa

La sentenza in commento offre lo spunto per una disamina dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha caratterizzato nell'ultimo ventennio la delicata problematica della sottoposizione a tassazione dei proventi da attività illecite. Essendo peraltro state realizzate dal legislatore italiano ampie depenalizzazioni, a tale questione si è affiancata quella del trattamento di forme reddituali atipiche non più ammantate di illiceità ma non facilmente riconducibili alle categorie di reddito tradizionalmente intese, con la conseguenza che si sono create delle situazioni di vuoto impositivo a danno evidente del principio di uguaglianza tributaria.

In particolare l'attività di prostituzione esaminata nel caso di specie soffre della ritrosia dimostrata dai giudici al suo inquadramento in una categoria reddituale quale quella del lavoro autonomo (in ragione della sua contrarietà al principio di buon costume), ma è per contro sottratta a qualsiasi forma di tassazione per la sua intervenuta depenalizzazione (e conseguente "liceità").

La commissione ha infatti accolto le argomentazioni proposte dalla ricorrente avverso la ripresa a tassazione dei propri redditi e li ha ritenuti intassabili dichiarando invalida la pretesa erariale sul presupposto che, essendo il medesimo provento esclusivo di una ventennale attività di prostituzione, non solo non fossero ascrivibili a nessuna categoria di reddito, ma altresì non li si potesse ricondurre alla previsione di cui all'art. 14, comma 4, L. n. 537/1993¹, non essendo più la prostituzione qualificata come reato.

Prima, quindi, di entrare nel merito della specifica vicenda, è necessario esaminare l'atteggiamento del legislatore e degli organi giudicanti in merito alla tassabilità dei proventi illeciti.

2. La tassabilità del provento illecito

La scelta dell'opportunità, sotto il profilo etico, di sottoporre ad imposizione fiscale i proventi illeciti non può prescindere da considerazioni di natura strettamente giuridica.

Occorre infatti innanzitutto interrogarsi se sia (costituzionalmente) legittimo equiparare forme di guadagno originate dall'esercizio di attività *contra legem* alle cate-

¹ Art. 14, 4° comma L. n. 537/1993 "nelle categorie di reddito di cui all'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi...devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo".

gorie reddituali tradizionalmente indicate dal legislatore come presupposto di imposta; o se, al contrario, ciò creerebbe un contrasto con il dettato costituzionale che fonda la Repubblica italiana sul lavoro - ovviamente lecito - e che impone ai cittadini un obbligo di concorrenza alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva (quale frutto dell'onesto lavoro del *buon padre di famiglia*).

In altri termini, l'esame dell'applicabilità di forme di tassazione ai proventi illeciti presuppone la determinazione del concetto di reddito, di quel concetto cioè cui si riporta il principio della base imponibile, con l'individuazione di eventuali forme "irrituali" di ricchezza od arricchimento che possano in tale concetto farsi rientrare, quali appunto i guadagni originati da attività illecite².

In Italia la presenza di una carta costituzionale fortemente incentrata sulla valenza etica del lavoro e sulla sua rilevanza sociale, ha fatto sembrare a taluni che l'equiparazione dei proventi illeciti a quelli leciti costituisse una sorta di legittimazione dei primi; tuttavia, a parere di chi scrive e a prescindere da considerazioni etiche, sono certamente maggiori i danni creati al sistema giuridico-economico da una differenziazione tra i due tipi di "ricchezza" rispetto a quelli prodotti da un trattamento tributario omogeneo.

Non sembra infatti condivisibile l'ipotesi secondo la quale tassare i proventi da reato configurerebbe una sorta di legittimazione dell'attività illecita, poiché quello che interessa al legislatore in materia fiscale deve essere soltanto il dato oggettivo fornito dal presupposto di imposta.

Appare pertanto più probabile che una sottrazione alla tassazione si configuri come una sorta di beneficio attribuito agli autori dell'illecito piuttosto che il contrario: all'uopo, peraltro, conforta lo stesso dettato costituzionale che impone allo Stato il dovere di trattare con uguaglianza di sistemi (anche impositivi) i cittadini italiani.

Seppure non appartiene al legislatore tributario l'onere di "penalizzare" il reo con amplificazioni delle sanzioni tradizionali - attraverso l'uso inappropriato di strumenti fiscali -, non va mai dimenticato qual è lo scopo precipuo della imposizione fiscale, e cioè la contribuzione alle spese pubbliche in un'ottica di democrazia condivisa, perché solo in tal modo non se ne svilisce la portata, né si creano le condizioni per lo sviluppo di profili di evidente incostituzionalità.

3. La normativa italiana

In ambito italiano soccorreva, prima della sua abolizione, il D.P.R. n. 597/73 il quale all'uopo conteneva l'art. 80, intitolato "Altri redditi", che così recitava: "*Alla formazione del reddito complessivo, per il periodo d'imposta e nella misura in cui è stato*

² In ragione della previsione contenuta nell'art. 3 del T.U.I.R. introdotto con D.P.R. n. 917/86, laddove si dispone che "*l'imposta si applica sul reddito complessivo del soggetto*", bisogna valutare in che termini si può parlare di disponibilità del provento illecito in capo al potenziale contribuente, laddove su di esso grava un pericolo di sequestro o confisca che, se comminato, determinerebbe l'uscita dal patrimonio del cespite e dunque il venir meno del presupposto d'imposta. Occorre perciò chiarire se la disponibilità del reddito di cui trattasi - tradizionalmente inteso come "possesso stabile" - possa essere, anche solo momentaneamente, sottratta al soggetto passivo, in ragione appunto di un provvedimento di sequestro o di confisca.

³ sembra alquanto improbabile, tuttavia, nonostante il tenore letterale dell'art. 1 del T.U.I.R. introdotto con il DPR. n. 917/86, che l'effetto di "spossessamento" derivante da un sequestro - per sua natura ammantato del carattere di temporaneità - possa costituire una causa di definitiva intassabilità del provento illecito, poiché se ciò fosse resterebbe senza alcuna legittima giustificazione la disparità di trattamento con i beni regolarmente tassati.

percepito, concorre ogni altro reddito diverso da quelli espressamente considerati nelle disposizioni del presente decreto”.

Se ne faceva conseguire, negli anni '70, che categorie reddituali “atipiche” - come quelle di provenienza illecita - potevano essere assoggettabili a tassazione.

Nella seconda metà degli anni '80, tuttavia, un concetto così allargato di “reddito” non fu riproposto nel nuovo T.U.I.R. introdotto con il D.P.R. n. 917/86, ove manca una norma equipollente all'art. 80 del vecchio T.U.I.R..

L'art. 6, comma 1, intitolato “Classificazione dei redditi”, difatti, in stretto ossequio alla logica costituzionale, così recita: “*I singoli redditi sono classificabili nelle seguenti categorie: a) redditi fondiari; b) redditi di capitale; c) redditi di lavoro dipendente; d) redditi di lavoro autonomo; e) redditi d'impresa; f) redditi diversi*”.

Va da sé che l'astratta previsione di forme di “redditi diversi” non consentiva una facile introduzione al suo interno di quelli di matrice illecita e ne rendeva conseguentemente ardua la sottoponibilità ad una qualsiasi forma di tassazione³.

Soltanto con l'introduzione dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/93, all'uopo intitolato “Razionalizzazione e soppressione di agevolazioni tributarie e recupero di imposte e di base imponibile”, si è potuto dare alla questione la soluzione che segue: “*Nelle categorie di reddito di cui all'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi... devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo se non già sottoposti a sequestro o confisca penale. I relativi redditi sono determinati secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria*”⁴.

La norma in questione, perciò, torna a configurare il provento da illecito come reddito, cioè come forma di arricchimento (la cui causa, seppure illecita, non vale di per sé a snaturarne la valenza economica); ne consegue che, a seconda del tipo di reddito che verrà originato dalle diverse tipologie di illeciti - civili, penali o amministrativi -, si dovranno utilizzare gli strumenti normativi più adatti.

La variazione di prospettiva del legislatore appare evidente ed è certamente determinata dall'imporsi di una normogenesi di tipo economico-imprenditoriale.

A conforto del mutato andamento normativo sopraggiunge anche la Circolare n. 150/94⁵, chiarendo, relativamente all'art. 6 del nuovo T.U.I.R., che “*il principio è subordinato alla condizione che l'attività produttiva del reddito sia, di per sé considerata, già ricompresa nelle fattispecie imponibili previste dalle norme vigenti*”, con l'ulteriore precisazione che “*i redditi di lavoro autonomo o di impresa derivante da attività illecite esercitate in assenza di un requisito previsto dalla legislazione extrafiscale in materia*” sono comunque imponibili⁶.

³ La giurisprudenza di merito al riguardo aveva comunque assunto posizioni contrastanti: vedi Commissione Tributaria di Verbania n. 111/96 favorevole al contribuente e Commissione Tributaria Regionale di Torino n. 436/7/97 di segno opposto; vedi però anche Cass. pen. sez. III, n. 5170/1984, Cass. pen. Sez. Un., n. 2798/94.

⁴ Nella relazione preparatoria al disegno di legge si specificava l'opportunità di prevedere l'assoggettabilità ad imposizione di tutti gli introiti, anche prodotti da fonte illecita; ed all'uopo nella relazione alla legge sono state poi specificate alcune fattispecie concrete di tassabilità di proventi illeciti.

⁵ Min. Fin., Dip. Entr., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso, Circ. 10/8/1994, n. 150/E.

⁶ All'uopo, tra le fattispecie tassabili sono esemplificati i redditi di capitale, come provento di attività usuraria, o i redditi di impresa derivanti da attività criminose, o i redditi prodotti in assenza di alcuni requisiti, come l'iscrizione all'albo degli avvocati.

La verifica dell'appartenenza alla singola categoria reddituale deve, quindi, effettuarsi attraverso l'applicazione dei criteri di determinazione del reddito propri di ciascuna di esse.

In verità, già da un'attenta disamina del dato testuale offerto dall'art. 67 del nuovo T.U.I.R. si sarebbe dovuto evincere che il legislatore non aveva voluto ancorare la determinazione dei "Redditi diversi" all'iniziativa economica, intesa come utilità sociale ai sensi dell'art. 41 Cost. (che avrebbe invece escluso l'inserimento di ogni tipo di attività illecita, seppure produttiva di reddito)⁷.

E' chiaro dunque che la natura dell'introito economico, ovvero le modalità della sua realizzazione non incidono ai fini della sua riconducibilità ad una categoria reddituale tassabile.

Reddito è dunque tutto ciò che accresce il patrimonio del singolo ed è suscettibile di valutazione economico-quantitativa (e non qualitativa).

Una qualsiasi fonte di ricchezza del singolo si sottopone a tassazione per il solo suo esistere ed ampliare la capacità contributiva del soggetto stesso che ne ha la disponibilità.

Solo nel caso in cui una fonte di reddito venga estrapolata dal patrimonio del soggetto sottoposto a tassazione, in virtù ad esempio di un provvedimento di confisca, solo allora essa sarà sottratta a qualsiasi forma di imposizione⁸.

Nessuna connotazione morale, quindi, appare rinvenibile nella soluzione adottata dal legislatore (il che, peraltro, si pone bene il linea con la crescente produzione normativa di tipo premiale e con il sempre più utilizzato istituto del condono) ed il superamento di una concezione "etica" del diritto emerge con evidenza.

4. La giurisprudenza italiana

Gli intervenuti mutamenti normativi hanno determinato uno stravolgimento dell'andamento giurisprudenziale che si era avuto sino alla metà degli anni '90, anche se già con la decisione del 21.12.1994 n. 447 la Commissione Centrale sez. IX, richiamandosi alla "espressione ampia e generica usata dal legislatore all'art. 1 del D.P.R. 597/73, secondo cui costituisce presupposto d'imposta il possesso di redditi continuativi od occasionali provenienti da qualsiasi fonte", aveva escluso la tassabilità dei proventi di attività illecite "solo quando ed in quanto dal loro maturarsi sorga un correlativo ed equivalente obbligo di restituzione alla parte lesa ovvero l'assoggettamento a confisca di quanto conseguito"⁹.

⁷ Tanto ciò è vero che la lett. d) dell'art. 67 qualifica come fonte le "vincite delle lotterie, dei concorsi a premio, dei giochi e delle scommesse organizzati per il pubblico e i premi derivanti da prove di abilità o dalla sorte nonché quelli attribuiti in riconoscimento di particolari meriti artistici, scientifici o sociali".

⁸ Ciò, invece, non accade laddove l'uscita dall'asse patrimoniale sia potenzialmente momentanea, dipendente cioè da un provvedimento di sequestro civile o amministrativo, sempre suscettibile di revoca. In tal caso, la tassabilità viene soltanto procrastinata al momento dell'eventuale reingresso nel patrimonio disponibile del soggetto, assunto come base imponibile.

⁹ È interessante notare che nel caso di specie la Commissione aveva precisato che, in presenza di una sentenza penale resa a seguito di patteggiamento, non si poteva considerare provata in sede tributaria la qualifica di illiceità dei proventi accertati.

Nel 1995, con la sentenza n. 4381¹⁰, la Cassazione civile ha sancito il necessario superamento del precedente orientamento giurisprudenziale¹¹ relativo alla non tassabilità del prezzo del reato alla luce della sopravvenuta riforma di legge (L. n. 537/93, art. 14), da intendersi con valenza di interpretazione autentica del T.U.I.R. vigente e dunque con efficacia retroattiva. Ne è conseguita la necessità di considerare parte integrante dell'imponibile anche il *pretium sceleris*. Nel 2002, poi, con la sentenza n. 3550, la V^a sezione della Corte di Cassazione, ampliando le argomentazioni rese nel 1995 con la sentenza n. 4381, ha dichiarato anche l'assoggettabilità ad I.V.A. dei proventi illeciti¹². Ma vi è di più.

Nel 2003, con la sentenza n. 13335, la V^a sezione civile della Corte ha specificamente previsto anche la tassabilità dei proventi illeciti realizzati con il gioco d'azzardo, confermando ulteriormente la già sancita natura retroattiva dell'art. 14, comma 4 del D.P.R. n. 537/97.

Sostiene infatti la Corte che le vincite da gioco illecito d'azzardo sarebbero tassabili in quanto rientrerebbero in una delle categorie previste dall'art. 6 del D.P.R. n. 917/86, e più precisamente in quella dei redditi indicati nell'art. 81, comma 1, lettera d); né è valsa sul punto la difesa tentata dai ricorrenti, che avevano sostenuto l'illegittimità della pretesa tributaria sulla scorta della considerazione che i proventi illeciti non sarebbero "redditi", in quanto non riconducibili alla nozione scolastica di "produzione" o di "scambio" di beni o servizi, né qualificabili come frutto di una attività intesa a creare o ad accrescere utilità¹³.

Anche la Cassazione penale, che fino al 1997 aveva quasi sempre negato la possibilità di sottoporre a tassazione i proventi illeciti¹⁴, in base alla considerazione che il profitto del reato "*non può essere considerato come un dato capace di dare vita, contemporaneamente, all'obbligazione tributaria e all'obbligazione restitutoria: le due pretese, tributaria e restitutoria, non possono coesistere e insistere sul medesimo elemento genetico*", ha decisamente invertito la rotta.

Ed infatti, a totale superamento delle argomentazioni che la Corte prima era solita richiamare in ragione dell'art. 185 c.p. – che, prevedendo un obbligo restitutorio in capo al reo, renderebbe con ciò inesistente il presupposto dell'imposizione tributa-

¹⁰ In essa la Corte chiarisce che se il provento illecito è restato nella disponibilità del contribuente, pur essendo astrattamente soggetto a confisca, deve essere sottoposto ad imposizione, con la conseguenza che l'eventuale sopraggiungere della confisca dopo la tassazione "*travolgerebbe a posteriori l'atto impositivo, per caducazione del titolo giustificativo*". Vedi anche Cass. civ. I^a sez. nn. 12782/95 e 11148/96 sull'applicabilità dell'I.R.P.E.F. ai proventi illeciti.

¹¹ Vedi Cass. civ. n. 3028/93, che esclude l'assoggettabilità all'imposta del provento di un reato come reddito del reo.

¹² Vedi anche Cass. civ. V^a sez. n. 15984/02 ove si conferma l'applicabilità dell'I.R.P.E.F. ai proventi illeciti.

¹³ La teoria dell'inapplicabilità della norma tributaria ai casi di arricchimento senza giusta causa -cui sarebbero riconducibili i proventi da attività illecita- si basa sulla presunta violazione degli articoli 1, 2 e 41 della Costituzione: tassare i proventi illeciti contrasterebbe con il principio costituzionale che fonda la Repubblica sul lavoro onesto - e non illecito -, con il dovere di solidarietà economica - che non potrebbe essere adempiuto attraverso attività illecite -, ed infine con il principio che impone il rispetto dell'utilità sociale nell'esercizio dell'iniziativa economica privata - che certamente non può essere improntata all'illiceità-.

¹⁴ Vedi sentenza n. 2798/1994 secondo cui l'ordinamento italiano non considera reddito i proventi di attività costituenti reato "perché ha predisposto altri mezzi per impedire che il reo consegua un utile economico da un'attività penalmente rilevante... quali il risarcimento del danno, le restituzioni e, soprattutto, la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato". *Contra v.* Cass. pen. 3124/96.

ria¹⁵ -, dopo la summenzionata circolare 150/94, la stessa è approdata alla sentenza n. 7713/97, con cui ha statuito la tassabilità dei proventi illeciti¹⁶, confermando l'efficacia retroattiva dell'art. 14, comma 4 della L. n. 537/93¹⁷.

5. Riflessioni sul caso in esame

Per poter decidere la controversia in esame la Commissione ha dovuto innanzitutto procedere alla qualificazione giuridico-tributaria delle somme utilizzate dalla ricorrente per gli investimenti oggetto degli avvisi di accertamento impugnati, che avevano dato luogo alla determinazione sintetica del reddito.

Il Collegio ha infatti sancito che l'ufficio tributario è obbligato ad indicare negli avvisi impositivi a quale categoria di reddito, ex art 6 T.U.I.R., viene ricondotta la capacità reddituale del contribuente inciso dai predetti avvisi.

Nel caso di specie, invece, tale indicazione mancava del tutto e non poteva certamente essere sopperita dalle successive deduzioni formulate dall'ufficio nella costituzione in giudizio, in cui si operava una tardiva qualificazione del reddito accertato in capo alla ricorrente come frutto di attività illecita, consistente nell'abituale esercizio dell'attività di prostituzione.

Peraltro, anche a voler prescindere dalla tardività della qualificazione, essa è comunque sembrata inattendibile alla Commissione, che ha ritenuto la prostituzione non più direttamente produttiva di "reddito illecito tassabile" in ragione dell'intervenuta depenalizzazione del relativo reato.

Ma non solo, la Commissione si è spinta oltre, facendo proprio un principio sancito nel lontano 1986 dalla Corte Suprema¹⁸, nonostante la sua unicità in materia e la evidente vetustà.

In pratica, recuperando il profilo della contrarietà al buon costume attribuito alla prostituzione nel 1986, la Commissione ha inteso escludere la riconducibilità di tale attività ad una qualsiasi forma di lavoro autonomo -che al contrario avrebbe reso i relativi proventi necessariamente soggetti a tassazione-, ed ha qualificato l'importo versato dal cliente a fronte della prestazione una forma di "*risarcimento del danno sui generis a causa della lesione dell'integrità della dignità di chi subisce l'affronto della vendita di sé*".

¹⁵ La Circ. n. 150/E del 1994 all'uopo precisa che "potrà sempre essere eccepita, in sede di accertamento, l'eventuale perdita del provento per confisca o restituzione e risarcimento con onere della prova a carico del contribuente".

¹⁶ La non tassabilità dei beni sottoposti a sequestro trova la sua ragione nella esclusione dei medesimi dalla disponibilità del soggetto passivo di imposta, in ragione del provvedimento ablatorio. Sul punto, peraltro, si è avuto un acceso dibattito dottrinario circa l'opportunità di esentare dalla tassazione anche i beni sottoposti a sequestro civile o amministrativo, all'esito del quale la soluzione accolta dalla dottrina maggioritaria è stata in senso negativo, in ragione della provvisorietà di questi due tipi di provvedimenti e del potenziale reingresso dei beni nella disponibilità del soggetto da sottoporre a tassazione.

¹⁷ Sul punto, lo Statuto dei diritti del contribuente, L. n. 212/2000, all'art. 3, commi 1 e 2, stabilisce che le disposizioni tributarie non possono avere effetto retroattivo, fatti salvi casi eccezionali in cui la legge ordinaria le qualifichi espressamente come norme interpretative.

¹⁸ Si veda la sentenza n. 4927/1986 Corte costituzionale laddove si legge "*la prostituzione è attività contraria al buon costume, in quanto avvertita dalla generalità delle persone come violatrice di quella morale corrente che rifiuta, sulla scorta delle norme etiche che rappresentano il patrimonio della civiltà attuale, il commercio per danaro che una donna faccia del proprio corpo, il guadagno conseguito dalla prostituta a seguito della sua attività non può considerarsi reddito di lavoro autonomo o dipendente*".

Tale qualificazione appare, secondo la scrivente, non solo il frutto di una interpretazione errata dei principi costituzionali, ma soffre altresì del contrasto evidente con la previsione dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/93 in cui il richiamo agli illeciti non solo penali ma anche civili ed amministrativi chiarisce l'intento del legislatore di privilegiare la sottoposizione a tassazione di qualsiasi forma di ricchezza od arricchimento, purché nella effettiva disponibilità del contribuente.

Se dunque la tassabilità è subordinata alla riconducibilità di ciascun reddito ad una delle tipologie indicate dall'art. 6 del nuovo testo unico, è compito del giudicante valutare se nello schema dell'attività produttiva del medesimo reddito la causa illecita sia estrinseca e dunque non prevalente, ovvero se essa sia parte costitutiva dell'attività in questione, snaturandola al punto da doversene negare la riconducibilità ad una delle categorie reddituali suddette.

Ecco quindi che, nel caso in esame, emerge con evidenza la contraddittorietà del procedimento logico seguito dalla Commissione ed estrinsecato nelle motivazioni della sentenza.

Se infatti con la depenalizzazione del reato di prostituzione il legislatore ha inteso eliminare in capo alla stessa il profilo di mera illiceità penale, lo stesso non può dirsi per l'aspetto di illiceità civilisticamente intesa, coincidente con la contrarietà dell'attività di meretricio al principio di buon costume, e cioè a quel principio che la Commissione ha invece erroneamente richiamato a fondamento della propria convinzione di non riconducibilità dell'attività stessa ad una forma di lavoro autonomo.

L'illogicità sta quindi proprio nell'aver da un canto escluso la possibilità di far rientrare i redditi in questione nella previsione di cui all'art. 4, comma 4 della L. n. 537/93, non essendo più configurabili come provento illecito, ma dall'altro per averne escluso la configurabilità nella categoria di lavoro autonomo prevista all'art. 6 del nuovo Testo Unico in ragione della connotazione antisociale dell'attività di prostituzione, che snaturerebbe i relativi proventi rendendoli una forma risarcitoria anziché il corrispettivo di un servizio.

In realtà è proprio in ragione della sua contrarietà al principio di buon costume che l'attività di prostituzione si riammanta di illiceità seppure civile, con riferimento alla causa del contratto intervenuto tra la prostituta-prestatore del servizio ed il cliente-fruitor del medesimo, purtuttavia mantenendo lo schema proprio del rapporto di lavoro autonomo che dunque ne consente l'inserimento nella relativa categoria reddituale.

L'art. 2222 del codice civile stabilisce, infatti, che il lavoratore autonomo è colui che si "*obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente*".

In pratica è lavoratore autonomo quel soggetto che, senza dover rispettare vincoli, direttive, ordini specifici, svolge le sue mansioni lavorative con l'utilizzo di mezzi e strutture propri, accollandosi i rischi derivanti dall'attività e svincolato da qualsiasi forma di vigilanza disciplinare.

L'art. 53 contenuto nel Capo V del D.P.R. n. 917/1986, intitolato "Redditi di lavoro autonomo", li definisce come "*quelli che derivano dall'esercizio di arti e professioni. Per esercizio di arti e professioni si intende l'esercizio per professione abituale, ancorché non*

esclusiva, di attività di lavoro autonomo diverse da quelle considerate nel Capo VI...¹⁹.

Da un'attenta disamina del caso in questione, dunque, i requisiti richiesti per ricondurre un'attività alla categoria reddituale di lavoro autonomo appaiono pienamente soddisfatti.

La ricorrente infatti, per sua stessa ammissione, svolgeva la sua attività in piena e totale autonomia, senza rendicontare a nessuno, gestendo i propri appuntamenti nella propria abitazione, imponendo ai clienti gli orari di ricevimento e ricevendo direttamente dagli stessi il pagamento delle proprie prestazioni, che tratteneva interamente senza dover versare alcunché ad altri²⁰.

In pratica, a parere di chi scrive, svolgeva un lavoro autonomo pienamente rispondente ai requisiti normativi richiesti.

La Commissione tributaria di Milano, per dare ulteriore sostegno alla sua conclusione di intassabilità dei proventi della prostituzione, richiama poi – seppur contestandone l'utilizzabilità nell'ordinamento italiano – una sentenza resa dalla Corte di giustizia²¹ nel 2001, con cui la stessa ha riconosciuto la natura di lavoro autonomo all'attività di prostituzione sostenendo che “*Gli artt. 44, n. 4, lett. a), punto i), del menzionato accordo²² di associazione con la Repubblica di Polonia e 45, n. 4, lett. a), punto i) del menzionato accordo²³ di associazione con la Repubblica Ceca devono essere interpretati nel senso che la nozione di “attività economiche (svolte) in qualità di lavoratori autonomi” utilizzata dalle menzionate disposizioni ha lo stesso significato e la stessa portata di quella di “attività non salariate” di cui all'art. 52 del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE). L'attività di prostituzione esercitata in qualità di lavoratore autonomo può essere considerata un servizio fornito a fronte di una retribuzione e rientra, di conseguenza, in queste due nozioni.*

5) Gli artt. 44 del menzionato accordo di associazione con la Repubblica di Polonia e 45 del menzionato accordo di associazione con la Repubblica Ceca devono essere interpretati nel senso che la prostituzione rientra nelle attività economiche svolte in qualità di lavoratore autonomo, cui si riferiscono tali disposizioni, qualora sia dimostrato che è svolta dal prestatore del servizio:

¹⁹ Il Capo VI del D.P.R. n. 917/1986 regolamenta i “*Redditi d'impresa*”.

²⁰ Si pensi invece al caso in cui una prostituta eserciti la propria attività sotto il controllo di uno sfruttatore, cui deve versare una quota -generalmente peraltro cospicua- degli introiti ricevuti dalla clientela, rendendosi quest'ultimo colpevole della fattispecie delittuosa di sfruttamento della prostituzione e dunque soggetto a tassazione per i proventi ricavati se non sottoposti a sequestro o confisca.

²¹ Sentenza 20 novembre 2001 resa nel procedimento C-268/99 avente ad oggetto “*Relazioni esterne – Accordi di associazione Comunità/Polonia e Comunità/Repubblica ceca – Libertà di stabilimento – Nozione di attività economica – Inclusione o meno dell'attività di prostituzione*”.

²² L'accordo europeo richiamato è quello istitutivo di un'associazione tra le Comunità europee ed i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Polonia dall'altra, concluso ed approvato a nome della Comunità con decisione del Consiglio e della Commissione 13 dicembre 1993, 93/743/Euratom, CECA, CE (G.U. L 348, pag.1), avente ad oggetto la libertà di stabilimento di un cittadino polacco in uno stato membro ospitante a condizione della presenza di alcuni requisiti tra cui quello afferente l'attività lavorativa che lo straniero intende esercitare nello stato ospitante.

²³ L'accordo europeo richiamato è quello istitutivo di un'associazione tra le Comunità europee ed i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica ceca dall'altra, concluso ed approvato a nome della Comunità con decisione del Consiglio e della Commissione 19 dicembre 1994, 94/910/CECA, CE, Euratom (G.U. L 360, pag.1), avente ad oggetto la libertà di stabilimento di un cittadino polacco in uno stato membro ospitante a condizione della presenza di alcuni requisiti tra cui quello afferente l'attività lavorativa che lo straniero intende esercitare nello stato ospitante.

- senza alcun vincolo di subordinazione per quanto riguarda la scelta di tale attività, le condizioni di lavoro e retributive,
- sotto la propria responsabilità, e
- a fronte di una retribuzione che gli sia pagata integralmente e direttamente.”.

Sostengono, infatti, i giudici milanesi che la presenza nell’ordinamento italiano di disposizioni normative volte a garantire la dignità umana impedisce di giungere alla stessa conclusione della Corte.

La Commissione sembra però dimenticare che nell’impianto normativo italiano esiste una norma di rango costituzionale che recita “Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”, così come esiste la previsione costituzionale che “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge” il che, argomentando *a contrario*, significa che per valutazioni di carattere squisitamente morale concernenti le caratteristiche dell’attività svolta non è possibile che singoli contribuenti si sottraggano ad una prestazione patrimoniale imposta dalla stessa legge.

Ebbene, dal momento che non vi è alcuna espressa previsione normativa che stabilisca la non riconducibilità dell’attività di prostituzione alla categoria reddituale del lavoro autonomo, appare più che plausibile l’opportunità di assoggettare a tassazione i relativi proventi.

Ma non solo, continuare a sottrarre a qualsiasi forma di tassazione tali – spesso considerevoli – flussi di denaro può solo creare una disuguaglianza contributiva in aperto contrasto con i dettami costituzionali, favorendo altresì possibilità di riciclaggio di proventi da attività illecite proprie della criminalità organizzata.

Un intervento legislativo volto a fare chiarezza su questo tipo di casistica appare quindi urgente per poter superare questa empasse interpretativa che appare anche in aperto contrasto con l’orientamento comunitario²⁴.

²⁴ Sull’orientamento della Corte di giustizia delle Comunità europee volto a considerare soggette ad IVA le attività illecite caratterizzate da requisiti di carattere professionalità e concorrenzialità v. D’AGATA, *Attività illecite: l’IVA è sempre dovuta quando hanno carattere concorrenziale*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2005, n. 2-3, p. 107.

Italian Revenue Agency – Central Tax Provisions and Litigation Department Resolution No. 44 of 30 March 2006

Article 7, paragraph 3, of Double Taxation Convention between the United States of America and Italy – Determination of profits attributable to a permanent establishment – Deduction of expenses only when incurred for the purposes of the permanent establishment – Within the competence

Article 98 of the Italian Consolidated Act on Income Taxes (Tuir), as approved by Presidential Decree no. 917/86 – Preventing the practice of thin capitalisation for tax purposes – The provision may not be applicable

Loans made by the head office to the permanent establishment in Italy – Deduction of interest paid to the head office with respect to capital loaned – Applicable

Under Article 7, paragraph 3 of Double Taxation Convention between the United States of America and Italy, the Italian permanent establishment of a United States company is allowed to deduct from its income those expenses that were incurred for the purposes of the permanent establishment. The Convention does not forbid the permanent establishment to deduct interest paid to the head office with respect to loans granted by the latter.

Capital allotted by the head office to the permanent establishment in Italy should be distinguished in equity capital and debt capital and only upon the latter interest may be paid to the head office. For tax purposes, the amount of equity capital should be functional to the business activity performed by the permanent establishment and according to the arm's length principle. Essentially, the permanent establishment, as any independent enterprise, must perform a business activity by means of its equity capital.

Only once capital has been allocated under the above criteria, the amount of deductible interest can be calculated, provided that it refers to debt capital.

The Determining Importance of Equity Capital in the Calculation of Interest Expenses to Deduct from the income of a Permanent Establishment*

by Ciriaco R. Petrillo

SUMMARY: 1. Premise - 2. The Commentary on the OECD Model Tax Convention (version 2005) - 3. Prospective trends in the OECD approach - 4. Italy's approach to the interest deduction from the income of a permanent establishment - 5. Conclusions.

1. Premise

The permanent establishment concept is one of the most elusive and draught with difficulties in national and international tax law. Also at national level, the long-awaited adoption of a specific provision – Article 162 of the Italian Consolidated Act on Income Taxes (Tuir), introduced by Legislative Decree no. 344/2003 – has not been certainly sufficient to resolve the issues connected to this concept¹.

A question, which is still open but has been scantily considered by scholar, concerns the adequate capital an entity is required to have in order to constitute a permanent establishment.

The Italian Revenue Agency addressed this question by Resolution no. 44 of 30 March 2006, which refers to a request for a ruling on the application of the thin-capitalization rule (Article 98 of the Italian Consolidated Act on Income Taxes) to loans granted by the head office to its permanent establishment.

Resolution no. 44/2006 is the starting point for an analysis of the issues linked to the attribution of adequate capital to the permanent establishment of a non-resident enterprise, with a view to verifying how the requirement of adequate capital affects the reconstruction of the concept and drives to assimilate a permanent establishment with a legally separate enterprise.

The Italian tax administration has been dealing with the issue of considering a permanent establishment as a separate entity for a long time, as witnessed by remote circular letter of the Ministry of Finance no. 32 of 22 September 1980, which discussed the matter, even if under a different perspective².

* Translation by Claudia Calogero.

¹ For an overview of the issues covered by Article 162 of Tuir, see P. MARONGIU, *Il concetto di stabile organizzazione nel nuovo testo unico*, in AA.VV., L'IRES, Milano, 2005, 230 and following.

² Circular letter no. 32 of 22 September, paragraph 4(e):

“Loans granted by the parent company to a permanent establishment in Italy

As previously pointed out, Italian permanent establishments of foreign companies are considered as taxable entities under articles 53 and 56 of Presidential Decree no. 597/1973. Therefore, transfer pricing rules are applied to dealings between a foreign company and its permanent establishment in Italy. As a consequence, payments made by a foreign parent company to its permanent establishment are not considered as an increase in the capital allotted to the permanent establishment but may be recognized as debt capital, which gives rise to interest under mentioned criteria. It cannot be alleged to the contrary that those interest-bearing dealings are carried out within the same legal entity and therefore have no tax significance, especially for the purposes of deduction from taxable income. For taxation purposes, in fact, a permanent establishment is a separate entity, as recognized by domestic and treaty rules.

Article 53 and 56 may be obviously applied also to transfers of funds between the head office and its permanent establishment in Italy, provided that these transfers are made for the purposes of the business activity performed and are documented.”

2. The Commentary on the OECD Model, version 2005

First, it is proper to point out that the Italian position, according to which interest paid to the head office by its permanent establishment is allowed as deduction, is not completely in line with the current Commentary to the OECD Model³, in particular, on Article 7, paragraph 18 and following.

In this regard, Article 7 of the OECD Model deals with the taxation of business profits, and is, in many respects, “a continuation of, and a corollary to” Article 5 on the definition of the concept of permanent establishment. Article 5 identifies the conditions of a permanent establishment and thus allows to verify whether it exists, Article 7 establishes the rules for ascertaining the profits on which a permanent establishment, once identified, should pay tax⁴.

Paragraph 3 of Article 75 contains the general rule according to which profits of the permanent establishment are taxed net of actual costs incurred. The Commentary however points out that the cost of “internal” financing (between the head office and its permanent establishment) is not allowed as deduction, as these financing dealings are presumed to have an antiavoidance scope.⁶

In fact, the head office could decide to disguise an equity funding to the permanent establishment as an internal financing, in order to use interest payments to lower the taxable income of the permanent establishment and escape from taxation in the State of its location. Moreover, it should be borne in mind that the transfer of capital against payment of interest between the head office and its permanent establishment is rather problematic, considering that the head office and its permanent establishment are legally the same entity.

In this perspective, it is easy to understand why the majority of OECD Member countries considered that it would be preferable to look for a “practicable solution”, as indicated in the Commentary on the 2005 version of the Model Convention, and to generally apply the ban on deduction for interest paid on internal financing (with the significant exception of permanent establishments of banking enterprises)⁷.

³ The Commentaries on the OECD Model are the official interpretation of the Model itself. On the value of the Commentaries in the interpretation of treaties, see: P. SELICATO, *Il Modello di convenzione OCSE del 2002 in materia di scambio di informazioni: alla ricerca della reciprocità nei trattati in materia di cooperazione fiscale* in “Riv. dir. trib. int.”, no. 1/2004; S. GUGLIELMI – F. NAVARRINI, *Il ruolo dei commentari OCSE nella interpretazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni* in “Il fisco” no. 44 of 29 November 2004;

⁴ OECD Commentary on Article 7, paragraph 1.

⁵ As covered by the Resolution under examination, refer to Article 7, paragraph 3 of the Convention between the United States of America and Italy, ratified by Law no. 763 of 11 December 1985 and in force on 30 December 1985: “In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere”.

⁶ OECD Commentary on Article 7, paragraph 18 and following.

⁷ For details, refer to paragraph 18.3 of the OECD Commentary on Article 7: “The majority of Member countries considered that it would be preferable to look for a practicable solution that would take into account a capital structure appropriate to both the organization and the functions performed”.

It is important to notice that the OECD definition of permanent establishment (Article 5 of the Model)⁸ takes into account equity capital in the attribution of capital, and more in particular in the calculation of the deduction allowable for expenses incurred for the purposes of the permanent establishment (Article 7, paragraph 3).

Equity capital appears to be an incidental factor, which comes into consideration for tax purposes only when the permanent establishment is financed by its head office. Moreover, the Commentary does not explicitly refer to the permanent establishment's own equity capital, but employs an ambiguous wording, by merely suggesting "to take into account" a capital structure appropriate to the permanent establishment in the determination of interest deduction.

3. Prospective trends in the OECD approach⁹

For quite a long time Working Party No. 6's Steering Group, within the OECD Committee on Fiscal Affairs, has been examining the criteria for attributing profits to the permanent establishment.

The Steering Group aims at establishing a single criterion for attributing profits to the permanent establishment, in order to reduce uncertainty and tension among States. The conclusions, once achieved, will be introduced into the OECD Commentary and will represent the official trend on the matter.

In particular, the Group has divided the works into four parts corresponding to four different documents: general, banking enterprises, global trading of financial instruments, insurance.

Considering only the issue raised, it is to be pointed out that two broad interpretations of Article 7 of the OECD Model Convention on business profits are currently used by Member Countries.

The first interpretation is the "relevant business approach", which defines the profits of an enterprise as referring to the profits of the foreign company's business activity in which the permanent establishment has some participation.

For example, if purchases made by the foreign company are 80 and sales in which the permanent establishment participated are 100, resulting profits of 20 are apportioned between the head office and its permanent establishment. Apportionment criteria are dependent on countries' practice and other standards, such as the nature of the activity performed.

The second interpretation is the "functionally separate entity approach", which defines the profits of a permanent establishment as if it were a distinct and separate

⁸ It is well known that the essential characteristics of a permanent establishment are traditionally identified in the existence of a fixed place of business and in the carrying on of the business of the enterprise through this fixed place of business. The term "fixed place of business" covers only material factors, for example equipment (use of server in electronic commerce), or "personal" factors, under certain conditions. On the so-called "personal" permanent establishment, see *inter alia*, P. TOGNOLO, *La stabile organizzazione*, Milano, 2004, p. 27 and following, and L. CARPENTIERI, R. LUPI, D. STEVANATO, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 232.

⁹ For more details on the OECD approach on the matter and in particular on the recognition of "internal" dealings, refer to "Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishments", February 2001, March 2003 and June 2005, or to papers of the Conference on the attribution of profits to permanent establishments organized by ABI (Italian Banking Association) in Rome on 16 June 2004.

enterprise. In this case, therefore, the question is not the apportionment of “common profits” but the determination of profits that the permanent establishment would have earned as if it were a distinct and separate enterprise. Consequently, with reference to the above example, by applying this second approach, the permanent establishment’s profits can be greater than, equal to or less than 20.

It is easy to sense that the hypothesis by which a permanent establishment is treated as a distinct and separate entity is based on the arm’s length principle and underlies the preferred approach (authorised approach) of the OECD Group.

Briefly, the application of this approach involves the following two steps:

- the determination of the business activity performed by the permanent establishment;
- the attribution of profits under the arm’s length principle.

In order to determine the business activity performed by the permanent establishment, the first step leads to:

1. the identification of functions performed by the permanent establishment in the relationship with its head office;
2. the identification of risks assumed by the permanent establishment;
3. the attribution of capital (equity and loan capital) to the permanent establishment.

The second step leads to the attribution of profits by way of the functional and factual analysis of the dealings concerned, according to the 1995 OECD Transfer Pricing Guidelines and following updates.

4. Italy’s approach to the interest deduction from the income of a permanent establishment

Resolution no. 44 of 30 March 2006 refers to a request for ruling on the Italian tax treatment of interest paid by a permanent establishment to its head office and other companies of the group with respect to loans granted by the head office.

In the case examined by the Italian Revenue Agency, the Italian permanent establishment of a US company was financed directly by the head office (and by its shareholders) and by the permanent establishment in Italy of the group holding company (resident in Luxembourg).

The applicant company assumed that interest paid on these loans qualified for tax deduction in principle, as they were incurred for the purposes of the permanent establishment, and that therefore the anti-avoidance provision against thin capitalization (so-called thin capitalization rule in Article 98 of Tuir) should not be applied.

Article 98 covers loans granted by shareholders or their related parties, when they exceed the threshold allowed. In particular, the threshold is exceeded when the ratio between financing and the quota of net equity relevant to the shareholder exceeds 4:1¹⁰.

¹⁰ This is the highest percentage of debt percentage allowed. For interest paid in tax years 2003 and 2004, the debt/equity ratio is 5:1, according to transitional provisions.

Under these conditions, the legislation provides that, on the one hand, excessive interest paid is disallowed and, on the other hand, disallowed interest is re-characterised as gains stemming from participations in capital of companies or entities subject to company taxation. The rule covers those loans that do not derive from the company's own credit capability, but aim essentially to exploit the more favourable tax treatment accorded to interest paid as against dividends¹¹.

In the case under examination, both the applicant company and the Italian administration deemed it necessary to analyse separately the applicability of the thin capitalization rule according to whether loans were granted to the permanent establishment by another company of the group or by the head office.

In the taxpayer's opinion, as supported by the Administration, loans granted by the financial holding in Luxembourg to the permanent establishment of the US associated company do not fall within the scope of Article 98 of Tuir on a point of fact: the US company is actually a public company where shareholders do not own more than 5%, and therefore conditions under Article 98 (3)(c)¹² are not met.

Conversely, in the taxpayer's opinion, loans granted by the head office are not covered by the thin capitalization rule on a point of law: the head office cannot be considered as a "shareholder" of its permanent establishment.

It follows that the test of debt/equity ratio cannot be applied to the permanent establishment, but to the enterprise as a whole.

The issue is actually debatable, and it is still open, as in the ruling the Italian Revenue Agency did not take an explicit position on the matter in point¹³.

In fact, the Italian tax administration examined the case considering that the major controversial point concerned is the calculation of interest deduction from the permanent establishment's income.

Circular letter no. 32 of 22 September 1980 provides that payments made by the head office to its permanent establishment in Italy are recognized as debt capital, which gives rise to interest.

The above circular letter, which clarifies how and to what extent transfer pricing rules apply, provides that payments made by the head office to its permanent establishment cannot be considered as "an increase in the capital allotted to the permanent

¹¹ On the thin cap in Italy, refer to E. VOLPICELLA, *IRES e nuovo reddito d'impresa*, Rome, 2006, page 82 and following.

¹² According to this provision, a shareholder is considered to be qualified when it directly or indirectly controls the debtor under Article 2359 of the Civil Code.

Article 2359 of the Civil Code provides that "[1] Control, in relation to a company means:

1) the possession of the majority of the voting rights in ordinary shareholders' meetings;

2) the owning of sufficient rights to exercise a dominant influence in ordinary shareholders' meetings;

3) the power to exercise a dominant influence in another company by virtue of particular contractual terms entered into with it.

[2] For the purposes of paragraph 1(1) and (2), the calculation shall include also the voting rights held by controlled companies, trust companies and intermediaries; it shall exclude the voting rights held on behalf of third parties.

[3] Control means also the power to exercise a significant influence in another company. This influence is presumed to exist when a company owns at least one fifth of the voting rights, or one tenth if its shares are quoted in regulated markets".

¹³ Although the request for ruling is clear in distinguishing between the two cases of financing, those granted by the head office and those granted by its shareholders or related parties, the Revenue Agency rules only on the second case. However, it seems that the tax administration agrees also that the thin capitalization rule does not apply to internal financing dealings between the head office and its permanent establishment on account of the fact that technically a control relationship cannot be found between the two entities, as requested by Article 98 of Tuir. Actually, the Revenue Agency generally "agrees" with the analysis of the request for ruling.

establishment”. In principle, interest paid by the Italian permanent establishment is allowed as deduction, however the relevant rule of application is not provided.

This approach is based on the consideration that transfer pricing rules should be applied to attribute profits to a permanent establishment in Italy. Given that a subsidiary can deduct interest paid to the parent company, the permanent establishment should be allowed to deduct interest paid to the head office, provided that transfer pricing rules are complied with and that the permanent establishment meets the principal requirements as a legally distinct and separate entity, and therefore it is required to have some equity capital.

In point of fact, the principle derives from a basic economic observation, that is a permanent establishment, being a place of fixed business for a foreign enterprise, needs to have necessarily financial resources in order to perform its business activity.

However, as above mentioned, it is necessary to take into account that the choice not to attribute an adequate amount of capital to the permanent establishment, but to enter into a “loan contract” for a consideration (strictly speaking, the term contract could be legally criticized, as there are not two distinct and separate parties) could be the evidence that the head office wants to escape from the taxation applied in the State where the permanent establishment is localized.

These are likely to be the underlying considerations of the ruling, where the Revenue Agency holds that the permanent establishment of a foreign enterprise needs to have an adequate capital, as if it were a distinct and separate enterprise. Where the permanent establishment’s accounting books do not indicate any amount of allotted capital, the tax administration provides that a notional capital may be determined in order to verify that the calculation of interest deduction is correct.

Essentially, where the permanent establishment has not an adequate equity capital, the Revenue Agency allows to construct it by inferring that the permanent establishment can deduct solely those interest expenses that would have been incurred in case of an adequate amount of equity capital. It is plain that this kind of analysis cannot use general predetermined standards, but must follow a case-by-case approach according to the facts and the international principles governing the matter.

In line with this case-by-case approach, a company can initiate an “international ruling” procedure with the Italian tax administration to arrange in advance of dealings the amount of interest that can be deducted from the income of its permanent establishments (Article 8 of D.L. no 269 of 30 September 2003, as amended by Law no. 326 of 24 November 2003).

4. Conclusions

According to Article 2508 of Civil Code¹⁴, foreign companies must comply with the provisions governing the disclosure of company deeds, when setting up a secondary

¹⁴ Article 2508 of Civil Code provides that: “1. Foreign companies, which set up one or more secondary establishments with permanent establishment. According to same provisions, they shall disclose also the name, date and place of birth of persons who are in charge of representing them along with a description of relevant powers.

2. Disclosed deeds that are diffeesentative in the territory of the State, are subject to the Italian law on disclosure of the company deeds with respect to each esrent from those disclosed in the State of the head office cannot be opposed to third parties, which carried out transactions with the secondary establishment.

3. With respect to secondary establishment, foreign companies are also subject to provisions concerning the carrying on of the enterprise or particular conditions under which it must be carried on.

4. Foreign companies’ deeds and correspondence should contain indications as provided for by Article 2250; they should also indicate the Companies Registry where the branch is registered and its registration number.”

establishment in Italy. Moreover, since pointed out by the Italian Supreme Court¹⁵, a branch has no legal status of its own but is merely a part of the same company, so that a typical debtor/creditor relationship cannot be found between a foreign company and its branch in Italy.

Therefore, from the point of view of civil law, a permanent establishment is classified as a mere branch without any legal status of its own, in that it cannot be involved as a separate entity in legal relationships.

Conversely, from the point of view of tax law, a permanent establishment¹⁶ is classified as a separate and independent entity with respect to the head office for two reasons:

- to prevent foreign enterprise from arbitrarily allocating income received in two States (anti-avoidance scope);
- to prevent the use of a permanent establishment from achieving a more favourable tax (and therefore economic) outcome than the use of a subsidiary (illegal competition advantage)¹⁷.

In order to achieve these aims, Resolution no. 44/2006 seems to consider equity capital as one of the conditions under which a permanent establishment is deemed to exist, by way of generalizing what the OECD Commentary specifically provides in case of interest deduction. In fact, the Resolution expressly states that a permanent establishment of a foreign company “must” have an adequate amount of equity capital, like any other independent and separate enterprise.

Therefore, the Revenue Agency seems *prima facie* to confirm that a permanent establishment is to be assimilated with a distinct and separate enterprise for tax purposes, in that it is required to have operating profits and an adequate capital to bear business risks. The requirement of an adequate capital appears to be further strengthened by the fact that where the permanent establishment’s accounting books do not indicate any amount of allotted capital, the Revenue can – *rectius* – must calculate a “notional” capital in order to determine the amount of deductible interest.

However, upon further analysis, it is evident that the requirement of an adequate amount of capital - even notional-, is to be necessarily connected to the entering into a “loan contract” by the permanent establishment, which implies in turn the existence of a credit capability with respect to the market.

As already pointed out, the permanent establishment is actually a construct to connect income produced by an entity, which is and remains non-resident, with the territory of the State where it is produced.

It is known that under civil law a company has two ways to operate abroad, through the setting up (or the acquisition) of a subsidiary or a permanent establishment, but it

¹⁵ Judgement of the Italian Supreme Court no. 3319 of 19 November 1971.

¹⁶ According to P. MARONGIU, *Il concetto di stabile organizzazione nel Nuovo Testo Unico*, in *Boll. Trib.* 1/2006, p. 13, the permanent establishment is the necessary and sufficient requirement to tax the business activity performed by a foreign entity in the territory of the State. Also A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, UTET 2003, p. 793 and following emphasises the permanent establishment as a connection link.

¹⁷ According to an opposite opinion, however, it is the business risk that must be verified in order to re-qualify a subsidiary as a permanent establishment: if it is the head office to assume all the risks, the entity is classified as a permanent establishment, otherwise, as a subsidiary. M. PISANI, *Ires: le procedure di accertamento nei confronti della stabile organizzazione*, in *Il Fisco*, no. 44 of 29 October 2004, p. 7415.

cannot be ignored that economically these two entities aim at the same target. Taken for granted, within the Italian and Community system at least, the freedom of private economic initiative, the State should not interfere with the legal form chosen by businesses to operate. The State however maintains the power of intervening when this choice has an essential scope of tax avoidance, and appears then purposive to exploit a particular tax system.

If the aim is to prevent taxable items from being illegally transferred from one State to another, it is clear that this aim should be pursued from a “positive” point of view, the taxation of income, and from a “negative” point of view, the limits to deduct negative components that are not connected to income.

The attribution of taxable profits, however, leads necessarily to recognize relevant expenses incurred by the foreign company, according to the symmetry “taxation-deduction”.

Putting the emphasis on the permanent establishment’s equity capital must be seen in this context: it is a condition to be met when verifying its existence in order to test whether it can operate on the market and obtain loans. In fact, equity capital continues not to affect the current criteria for determining the existence of a permanent establishment.

Agenzia delle Entrate – Direzione centrale normativa e contenzioso – Risoluzione 30 marzo 2006, n. 44

Articolo 7, paragrafo 3, della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con gli Stati Uniti d’America – Determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione – Deducibilità dei soli costi imputabili alla stabile organizzazione - Compete

Articolo 98 del Testo unico delle imposte sui redditi approvato con il D.P.R. 917/86 (TUIR) – Contrasto all’utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione – Ipotesi di non applicabilità della norma

Mutui concessi dalla casa madre alla stabile organizzazione italiana – Deducibilità degli interessi passivi pagati alla casa madre per il capitale dato a mutuo – Sussiste

A norma dell’Articolo 7, paragrafo 3, della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con gli Stati Uniti d’America, la stabile organizzazione italiana di un’impresa statunitense può portare in deduzione dal proprio reddito le spese attribuibili alle attività svolte dalla stessa stabile organizzazione. Il Trattato non vieta la deducibilità degli interessi passivi corrisposti alla casa madre per i finanziamenti da questa ricevuti.

Il capitale investito dalla casa madre nella stabile organizzazione italiana deve essere distinto in capitale di rischio (fondo di dotazione) e capitale di finanziamento e soltanto quest’ultimo può generare interessi dovuti alla casa madre. Ai fini fiscali, tale fondo di dotazione deve essere quantificato in funzione dell’attività svolta dalla stabile organizzazione e secondo il principio del valore di libero mercato. In sostanza, la stabile organizzazione, come qualsiasi impresa indipendente, deve svolgere l’attività economica per mezzo di un proprio fondo di dotazione.

Soltanto dopo tale ripartizione si potranno calcolare gli interessi passivi deducibili, ma solo nella misura in cui i medesimi interessi si riferiscono al capitale corrisposto sotto forma di finanziamento.

Il fondo di dotazione quale elemento determinante per la deduzione degli interessi passivi dal reddito della stabile organizzazione

Ciriaco R. Petrillo

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il Commentario al Modello OCSE, versione 2005 - 3. Probabile evoluzione dell'orientamento OCSE - 4. La prassi italiana in materia di interessi passivi deducibili dalla stabile organizzazione - 5. Conclusioni

1. Premessa

La stabile organizzazione è uno degli istituti più sfuggenti e tormentati del diritto tributario interno e internazionale. Anche restando sul piano del diritto interno, l'attesa introduzione nell'ordinamento tributario italiano di una disposizione *ad hoc* – l'art. 162 del TUIR, introdotto dal D.L.vo n. 344 del 2003 – non è stata di certo sufficiente a risolvere i problemi posti dall'istituto¹.

Tra le molte questioni ancora aperte, ma scarsamente approfondite dalla dottrina, si trova quella della necessità, ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione, che questa disponga di un proprio fondo di dotazione.

Il tema è stato affrontato dall'Agenzia delle Entrate nella risoluzione del 30 marzo 2006, n. 44, che trae origine da un quesito riguardante i limiti entro i quali la disciplina in materia di sottocapitalizzazione di cui all'articolo 98 del TUIR è applicabile ai finanziamenti erogati da una casa madre alla propria stabile organizzazione.

Il commento che segue prende spunto dalla risoluzione n. 44 del 2006 per approfondire le problematiche legate al fondo di dotazione della stabile organizzazione di una società non residente, e analizzare come la necessità di dotarsi di un fondo proprio influenzi la ricostruzione dogmatica dell'istituto, spingendo nel senso di una maggiore assimilazione con i soggetti giuridicamente autonomi.

Nella visione dell'Amministrazione finanziaria italiana, la questione della autonomia della stabile organizzazione si ripropone da tempo, come testimoniato dalla remota circolare 22 settembre 1980, n. 32, che già si occupò, sia pure sotto un diverso profilo, della medesima questione².

¹ Per una panoramica sui problemi posti dall'art. 162 del TUIR, si veda P. MARONGIU, *Il concetto di stabile organizzazione nel nuovo testo unico*, in AA.VV., L'IRES, Milano, 2005, 230 ss.

² La Circolare del 22/09/1980 n. 32, capitolo 4, e) dispone:

“Mutui concessi dalla casa-madre alla stabile organizzazione italiana

Come si è evidenziato in precedenza, le stabili organizzazioni in Italia di società estere rientrano tra i soggetti passivi di cui agli artt. 53 e 56 del D.P.R. 597/1973. Pertanto, le transazioni di una società estera con la propria stabile organizzazione italiana, ricadono nella disciplina dei prezzi di trasferimento. Conseguentemente, le somme erogate dalla casa-madre estera, anziché essere considerate aumento del capitale iniziale di dotazione della stabile organizzazione, potranno essere riconosciute come capitale dato a mutuo e, quindi, produttive di interessi con l'osservanza dei criteri già indicati. Né vale addurre, in contrario, che le transazioni da cui traggono origine gli interessi costituiscono operazioni all'interno della medesima entità giuridica e che, quindi, ad essi deve essere negato ogni rilievo sotto il profilo fiscale in specie ai fini della detraibilità del reddito imponibile. Sotto il profilo fiscale, infatti, la stabile organizzazione assume una sua autonomia riconosciuta sia dal diritto interno che da quello convenzionale.

Ovviamente gli articoli 53 e 56 potranno applicarsi anche alla relazione casa-madre estera/stabile organizzazione italiana e viceversa per i trasferimenti di fondi da una unità all'altra, sempreché sussistano i requisiti della inerenza e della documentabilità.”

2. Il Commentario al Modello OCSE, versione 2005

Innanzitutto, si ritiene utile sottolineare che l'orientamento italiano che tende ad ammettere la deducibilità degli interessi passivi corrisposti dalla stabile organizzazione alla casa madre non è del tutto corrispondente all'indirizzo fornito nell'attuale Commentario al Modello OCSE³, in particolare all'articolo 7, paragrafi 18 e seguenti.

Al riguardo, l'articolo 7 del Modello concerne l'imposizione degli utili delle imprese, ed appare, per molti aspetti, "la continuazione o il corollario" dell'articolo 5, che definisce la nozione di stabile organizzazione. Mentre l'articolo 5 individua gli elementi costitutivi della stabile organizzazione, e permette dunque di verificare se questa sia sussistente, l'articolo 7 detta i criteri per determinare quali sono i redditi sui quali la stabile organizzazione, una volta individuata, deve essere tassata⁴.

Il paragrafo 3 del medesimo articolo 7⁵ enuncia il principio della tassazione del reddito della stabile organizzazione al netto delle spese inerenti. Il Commentario sottolinea tuttavia che nel caso delle spese sostenute per finanziamenti cd. "interni" (tra stabile organizzazione e casa madre), il principio generale è quello dell'indeducibilità, a causa della presunzione che siffatti finanziamenti siano sostanzialmente elusivi.⁶

La casa madre, infatti, potrebbe decidere di mascherare una capitalizzazione della stabile organizzazione con un finanziamento interno, al fine di utilizzare gli interessi passivi per deprimere il reddito imponibile della medesima e sottrarre così materia imponibile allo Stato della sua localizzazione. Senza dimenticare, peraltro, che la stessa configurabilità di un finanziamento interno tra casa madre e stabile organizzazione è quantomeno problematica, visto che, da un punto di vista strettamente giuridico, casa madre e stabile organizzazione sono un'unica entità.

In quest'ottica, appare facilmente comprensibile come la maggioranza degli Stati membri dell'OCSE abbia preferito, nel Commentario alla versione 2005 del Modello di Convenzione, adottare una "soluzione praticabile" e affermare la generale indeducibilità degli interessi passivi relativi ai finanziamenti interni (con la significativa eccezione delle stabili organizzazioni delle aziende di credito)⁷.

Preme qui sottolineare che nella normativa OCSE il problema del fondo di dotazione non viene trattato tra i requisiti della stabile organizzazione (articolo 5 del Mo-

³ Il commentario al Modello OCSE rappresenta l'interpretazione ufficiale dello stesso Modello. Sul valore del commentario nell'interpretazione delle convenzioni v.: P. SELICATO, *Il Modello di convenzione OCSE del 2002 in materia di scambio di informazioni: alla ricerca della reciprocità nei trattati in materia di cooperazione fiscale* in *Riv. dir. trib. int.*, n. 1 del 2004; S. GUGLIELMI – F. NAVARRINI, *Il ruolo dei commentari OCSE nella interpretazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni in Il fisco* n. 44 del 29 novembre 2004.

⁴ Commentario OCSE all'articolo 7, paragrafo 1.

⁵ Si riporta, in quanto oggetto della risoluzione in commento, l'articolo 7, paragrafo 3, della Convenzione tra Italia e Stati Uniti d'America, ratificata con Legge 11 dicembre 1985, n. 763 ed entrata in vigore il 30 dicembre 1985: "Nella determinazione degli utili di una stabile organizzazione, sono ammesse in deduzione le spese attribuibili alle attività svolte dalla stessa stabile organizzazione, compresa una ragionevole quota delle spese di direzione e delle spese generali di amministrazione, sostenute sia nello Stato in cui è situata la stabile organizzazione, sia altrove".

⁶ Commentario OCSE all'articolo 7, paragrafi 18 e seguenti.

⁷ Per maggiore precisione, si riporta di seguito la versione originale inglese del paragrafo 18.3 del Commentario OCSE all'articolo 7: "The majority of Member countries considered that it would be preferable to look for a practicable solution that would take into account a capital structure appropriate to both the organization and the functions performed".

dello)⁸, ma solo con riferimento all’allocazione del capitale di rischio alla medesima e, più in particolare, alla deducibilità dei costi a questa riferibili (articolo 7, paragrafo 3).

La sussistenza di un fondo di dotazione appare dunque eventuale, e rileva ai fini fiscali solo nel caso in cui la stabile organizzazione riceva finanziamenti interni dalla casa madre. Il testo del Commentario, inoltre, non parla esplicitamente di un “fondo” patrimoniale della stabile organizzazione, ma usa un’espressione ambigua, consigliando semplicemente di “*tener conto*” della struttura patrimoniale della stabile organizzazione nella determinazione degli interessi deducibili.

3. Probabile evoluzione dell’orientamento OCSE⁹

Lo studio dei vari criteri per l’attribuzione dell’utile alla stabile organizzazione è uno dei compiti che il Gruppo di lavoro n. 6 del “*Centre for tax policy and administration*” dell’OCSE affronta da non poco tempo.

L’obiettivo fissato dal predetto *steering group* è quello di elaborare un unico criterio di determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione, in modo tale da ridurre le incertezze e i contrasti tra gli Stati. Raggiunto l’obiettivo, il criterio sarà inserito nel Commentario OCSE per rappresentare l’orientamento ufficiale in materia.

In particolare, il Gruppo in questione ha diviso il lavoro in quattro sottocategorie, analizzate in altrettanti documenti: parte generale; attività bancarie; commercializzazione di strumenti finanziari; assicurazioni.

Limitando le considerazioni agli aspetti che qui interessano, si fa presente che i criteri attualmente utilizzati dagli Stati per l’interpretazione dell’articolo 7 del Modello di Convenzione OCSE, riguardante la tassazione degli utili d’impresa, sono due.

Il primo criterio è dato dal “*relevant business approach*” (approccio dell’attività commerciale pertinente), in base al quale gli utili sono attribuiti alla stabile organizzazione in ragione della sua partecipazione all’attività economica del soggetto non residente.

Se, per esempio, gli acquisti dell’impresa del soggetto non residente sono pari a 80 e le vendite alle quali ha partecipato attivamente la stabile organizzazione a 100, gli utili dell’attività commerciale, pari a 20, vengono ripartiti tra la stabile organizzazione e la casa madre. I criteri di ripartizione dipendono dalla prassi degli Stato interessato nonché da altri parametri quali ad esempio la natura dell’attività svolta.

Il secondo è dato dal “*functionally separate entity approach*” (approccio dell’entità indipendente), in base al quale gli utili vengono attribuiti alla stabile organizzazione secondo le regole generali che sarebbero state applicabili ad un’impresa indipendente. In questo

⁸ Come noto, infatti, gli elementi costitutivi della stabile organizzazione vengono tradizionalmente individuati nella esistenza di una sede fissa di affari e nello svolgimento, per il tramite di tale sede, di un’attività d’impresa. La sede fissa può consistere di soli elementi materiali, ad esempio macchinari (si pensi al *server* nel caso di imprese che esercitano attività di *e-commerce*), ovvero, a determinate condizioni, di soli elementi “personali”. Sulla stabile organizzazione cd. “personale”, si vedano, *inter alia*, P. TOGNOLO, *La stabile organizzazione*, Milano, 2004, p. 27 ss., e L. CARPENTIERI, R. LUPI, D. STEVANATO, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 232.

⁹ Per maggiori dettagli sul funzionamento dell’approccio dell’OCSE in materia ed, in particolare, sull’apertura verso la deduzione degli interessi “interni”, si rinvia al “*Discussion draft on article 7 OECD (business profits)*”, February 2001, March 2003 & June 2005, oppure agli atti del Convegno organizzato dall’Associazione Bancaria Italiana sull’*Attribuzione dei redditi alle stabili organizzazioni di imprese* a Roma in data 16 giugno 2004.

caso, dunque, non si tratta di ripartire un “utile comune”, ma di determinare il reddito che avrebbe conseguito la stabile organizzazione se fosse stata un’impresa indipendente. Conseguentemente, applicando questo secondo criterio all’esempio precedente, l’utile della stabile organizzazione può essere minore, uguale oppure maggiore di 20.

È facile intuire che il criterio dell’entità indipendente si basa sull’*arm’s length principle* (concetto di prezzo di libera concorrenza o valore normale) e rappresenta il principale criterio (*authorised approach*) sul quale sta lavorando il citato Gruppo OCSE.

In estrema sintesi, per l’applicazione del predetto criterio bisogna individuare due principali fasi:

- determinazione dell’ambito di azione della stabile organizzazione;
- attribuzione del reddito sulla base dell’*arm’s length principle*.

Al fine di completare la prima fase, ovvero di individuare l’ambito delle attività svolte dalla stabile organizzazione, occorre prendere in considerazione:

1. le funzioni svolte dalla stabile organizzazione nel rapporto con la casa madre;
2. i rischi assunti dalla stabile organizzazione;
3. l’assegnazione alla stabile organizzazione di capitale proprio (di rischio e di finanziamento).

La seconda fase permette l’attribuzione degli utili d’impresa alla stabile organizzazione attraverso l’analisi funzionale e fattuale delle transazioni prese in esame, sulla base delle regole dettate nel Rapporto OCSE sul *transfer pricing* del 1995, e successivi aggiornamenti.

4. La prassi italiana in materia di interessi passivi deducibili dalla stabile organizzazione

Come ricordato in premessa, la risoluzione 30 marzo 2006, n. 44, si basa sulla risposta fornita ad un interpello avente ad oggetto il trattamento fiscale degli interessi passivi pagati da una stabile organizzazione alla casa madre e ad altre società del gruppo in relazione a prestiti ricevuti per il proprio funzionamento.

Nel caso esaminato dall’Agenzia delle Entrate, in particolare, la stabile organizzazione italiana di una società statunitense riceveva finanziamenti inerenti alla propria attività tanto dalla casa madre (sia direttamente, sia da parte di soci di questa), che dalla stabile organizzazione italiana della *holding* finanziaria del gruppo (residente in Lussemburgo).

Sul presupposto che gli interessi passivi relativi a questi finanziamenti fossero in via di principio deducibili, in applicazione del principio dell’inerenza, la società istante riteneva che la situazione descritta non ricadesse nell’ambito di applicazione della normativa anti-elusiva in materia di contrasto alla sottocapitalizzazione, disciplinata dall’articolo 98 del TUIR (cd. *thin capitalization rule*).

L’articolo 98, come noto, colpisce i finanziamenti concessi ad una società dai soci della medesima, o da parti correlate di questi, in misura “eccedente” la soglia massima consentita. Si ha eccedenza, in particolare, quando il rapporto tra finanziamento e quota di patrimonio netto della società riferibile al socio finanziatore supera la soglia di quattro ad uno¹⁰.

¹⁰ Si tratta della percentuale massima di indebitamento consentito a regime. Per gli interessi corrisposti negli anni d’imposta 2003 e 2004 la percentuale massima d’indebitamento consentita dalla apposita normativa transitoria è di cinque ad uno.

Nel caso si verifichi una situazione del genere, la normativa prevede, per un verso, che le remunerazioni dei finanziamenti eccedenti siano indeducibili, e, per l'altro, che gli interessi passivi indeducibili per effetto dell'applicazione della *thin capitalization rule* siano equiparati, ai fini fiscali, agli utili derivanti dalla partecipazione al capitale o al patrimonio di società o enti soggetti all'IRES. Lo scopo della norma è quello di colpire finanziamenti che non appaiono giustificati dalla reale capacità di credito della società, ma essenzialmente dalla volontà di sfruttare il regime fiscale più favorevole degli interessi passivi rispetto a quello dei dividendi¹¹.

Nel caso di specie, tanto la contribuente quanto l'Amministrazione hanno ritenuto necessario analizzare separatamente l'applicabilità della disciplina ai finanziamenti concessi alla stabile organizzazione da un'altra società del gruppo e dalla casa madre.

Nell'interpretazione proposta dalla contribuente, ed avallata dall'Amministrazione, i finanziamenti concessi dalla finanziaria lussemburghese alla stabile organizzazione della consociata statunitense non ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo 98 del TUIR per un motivo di fatto, e cioè perché nessuno dei soci della società madre statunitense, che è una *public company* ad azionariato estremamente frammentato, ne detiene più del 5%, senza che si possano pertanto ritenere sussistenti le condizioni richieste dal medesimo articolo 98, comma 3, lettera c)¹².

Nel caso dei finanziamenti concessi dalla casa madre, invece, a parere dell'istante, l'applicabilità della *thin capitalization rule* va esclusa in radice, per un motivo di diritto, e cioè perché la casa madre non può essere in alcun modo considerata "socio" della propria stabile organizzazione.

Ne consegue implicitamente che la verifica dell'entità del rapporto finanziamento/patrimonio netto non può mai essere condotta in capo alla stabile organizzazione, ma, se del caso, deve essere effettuata con riferimento alla società intesa nel suo complesso.

La questione appare effettivamente opinabile, e resta tuttora aperta in quanto l'Agenzia delle Entrate, nel rispondere all'interpello della contribuente, evita di prendere esplicitamente posizione sul punto¹³.

¹¹ Per il funzionamento dell'istituto della *thin cap* in Italia si rinvia a E. VOLPICELLA, *IRES e nuovo reddito d'impresa*, Roma, 2006, pag. 82 e seguenti.

¹² Secondo il quale il socio è qualificato quando "direttamente o indirettamente controlla ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile il soggetto debitore".

L'articolo 2359 del codice civile, a sua volta, prevede che "[1] Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

[2] Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

[3] Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati".

¹³ Sebbene nell'esposizione del quesito sia chiara la distinzione tra le due fattispecie di finanziamenti, quelli concessi dalla casa-madre e quelli concessi da soci o parti correlate di questa, nel parere l'Agenzia si pronuncia solo sulla seconda. Appare verosimile, tuttavia, che l'Amministrazione concordi anche sul fatto che la *thin capitalization rule* non si applica ai finanziamenti interni tra casa madre e stabile organizzazione, in base al rilievo che non è possibile configurare un rapporto di controllo in senso tecnico tra le due entità, come richiesto dal più volte menzionato articolo 98 TUIR. L'Agenzia, infatti, dichiara genericamente di "concordare" con quanto affermato nell'istanza.

L'Amministrazione finanziaria, infatti, ritiene che il principale punto controverso evidenziato dalla fattispecie riguardi il computo degli interessi passivi che la stabile organizzazione è legittimata a portare in deduzione dal proprio reddito.

La possibilità di riconoscere le somme erogate dalla casa madre estera alla stabile organizzazione italiana come capitale dato a mutuo e, quindi, produttivo di interessi, deriva dalla circolare 22 settembre 1980, n. 32.

La circolare, che chiarisce le modalità ed i limiti di applicazione della disciplina dei prezzi di trasferimento, nega che tutte le somme erogate dalla casa madre alla stabile organizzazione vadano considerate quale "*aumento del capitale iniziale di dotazione*" e riconosce, in linea di principio, la deducibilità degli interessi corrisposti dalla stessa entità italiana, senza, tuttavia, precisarne le modalità di applicazione.

L'orientamento nasce dalla considerazione che le regole generali del *transfer pricing* devono essere estese anche alle stabili organizzazioni italiane. Tenuto conto che gli oneri finanziari sono deducibili in capo alle società autonome per i finanziamenti concessi dalle società capo-gruppo, anche la stabile organizzazione deve avere la stessa possibilità di deduzione a condizione che venga rispettata la disciplina dei prezzi di trasferimento e che la medesima stabile organizzazione soddisfi i principali requisiti che caratterizzano i soggetti che godono di una propria autonomia giuridica, e sia pertanto dotata di un qualcosa assimilabile ad un "patrimonio proprio".

Il principio deriva, a ben vedere, da una semplice constatazione di tipo economico-gestionale, e cioè che una stabile organizzazione, quale sede fissa di affari di un'impresa estera, ha bisogno in ogni caso di risorse finanziarie per svolgere l'attività commerciale che le è assegnata.

Tuttavia, come già ricordato sopra, occorre considerare che la scelta di non attribuire alla stabile organizzazione risorse proprie adeguate, ma di stipulare con questa un "contratto" (la qualificazione contrattuale potrebbe essere criticata dal punto di vista giuridico in quanto, a rigore, manca l'alterità soggettiva tra i contraenti) di finanziamento a titolo oneroso, potrebbe pertanto essere un indizio della volontà della casa madre di sottrarre materia imponibile dallo Stato in cui è localizzata la stabile organizzazione.

Sono verosimilmente queste le considerazioni di fondo che legittimano la conclusione dell'Agenzia, per la quale "*come qualsiasi impresa indipendente, la stabile organizzazione di una impresa non residente deve avere un proprio fondo di dotazione*". Poiché in molti casi la contabilità della stabile organizzazione non evidenzia alcun fondo di dotazione, tuttavia, l'Amministrazione prevede anche la possibilità di determinare un fondo "*figurativo*", al fine di verificare la corretta determinazione degli interessi passivi dedotti.

Nelle ipotesi in cui manchi un fondo di dotazione effettivo, in sostanza, l'Agenzia consente la ricostruzione di un fondo figurativo sulla base di un ragionamento di tipo induttivo secondo il quale la stabile organizzazione può dedurre solo le spese sostenute in relazione a quei finanziamenti che sarebbero stati accesi "*se la stabile organizzazione avesse potuto disporre di un fondo di dotazione adeguato*". Si tratta, com'è evidente, di un accertamento che non può essere compiuto in base a parametri predeterminati in via generale, ma che deve essere effettuato di volta in volta in base alle caratteristiche del caso concreto e in conformità con i principi internazionali che regolano la materia.

Coerentemente all'impronta casistica di questo accertamento, viene ammessa la possibilità, per le società interessate, di concordare preventivamente con l'Amministra-

zione italiana la quota di interessi deducibili dalle proprie stabili organizzazioni, avvalendosi della procedura di “*ruling internazionale*” (art. 8 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326).

4. Conclusioni

Secondo quanto previsto dall'articolo 2508 del codice civile¹⁴, le società costituite all'estero sono soggette, per ciascuna sede costituita in Italia, alle disposizioni sulla pubblicità degli atti sociali. Inoltre, come da tempo evidenziato dalla Suprema Corte¹⁵, la sede secondaria non è dotata di una propria personalità giuridica, ma costituisce semplicemente organo della medesima società, per cui tra la società estera e la propria sede secondaria non è configurabile un rapporto giuridico autonomo di crediti e debiti.

Pertanto, dal punto di vista civilistico, la stabile organizzazione è considerata un semplice ramo d'azienda e, quale entità senza alcuna autonomia giuridica, non può essere autonomamente coinvolta in rapporti giuridici.

Invece, dal punto di vista tributario, la stabile organizzazione¹⁶ deve essere considerata una entità separata dalla casa madre soprattutto per i seguenti due motivi:

- evitare che l'imprenditore estero possa ripartire arbitrariamente il reddito conseguito in due Stati (finalità antielusiva);
- evitare che la costituzione della stabile organizzazione possa essere fiscalmente, e quindi, economicamente, più conveniente rispetto alla costituzione di una società figlia (vantaggio competitivo illegittimo)¹⁷.

Al fine di raggiungere questi obiettivi, la risoluzione n. 44/2006 sembra porre il fondo di dotazione tra i requisiti necessari della stabile organizzazione, generalizzando in questo modo quanto affermato nel Commentario OCSE con specifico riferimento alla deducibilità degli interessi passivi. Nella risoluzione, infatti, si afferma espressamente che “*come qualsiasi impresa indipendente, la stabile organizzazione di una impresa non residente deve avere un proprio fondo di dotazione*”.

¹⁴ L'articolo 2508 del c.c dispone: “1. *Le società costituite all'estero, le quali stabiliscono nel territorio dello Stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile, sono soggette, per ciascuna sede, alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali. Esse devono inoltre pubblicare, secondo le medesime disposizioni, il cognome, il nome, la data e il luogo di nascita delle persone che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato, con indicazione dei relativi poteri.*”

2. *Ai terzi che hanno compiuto operazioni con la sede secondaria non può essere opposto che gli atti pubblicati ai sensi dei commi precedenti sono difformi da quelli pubblicati nello Stato ove è situata la sede principale.*

3. *Le società costituite all'estero sono altresì soggette, per quanto riguarda le sedi secondarie, alle disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o che la subordinano all'osservanza di particolari condizioni.*

4. *Negli atti e nella corrispondenza delle sedi secondarie di società costituite all'estero devono essere contenute le indicazioni richieste dall'articolo 2250; devono essere altresì indicati l'ufficio del registro delle imprese presso la quale è iscritta la sede secondaria e il numero di iscrizione.*”

¹⁵ Sentenza della Corte di cassazione 19 novembre 1971, n. 3319.

¹⁶ Per P. MARONGIU, *Il concetto di stabile organizzazione nel Nuovo Testo Unico*, in *Boll. Trib.* 1/2006, p. 13, la funzione della stabile organizzazione serve ad “*individuare il presupposto necessario e sufficiente per l'assoggettamento ad imposizione dell'attività economica svolta nel territorio di uno Stato da un soggetto non residente*”. Enfatizza la funzione della stabile organizzazione come criterio di collegamento anche A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, UTET 2003, p. 793 ss.

¹⁷ In senso contrario, peraltro, si è anche affermato, che, ai fini della riqualificazione di una sussidiaria come stabile organizzazione, il criterio determinante è la verifica della sussistenza del rischio d'impresa: se questo perviene esclusivamente alla casa madre c'è stabile organizzazione, altrimenti si è in presenza di una autonoma sussidiaria. M. PISANI, *Ires: le procedure di accertamento nei confronti della stabile organizzazione*, in *Il Fisco*, n. 44 del 29 ottobre 2004, p. 7415.

Ad una prima lettura, dunque, l’Agenzia sembrerebbe confermare la necessità di assimilare, dal punto di vista fiscale, la stabile organizzazione ai soggetti passivi autonomi, imponendo ad essa non soltanto di attribuirsi un risultato d’esercizio, ma anche di dotarsi di un proprio capitale soggetto al rischio d’impresa. La necessità che la stabile organizzazione sia dotata di risorse proprie appare inoltre rafforzata dal fatto che, qualora il fondo non risulti dalla contabilità della stabile organizzazione, il Fisco può – *recte*, deve – determinare un fondo “*figurativo*” ai fini dell’individuazione degli interessi passivi deducibili.

Tuttavia, ad un’analisi più approfondita è evidente che l’affermazione dell’Agenzia delle Entrate secondo cui la stabile organizzazione “deve” avere un proprio fondo di dotazione, anche figurativo, va necessariamente letta in collegamento con la stipulazione, da parte della medesima stabile organizzazione, di un “contratto” di finanziamento, che presuppone a sua volta la sussistenza di una autonoma capacità di credito, spendibile sul mercato.

Come già evidenziato, infatti, la stabile organizzazione è essenzialmente un criterio di collegamento con il territorio dello Stato del reddito prodotto da un soggetto che è, e resta, non residente.

Posto che, dal punto di vista civilistico, una società ha essenzialmente due modi per operare all’estero, e cioè, costituire (o acquisire) una società sussidiaria o dotarsi di una stabile organizzazione, non può sfuggire che, dal punto di vista economico, le due entità non sono altro che due strumenti tendenti al medesimo fine. Data per scontata, almeno all’interno dell’ordinamento italiano e di quello comunitario, la libertà di iniziativa economica di cui godono i privati, lo Stato deve tendere a non interferire con la scelta della forma giuridica mediante la quale esercitare un’attività economica. Esso tuttavia conserva il proprio potere d’intervento quando tale scelta sia sostanzialmente elusiva, e dunque appaia preordinata allo sfruttamento di una particolare normativa tributaria.

Se l’obiettivo è quello di impedire l’illegittimo spostamento di materia imponibile da uno Stato all’altro, è chiaro che tale obiettivo va perseguito tanto dal lato “attivo”, della imposizione del reddito prodotto, che da quello passivo, della limitazione alla deducibilità di componenti negative slegate dalla produzione di reddito.

L’emersione di reddito imponibile, tuttavia, genera immancabilmente la necessità di riconoscere i relativi costi sostenuti dalla società estera, secondo lo schema simmetrico “tassazione-deduzione”.

Si inserisce in questo quadro la valorizzazione del fondo di dotazione della stabile organizzazione, come elemento che concorre all’individuazione della medesima, e che funge da parametro alla sua possibilità di operare sul mercato, nonché alla correlata possibilità di ottenere finanziamenti. La sussistenza di un autonomo fondo di dotazione, invece, continua a non rilevare dal punto di vista della configurabilità stessa di una stabile organizzazione.

SEZIONE III

APPUNTI E RASSEGNE
Notes and surveys

Using Tax Haven under European Law: Cadbury Schweppes and CFC Rules

by Carlo Romano*

OUTLINE: Part I: *According to the European Court of Justice, it is lawful to set up a business in a country that adopts a preferential taxation regime* - **Part II:** *The impact of the decision on selected European jurisdictions (Austria – Belgium – France – Germany - Hungary – Italy – Netherlands – Poland – Spain – Switzerland – United Kingdom)*

This article deals with the judgement rendered by the ECJ on 12 September 2006 in the Cadbury Schweppes case¹ concerning the compatibility of UK CFC rules with EU law, and is divided in two parts discussing the decision from the perspective respectively of the ECJ case law and of the national tax law systems in selected EU Member States and Switzerland.

The first part contains a critical analysis of the Cadbury Schweppes decision by a former Judge of the European Court of Justice. The author points out that the Court confirmed once again its position under which it is not possible to accept general presumptions of fraud or avoidance, linked to the mere fact of creating a subsidiary abroad and that a specific reference may be made only to “wholly artificial arrangements aimed at circumventing the legislation” of the Member State concerned. Besides the clearer indication of the constitutive elements of the notion of abusive practices and of the borders of EU compatible domestic anti-avoidance provisions (CFC rules in the case under analysis), the Court decision implies the operation and protection of the freedom of establishment also in relation to businesses carried out in tax havens (or generally in more favourable tax jurisdictions, such as Ireland) as far as these businesses have actual economic substance. Apart from letter box companies or other insubstantial presence, it is therefore necessary that the secondary establishment (i.e. the subsidiary) has the staff, premises and equipment necessary to carry out its economic activities.

The second part contains some comments on the impact of this judgement on selected EU domestic tax law systems, including Switzerland. From the comparative overview, it results that the conclusions reached by the ECJ may be far reaching and may go well beyond the scope and the application of CFC rules in EU Member States. This seems to be the situation in Austria, Italy and Spain where Cadbury Schweppes may question the EU compatibility of domestic provisions other than CFC provisions. There are also domestic tax law systems, such as the German one, where the impact of the Cadbury Schweppes judgement should be more direct and might lead to the

* Coordinator of the CMS EC Tax Law Group formed by EC tax law specialists from CMS member firms. Senior Associate at CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni; carlo.romano@cms-aacs.com.

¹ Case C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

inapplicability of anti-abuse provisions similar to the UK CFC rules discussed in this ECJ decision.

After Cadbury Schweppes, it becomes crucial the future decision by the ECJ on whether the UK CFC rules are in breach of Art. 56 EC Treaty (free movement of capital) and thus in relation to investments made in tax havens (or in more favourable tax jurisdictions) not being EU Member States (pending case *The Test Claimants in the CFC legislation and Dividend Group Litigation Case*; C-201/05).

Part I

According to the European Court of Justice, it is lawful to set up a business in a country with preferential taxation²

Cadbury Schweppes, a company resident of the United Kingdom, had formed subsidiaries in Ireland, so that these subsidiaries' operations (in the instant case, research and the supply to the group of internal financing resources) could qualify for the highly preferential Irish tax scheme reserved for companies established in the International Financial Services Center in Dublin.

However, in fact, under UK legislation, if, in principle, a resident company is not taxed on the profits of its subsidiaries when such profits are earned, then the profits made abroad by a foreign subsidiary in which the parent resident in the United Kingdom has an interest exceeding 50% are to be allocated to such parent and subjected to tax in the UK (with a tax credit for the tax paid by the subsidiary in the State in which it is established) if the taxation rate in force in such State is less than three fourths of the amount of the tax that would have been paid in the United Kingdom in respect of the same operations.

The only possibility for Cadbury Schweppes of avoiding the C.F.C. legislation was to satisfy the "motive" test³. Therefore, Cadbury Schweppes should have shown that "first, the considerable reduction in United Kingdom tax resulting from the transactions routed between that company and the CFC was not the main purpose or one of the main purposes of those transactions and, secondly, that the achievement of a reduction in that tax by a diversion of profits within the meaning of that legislation was not the main reason, or one of the main reasons, for incorporating the CFC" (§. 62 of the decision).

Was such a legislation compatible with Article 43 of the E.C. Treaty on freedom of establishment? There was little doubt that such legislation induced a difference of treatment between resident companies according to the taxation rate applicable to their non-resident subsidiaries and that this may restrict the freedom of establishment of companies resident of the United Kingdom by "dissuading them from establishing,

² By MELCHIOR WATHELET, Of Counsel, CMS Bureau Francis Lefebvre, Professor at the Universities of Louvain and Liège.

³ The company could not qualify for other exceptions, such as the fact that (i) the subsidiary distributed promptly 90% of its profits, or (ii) the subsidiary conducted certain operations exempted by legislation, or (iii) 35% or more of the subsidiary's capital was held by the public, or (iv) the subsidiary's profits did not exceed an amount of GBP 50,000 (*de minimis* exception).

acquiring or maintaining a subsidiary in a Member State” (§. 46 of the decision) in which the taxation rate is substantially lower.

Was it possible to justify such legislation by the need to suppress schemes aimed at escaping tax or abusive practices? This was the crucial question asked by the court, which referred the matter to the ECJ, at a time when the ECJ seems more receptive to the arguments justifying discriminations and obstacles to the freedom of establishment and in particular the counteraction of tax avoidance. As an example, we may cite the recent landmark decision in the Marks & Spencer case of 13 December 2005 where the Court accepted such justification, even though the ECJ eventually found that the UK legislation was not proportionate and even though the Court has added that this justification was only taken together with two others, the protection of a balanced allocation of the power to impose the different Member States concerned and the need to avoid the risk of a double application of losses. The crucial nature of the question raised in the case discussed here is certainly not contradicted by the fact that 12 governments intervened in these proceedings and that the Court needed 28 months in order to adjudicate in this case.

What conclusions are to be drawn from the decision of 12 September 2006?

1. The fact of taking advantage of a tax rule or benefiting from a more favorable taxation in a Member State does not at all entail the loss of the right to rely on the provisions of the Treaty on the main freedoms of movement (§s. 36 and 37 of the decision). The Court relies, in this respect, on decisions that it had already entered as regards taxation and company law.

2. The Court also confirmed that it is not possible to use, in support of a restriction or discrimination, a Member State’s intent to set off, by a less favorable tax treatment, a tax benefit obtained in another Member State. The same is true for a Member State whose objective consists in preventing a reduction of its tax revenues (§. 49).

3. As regards the justification based on the need to suppress tax avoidance, the Court also confirmed that it is not possible to accept general presumptions of fraud or avoidance, linked in particular to the mere fact of creating a subsidiary abroad and that a specific reference may be made only to “wholly artificial arrangements aimed at circumventing the legislation” of the Member State concerned. This sentence was repeated very frequently in the case law of the last 5 years.

4. As regards the constitutive elements of the notion of abusive practices, which had never been detailed in this manner in the area of direct taxation, the Court requested compliance with the invoked EU provision, i.e. Article 43 of the EC Treaty on freedom of establishment (in order to avoid, despite formal compliance with this provision, reaching a result contrary to its objective) and asked that it does not appear that this result could be reached only through the artificial creation of the conditions required in order to obtain it.

Concerning the freedom of establishment that must be complied with, the Court indicated that the concept of establishment “involves the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment in the State for an indefinite period” or in other terms, “actual establishment of the company concerned in the host Member State and the pursuit of genuine economic activity there” (§. 54).

Quite naturally, it is necessary to consider that this objective is not reached if the relevant transactions that a party attempts to justify on grounds of freedom of establishment are deprived of any actual existence or economic substance. As regards

the subjective aspect suggested by the classical expression of the Court concerning “wholly artificial arrangements aimed at circumventing the legislation of the Member State,” the Court does not satisfy itself with proof of the intent to obtain a tax goal. The Court will require evidence, on the basis of “objective factors which are ascertainable by third parties with regard, in particular, to the extent to which the CFC physically exists in terms of premises, staff and equipment” (§67), in order to show that we are in the presence of a fictitious entity having no genuine business. The Court refers to “letterbox” or “front” subsidiaries (§ 68). Also, it will not be sufficient to prove that the subsidiary’s operations might as well have been conducted in the parent company’s Member State (§ 69).

In respect of this reasoning, although Cadbury Schweppes clearly stated its tax purpose, we should conclude that the company should be able to avoid the relevant UK legislation by proving that the operations carried out in Ireland have an actual economic substance and that the subsidiary has, in Ireland, the staff, premises and equipment necessary in order to carry out the relevant economic transactions.

It does not seem that, under the UK tax rules, such evidence might be sufficient, because the only way for Cadbury Schweppes to avoid the allocation of the subsidiary’s earnings to the parent was to satisfy the “motive test”, under which Cadbury Schweppes was required to provide negative evidence, i.e. proof that there was no exclusive or principal tax purpose.

We may thus be surprised that the Court did not clearly conclude that the UK legislation was incompatible with EU law, and referred the case to the national court, which must determine whether “the motive test, as defined by the legislation on CFCs lends itself to an interpretation which enables the taxation... to be restricted to wholly artificial arrangements or whether, on the contrary, the criteria on which that test is based mean that... the resident parent comes within the scope of application of that legislation, despite the absence of objective evidence such as to indicate the existence of an arrangement of that nature” (§72). It seems however unlikely that the first conclusion shall prevail. Unless this is the case, (and there is no doubt that other interlocutory questions shall then deal with the same issue), UK legislation will need to be revised.

Part II

The impact of the decision on selected European jurisdictions

1. Austria⁴

Under the classic CFC regime, a country taxes the parent on the undistributed (and sometimes unrealised) income and gains of its foreign subsidiary in the year it arises. In Cadbury Schweppes, the ECJ had to deal with this type of CFC legislation. Austrian law does not have a classic CFC regime. However, where an Austrian parent has a foreign subsidiary that earns mainly passive income that is subject to tax at a low rate, the treatment of the dividend and gain on a disposal of the shares in the subsidiary would switch from being within the exemption regime to falling within

⁴ By JOHANNES REICH-ROHRWIG (johannes.reich-rohrwig@cmslegal.at) and BEATE WALLNER (beate.wallner@cmslegal.at) of CMS Reich-Rohrwig Hainz.

an imputation regime. This would mean that full taxation with foreign tax credits on an “as distributed” basis (so-called switch-over clause) would apply. The Cadbury Schweppes decision may well have an impact on whether the switch-over clause complies with EC law.

Taxation of dividends and capital gains

Dividends received by an Austrian parent from its participation in a foreign subsidiary are exempt from Austrian corporate income tax provided the following conditions for obtaining the participation exemption are met (Sec 10 para 2 ACTA):

- a participation of at least 10 % is held (indirect participation qualifies);
- the foreign corporation is comparable to an Austrian corporation; and
- the shareholding is held by the parent for an uninterrupted period of at least one year.

If an Austrian parent sells a foreign subsidiary, capital gains may be exempt if the same conditions are met. Alternatively, an option to treat gains and losses upon disposal as tax effective may be made on acquisition of the participation.

However, the participation exemption does not apply if the anti-abuse provision applies. The tax exemption for dividends is replaced by a tax credit for foreign participations that are deemed to be tax abusive (Sec 10 para 4 ACTA).

The participation exemption will be replaced by a foreign tax credit mechanism if:

- the foreign subsidiary earns mainly passive income (capital gains, rents from movable Property and licence income; however, dividend income would not be treated as passive income), and
- the foreign subsidiary is taxed at a low rate (under 15%).

In effect, dividends and capital gains from qualifying foreign shareholdings would be subject to 25% Austrian corporate income tax. If the Austrian parent is in an overall loss position, the switch-over to the credit method could result in a heavy tax burden as the foreign tax credit may only be offset against the parent’s taxable income and in the absence of any, use could not be made of the tax credit in Austria.

Anti-abuse criteria are further elaborated upon in a decree. According to Sec 10 para 4 ACTA tax abusive structuring may be presumed and thus the participation exemption denied if the conditions stated above are met. However, the presumption is rebuttable. Despite the wording of this provision, the Austrian Ministry of Finance has so far applied this provision as if the presumption cannot be rebutted by providing evidence that there was no abusive purpose so that the switch-over from exemption to corporate income tax with tax credits would not be avoided.

Cadbury Schweppes

The ECJ did not clearly conclude that the UK legislation was incompatible with EC law. Instead, it has referred the case back to the UK court to determine if this test can be interpreted so it can only restrict artificial arrangements. Nevertheless, the ECJ made a clear statement on tax abusive structures. The mere fact that such a structure was intentionally implemented was not enough to make it “artificial”. Objective factors that indicate “artificiality” or “abuse” need to be demonstrated. The ECJ has made it clear that a general presumption of fraud or tax avoidance was not enough. In the light of this

decision, the conditions that trigger the switch-over clause go further than is required to counteract “mere artificial constructions”. Therefore, in order to comply with EC law, Sec 10 para 4 ACTA would have at least to be interpreted in line with EC law. Accordingly, a taxpayer would need to be in a position to provide evidence that, even if the conditions in Sec 10 para 4 ACTA were met, the presumption of tax avoidance should not apply in his case and that consequently he would be entitled to retain the participation exemption.

2. Belgium⁵

Belgium has no laws similar to the CFC legislation considered by the ECJ in Cadbury Schweppes although it does have specific anti-abuse provisions and the decision is therefore of interest in Belgium.

In the past other Member States have used their CFC rules against a parent of a subsidiary established in Belgium where the subsidiary has taken advantage of favourable tax provisions such as the Belgium tax coordination centres regime and the notional interest deduction. The decision of the ECJ would seem to suggest that the CFC rules applied in other Member States to attack such Belgium subsidiaries might not be effective.

On the other hand, the ECJ’s interpretation of “*abuse of Community law*”, may force the Belgian tax authorities towards a more conservative approach when applying the anti-abuse provisions that have been adopted by Belgium.

The decision of the ECJ may pave the way for the Belgian tax authorities’ to adopt a similar approach to the ECJ in its assessment of whether particular tax structures are “*artificial*”.

3. France⁶

France did not wait for the Cadbury Schweppes decision before amending its regulations on the taxation in France of the net income of subsidiaries (or permanent establishments) benefiting abroad from preferential tax rules.

A decision of the Conseil d’Etat in 2002 had already invalidated the French anti-tax avoidance regime in relation to interests held (or direct operations located) in most of the States that have executed a tax treaty with France (the Schneider Electric decision of 28 June 2002). In addition, serious doubts had been voiced about the lawfulness of this taxation regime under EU law.

Therefore, at the end of 2004, the legislature revised French regulations for the taxation period commencing on 1 January 2006. French law now prohibits, in principle, any upwards adjustment of a company’s net income in respect of operations located in another State of the European Community. The only exception is where the operation may be regarded as an artificial arrangement intended to circumvent French tax legislation.

The Cadbury Schweppes decision now confirms the appropriateness of the amendments introduced by the French legislature.

⁵ By OLIVIER QUERINJEAN of CMS DeBacker (olivier.querinjean@cmslegal.be).

⁶ By EMMANUELLE FÉNA-LAGUENY of CMS Bureau Francis Lefebvre (emmanuelle.fena-lagueny@cms-bfl.com).

However, the ECJ's decision does not settle the delicate issue relating to operations that, because of the very nature of the business conducted (i.e. financial activities), only require minimum resources, regardless of where the operations are located. Will it be possible to require, in the case of foreign operations, human and physical resources more substantial than for operations located in France?

We must hope that the ECJ, when faced with an enterprise carrying on activities of this nature, will be able to elaborate on its guidance as to the criteria that need to be applied to determine what constitutes artificial arrangements.

4. Germany⁷

The German equivalent of the UK's CFC rules (considered by the ECJ in *Cadbury Schweppes*) are contained in the Foreign Tax Act (F.T.A). These are to a large extent similar but there are differences.

The German F.T.A rules apply to Corporations and/or individuals subject to unlimited tax liability in Germany that control a foreign corporation through holding a majority of the shares or voting power where the foreign corporation is taxed at a rate of less than 25% and the foreign corporation's income is predominantly passive income.

Where the F.T.A rules apply the income of the foreign corporation is treated as a dividend distribution at the end of the fiscal year. If the income of the foreign corporation is actually distributed the dividend is tax free.

In the light of the decision in *Cadbury Schweppes* those who for many years have held the opinion that the German F.T.A. rules are contrary to EU law will be vindicated.

The resulting consequences seem to be the same as the *Lasteyrie du Saillant* decision with regard to the German exit taxation which means that the German F.T.A. rules are no longer applicable. The German F.T.A. rules therefore should be amended as soon as possible. Any amendment will need to include an anti-abuse rule that reflects what is meant by "wholly artificial arrangements aimed at circumventing the legislation of the Member State" as well as criteria for providing evidence that the foreign corporation carries out real business activities.

5. Hungary⁸

The test for whether a company is a CFC principally depends on comparing the foreign corporation tax rate with the domestic rate: the foreign effective tax rate (i.e. the actual tax paid over pre-tax profits) must be at least 2/3rds of the applicable Hungarian corporation tax rate to avoid CFC qualification. The Hungarian corporation tax rate is currently 16%. Therefore, an effective tax rate below 10.66% will be within the CFC definition. However, the CFC rules allow for a safe harbour: if the subsidiary performs a "genuine business activity" in its country of residence, it will not be a CFC, irrespective of the relevant effective tax rate. The statutory definition of a "genuine business activity" requires either manufacturing activities or the provision of services with own equipment and personnel.

⁷ By GERD SEELIGER of CMS Hasche Sigle (gerd.seeliger@cms-hs.com).

⁸ By ANNA BURCHNER (Anna.Burchner@cms-cmck.com) and IRISZ SZEL (Irisz.Szel@cms-cmck.com) of Ormai és Tarsai CMS Cameron McKenna LLP.

Whether the CFC rules with the existing safe harbor provision are compatible with European Community Law appears to depend on what is meant by “genuine economic activity” in the Cadbury Schweppes judgment, which, when proven to be “pursued through a fixed establishment...for an indefinite period”, should justify exemption from the Hungarian CFC rules. The Cadbury Schweppes judgment provides that ascertainable physical factors, such as the physical existence of premises, staff and equipment suggest the existence of a “genuine economic activity”. The question arises therefore whether the Hungarian CFC safe harbor provision is wide enough to save all arrangements other than entirely artificial ones.

For example, a Hungarian parent company may wish to establish a subsidiary (e.g. in the Netherlands) whose exclusive activity is to hold and manage the shares of the various worldwide subsidiaries of the group. The Dutch holding company has office space, its own staff and equipment, but it pays Dutch corporation tax at an effective rate of 0% and is not engaged in manufacturing or the provision of active services. This level of substance would appear to pass the “genuine economic activity” test in Cadbury Schweppes, but would not appear to satisfy the Hungarian CFC safe harbor test. The conclusion therefore is that the Hungarian CFC rules will need to be revised so as to exempt “passive” activities e.g. holding subsidiaries with a genuine presence in another Member State.

6. *Italy*⁹

After the Cadbury Schweppes decision it could be said that Italian CFC rules restrict the freedom of establishment and, in certain cases, the free movement of capital.

The real issue is however to determine whether such a restriction of the EU fundamental freedoms can be justified “on the ground of prevention of wholly artificial arrangements, and, if so, whether it is proportionate in relation to that objective” (para 57 of the decision).

First, it should be noted that Italian CFC rules are only applied to companies located in one of the countries listed in the Ministerial Decree of 21 November 2001. As far as Member States are concerned (though the EU compatibility of CFC rules may regard third States under the free movement of capital), the Italian blacklist includes:

- (i) Cyprus;
- (ii) Luxembourg but only with respect to the 1929 holding companies and to companies that benefit from advantageous tax regimes substantially similar to the 1929 holding regime as a consequence of agreements or rulings of the Luxembourg tax authorities;
- (iii) Malta but only with respect to companies with foreign source income, such as those dealt with in the Malta Financial Services Centre Act, Malta Merchant Shipping Act, Malta Freeport Act, and to companies that benefit from advantageous tax regimes substantially similar to those mentioned as a consequence of agreements or rulings of the Malta tax authorities.

⁹ By GIOVANNI CALÌ (giovanni.cali@cms-aacs.com) and CARLO ROMANO (carlo.romano@cms-aacs.com) of CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni.

Moreover, in relation to Malta, Italian tax authorities have made it clear through a ruling issued on 12 December 2005 (No. 170/E) that:

a) Malta's accession to the EU does not imply its automatic exclusion from the blacklist. The same reasoning applies to Cyprus and Luxembourg;

b) the International Trading Companies, being Malta companies with foreign source income, are included in the blacklist and thus subject to Italian CFC rules although these companies are not regulated by the Malta Financial Services Centre Act, Malta Merchant Shipping Act, and Malta Freeport Act.

As mentioned above, the EU compatibility of Italian CFC rules should be tested not only in light of the freedom of establishment (as for Cadbury Schweppes) but also of the free movement of capital, which may have an impact on investments in third countries.

Italian CFC rules provide – in brief – that where a person (individual or otherwise) resident in Italy owns a participation giving control (in general more than 50%) of a company resident in a tax haven, the income of that company is proportionally attributed to the person with control even if not distributed. Many technicalities regulate the practical application of this principle.

The CFC rules are extended (even if the technicalities for the practical application are different) to a participation where there is no control but where the participation is significant (in general more than 20%). However, these measures are not yet operative due to the lack of implementing rules (which are expected to be enacted soon).

In both cases (controlling participations and significant participations) the CFC rules do not apply if the person resident in Italy obtains (prior to the filing of the relevant Italian income taxes return) from the Italian tax authorities an advance ruling by demonstrating that:

a) the company resident in the tax haven carries out an actual industrial or commercial activity as its main activity in the country where it is located; implementing measures make it clear that the activity must be a business activity as defined by Art. 2195 of the Civil Code and that the foreign company must have an organization adequate to carry out such activity; based on the above, Italian tax authorities have stated that (i) financial, banking and insurance institutions and (ii) an investment management company carrying on, through a proper organization, a management activity relating to investments in securities may satisfy the requirement; or

b) the participation does not have the effect of localizing income in a tax haven; implementing measures make it clear that 75% of the income of the foreign company must arise in countries other than tax havens where it is fully subject to ordinary taxation; based on the above, Italian tax authorities have stated that (i) a company resident in a tax haven with a permanent establishment in a country that is not a tax haven and (ii) a company resident in a tax haven with a real estate property in a country that is not a tax haven may satisfy the said requirement; on the other hand, Italian tax authorities have stated that a company resident in a tax haven that derives dividends from a company not resident in a tax haven does not satisfy the said requirement.

Considering the above and in light of the reasoning of the ECJ in the Cadbury Schweppes decision under which “in order for the legislation on CFCs to comply with Community law, the taxation provided for by that legislation must be excluded where,

despite the existence of tax motives, the incorporation of a CFC reflects economic reality” (para 65 of the decision) and “the resident company...must be given an opportunity to produce evidence that the CFC is actually established and that its activities are genuine” (para 70 of the decision), it could be argued that the restrictions to the EU freedoms implied by the Italian CFC are EU compatible.

Indeed, as mentioned above, Italian taxpayers are not subject to the CFC rules if they obtain from the Italian tax authorities a ruling by demonstrating that the company resident in the tax haven carries out an actual industrial or commercial activity as its main activity in the country where it is located.

However, an open issue might be whether the mandatory ruling to be obtained in order to avoid the application of the CFC rules would be considered a procedural restriction violating proportionality.

Having clarified the limited impact of Cadbury Schweppes on Italian CFC rules, it could be argued that such a decision may indirectly lead to the incompatibility of other Italian anti-tax-haven rules.

As an example of the latter rules, it could be mentioned that dividends (and liquidation proceeds exceeding the fiscal value of the participation) are fully subject to tax in Italy (and may not benefit of the ordinary 60% exemption) if distributed by companies located in a black-listed country to an Italian resident person. The same black-list adopted for CFC rules is referred to also by the provisions just mentioned.

The only possibility for the recipient taxpayer to avoid the full taxation of the dividends received is to obtain from the Italian tax authorities an advance ruling by demonstrating that the participation does not realize the effect of localizing income in a tax haven. The recipient taxpayer cannot avoid the full taxation of the dividends received by demonstrating (as for CFC rules) that the distributing black-listed company is carrying on an actual business activity where it is located.

Now, the reasoning of the ECJ under which the freedom of establishment precludes the operation of CFC rules where those profits are subject in that State to a lower level of taxation than that applicable in the first State (paras 72-74 of the decision) should imply the illegitimacy of the location of income test.

The location of income test is also adopted by the Italian legislator as one of the mandatory conditions to be satisfied in order to benefit of the participation exemption regime on capital gains. For example, capital gains realized by an Italian resident company upon disposal of shares in a Cyprus company cannot benefit of the participation exemption regime (91% exemption; 84% as of 2007) unless – among other conditions – the taxpayer obtains from the Italian tax authorities an advance ruling by demonstrating that the participation does not realize the effect of localizing income in a tax haven.

The illegitimacy of the localization of income test may open various possibilities to ask for a refund of undue taxes paid in the past by Italian resident persons who received dividends or liquidation proceeds from black-listed companies and who realized capital gains upon disposal of shares in black-listed companies.

7. *The Netherlands*¹⁰

The Netherlands does not have CFC legislation as such. However, a Dutch company that has a participation of 25% or more in a foreign company where 90% or

¹⁰ By JOCHEM DE KONING of CMS Derks Star Busman (jochem.dekoning@cms-dsb.com).

more of the foreign company's assets consist directly or indirectly of portfolio assets (e.g. cash, bonds, loans, other liquid assets), must annually value that participation (at fair market value). The annual increase in value is subject to corporate tax, unless the participation exemption applies.

However, it should be noted that in practice this rule hardly ever applies, for a number of reasons. Accordingly, the Cadbury Schweppes case will have very little impact on the Dutch tax system.

8. Poland¹¹

Polish law does not contain CFC rules or any provisions similar to the UK legislation examined by the ECJ.

Under Polish corporate tax law, a resident company is taxed on its worldwide profits. The profits earned by the subsidiaries of a Polish company are not subject to tax in Poland, as long as they are not distributed to the parent company. This applies to both resident and non-resident subsidiaries. Therefore, the decision in Cadbury Schweppes will not have any direct consequences in Poland.

However, it is worth noting that the tax treatment of a dividend received from a Polish and a non-Polish subsidiary is different but this is not motivated by anti-avoidance rules. From next year, it is likely that dividend income earned by a Polish parent will be taxed the same whether it is from a Polish or a non-Polish subsidiary.

9. Spain¹²

At first glance, one might think that the decision of the ECJ would have limited impact in Spain given that since 1 January 2004 the Spanish CFC rules no longer apply between corporations established in other EU member states (as long as the foreign subsidiary is not resident in a tax haven jurisdiction on the Spanish black list, for example, Cyprus and the Luxembourg 29 holding companies).

However, the principle established by the ECJ - that establishing a subsidiary in another member state in order to take advantage of lower tax rates does not constitute in itself an abuse of the freedom of establishment - may indicate that other Spanish tax rules are contrary to EU law. The Spanish participation exemption regime (article 21 of Corporate Income Tax Law, exempting dividends and capital gains derived from foreign qualified participations if certain conditions are met) includes an anti-abuse provision. This provides that the participation exemption regime will not apply if the subsidiary has been established in a foreign jurisdiction only to obtain the tax benefit.

Article 21.5 contains a general presumption that a subsidiary is established abroad only so the Spanish parent can benefit from the participation exemption regime when the same business conducted by the subsidiary had been previously carried on in Spain (by another group company) unless a valid – non tax – economic reason justifies the establishment of the foreign subsidiary. This provision would seem to be out of line with the decision of ECJ whereby “the fact that the activities which correspond to the profits of the CFC could just as well have been carried out by a company established

¹¹ By AREK MICHALISZYN of CMS Cameron McKenna LLP (Arkadiusz.Michaliszyn@cmck.com).

¹² By ANA JIMENEZ of CMS Albiñana & Suárez de Lezo (anjimenez@cms-asl.com).

in the territory of a Member State in which the resident company is established does not warrant the conclusion that there is a wholly artificial arrangement”.

It therefore seems that the decision of the ECJ will not require any amendment to the Spanish CFC rules but that the anti-abuse provisions contained in the Spanish participation exemption regime may need amendment.

10. *Switzerland*¹³

Even though the decision of the ECJ in *Cadbury Schweppes* is not directly applicable in Switzerland it may be instructive to comment on it from the Swiss tax viewpoint. A comparison of ECJ and Swiss Federal Supreme Court case law will show that despite several differences between the Swiss and EU tax systems, prevention of treaty shopping and tax avoidance are very similar in both systems.

In a very recent Swiss Federal Supreme Court decision, relief from the 35% withholding tax on dividends paid by a Swiss corporate entity had been denied to the only shareholder. The shareholder was a Danish holding company controlled by a Guernsey entity and, ultimately, by a Bermudan resident shareholder, who at the same time was a director of the Danish company. The Danish company, as well as the structure used to exit Switzerland, was regarded as a pure artificial arrangement. In particular, the Danish company neither had any substance in Denmark (neither offices nor employees, except for the director who was resident in Bermuda), nor held any investment other than the Swiss participation, and the dividend distributed by the Swiss entity had been immediately redistributed to the Guernsey parent.

The Swiss Federal Supreme Court firstly ruled that the Swiss/Danish double taxation treaty does not provide for any specific anti-avoidance rule. However, the Court confirmed very old case law according to which, as a general rule, Switzerland as a treaty country is obliged, when applying the treaty, to prevent abuse and treaty shopping based on the *bona fide* principle as it is laid down in the Vienna Convention of 23 May 1969. Further, having considered the look-through approach of the OECD commentary on the Model Tax Convention, the Court concluded that abuse and treaty shopping would be denied in cases where (i) valid business reasons exist to support the group structure or (ii) the foreign resident shareholder carries on genuine business in its country of residence (activity clause). As a result, even in the absence of specific anti-abuse provisions, withholding tax relief will be denied in all cases of fictitious establishments not carrying on any genuine economic activity in the territory of the residence country (for example, letter box companies).

Further, according to Swiss Supreme Court case law, even in the absence of CFC rules, profits earned through foreign resident, but Swiss controlled and managed offshore companies can be taxed in Switzerland based on the general residence or permanent establishments rules (effective place of management, a place of management) as laid down in the OECD Model Tax Convention as well as in Swiss domestic tax law.

In light of these general rules concerning the interpretation of treaties, the question that arises is whether European CFC rules as limited by the decision in *Cadbury Schweppes* are necessary to prevent abuse.

¹³ By TIZIANA MARENCO SZABÓ of CMS von Herlach Henrici (tiziana.marenco@cms-veh.com).

11. United Kingdom¹⁴

This case will now go back to the referring tax tribunal (the Special Commissioners) so that the decision of the ECJ may be applied to the specific facts in Cadbury Schweppes. The ECJ has made it clear that it is for the national courts to determine whether the CFC motive test excludes only 'wholly artificial arrangements' in which case the CFC rules will be complaint with EU law or whether the motive test excludes a wider range of activities in which case the motive test would not be complaint with EU law. It is for the Special Commissioners to determine whether the Irish subsidiary of Cadbury Schweppes has been carrying on a genuine economic activity in Ireland. This question will need to be determined having regard to the objective criteria referred to by the ECJ. The decision of the Special Commissioners and any appeal will indicate how the UK courts will interpret 'genuine economic activity'.

The Cadbury Schweppes decision is only concerned with subsidiaries resident in countries within the EU that have low tax rates. The High Court has referred another case on the UK CFC legislation (The Test Claimants in the CFC legislation and Dividend Group Litigation case (C-201/05)) that is potentially more wide ranging. The reference deals with a number of substantive issues including whether it is contrary to the freedom of establishment and/or the free movement of capital that UK legislation exempts from tax dividends received by a UK resident company from another UK resident company but taxes a UK resident company in receipt of dividends received from a non-UK resident company.

In relation to CFCs the reference asks whether the UK CFC legislation is contrary to EU law in so far as the legislation applies to a subsidiary resident in a country outside the EU. This will require the ECJ to determine whether the UK rules are in breach of article 56 EC Treaty (free movement of capital). Restrictions on the free movement of capital between the UK and a third country will only be within the scope of article 56 if the restriction was not in place as at 31 December 1993 (the date upon which the scope of the freedom was extended to third countries). Although the UK has had CFC legislation since 1984 the legislation has been amended on several occasions. It seems likely that the ECJ will have to decide whether the protection given to member states for pre-1994 restrictions in article 57 EC Treaty is available where there have been changes to the national legislation after 31 December 1993.

If the ECJ rules that UK CFC rules in relation to subsidiaries resident in countries outside the EU are complaint with EU law on the same basis as the criteria laid down in Cadbury Schweppes that decision is likely to be of more importance than the decision in Cadbury Schweppes itself.

¹⁴ By MIKE BOUTELL of CMS Cameron McKenna LLP (mike.boutell@cms-cmck.com).

L'utilizzazione dei paradisi fiscali nel diritto europeo: il caso Cadbury Schweppes e la disciplina in materia di società estere controllate ("CFC")

Carlo Romano**

SOMMARIO: Parte I: Secondo la Corte di giustizia delle Comunità Europee, è legittimo costituire una società in un Paese a tassazione privilegiata - **Parte II:** L'impatto della decisione sulle normative di alcuni Stati membri (Austria – Belgio – Francia – Germania – Italia – Paesi Bassi – Polonia – Spagna – Svizzera – Regno Unito – Ungheria)

Il presente articolo analizza la sentenza emessa dalla Corte di giustizia europea il 12 settembre 2006 sul caso *Cadbury Schweppes*¹ sul problema della compatibilità della normativa britannica CFC con il diritto comunitario, ed è diviso in due parti che esaminano la sentenza dalla prospettiva rispettivamente della giurisprudenza comunitaria e dei sistemi giuridici tributari nazionali nei Paesi membri selezionati e in Svizzera.

Nella prima parte è contenuta un'analisi critica della sentenza *Cadbury Schweppes* esposta da un ex giudice della Corte di giustizia europea. Come rilevato dall'autore, la Corte ribadisce la propria posizione secondo la quale la mera costituzione di una società controllata all'estero non può fondare una presunzione generale di frode o di elusione, a tal fine occorrendo fare specifico ed esclusivo riferimento a "costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione" dello Stato membro interessato. Oltre a contenere una più chiara esposizione degli elementi costitutivi della nozione di pratiche abusive e dei confini entro i quali la normativa interna anti-elusiva è compatibile con il diritto comunitario (disciplina CFC, nel caso in analisi), la sentenza della Corte presuppone che la libertà di stabilimento debba funzionare ed essere protetta anche nel caso di imprese che svolgono la loro attività in paradisi fiscali (o in termini generali in territori a fiscalità privilegiata, come l'Irlanda), nella misura in cui queste siano attività economiche effettive. Escludendo la legittimità delle società "fantasma" o di altre installazioni fittizie, è perciò necessario che l'insediamento secondario (ossia, la controllata) disponga del personale, dei locali e delle attrezzature che sono necessari all'esercizio delle proprie attività economiche.

Nella seconda parte sono contenuti alcuni commenti sull'impatto di detta sentenza sulle normative tributarie interne di alcuni Stati membri, nonché della Svizzera. Da un'analisi comparativa risulta che le conclusioni della Corte di giustizia possono avere un effetto a largo raggio e andare ben al di là dell'applicazione della disciplina CFC negli Stati Membri. Sembra essere questa la situazione in Austria, Italia e Spagna,

** Coordinatore del gruppo di lavoro CMS sulla normativa fiscale europea, formato da fiscalisti specializzati provenienti dalle società del CMS.

Senior Associate at CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni; carlo.romano@cms-aacs.com.

¹ Sentenza C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

dove la sentenza *Cadbury Schweppes* può porre in discussione la compatibilità della normativa interna diversa dalla disciplina CFC. Esistono, inoltre, sistemi giuridici interni, come in Germania, dove l'impatto della sentenza *Cadbury Schweppes* dovrebbe essere più diretto e potrebbe condurre all'inapplicabilità della normativa anti-abuso analoga alla disciplina CFC britannica, oggetto della sentenza della Corte.

Dopo la sentenza *Cadbury Schweppes*, assume un'importanza cruciale cosa deciderà la Corte relativamente alla compatibilità della disciplina CFC britannica con l'articolo 56 del Trattato CE (libera circolazione dei capitali) e quindi degli investimenti effettuati nei paradisi fiscali (o in giurisdizioni fiscali più vantaggiose) che non appartengono all'Unione Europea (Causa pendente *The Test Claimants in the CFC legislation and Dividend Group Litigation*; C-201/05).

Parte I

Secondo la Corte di giustizia della Comunità europea, è legittimo costituire una società in un Paese a tassazione privilegiata²

Cadbury Schweppes, società residente nel Regno Unito, ha costituito delle sussidiarie in Irlanda, le cui operazioni (nel caso in esame, ricerca e attività di finanziamento del gruppo) possono usufruire dello schema fiscale irlandese altamente privilegiato riservato alle società costituite in seno all' "IFSC - International Financial Services Centre" di Dublino.

In effetti, ai sensi della legislazione del Regno Unito, se una società residente, in linea di principio, non è tassata sugli utili delle controllate al momento in cui vengono realizzati, gli utili realizzati all'estero da una controllata estera, in cui la società madre residente nel Regno Unito detiene più del 50% devono essere attribuiti a quest'ultima e tassati in capo a quest'ultima nel Regno Unito (riconoscendole contestualmente un credito d'imposta per l'imposta assolta dalla sussidiaria nello Stato di stabilimento), nel caso in cui l'aliquota d'imposta in vigore sia inferiore ai 3/4 dell'imposta che sarebbe stata pagata nel Regno Unito rispetto alle medesime operazioni.

La sola possibilità per la società *Cadbury Schweppes* di evitare la disciplina CFC era soddisfare il "motive test"³. Pertanto, la *Cadbury Schweppes* doveva dimostrare "da un lato, che la significativa diminuzione dell'imposta nel Regno Unito che risulterebbe dalle operazioni intercorse tra tale società e la SEC non era l'obiettivo, o uno degli obiettivi principali, delle operazioni e, dall'altro, che l'ottenimento di una diminuzione dell'imposta tramite dimostrazione degli utili nel senso della detta legislazione non era la ragione, o una delle ragioni principali, della costituzione della SEC" (paragrafo 62 della sentenza).

Questa legislazione era compatibile con l'articolo 43 del Trattato CE che sancisce la libertà di stabilimento? Esistevano pochi dubbi sul fatto che tale legislazione com-

² Di MELCHIOR WATHELET, consulente, CMS Bureau Francis Lefebvre, Professore all'Università di Lovanio e Liegi.

³ La società non poteva usufruire di altre deroghe, non sussistendo le condizioni richieste, ossia (i) la sussidiaria non distribuiva prontamente il 90% dei suoi utili, o (ii) la sussidiaria non era impegnata in determinate attività esenti, o (iii) il 35% o più dei voti non era nelle mani del pubblico, o (iv) gli utili della sussidiaria non superavano l'importo di 50.000 sterline (GBP) (eccezione *de minimis*).

portasse un trattamento differenziato tra le società residenti, in funzione del livello di tassazione applicato alle loro sussidiarie non residenti, e che ciò potesse ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento delle società residenti nel Regno Unito “*dissuadendole dal costituire, acquisire o mantenere una controllata in uno Stato membro*” (paragrafo 46 della sentenza) in cui la tassazione è sostanzialmente inferiore.

Era possibile giustificare questa legislazione con il bisogno di sopprimere le pratiche abusive o gli schemi volti a sottrarre materia imponibile? Questa era la domanda cruciale che il giudice remittente ha posto alla Corte di giustizia europea, in un momento in cui la Corte sembra più recettiva agli argomenti che giustificano le discriminazioni e gli ostacoli alla libertà di stabilimento, nella particolare ottica della lotta all'elusione fiscale. A titolo illustrativo, può essere citata come pietra miliare la recente decisione sul caso *Marks & Spencer* del 13 dicembre 2005, dove la Corte accettò questa giustificazione, anche se aveva riscontrato alla fine che la legislazione britannica non era proporzionata e anche se aveva aggiunto che quella giustificazione era stata utilizzata insieme ad altre due, la protezione di una equilibrata distribuzione dei poteri impositivi fra gli Stati membri interessati e la necessità di evitare il rischio di una duplice utilizzazione delle perdite. La natura cruciale della questione sollevata nel caso in analisi non è certamente contraddetta dal fatto che 12 governi siano intervenuti nel procedimento e che la Corte abbia impiegato 28 mesi per decidere il caso.

Quali conclusioni sono da trarre dalla decisione del 12 settembre 2006?

1. Il fatto di approfittare di una norma fiscale o di fruire di una legislazione più vantaggiosa in uno Stato membro non comporta la perdita del diritto di avvalersi delle disposizioni del Trattato sulle fondamentali libertà di movimento (paragrafi 36 e 37 della sentenza). La Corte si basa, al riguardo, su altre decisioni pronunciate in materia di diritto tributario e societario.

2. La Corte ha altresì confermato che non è consentito a uno Stato membro di applicare una restrizione o una discriminazione con l'intenzione di compensare, attraverso un trattamento fiscale più favorevole, un beneficio fiscale ottenuto in un altro Stato membro. Ciò è ugualmente valido per uno Stato membro il cui obiettivo sia quello di impedire la riduzione del gettito tributario (paragrafo 49).

3. Riguardo alla giustificazione fondata sulla necessità di sopprimere l'elusione fiscale, la Corte ha anche confermato che non è possibile accettare una presunzione generale di frode o elusione, collegata alla mera circostanza che una società residente crei una sussidiaria all'estero, e che tale giustificazione è ammessa solo se la restrizione ha lo scopo specifico di ostacolare “*costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione*” dello Stato membro interessato. Questa frase è stata ripetuta molto frequentemente nella giurisprudenza degli ultimi 5 anni.

4. Riguardo agli elementi costitutivi della nozione di pratiche abusive, che non è stata mai così dettagliata in materia di imposizione diretta, la Corte ha stabilito che si richiede il rispetto delle norme CE invocate, ossia l'articolo 43 del Trattato CE sulla libertà di stabilimento (al fine di evitare, nonostante il rispetto formale di questa norma, che si raggiunga un risultato contrario al suo obiettivo) e che non appare che questo risultato contrario potesse essere raggiunto attraverso la creazione artificiale delle condizioni richieste al fine di ottenerlo.

Riguardo alla libertà di stabilimento che deve essere rispettata, la Corte indica che il concetto di stabilimento “*implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercè l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro*”, in altri termini, “*un insediamento effettivo della società interessata nello Stato*

membro ospite e l'esercizio quivi di un'attività economica reale" (paragrafo 54).

Del tutto naturalmente, è necessario considerare che questo obiettivo non è raggiunto se le operazioni in oggetto, che una parte tenta di giustificare sulla base della libertà di stabilimento, sono prive di una reale sostanza economica. Riguardo agli elementi soggettivi dalla classica espressione utilizzata dalla Corte concernente *"costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato"*, la Corte non ritiene sufficiente la prova dell'intento di ottenere un vantaggio fiscale. La Corte richiede invece che la prova della natura fittizia dell'insediamento poggi su *"elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della SEC in termini di locali, di persone e di attrezzature"* (paragrafo 67) e che consenta all'Ufficio impositore di dimostrare che si è in presenza di un'entità che non esercita alcuna attività economica effettiva. La Corte si riferisce al riguardo alle società *"fantasma"* o *"schermo"* (paragrafo 68). Inoltre, non sarà sufficiente provare che le operazioni della sussidiaria potrebbero anche essere effettuate da una società stabilita sul territorio in cui si trova la società madre (paragrafo 69).

In riferimento a questa linea interpretativa, sebbene la società *Cadbury Schweppes* abbia dichiarato chiaramente il suo intento fiscale, dovremmo concludere che la società potrebbe evitare l'applicazione della legislazione britannica con la dimostrazione che le operazioni effettuate in Irlanda realizzano un'attività economica effettiva e che la controllata dispone, in Irlanda, di locali, di personale e di attrezzature per poter esercitare la propria attività economica.

Non sembra che, ai sensi della legislazione britannica, tale prova possa essere sufficiente, perché l'unico modo affinché la *Cadbury Schweppes* poteva evitare che gli utili della sussidiaria fossero attribuiti alla casa madre era quello di soddisfare il *"motive test"*, secondo il quale la *Cadbury Schweppes* doveva fornire una prova negativa, ossia la prova che non esistesse una ragione fiscale esclusiva o principale.

Possiamo quindi essere ben sorpresi dal fatto che la Corte non abbia concluso chiaramente che la legislazione britannica fosse incompatibile con il diritto comunitario, e abbia rinviato il caso al giudice nazionale, a cui spetta verificare se *"il "motive test", quale definito dalla legislazione sulle SEC, si presti ad un'interpretazione che permetta di limitare l'applicazione della tassazione... alle costruzioni puramente fittizie o se, al contrario, i criteri sui quali poggia tale test comportino che... alla società madre residente si applichi la detta legislazione nonostante l'assenza di elementi oggettivi nel senso dell'esistenza di una montatura siffatta"* (paragrafo 72). Sembra tuttavia che la prima conclusione debba prevalere. A meno che non sia questo il caso, (e indubbiamente altre domande pregiudiziali tratteranno della medesima questione), la legislazione britannica dovrà essere rivista.

Parte II

L'impatto della decisione sulle normative di alcuni Stati membri

1. Austria⁴

Ai sensi del regime CFC classico, un Paese tassa la società madre sugli utili non dis-

⁴ Di JOHANNES REICH-ROHRWIG (johannes.reich-rohrwig@cmslegal.at) e BEATE WALLNER (beate.wallner@cmslegal.at), CMS Reich-Rohrwig Hainz.

tribuiti (e qualche volta non realizzati) della propria controllata estera nell'anno in cui sono realizzati. Nel caso *Cadbury Schweppes*, la Corte di giustizia europea ha esaminato questo tipo di legislazione. In Austria non esiste un regime CFC classico. Tuttavia, laddove una società madre austriaca abbia una controllata estera che realizza soprattutto "passive incomes" (rendite finanziarie), soggette a un livello inferiore di tassazione, il trattamento degli utili derivanti dalla partecipazione nella sussidiaria passa da un regime d'esenzione a un regime di imputazione. Ciò significa che si applica una tassazione integrale con credito d'imposta estero sugli utili che si considerano "come se fossero distribuiti" (cd. clausola di commutazione). La sentenza *Cadbury Schweppes* potrà avere un impatto sulla compatibilità di detta clausola con il diritto comunitario.

Tassazione dei dividendi e dei capital gains

I dividendi ricevuti da una società madre austriaca a fronte di una sua partecipazione in una controllata estera sono esenti dall'imposta austriaca sul reddito delle società, a condizione che siano soddisfatte le condizioni per ottenere la *participation exemption* (§10 par. 2 KStG):

- detenzione di una partecipazione di almeno il 10 % (anche indiretta);
- struttura della società estera comparabile a una società austriaca; e
- detenzione della partecipazione da parte della società madre per un periodo ininterrotto di almeno un anno.

Se la società madre austriaca vende una controllata estera, i *capital gains* possono essere esentati in presenza delle medesime condizioni. In alternativa, quando si acquisisce la partecipazione, si può optare per trattare i guadagni e le perdite come fiscalmente effettivi al momento della cessione.

Tuttavia, in caso di applicazione della norma anti-elusiva, si esclude la *participation exemption*. L'esenzione fiscale per i dividendi è sostituita da un credito d'imposta per le partecipazioni che si ritiene siano abusive (§10 par. 4 KStG).

La *participation exemption* è sostituita dal meccanismo del credito d'imposta se:

- la sussidiaria estera realizza soprattutto perdite (*capital gains*, rendite da beni mobili e da licenze; i dividendi non sono però considerati come elementi negativi del reddito),
- la sussidiaria estera è soggetta a un'imposta ad aliquota ridotta (inferiore al 15%).

In effetti, i dividendi e i *capital gains* derivanti da partecipazioni estere qualificate sarebbero soggetti all'imposta austriaca sul reddito delle persone giuridiche nella misura del 25%. Se la società madre austriaca si trova in totale perdita, la commutazione al metodo del credito d'imposta potrebbe comportare un onere fiscale rilevante, in quanto il credito d'imposta estero può essere compensato solo rispetto al reddito imponibile della società madre, e nel caso in cui questo non sussista, il credito d'imposta non potrebbe essere utilizzato in Austria.

I criteri anti-abuso sono stati elaborati ulteriormente con un altro decreto. Secondo il §10 par. 4 KStG si può presumere l'esistenza di una costruzione abusiva e la *participation exemption* viene quindi negata se le condizioni menzionate sono soddisfatte. Tuttavia, la presunzione ammette la prova contraria. Nonostante la dizione della norma, il Ministero delle Finanze austriaco ha sinora applicato la norma in questione come se la presunzione non ammettesse la prova contraria, ossia la mancanza di un intento abusivo, così da rendere inevitabile il passaggio dal regime di esenzione al regime di imputazione.

Cadbury Schweppes

La Corte di giustizia europea non è pervenuta a chiarire conclusioni sull'incompatibilità della legislazione britannica con il diritto comunitario. Ha, invece, rinviato il caso al giudice nazionale per determinare se il test si presta a un'interpretazione che permetta di limitare la sua applicazione alle costruzioni di puro artificio. La mera circostanza che tale costruzione fosse stata attuata intenzionalmente non era abbastanza per renderla "artificiosa". I fattori obiettivi che indicano il carattere "artificioso" o "abusivo" devono essere dimostrati. La Corte ha chiarito che una presunzione generale di frode o elusione fiscale non è sufficiente. Alla luce di questa decisione, le condizioni che fanno scattare il meccanismo di commutazione eccedono quelle che sono le misure richieste per contrastare le "costruzioni di puro artificio". Pertanto, il §10 par. 4 EStG dovrebbe essere interpretato in linea con il diritto comunitario. Di conseguenza, il contribuente deve fornire la prova che, seppur in presenza dei requisiti previsti da §10 par. 4 EStG, la presunzione dell'elusione fiscale non si applicherebbe in questo caso e quindi l'applicazione della *participation exemption* sarebbe legittima.

2. Belgio⁵

Il Belgio non dispone di una legislazione CFC analoga a quella che è stata l'oggetto della sentenza della Corte di giustizia europea nel caso *Cadbury Schweppes*, sebbene esistano norme anti-elusive all'interno del proprio sistema e la decisione pertanto riveste un qualche interesse per il Belgio.

In passato, altri Stati membri hanno fatto ricorso alla legislazione CFC nei confronti di una società madre di una controllata stabilita in Belgio, dove la quest'ultima aveva potuto avvalersi di una normativa fiscale di favore, come il regime dei centri di coordinamento e la deduzione dell'interesse figurativo. La decisione della Corte sembrerebbe suggerire che la legislazione CFC applicata in altri Stati membri nei confronti di dette sussidiarie belghe potrebbe non essere legittima.

D'altro canto, l'interpretazione della Corte del concetto di "*abuso del diritto comunitario*" può spingere le autorità fiscali del Belgio a un approccio più conservatore nell'applicazione della norma anti-elusiva ivi adottata.

La decisione della Corte sembra spianare la strada alle autorità fiscali belghe verso l'adozione di un approccio analogo a quello della Corte nell'accertamento delle costruzioni fiscali "artificiose".

3. Francia⁶

La Francia non ha atteso la decisione *Cadbury Schweppes* per modificare la propria normativa sulla tassazione del reddito netto delle sussidiarie (o stabili organizzazioni), che usufruiscono all'estero di misure fiscali di vantaggio.

Una decisione del Consiglio di Stato del 2002 aveva già invalidato il regime anti-elusivo francese in relazione agli interessi detenuti (o alle operazioni direttamente effettuate) nella maggior parte degli Stati con cui la Francia ha concluso un trattato fiscale (la decisione *Schneider Electric* del 28 giugno 2002). Inoltre, seri dubbi sono stati espressi sulla legittimità di detto regime fiscale ai sensi del diritto comunitario.

⁵ Di OLIVIER QUERINJEAN, CMS DeBacker (olivier.querinjean@cmslegal.be).

⁶ Di EMMANUELLE FÉNA-LAGUENY, CMS Bureau Francis Lefebvre (emmanuelle.fena-lagueny@cms-bfl.com).

Alla fine del 2004, quindi, il legislatore francese ha rivisto la normativa in questione con decorrenza da gennaio 2006. La legislazione francese ora proibisce, in linea di principio, gli aggiustamenti in aumento del reddito netto societario rispetto alle operazioni effettuate in un altro Stato della Comunità Europea. L'unica eccezione consiste nelle operazioni che possono essere considerate come una costruzione artificiosa al fine di sottrarsi alla legislazione fiscale francese.

La decisione *Cadbury Schweppes* ora conferma l'opportunità delle rettifiche introdotte dalla legislazione francese.

Tuttavia, la decisione della Corte non definisce la delicata questione relativa alle operazioni che, a causa della natura intrinseca delle attività svolte (ossia, attività finanziarie), richiedono solo un minimo di risorse, indipendentemente da dove dette operazioni siano localizzate. Sarà possibile imporre, nel caso di operazioni effettuate all'estero, una presenza di risorse umane e materiali più effettiva rispetto alle operazioni effettuate in Francia?

Dobbiamo sperare che la Corte, quando si trova a esaminare il caso di un'impresa che esercita un'attività di tale tipo, sia in grado di elaborare ulteriormente la propria linea interpretativa, fornendo anche i criteri che è necessario applicare per determinare cosa costituisce una costruzione di puro artificio.

4. Germania⁷

L'equivalente tedesco della legislazione CFC in vigore nel Regno Unito (e oggetto della sentenza *Cadbury Schweppes*) è contenuto nella normativa fiscale concernente le operazioni estere. Nonostante questa presenti molti aspetti analoghi a quella legislazione, esistono delle differenze.

La normativa tedesca si applica alle società e/o alle persone fisiche che sono "soggetti illimitatamente" alla tassazione tedesca, i quali detengono la maggioranza delle azioni o dei diritti di voto in una società estera, nel caso in cui la società estera sia tassata a un'aliquota minore del 25% e il reddito della società estera sia costituito soprattutto da componenti negativi.

In caso di applicazione di tale normativa, il reddito della società estera è trattato come una distribuzione di dividendi alla fine del periodo d'imposta. Se il reddito della società estera è oggetto di effettiva distribuzione, il dividendo è esente.

Alla luce della decisione *Cadbury Schweppes*, si riscatteranno finalmente quelli che hanno sostenuto per anni l'incompatibilità della legislazione tedesca con il diritto comunitario.

Le conseguenze di questa decisione sembrano essere le stesse della decisione emessa per il caso *Lasteyrie du Saillant* riguardo alla tassazione tedesca in uscita, il che significa che la legislazione tedesca in materia di controllate non è più applicabile. La legislazione tedesca, pertanto, dovrebbe essere modificata il prima possibile. Qualsiasi modifica dovrà comprendere una norma anti-abuso che rifletta ciò che si intende per "costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato", nonché i criteri per fornire la prova che la società estera abbia effettivamente esercitato un'attività economica.

⁷ Di GERD SEELIGER, CMS Hasche Sigle - gerd.seeliger@cms-hs.com.

5. Italia⁸

Alla luce della decisione *Cadbury Schweppes* potrebbe affermarsi che la legislazione CFC italiana comporti una restrizione alla libertà di stabilimento e, in certi casi, alla libera circolazione di capitali.

La questione reale concerne tuttavia la verifica se tale restrizione alle libertà fondamentali possa essere giustificata “*da motivi di lotta alle costruzioni di puro artificio ed, eventualmente, se sia proporzionata a tale obiettivo*” (paragrafo 57 della decisione).

Innanzitutto, occorre notare che la legislazione CFC italiana si applica esclusivamente alle società localizzate in uno dei Paesi indicati nel D.M. del 21 novembre 2001. Per quanto riguarda gli Stati membri interessati (sebbene la compatibilità della legislazione CFC con il diritto comunitario possa riguardare Stati terzi in riferimento alla libera circolazione dei capitali), la *black-list* italiana include:

(i) Cipro;

(ii) Lussemburgo, ma solo con riferimento alle società *holding* di cui alla legge del 1929 e alle società che usufruiscono di regimi fiscali privilegiati sostanzialmente simili al regime vigente per le società *holding* di cui alla legge del 1929, a seguito di accordi o *ruling* delle autorità fiscali lussemburghesi;

(iii) Malta, ma solo con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, quali quelle di cui al *Malta Financial Services Centre Act*, alle società di cui al *Malta Merchant Shipping Act*, e alle società di cui al *Malta Freeport Act*, nonché alle società che usufruiscono di regimi fiscali privilegiati sostanzialmente simili al regime menzionato, a seguito di accordi o *ruling* delle autorità fiscali maltesi.

Inoltre, in relazione a Malta, le autorità fiscali italiane hanno chiarito, attraverso una risoluzione emanata il 2 dicembre 2005 (n. 170/E), che:

a) l'ingresso di Malta nell'Unione Europea non implica la sua esclusione automatica dalla *black-list*. Il medesimo ragionamento si applica a Cipro e Lussemburgo;

b) le società di cui all'*International Trading*, essendo società maltesi i cui proventi affluiscono da fonti estere, sono incluse nella *black-list* e sono quindi soggette alla legislazione CFC italiana, anche se non sono disciplinate dal *Malta Financial Services Centre Act*, dal *Malta Merchant Shipping Act* e dal *Malta Freeport Act*.

Come si è già menzionato, la compatibilità della legislazione CFC italiana con il diritto comunitario deve essere verificata non solo alla luce della libertà di stabilimento (come nel caso *Cadbury Schweppes*) ma anche della libera circolazione di capitali, rispetto alla quale potrebbe avere un impatto sugli investimenti nei Paesi terzi.

La legislazione CFC italiana prevede, in breve, che quando un soggetto (persona fisica o altro) residente in Italia detiene una partecipazione “di controllo” (in generale più del 50%) in una società residente in un Paese a fiscalità privilegiata, i redditi conseguiti da quella società, indipendentemente dalla loro effettiva distribuzione, sono imputati proporzionalmente al soggetto che esercita il controllo. L'applicazione di questo principio presenta numerosi tecnicismi.

La legislazione CFC è estesa (anche se i tecnicismi ai fini dell'applicazione sono diversi in questo caso) alle partecipazioni che non sono di controllo ma che compor-

⁸ Di GIOVANNI CALÌ (giovanni.cali@cms-aacs.com) e CARLO ROMANO (carlo.romano@cms-aacs.com), CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni.

tano un'influenza notevole (in generale non inferiore al 20%). Tuttavia, queste misure non sono ancora operative in mancanza della normativa di attuazione (che si prevede sia emanata al più presto).

In entrambi i casi (partecipazioni di controllo e di collegamento), la legislazione CFC non si applica se il soggetto residente in Italia (prima della presentazione della dichiarazione dei redditi) riceve da parte dell'Amministrazione fiscale italiana una risposta positiva alla richiesta di interpello ai fini della disapplicazione, fornendo la prova che:

a) la società residente in un Paese a fiscalità privilegiata svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività nello Stato in cui ha sede; la normativa di attuazione chiarisce che l'attività svolta deve essere un'attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 del codice civile, e che la società estera deve disporre di un'organizzazione adeguata al fine dell'esercizio di detta attività; secondo l'Amministrazione fiscale italiana, soddisfano il requisito (i) le società che svolgono attività finanziarie, bancarie e assicurative, (ii) le società di gestione mobiliare che svolgono, attraverso una propria organizzazione, un'attività di gestione degli investimenti mobiliari; oppure che

b) dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzazione dei redditi in paradisi fiscali; la normativa di attuazione chiarisce che il 75% dei redditi conseguiti dalla società estera deve essere prodotto in giurisdizioni a fiscalità ordinaria, in cui sia assoggettato a tassazione integrale; secondo l'Amministrazione fiscale italiana, da un lato, possono soddisfare il requisito (i) le società residenti in un Paese a fiscalità privilegiata con stabili organizzazioni in un Paese a fiscalità ordinaria e (ii) le società residenti in un Paese a fiscalità privilegiata con beni immobili in un Paese a fiscalità ordinaria; dall'altro lato, non soddisfano il requisito le società residenti in un Paese a fiscalità privilegiata che ricevono dividendi da società non residenti in un Paese a fiscalità privilegiata.

In considerazione di quanto detto e alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Cadbury Schweppes*, secondo la quale *“perché la legislazione sulle SEC sia conforme al diritto comunitario, la tassazione da essa prevista non deve trovare applicazione se, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la costituzione di una SEC corrisponde a una realtà economica”* (paragrafo 65 della decisione) e *“la società residente ... deve essere messa in condizione di produrre elementi relativi all'effettività dell'insediamento della SEC e delle sue attività”* (paragrafo 70 della decisione), potrebbe argomentarsi che le restrizioni alle libertà comunitarie implicate dalla legislazione CFC italiana sono conformi con il diritto comunitario.

In effetti, come già menzionato, il contribuente italiano non è soggetto alla legislazione CFC se ottiene da parte dell'Amministrazione italiana una risposta positiva alla richiesta preventiva di interpello, fornendo la prova che la società residente in un Paese a fiscalità privilegiata svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività nello Stato in cui ha sede.

Tuttavia, potrebbe essere una questione ancora da definire verificare se la necessità che vi sia una risposta positiva all'istanza di interpello, al fine di evitare l'applicazione della legislazione CFC, sia da considerare una restrizione procedurale che viola il principio di proporzionalità.

Chiarita la portata limitata della sentenza *Cadbury Schweppes* sulla legislazione CFC italiana, si potrebbe argomentare che tale decisione può comportare l'incompatibilità di altre norme anti-elusive che colpiscono i paradisi fiscali.

Si potrebbe citare, ad esempio di queste ultime, la disposizione secondo la quale i dividendi (e i proventi percepiti in caso di liquidazione eccedenti il valore fiscale della partecipazione) sono soggetti a integrale tassazione in Italia (e possono non avvalersi dell'esenzione ordinaria al 60%), se sono distribuiti da società stabilite in un Paese incluso nella *black-list* a un soggetto residente in Italia. Si fa riferimento alla stessa *black-list* adottata ai fini della legislazione CFC.

La sola possibilità che ha il soggetto percipiente di evitare la tassazione integrale dei dividendi è di ottenere dall'Amministrazione italiana una risposta positiva all'istanza di interpello fornendo la prova che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzazione dei redditi in paradisi fiscali. Non è ammessa la prova che la società distributrice residente in un Paese *black-list* svolge un'effettiva attività nel Paese in cui è stabilita (come previsto ai fini della legislazione CFC).

Ora, la linea interpretativa seguita dalla Corte di giustizia, sulla base della quale la libertà di stabilimento preclude l'applicabilità della legislazione CFC, laddove gli utili conseguiti nello Stato interessato risultano ivi soggetti a un livello inferiore di tassazione rispetto a quello applicabile nel primo Stato (paragrafi 72-74 della decisione), implicherebbe l'illegittimità del test della localizzazione del reddito.

Il test della localizzazione del reddito è adottato dal legislatore italiano come una delle condizioni da soddisfare per usufruire del regime della *participation exemption* sui *capital gains*. Ad esempio, i *capital gains* realizzati da una società italiana residente al momento della cessione di azioni detenute in una società cipriota non possono usufruire del regime di *participation exemption* (esenzione al 91%; 84% a partire dal 2007), a meno che – *inter alia* – il contribuente non ottenga dall'Amministrazione fiscale italiana una risposta positiva all'istanza di interpello, fornendo la prova che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzazione dei redditi in paradisi fiscali.

L'illegittimità del test della localizzazione del reddito renderebbe possibile il rimborso delle passate imposte non dovute, che sono state versate su dividendi o proventi percepiti in caso di liquidazione da soggetti residenti, i quali hanno realizzato *capital gains* al momento della cessione delle azioni detenute in società residenti in Paesi *black-list*.

6. Paesi Bassi⁹

I Paesi Bassi non dispongono di una legislazione CFC. Ad ogni modo, una società olandese che detiene una partecipazione non inferiore al 25% in una società estera, laddove l'attivo della società estera consiste, direttamente o indirettamente in misura non inferiore al 90%, in un portafoglio di contanti, obbligazioni, mutui, e altri liquidi, deve effettuare una valutazione annuale di quella partecipazione (al prezzo di mercato). L'aumento annuale di valore è soggetto all'imposta sulle società, a meno che non si applichi il regime di *participation exemption*.

⁹ Di JOCHEM DE KONING, CMS Derks Star Busman (jochem.dekoning@cms-dsb.com).

Tuttavia, occorre notare che in pratica questa norma è applicata raramente per una serie di motivi. Di conseguenza, la decisione *Cadbury Schweppes* avrà un impatto limitato sul sistema fiscale olandese.

8. Polonia¹⁰

Il sistema polacco non prevede un regime CFC, o una legislazione analoga a quella prevista nel Regno Unito ed esaminata dalla Corte di Giustizia.

Ai sensi della normativa fiscale polacca, una società residente è tassata a livello mondiale. Gli utili conseguiti dalle società controllate da una società polacca non sono soggette a tassazione in Polonia sino a quando non sono distribuiti alla società madre. Ciò vale sia per le società controllate residenti che per quelle non residenti. Pertanto, la decisione *Cadbury Schweppes* non avrà alcuna diretta conseguenza in Polonia.

Tuttavia, vale la pena notare che il trattamento fiscale di un dividendo percepito da una controllata residente è differente rispetto a quello previsto per le società non residenti, ma non a fini anti-elusivi. Nell'anno a seguire, è probabile che il reddito da dividendi percepito da una società madre polacca sarà tassato allo stesso modo, senza distinzioni tra controllate residenti o non residenti.

8. Regno Unito¹¹

Il caso sarà ora rinviato al giudice nazionale (*Special Commissioners*), affinché la decisione della Corte di giustizia possa essere applicata ai fatti specifici relativi alla *Cadbury Schweppes*. La Corte ha chiarito che spetta al giudice del rinvio verificare se il “*motive test*”, quale definito dalla legislazione CFC, permetta di escludere solo le “costruzioni di puro artificio”, nel qual caso la legislazione CFC sarà conforme al diritto comunitario, o se il “*motive test*” escluda una gamma più ampia di attività, nel qual caso sussisterebbe incompatibilità con il diritto comunitario. Spetta agli *Special Commissioners* determinare se la controllata irlandese della *Cadbury Schweppes* abbia effettuato una reale attività economica in Irlanda. La questione dovrà essere determinata avendo riguardo ai criteri obiettivi indicati dalla Corte. La decisione degli *Special Commissioners* e qualsiasi ricorso connesso indicheranno i criteri interpretativi da utilizzare nel Regno Unito per verificare l’“attività economica reale”.

La decisione *Cadbury Schweppes* riguarda esclusivamente le controllate residenti in Paesi all'interno dell'Unione Europea che applicano un livello inferiore di tassazione. La *High Court* ha sottoposto alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale su un altro caso concernente la legislazione CFC britannica (C-201/05, *The Test Claimants in the CFC legislation and Dividend Group Litigation*), la cui portata è potenzialmente più largo raggio. La domanda pregiudiziale concerne una serie di questioni sostanziali, tra cui la supposta incompatibilità con la libertà di stabilimento e/o la libera circolazione di capitali della legislazione britannica, in base alla quale i dividendi percepiti da una

¹⁰ Di AREK MICHALISZYN, CMS Cameron McKenna LLP (Arkadiusz.Michalyszyn@cms-cmck.com).

¹¹ Di MIKE BOUTELL, CMS Cameron McKenna LLP (mike.boutell@cms-cmck.com).

società residente non sono tassati se provengono da un'altra società residente; sono invece tassati se provengono da una società non residente.

In relazione alla legislazione CFC, nella domanda pregiudiziale si chiede se detta legislazione è contraria al diritto comunitario, nella misura in cui si applichi a una sussidiaria residente in un Paese esterno all'Unione Europea. La Corte di giustizia europea dovrà determinare se la normativa britannica violi l'articolo 56 del Trattato (libera circolazione dei capitali). Le restrizioni alla libera circolazione dei capitali tra il Regno Unito e un Paese terzo rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 56, se la restrizione non esisteva al 31 dicembre 1993 (data in cui la libertà di circolazione dei capitali è stata estesa ai Paesi terzi). Sebbene il Regno Unito applichi dal 1984 la legislazione CFC, questa è stata oggetto di varie modifiche. Sembra probabile che la Corte dovrà decidere se la protezione data agli Stati membri in relazione alle restrizioni precedenti al 1994, di cui all'articolo 57 del Trattato CE, è ammessa laddove la legislazione nazionale sia stata modificata successivamente al 31 dicembre 1993.

Se la Corte dichiarerà che la legislazione CFC britannica relativa alle sussidiarie residenti in Paesi extra-UE è conforme al diritto comunitario sulla base degli criteri che sono stati indicati nella decisione *Cadbury Schweppes*, quella decisione avrà probabilmente un'importanza maggiore.

9. Spagna¹²

A un primo esame, si potrebbe pensare che la decisione della Corte di giustizia europea possa avere una portata limitata in Spagna, considerato che dal 1° gennaio 2004 la legislazione CFC spagnola non si applica più tra società stabilite in altri Stati membri (fintanto che la sussidiaria estera non sia residente in una giurisdizione a fiscalità privilegiata inclusa nella *black list* spagnola, ad esempio Cipro e le società *holding* del Lussemburgo).

Tuttavia, il principio stabilito dalla Corte, secondo il quale la creazione di una sussidiaria in un altro Stato membro al fine di usufruire del livello inferiore di tassazione non costituisce di per sé un abuso del diritto di stabilimento, può essere utilizzato rispetto alla compatibilità di altre disposizioni spagnole con il diritto comunitario. Il regime di *participation exemption* (articolo 21 della legge sul reddito delle società, che esenta i dividendi e i capital gains derivanti da partecipazioni estere qualificate, a determinate condizioni) include una norma anti-elusiva. Questa prevede che il regime di *participation exemption* non si applica nel caso in cui la sussidiaria sia stata costituita in un Paese estero esclusivamente al fine di ottenere un beneficio fiscale.

L'articolo 21.5 prevede una presunzione generale, secondo la quale una sussidiaria si considera costituita all'estero esclusivamente affinché la società madre spagnola possa usufruire del regime di *participation exemption*, quando la stessa attività esercitata dalla sussidiaria era stata svolta in precedenza in Spagna (da un'altra società del gruppo), a meno che non sussista un valido motivo economico – e non fiscale – che giustifichi la creazione di una sussidiaria estera. Questa disposizione sembrerebbe non essere in linea con la decisione della Corte di Giustizia, laddove dichiara che “*la circostanza che*

¹² Di ANA JIMENEZ, CMS Albiñana & Suárez de Lezo (anjimenez@cms-asl.com).

le attività corrispondenti agli utili della SEC ben avrebbero potuto essere effettuate anche da una società stabilita sul territorio dello Stato membro in cui si trova la società residente non può permettere di concludere per l'esistenza di una costruzione di puro artificio".

Conseguentemente, sembra che la decisione della Corte non comporti che venga effettuata alcuna modifica alla legislazione CFC, mentre vale il contrario per il regime di *participation exemption*.

10. Svizzera¹³

Anche se la decisione della Corte di giustizia europea sul caso *Cadbury Schweppes* non è direttamente applicabile in Svizzera, può essere istruttivo un commento da parte svizzera. Un confronto tra la giurisprudenza comunitaria e la giurisprudenza della Suprema Corte federale svizzera mostrerà che, nonostante le molte differenze tra il sistema svizzero e quello comunitario, i mezzi per prevenire il *treaty shopping* e l'elusione fiscale sono molto simili in entrambi i sistemi.

In una decisione molto recente della Suprema Corte federale, era stato negato, all'unico azionista di una società svizzera, lo sgravio dalla ritenuta alla fonte applicata nella misura del 35% sui dividendi. L'azionista era una società holding danese controllata da un soggetto residente a *Guernsey* e, infine, da un azionista residente alle Bermuda, il quale svolgeva contemporaneamente funzioni di direttore in una società danese. La società danese, così come la costruzione "di uscita" utilizzata in Svizzera è stata considerata una costruzione di puro artificio. In particolare, la società danese non svolgeva attività effettiva in Danimarca (non si riscontrava la presenza né di locali né di personale, a parte il direttore residente alle Bermuda), né deteneva investimenti oltre alla partecipazione svizzera; inoltre, il dividendo distribuito dall'entità svizzera era stato immediatamente ridistribuito alla società madre residente a *Guernsey*.

La Suprema Corte federale ha dapprima dichiarato che la convenzione contro le doppie imposizioni tra Svizzera e Danimarca non prevedeva una specifica norma anti-elusiva. La Corte ha tuttavia confermato l'interpretazione applicata in un vecchia decisione, secondo la quale la Svizzera, in linea di principio, è obbligata, nell'applicazione del trattato di cui è firmataria, a evitare l'abuso dei trattati o *treaty shopping*, sulla base del principio di buona fede, come previsto dalla Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969. Inoltre, avendo considerato l'approccio "per trasparenza" del Commentario al Modello di Convenzione Fiscale dell'OCSE, la Corte ha concluso che l'abuso dei trattati non è ammissibile nei casi in cui (i) esistono valide ragioni commerciali per sostenere la struttura del gruppo, oppure (ii) l'azionista residente all'estero esercita un'attività economica reale nel proprio Paese di residenza (clausola dell'attività). Di conseguenza, pur in mancanza di una specifica norma anti-elusiva, non è ammissibile lo sgravio dalla ritenuta alla fonte in tutti i casi di installazioni fittizie che non svolgono una reale attività economica nel territorio del Paese di residenza (ad esempio, le società fantasma).

Inoltre, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte federale, pur in assenza di una legislazione CFC, gli utili realizzati attraverso società offshore ma controllate e

¹³ Di TIZIANA MARENCO SZABÓ, CMS von Herlach Henrici (tiziana.marenco@cms-veh.com).

gestite da società svizzere possono essere tassati in Svizzera, sulla base delle disposizioni generali in materia di residenza e stabile organizzazione (sede di direzione effettiva, sede di direzione), come previsto dal Modello di Convenzione Fiscale dell'OCSE e nella normativa interna.

Alla luce delle menzionate regole generali concernenti l'interpretazione dei trattati, si tratta di definire la questione se la normativa europea in materia di società controllate estere modificata della decisione *Cadbury Schweppes* sia ancora necessaria per prevenire pratiche abusive.

11. Ungheria¹⁴

La verifica se una società sia una CFC dipende principalmente dal raffronto tra l'aliquota dell'imposta applicata alla società estera e l'aliquota interna: l'aliquota effettiva dell'imposta applicata alla società estera (ossia, l'imposta reale applicata sugli utili al lordo dell'imposta) deve ammontare almeno ai 2/3 dell'aliquota d'imposta ungherese per evitare l'applicazione della legislazione CFC. L'aliquota dell'imposta societaria ungherese è attualmente del 16%. Quindi, un'aliquota fiscale effettiva inferiore al 10,66% rientrerà nell'ambito della legislazione CFC. Tuttavia, la legislazione CFC ammette un'esimente: se la sussidiaria svolge "un'attività economica reale" nel Paese di residenza, non sarà considerata una CFC, indipendentemente dall'aliquota effettiva applicata. La definizione di "attività economica reale" comprende sia attività produttive che di prestazione di servizi svolte attraverso personale e attrezzature propri.

Se la legislazione CFC, comprensiva di esimente, sia compatibile con il diritto comunitario europeo sembra dipendere dal significato di "attività economica reale" come indicato nella decisione *Cadbury Schweppes*, per cui se si dimostra che l'attività economica sia stata esercitata "per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile...", la legislazione CFC ungherese non trova applicazione. La decisione *Cadbury Schweppes* si riferisce a fattori fisicamente accertabili, come la presenza fisica di locali, di personale e di attrezzature, al fine di verificare l'esistenza di "un'attività economica reale". Di conseguenza, sorge la questione se l'esimente prevista dalla legislazione CFC ungherese sia abbastanza ampia da salvare tutte le costruzioni che non siano di puro artificio.

Ad esempio, una società madre ungherese può voler stabilire una sussidiaria (e.g. nei Paesi Bassi), la cui esclusiva attività sia detenere e gestire le azioni di tutte le sussidiarie del gruppo a livello mondiale. La holding olandese dispone di propri locali, personale e attrezzature, ma versa un'imposta societaria olandese a un tasso effettivo dello 0% e non svolge un'attività produttiva o di prestazione di servizi attivi. Questo livello di effettiva economicità sembrerebbe sufficiente a passare il test della "attività economica reale" come indicato nella decisione *Cadbury Schweppes*, ma non sarebbe atto a soddisfare le condizioni previste ai fini dell'applicazione dell'esimente ungherese prevista dalla legislazione CFC. Si deve quindi concludere che la legislazione CFC ungherese deve essere modificata così da comprendere anche le attività che generano "passive incomes", ad esempio le società holding, purchè abbiano una reale presenza in un altro Stato membro.

¹⁴ Di ANNA BURCHNER (Anna.Burchner@cms-cmck.com) e IRISZ SZEL (Irisz.Szel@cms-cmck.com), Ormai és Tarsai CMS Cameron McKenna LLP.

The European Commission Communication on the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Brief Overview and some Remarks on the Apportionment of the Consolidated Tax Base*

Francesco Floris** e Francesca Vitale***

TABLE OF CONTENTS: I. Introduction - II. Background - III. Communication overview - IV. Base apportionment - V. Conclusions

I. Introduction

On 5 April 2006 the European Commission issued the Communication in comment¹, aiming at reporting on progress achieved to date by the *ad hoc* Working Group and confirming the political support to continuing the work carried out so far in line with the 2004 working program.

The Communication represents an important step in achieving the Commission-driven initiatives to analyse and propose the most suitable measures to eliminate the tax obstacles to the freedom provided for by the European Community Treaty to the economic activities of the enterprises.

II. Background

A detailed study titled 'Company taxation in the internal market SEC(2001)1681² prepared by the Commission Services highlighted, among other things, that companies willing to operate cross border faced several tax obstacles and were, thus, disadvantaged compared to companies operating in a *de jure* context.

Among the tax obstacles cited in the study were: high compliance costs, notably for small and medium size enterprises (SMEs); in particular, high costs (and possible

* Legal disclaimer: the views expressed are purely those of the authors and may not in any circumstances be regarded as stating an official position of the European Commission. Translated in English by the authors.

** Commission Official (Administrator) at the European Commission, Taxation and Customs Union Directorate General (DG TAXUD).

*** Trainee at DG TAXUD when this article was prepared. Civil servant at Agenzia delle Entrate (Italy), is completing a PhD in company tax law at the 'LUISS' University in Rome.

¹ See Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee 'Implementing the Community Lisbon Programme: Progress to date and next steps towards a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)' COM(2006) 157.

² The Commission Staff Working Paper was issued at the same time as a European Commission Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee: Towards an Internal Market without tax obstacles - A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities, (COM(2001)582) http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/company_tax_study_en.pdf.

double taxation) due to transfer price issues; limits to (or lack of) cross border loss compensation for companies; limits of (and subsequent risk of double taxation due to) the provisions contained in the European Directives 'Mergers'³ and 'Parent-Subsidiary'⁴, etc.

The Commission (COM(2001)582) concluded that such tax obstacles, hindering or rendering less attractive the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the European Community Treaty (ECT), were compromising the proper functioning of the internal market and could even be considered discrimination.

It was also noted that the Court of Justice of the European Communities (ECJ) had frequently found⁵ that certain features of some domestic tax systems represented discrimination or an obstacle to the basic freedom. However, the ECJ can oblige national tax administration to repeal any domestic legislation incompatible with the *acquis communautaire*, but cannot replace the Community legislator in harmonising the Member States' legislation. Although ECJ role and intervention in direct tax matters are more and more frequent, its impact on domestic tax systems cannot go beyond what has been called by some authors 'negative harmonisation'⁶.

In this context, the European Commission proposed a two-track strategy to remove the existing tax obstacles to the completion of the internal market: on the one hand, a series of targeted measures, towards specific tax problems (such as transfer price; amendments to the Directives 'mergers' and 'Parent-subsidiary', etc.) and, on the other hand, a comprehensive proposal to remove all tax obstacles in a stroke.

The 2001 study, in particular, listed four comprehensive alternatives, one based on mutual recognition (home state taxation), and three based on harmonising the rules to calculate the tax base, either optional and alternative to existing tax bases (Common Consolidated Corporate Tax Base - CCCTB), or mandatory and the only existing one (single compulsory harmonised tax base), or accompanied by a centralised management and tax rate at European level (European Union Company Income Tax - EUCIT).

A common feature of all proposals was that the tax base, once computed in accordance with given rules for the entire group of companies concerned (consolidation) was to be apportioned among Member States involved in accordance with given criteria. As for the latter feature (the apportionment) the company tax study listed a series of options without choosing a preferred one: macro-economic criteria at Member States' level (such as the gross domestic product, GDP) or micro-economic criteria at companies' level (key factors such as assets, sales, payroll, or the overall added value).

With the exception of EUCIT, a common feature of the options was that Member States would apply to their national shares of the consolidated tax base, the tax rate

³ Directive 90/434/EEC 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States (90/434/EC), as subsequently amended.

⁴ Council Directive of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States (90/435/EEC), as subsequently amended.

⁵ Since the known case-law *Avoir fiscal* (C-270/85, Commission vs. France).

⁶ For example: GAMMIE, *The role of the European Court of Justice in the Development of Direct Taxation in the European Union*, in IIBFD Bulletin, 3/2003, 86 ss.; VANISTAENDEL, *The Role of the ECJ in the Field of Direct Taxation*, in Eur. Tax., 1/2003.

they had chosen. This element of choice would maintain a certain level of tax competition within the EU.

In 2003⁷ the European Commission confirmed the 2001 strategy concerning the removal of tax obstacles to the proper functioning of the internal market and, as regards the comprehensive solutions, chose to focus on two out of the four proposals referred to above, namely the home state taxation and the CCCTB.

In particular, Home State Taxation was considered to be an appropriate solution for SMEs and, being it based on mutual recognition of domestic legislations rather than on harmonisation, two years later the Commission invited Member States to launch a pilot project and offered its theoretical and practical support⁸.

On the other hand CCCTB was potentially more attractive to Multinational Enterprises (MNEs) and its implementation would not be left to Member States' initiative but would be the result of a harmonising action from the Community Institutions. However, the Commission decided to develop that project in close cooperation with Member States. To this end, an ad hoc Working Group was set up in 2004, chaired by the Commission and composed of national experts appointed by Member States, to meet quarterly to discuss technical issues of the CCCTB in accordance with the working program adopted at the first meeting of the Working Group in November 2004. It should be noted that Member States' representatives attend the meetings as technical experts and do not engage their countries on a political support to the overall project or on technical support to the tax proposal discussed by the Working Group.

III. Communication overview

The Communication consists of a foreword, a section on progress achieved by the Working Group (as it stands end 2005); a section on next steps and a conclusion. The Communication is accompanied by two annexes, one containing an overview of the working program and the other one containing more detailed information on the work carried out as regards specific structural elements of the tax base analysed by the Working Group.

The foreword shows briefly the background which gave rise to the idea of promoting a harmonisation of the rules for computing the tax base of companies operating in the single market.

The section on progress to date starts describing the context where the Working Group operates, notably the purposes and the scope of its work. It should be noted that any community action in the field of direct taxation is likely to be based on Article 94 ECT, which allows the Council (acting unanimously) to issue directives for the approximation of such laws, regulations or administrative provisions of the Member States as directly affect the establishment or functioning of the common market. This

⁷ See 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.

⁸ See Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee 'Tackling the corporation tax obstacles of small and medium-sized enterprises in the Internal Market – outline of a possible Home State Taxation pilot scheme' (COM/2005/702/final).

entails that any proposal in the field of direct tax must be justified, in the light of the principles of subsidiarity and proportionality, as aiming at the proper functioning of the internal market and not primarily at aiming at harmonisation as such.

As a consequence, the CCCTB neither aims at changing the existing (and different) tax burdens for companies on various Member States, nor at impeding tax competition based on differences in tax rates. The Communication acknowledges that, since the overall tax burden for a company results from applying a tax rate 'x' to a tax base 'y', if the tax base 'y' changes due to the CCCTB, also the overall tax burden for that company changes unless the tax rate 'y' is adjusted accordingly. However, such acknowledgment does not modify the Commission policy that tax rate harmonisation should not be a Commission objective.

The Communication refers to the Lisbon strategy and its goal to improve the EU competitiveness in the world. The community fiscal policies and notably the CCCTB can contribute to the achievement of such goals as far as they support a business environment which favours development, innovation and growth and remove the existing tax obstacles which place EU companies in an unfavourable position compared to their global competitors. Therefore, the CCCTB has to be designed in a fashion which is coherent with such objectives.

The section on progress to date continues describing the Working Group organisation, timing and modalities of the meetings, discussions on documents prepared by the Commission departments etc. Annex II provides more details on specific items, such as for example tangible and intangible assets and their depreciation, provisions, general criteria for computing the tax base etc.

The section on next steps designs the future work of the Working Group, bearing in mind that the Commission political goal is to table a proposal in 2008. The Working Group will continue discussions on specific structural elements of the tax base (having as a guiding principle the idea that the base should be broad and simple) and will start discussions on the consolidation of the base and on its apportionment to various Member States involved, which is the most innovative feature of the proposal.

Indeed, while agreeing on common rules on depreciation, provisions etc. should not be too difficult, it may be hard for Member States to accept that the tax base of two or more companies belonging to the same group but tax resident in two or more Member States should be consolidated and apportioned by means of criteria (such as key factors of the formulary apportionment) which differ from the current criterion consisting of considering the various companies as separate entities operating at arm's length. Let alone certain member States who oppose the CCCTB in its entirety, some commentators suggested that some Member States may support a common base but not a consolidated base.

On the contrary, the Commission Services maintain that one of main goals of the CCCTB, ie simplification for enterprises and removal of tax obstacles to the functioning of the internal market, would not be fully achieved if the base was common but not consolidated and apportioned (in particular, transfer pricing issues for intra-group transactions would remain). Next paragraph of this article develops this topic a little bit further.

The section on next steps refers to two more topics for discussion relating to the CCCTB. The first topic – clarified – concerns the role of international accounting

standards (IFRS/IAS) which, for several reasons (for example: (i) the standards are issued by an independent body, the International Accounting Standard Board – IASB – not subject to the legislative power of the European Institutions and of the Member States; (ii) the standards are mandatory only for the preparation of the consolidated accounts of a relatively small number of listed companies; (iii) the standards aim at provide information to a wide range of users - mainly investors - and are therefore based on principles such as ‘substance over form’ or ‘fair value’, which leads to recognising in the accounts unrealised capital gains, etc) cannot be taken as such as the common tax base. However they represent a useful starting point and provide a common language which is very useful for discussions among experts who come from very different legal systems and accounting practices.

The second topic - concerning the optional or mandatory nature of the CCCTB – has been mentioned but remains to be discussed at a political level more than at a technical level. The Commission services are inclined to prefer an optional CCCTB, which would leave companies with a choice between the existing (and remaining) domestic tax base and the CCCTB, depending on what is more convenient for them. The Commission services also note that each Member State, by adopting the CCCTB as the sole tax base (thus repealing the existing domestic tax bases) would achieve the same result i.e. render the CCCTB mandatory. However, this issue deserves more thoughts, also taking into account possible implications as regards equality of treatment (discrimination).

The Communication concludes inviting Member States to put more resources on this project and to show their support for continuing the work along the existing work program, even though this does not mean supporting the project per se.

Finally, it is worth mentioning that the Communication was introduced at the ECOFIN meeting on June 2006 where, the Council took note of a report by the Commission on work undertaken by a technical working group and it held an exchange of views.

IV. Consolidated tax base apportionment

Among the various issues to be dealt with when designing the CCCTB, the ‘sharing out’ mechanism is briefly mentioned in the Communication but not discussed in detail, as the Working Group has not started any discussion on this topic (this should happen end 2006/beginning 2007). Therefore, it is not possible here to discuss concrete proposals concerning the various ways how to apportion the base. The following analysis follows on general issues linked to the apportionment of a consolidated tax base among two or more Member States.

The starting point is, once more, the 2001 study where it was noted that the existing method for taxing groups of companies operating in more than one Member State (based on separate accounting of profit or loss for each entity) on the one hand is complex and burdensome for enterprises; and on the other hand does not ensure a fair distribution of taxing rights among the Member States concerned.

As for the first concern, the separate accounting requires valuing intra-group transactions at arm’s length. This valuation, already complex for tangible assets, is even more difficult and uncertain as regards intangible assets and services, including cost-sharing agreements. In addition, in case of audit and reassessment of the prices,

double taxation can be triggered if adjustments brought by the tax authorities of one Member State are not taken into account by the tax authorities of the other Member State concerned by the transaction(s).

Such a difficulty is known and the EU tried to solve it by means of the Arbitration Convention⁹. The Convention, however, even though it represents an important step towards tackling double taxation raising from transfer pricing among related companies, does not eliminate entirely double taxation.

As for the second concern, the separate accounting allows for – within the limits referred to above – certain tax planning techniques aiming at moving taxable profit (and, conversely, deductible losses) in some tax jurisdictions instead of others depending on the tax consequences.

Both concerns could be solved if within the Community the separate accounting method were abandoned in favour of the consolidation of the tax bases of the various entities belonging to the same group, and subsequent distribution of such a consolidated base in accordance to given apportionment factors.

This solution seems also preferable from the simplification point of view. If profit is accounted for in a consolidated manner, it is no longer necessary taking account of intra-group transaction to compute the tax base and, as a consequence, transfer price issues disappear within the EU group.

As regards the fair distribution of taxing rights among the various Member States concerned, it relies ultimately on the choice of the apportionment criteria; however as a general remark it is fair to say that such criteria are less suitable for manipulation than transfer price or other tax planning techniques (financing the company with debt instead of equity and subsequent payment of interest among related companies, for instance) and are, therefore, more objective.

As mentioned in the introduction, apportionment factors can be based on macro or micro economic criteria. The first are based on economic data at level of Member States, such as the gross domestic product or the total tax base for value added purposes. Such macro-economic factors are by definition not linked to the activity concretely exerted by the various entities of a given group in the jurisdiction of the Member States concerned and as such present pros and cons. Among the advantages one could mention that enterprises could not longer rely on tax planning techniques to transfer taxable base from one country to another one, and would not be obliged to produce and keep documentation proving the reality and the valid economic reasons of their transactions. Among the disadvantages one could mention that in most cases the direct link between the production of income in the country of source by a given company and the level of taxation in that Member State (the nexus) would be weakened if not broken at all.

The political challenge to accept such a strong disconnection between the source of income and its taxation explains why, despite of its relatively simple mechanism, such a model is theoretical and never applied in those countries who currently make use of consolidation.

As it is known, consolidation and subsequent apportionment exists already in various federal countries, such as USA and Canada. However the countries referred to

⁹ EU Arbitration Convention (90/436/EEC of 23 July 1990)

above apply a 'sharing out' mechanism which is based on a formulary apportionment which takes into account a combination of micro-economic factors (namely, sales, payroll and assets) weighed in various ways.

A third option would be basing the apportionment on the added value (meaning the difference between output and input of a company, or the sum of labour, interest and profit) of each entity involved¹⁰. Such an option would present the advantage that it would not break the link between source country and taxation. In addition, the value added concept is familiar within the Community, as it is used for VAT purposes, although it should be mentioned that the 'value added' for apportioning the tax base would require adjustment compared to the 'value added' for VAT purposes. However, such a method would not eliminate the need to take into account the fair value of intra-group transaction, which would nullify one of the declared goals of the CCCTB intends to achieve, and may have negative consequence on the factor of production 'labour', whereas other Community policies aim at favour employment and reduce taxation and other burdens on labour.

It is worth noting that – regardless the apportionment mechanism eventually proposed by the EU, the sharing out of the CCCTB between two Member States represents an alternative to the current method for attributing taxing rights as enshrined in the bilateral tax conventions.

Similarly to what happens via the conclusion of international conventions, where two countries agree on attributing tax rights in a different way compared to the domestic legislation, it would be possible for Member State to derogate the domestic legislation applying CCCTB rules.

V. Conclusions

The possibility to compute companies profit in accordance to common rules and – at a group level – by means of a consolidated base would be an useful opportunity for enterprises and would represent an important step towards the completion of the internal market and the achievement of the Lisbon goals.

There are obviously technical issues in designing a broad, simple and common tax base, but this should not discourage the Commission and the Member States as the prospective benefit would compensate the immediate costs that national tax administrations and companies should bear to align themselves to the new CCCTB rules. In this context it is useful to underline that an impact assessment concerning the CCCTB will be required to support any legislative proposal: before doing this it is necessary to have a clearer idea on the details of the proposal, which are not available yet.

The Commission does not underestimate further difficulties, more political than technical ones, consisting of the announced opposition to the project by a few Member States, taking into account the unanimity rule for adopting community legislation in the field of taxation. Ideally, all Member States should participate in the CCCTB

¹⁰ LODIN and GAMMIE, *Home State Taxation*, International Bureau for Fiscal Documentation, Amsterdam, 2001, 47 ss. This hypothesis has been presented by the authors in the context of the Home State Taxation, but can be easily applied to CCCTB.

and the Commission hopes that the countries currently opposing the project would change their policy; however should this not happen, the Commission has said it would consider making use of the 'enhanced cooperation' tool if necessary as foreseen in Article 11 ECT, which allows for, under certain conditions, a number of Member States (at least 8) to proceed, always leaving the possibility for other Member States to join at a later stage.

La comunicazione della Commissione europea relativa alla base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB). Breve sintesi ed alcune riflessioni sulla ripartizione della base imponibile consolidata*

Francesco Floris** e Francesca Vitale***

SOMMARIO: I. Premessa - II. I precedenti - III. Sintesi della Comunicazione - IV. La ripartizione della base imponibile consolidata - V. Conclusioni

I. Premessa

Il 5 aprile 2006 la Commissione europea ha emanato la Comunicazione in commento¹, con il duplice fine di rendere conto dei progressi finora compiuti dal gruppo di lavoro all'uopo costituito e di confermare il consenso politico circa l'opportunità di continuare a lavorare secondo il programma approvato nel 2004.

Il documento costituisce una tappa significativa nella realizzazione delle iniziative avviate dalla Commissione al fine di analizzare e definire le misure più opportune ad eliminare gli ostacoli fiscali che si frappongono alla libertà di circolazione delle imprese per l'esercizio delle loro attività economiche all'interno degli Stati membri.

II. I precedenti

Un dettagliato studio intitolato *'L'imposizione delle società nel mercato interno'* SEC(2001)1681² preparato dai servizi della Commissione europea ha, tra l'altro, evidenziato che le società che intendono svolgere attività economiche in uno Stato membro della Comunità europea diverso da quello di residenza incontrano una serie di ostacoli di natura fiscale, e sono quindi svantaggiate rispetto alle società che si limitano ad operare nel territorio dello Stato di residenza.

* N.B.: Le opinioni espresse sono esclusivamente riferibili agli autori e non possono essere considerate per nessun motivo una posizione ufficiale della Commissione europea.

** Funzionario alla Direzione Generale fiscalità ed unione doganale (TAXUD) della Commissione europea.

*** Tirocinante alla Direzione Generale fiscalità ed unione doganale (TAXUD) della Commissione europea all'epoca della stesura dell'articolo. Dottoranda in diritto tributario delle società nella Università LUISS di Roma.

¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo - COM(2006) 157 - *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: Progressi ottenuti finora e programma futuro per una base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB)*.

² Il documento di lavoro dei servizi della Commissione fu pubblicato contestualmente alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale *'Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali - Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società'*, (COM(2001)582), scaricabile all'indirizzo seguente: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/company_tax_study_en.pdf.

Tra gli esempi menzionati nello studio del 2001, si ricordano: gli elevati costi amministrativi di adeguamento a sistemi fiscali differenti, soprattutto per le piccole e medie imprese; in particolare, gli elevati costi (e la possibile doppia imposizione) legati alle problematiche dei prezzi di trasferimento (*transfer price*); i limiti (ove non l'impossibilità) alla compensazione delle perdite conseguite da società facenti parte dello stesso gruppo ma residenti in un altro Stato membro; i limiti (e il conseguente rischio di doppia imposizione) delle disposizioni contenute nelle direttive 'fusioni'³ e 'madre-figlia'⁴, e così via.

La Commissione (COM(2001)582) ha tratto la conclusione che questi ostacoli di natura fiscale, scoraggiando o comunque rendendo meno attraente l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato sulla Comunità europea, rappresentano un impedimento al buon funzionamento del mercato interno, se non addirittura una discriminazione.

Allo stesso tempo, è stato evidenziato che la Corte di giustizia delle Comunità europee è intervenuta più volte⁵ per censurare certi aspetti dei sistemi fiscali nazionali che costituiscono una discriminazione o un ostacolo all'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato. La Corte di giustizia, tuttavia, può imporre alle autorità nazionali di disapplicare, nel caso concreto, le norme incompatibili con l'*acquis communautaire*, ma non può sostituirsi al legislatore comunitario nell'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Sebbene gli interventi della Corte nel campo della fiscalità diretta siano ormai sempre più frequenti e sistematici, infatti, l'impatto delle sue sentenze sui sistemi tributari nazionali non può andare oltre quella che in dottrina è stata significativamente definita "armonizzazione negativa"⁶.

In questo contesto, la Commissione europea ha pertanto proposto, nel 2001, una strategia a due livelli per la rimozione degli ostacoli fiscali che impediscono il completamento del mercato unico: da un lato, una serie di misure puntuali, mirate ad eliminare o attenuare le singole difficoltà (in tema di prezzi di trasferimento; di ammodernamento ed ampliamento delle direttive 'fusioni' e 'madre-figlia', etc.) e, dall'altro lato, una proposta globale e omnicomprensiva che eliminerebbe tutti gli ostacoli allo stesso tempo.

Lo studio del 2001, in particolare, presenta quattro diverse possibili soluzioni omnicomprensive, una basata sul mutuo riconoscimento ("*home state taxation*", o imposizione secondo le regole dello stato dove la capogruppo risiede), e tre basate sull'armonizzazione delle regole per il calcolo della base imponibile delle società, che può

³ Direttiva del Consiglio del 23 luglio 1990 (90/434/EC) relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi (90/434/CEE)

⁴ Direttiva del Consiglio del 23 luglio 1990 (90/435/EC) concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, in GU L 225 del 20.8.1990, pag. 6

⁵ A partire dalla nota sentenza *Avoir fiscal* (sentenza del 1986, resa in causa C-270/85, Commissione c. Francia).

⁶ Per osservazioni più approfondite sull'integrazione negativa, e sul ruolo della Corte di giustizia nel campo delle imposte dirette: GAMMIE, *The role of the European Court of Justice in the Development of Direct Taxation in the European Union*, in IBEFD Bulletin, 3/2003, 86 ss.; VANISTAENDEL, *The Role of the ECJ in the Field of Direct Taxation*, in Eur. Tax., 1/2003.

essere opzionale e alternativa (base imponibile comune consolidata - CCCTB⁷), o obbligatoria ed esclusiva (singola base imponibile armonizzata obbligatoria), ed essere accompagnata da una gestione centralizzata e da un'aliquota d'imposta a livello comunitario (imposta su reddito delle società dell'Unione europea - EUCIT). Un elemento comune delle quattro proposte è che la base imponibile, una volta calcolata secondo determinate regole per l'insieme del gruppo di cui le società interessate fanno parte (consolidamento), è poi ripartita tra gli Stati membri interessati secondo determinati criteri. Per quanto riguarda la ripartizione della base imponibile, tuttavia, lo studio della Commissione elenca varie possibili alternative senza indicare delle preferenze: criteri macroeconomici a livello di Stati membri (come il prodotto interno lordo) o criteri microeconomici a livello di singole società coinvolte (elementi chiave come attività immobilizzate, vendite, salari e stipendi o il valore aggiunto). Un altro elemento comune alle proposte (ad eccezione della EUCIT) è che, una volta ripartita la base, gli Stati membri applicano l'aliquota d'imposta che preferiscono, con ciò mantenendo all'interno della Comunità un certo livello di competizione fiscale.

Nel 2003⁸ la Commissione europea ha confermato la strategia lanciata nel 2001 per la rimozione degli ostacoli di natura fiscale al buon funzionamento del mercato interno e, con particolare riferimento alle soluzioni globali, ha deciso di concentrare i propri sforzi su due delle quattro proposte, ovvero la "home state taxation" e la CCCTB.

Più precisamente, la *home state taxation* è stata ritenuta una soluzione adatta alle piccole e medie imprese e, essendo basata sul mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali, più che sull'armonizzazione delle medesime, la Commissione ha invitato gli Stati membri ad avviarne una sperimentazione, offrendo il proprio supporto teorico e pratico⁹.

La CCCTB, invece, è, più attraente per le imprese multinazionali e la sua attuazione non è lasciata all'iniziativa degli Stati membri, ma ad una concreta iniziativa armonizzatrice delle istituzioni comunitarie. La Commissione, tuttavia, ha deciso di sviluppare tale progetto in stretta collaborazione con gli Stati membri. Nel 2004 è stato pertanto istituito un gruppo di lavoro, presieduto dalla Commissione europea e formato da rappresentanti nominati dagli Stati membri, che si riunisce ogni tre mesi per discutere aspetti tecnici collegati alla CCCTB secondo un programma di lavoro adottato durante la prima riunione del gruppo, nel novembre del 2004. È importante sottolineare che i rappresentanti degli Stati membri partecipano in qualità di esperti e non impegnano gli Stati di appartenenza né sull'appoggio politico al progetto né sull'approvazione delle soluzioni tecniche formulate dal gruppo.

III. Sintesi della Comunicazione

La Comunicazione in commento contiene: una premessa; un capitolo sui progressi compiuti dal gruppo di lavoro (a fine 2005); un capitolo sui prossimi passi e da una

⁷ Acronimo dell'inglese "Common Consolidated Corporate Tax Base".

⁸ Vedasi la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e sociale europeo - *Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società - risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere* COM(2003)726.

⁹ Comunicazione del 23 dicembre 2005 (COM/2005/702/final), sulla "Lotta contro gli ostacoli connessi alla tassazione delle società incontrati dalle piccole e medie imprese nel mercato interno - Descrizione di un eventuale regime pilota basato sul criterio della tassazione dello Stato di residenza"

conclusione. La Comunicazione è accompagnata da due allegati tecnici, uno contenente la sintesi del programma del gruppo di lavoro e l'altro contenente informazioni di maggior dettaglio sui progressi compiuti in relazione a specifici elementi della base imponibile che sono stati analizzati dal gruppo di lavoro.

La premessa illustra brevemente il contesto nel quale è maturata l'idea di promuovere l'armonizzazione delle regole per la determinazione della base imponibile delle società operanti nel mercato interno.

Il capitolo sui progressi compiuti comincia con il delineare il contesto nel quale il gruppo di lavoro procede, ed in particolare gli obiettivi e i limiti. È importante sottolineare che la base giuridica di ogni iniziativa comunitaria in materia di imposte dirette è presumibilmente costituita dall'articolo 94 del trattato che istituisce la comunità europea, il quale prevede la possibilità per il Consiglio (deliberando all'unanimità) di emanare direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune. Ciò comporta che qualsiasi proposta di armonizzazione fiscale in materia di imposte dirette, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, debba avere come fondamento il buon funzionamento del mercato interno e non mirare principalmente all'armonizzazione in quanto tale.

Di conseguenza, il progetto CCCTB non si pone né l'obiettivo di modificare l'attuale carico fiscale gravante – in misure diverse - sulle società nei vari Stati membri, né l'obiettivo di ostacolare una certa concorrenza fiscale basata sulle diverse aliquote d'imposta. La Comunicazione riconosce che, posto che il carico fiscale gravante su una società deriva dall'applicazione di un'aliquota 'x' ad una base imponibile 'y', se la base 'y' cambia a causa della CCCTB anche il carico fiscale cambia in assenza di interventi sull'aliquota 'x'. Tuttavia, questo fatto non modifica la politica della Commissione secondo cui l'armonizzazione delle aliquote d'imposta non è l'obiettivo da raggiungere.

La Comunicazione fa riferimento alla strategia di Lisbona ed al suo obiettivo dichiarato di migliorare la competitività dell'Unione europea a livello mondiale. Le politiche fiscali comunitarie ed in particolare la CCCTB possono dare il loro contributo al raggiungimento di tali obiettivi se saranno in grado di creare un ambiente favorevole allo sviluppo, l'innovazione e la crescita ed elimineranno gli esistenti ostacoli fiscali che pongono le imprese comunitarie in posizione svantaggiate rispetto ai loro concorrenti globali. Pertanto la CCCTB dovrà essere strutturata in maniera coerente con tali obiettivi.

Il capitolo sui progressi compiuti continua con la descrizione dell'organizzazione del gruppo di lavoro, la periodicità e le modalità degli incontri, la discussione dei documenti preparati dai servizi della Commissione etc. L'allegato due al documento entra più nel dettaglio della descrizione dei singoli aspetti trattati, come ad esempio le immobilizzazioni materiali ed immateriali e il relativo ammortamento; l'accantonamento per rischi, i criteri generali di determinazione della base imponibile, etc.

Il capitolo sui prossimi passi delinea le tappe successive del gruppo di lavoro, tenendo bene in mente l'ambizione della Commissione di presentare una proposta entro il 2008. Si continuerà a lavorare sui singoli elementi della base imponibile, avendo in mente come criterio guida che si debba trattare di una base semplice ed ampia, e si comincerà a trattare le problematiche del consolidamento e della ripartizione della base tra

i vari Stati membri, che rappresenta il vero elemento di novità della proposta. Se infatti non dovrebbe essere troppo difficile mettere d'accordo gli Stati membri sulle regole relative agli ammortamenti, accantonamenti etc., potrebbe essere più arduo far accettare agli Stati membri che la base imponibile di due o più società appartenenti ad uno stesso gruppo ma fiscalmente residenti in Stati membri diversi venga consolidata e ripartita tra tali Stati membri secondo dei criteri (come ad esempio la formula di ripartizione) diversi dall'attuale criterio consistente nel trattare le varie società del gruppo come delle entità separate che operano in condizioni di libera concorrenza (*arm's length principle*). A parte determinati Stati membri che sono contrari al progetto CCCTB nella sua globalità, infatti, alcuni commentatori hanno suggerito che qualche Stato membro potrebbe appoggiare una base imponibile comune ma non una base consolidata. Tuttavia i servizi della Commissione ritengono che uno dei principali obiettivi della CCCTB, ovverosia la semplificazione per le imprese e l'eliminazione dei ostacoli fiscali al funzionamento del mercato interno non sarebbero raggiunti appieno se ci si limitasse ad una base armonizzata sì, ma non consolidata e ripartita (in particolare, le problematiche dei prezzi di trasferimento per le transazioni intra-gruppo continuerebbero a sussistere). Il paragrafo successivo di questo articolo sviluppa ulteriormente questo argomento.

Il capitolo sui prossimi passi menziona due ulteriori elementi di riflessione riguardanti la CCCTB. Il primo elemento, che è stato chiarito, attiene al ruolo degli *standard* contabili internazionali IAS/IFRS che, per una serie di motivi (ad esempio: sono adottati da un organismo indipendente, l'IASB, al di fuori del controllo dei legislatori comunitari e nazionali; sono obbligatori solo per la redazione dei bilanci consolidati di un ristretto numero di società quotate; perseguono finalità di informazione per una vasta platea di destinatari, in particolare gli investitori, e pertanto si basano su principi quali la prevalenza della sostanza sulla forma o l'indicazione in bilancio dei valori di mercato, il che comporta l'evidenziazione di plusvalenze non realizzate etc.) non possono essere presi *sic et simpliciter* come base imponibile comune, ma costituiscono comunque un utile punto di partenza per le discussioni e offrono un linguaggio comune da utilizzare nelle discussioni tra esperti provenienti da regimi giuridici e tradizioni contabili diverse. Il secondo elemento, attinente alla natura opzionale o obbligatoria della CCCTB, è stato menzionato ma deve essere ancora discusso ad un livello più 'politico' che tecnico. I servizi della Commissione tendono a preferire una base opzionale, in modo da lasciare alle società la scelta tra le attuali basi domestiche (che rimarrebbero) e la CCCTB. I servizi della Commissione sottolineano altresì che i singoli Stati membri, attraverso l'adozione della CCCTB in via esclusiva e la contestuale abrogazione delle regole domestiche per la determinazione della base, possono raggiungere lo stesso obiettivo (rendere la CCCTB obbligatoria *de facto*). Tuttavia la questione merita ulteriori approfondimenti anche alla luce di possibili implicazioni sul piano della disparità di trattamento (discriminazione).

La Comunicazione conclude invitando gli Stati membri a investire più risorse nel progetto e a manifestare il loro appoggio alla continuazione dei lavori secondo il piano di lavoro prestabilito, senza che questo significhi un'accettazione politica del progetto in sé.

Per finire, è utile sottolineare che la Comunicazione è stata presentata alla riunione ECOFIN di giugno 2006 in cui il Consiglio ha preso nota del resoconto della Commissione in merito alle attività intraprese dal gruppo di lavoro tecnico e ha avuto uno scambio di opinioni.

IV. La ripartizione della base imponibile consolidata

Tra le numerose tematiche che dovranno essere affrontate in sede di costruzione di una base imponibile comune, ve n'è una, la ripartizione della base consolidata, che viene sollevata brevemente nella Comunicazione ma non discussa in dettaglio, in quanto non ancora affrontata dal gruppo di lavoro (l'avvio delle discussioni in materia è previsto per la fine del 2006/inizio 2007). Pertanto, non potendo discutere proposte concrete circa le modalità di allocazione della base, in questa sede ci si deve limitare ad analizzare in generale le problematiche connesse all'adozione di un siffatto metodo di ripartizione della base imponibile tra due o più Stati membri.

Il punto di partenza dell'analisi è, ancora una volta, lo studio del 2001, in cui si mise in evidenza che l'attuale approccio alla tassazione dei gruppi societari all'interno della Comunità, basato sulla contabilizzazione separata dei profitti e delle perdite di ciascuna entità, da un lato è fonte di complessità per le imprese, e dall'altro lato non garantisce un'equa ripartizione della potestà impositiva tra i vari Stati membri interessati.

Sotto il primo profilo, la contabilizzazione separata richiede una misurazione delle operazioni intra-gruppo a prezzi di libera concorrenza (*arm's length prices*). Tale misurazione, già complessa relativamente alle cessioni di beni materiali, diventa ancor più incerta in relazione ai beni immateriali e ai servizi, inclusi gli accordi per la ripartizione dei costi comuni a più società del gruppo. Inoltre, in caso di verifiche ed accertamenti fiscali, può agevolmente portare a fenomeni di doppia imposizione, se gli aggiustamenti ai prezzi di trasferimento operati da uno Stato Membro non sono riconosciuti dalle autorità fiscali dell'altro Stato membro interessato dalla transazione.

Il problema è ben noto e la U.E. aveva già cercato di risolverlo nel 1990 tramite l'approvazione della cd. "Convenzione d'Arbitrato"¹⁰. La Convenzione, tuttavia, nonostante rappresenti un importante passo in avanti verso l'obiettivo di eliminare le doppie imposizioni collegate ai prezzi di trasferimento tra società collegate, non elimina completamente la doppia imposizione.

Sotto il secondo profilo, la contabilizzazione separata si presta, pur nei limiti sopra ricordati, a certe pratiche di pianificazione fiscale tendenti a localizzare redditi imponibili (e, specularmente, perdite deducibili) in determinate giurisdizioni anziché in altre, secondo la convenienza fiscale.

Entrambe le problematiche summenzionate potrebbero essere risolte se all'interno della Comunità si adottasse, anziché il criterio della contabilizzazione separata, quello del consolidamento delle basi di tutte le entità facenti parte del medesimo gruppo, con successiva redistribuzione della base così calcolata secondo determinati criteri di riparto.

Questa soluzione appare sicuramente preferibile nell'ottica della semplificazione. Se la contabilizzazione dei profitti del gruppo avviene in maniera consolidata, infatti, non è più necessario tenere conto delle operazioni intra-gruppo ai fini del calcolo della base imponibile, e, di conseguenza, vengono meno le problematiche legate ai prezzi di trasferimento all'interno del gruppo europeo.

Per quanto riguarda l'equa ripartizione della potestà impositiva tra i vari Stati membri interessati, essa dipende in definitiva dalla scelta dei criteri di ripartizione,

¹⁰ Convenzione n. 436/90/CEE del 23 luglio 1990.

ma in generale si può affermare che tali criteri si prestano meno di quanto facciano i prezzi di trasferimento o altre pratiche (indebitamento con conseguente pagamento di interessi da una società all'altra del gruppo, ad esempio) ad essere manipolati dalle imprese e, di conseguenza, tendono ad essere più obiettivi.

Come ricordato in premessa, in linea generale, i fattori di ripartizione potrebbero basarsi su criteri macroeconomici o microeconomici. I primi si basano su dati economici calcolati al livello degli Stati membri, quali ad esempio il prodotto interno lordo o la base imponibile ai fini dell'imposta sul valore aggiunto. I fattori macroeconomici sono per definizione scollegati dalla reale attività svolta dalle imprese nelle varie giurisdizioni degli Stati membri, e presentano pertanto dei vantaggi e degli inconvenienti. Tra i vantaggi si può citare il fatto che le imprese vedrebbero rese inefficaci le strategie di pianificazione fiscale miranti a trasferire base imponibile da una giurisdizione ad un'altra, né dovrebbero fornire alcuna documentazione comprovante la genuinità e le valide ragioni economiche delle operazioni poste in essere. Tra gli inconvenienti si può citare il fatto che si affievolirebbe o verrebbe a mancare del tutto, nella maggior parte dei casi, un nesso tra la ricchezza prodotta da una determinata società in un determinato Stato membro e le imposte dovute allo Stato di residenza.

La difficoltà politica di accettare un così forte scollegamento tra produzione del reddito e tassazione dello stesso spiega forse perché, nonostante la semplicità di applicazione, si tratti più di un modello teorico che di un'applicazione concreta da parte dei paesi che attualmente applicano il metodo di contabilizzazione separata.

Com'è noto, infatti, il consolidamento con successiva ripartizione della base imponibile non esiste già ed è applicato in vari Stati federali, tra cui gli Stati Uniti ed il Canada. In questi paesi, tuttavia, la ripartizione della base imponibile tra i diversi Stati federali avviene in base ad una "formula" che tiene in considerazione una combinazione di fattori microeconomici (tendenzialmente, volume delle vendite, forza lavoro, immobilizzazioni), diversamente ponderati.

Una terza soluzione sarebbe altresì possibile: quella di basare il metodo di ripartizione sul valore aggiunto prodotto dalle singole società¹¹. Questo metodo avrebbe il vantaggio di non incidere sul legame tra produzione del reddito ed imposizione. In aggiunta, il concetto di valore aggiunto è ben noto alle imprese comunitarie che lo calcolano ai fini IVA (anche se occorre precisare che il valore aggiunto ai fini della ripartizione della base richiederebbe aggiustamenti rispetto al valore aggiunto ai fini IVA). Tuttavia, una ripartizione collegata con il valore aggiunto non eliminerebbe la necessità di calcolare i prezzi di trasferimento per le operazioni infragruppo, così vanificando uno degli scopi principali della CCCTB, e potrebbe avere conseguenze negative sul fattore di produzione "forza lavoro", nonostante altre politiche comunitarie tendano a favorire l'occupazione e a ridurre la tassazione e altri impedimenti al lavoro.

È importante sottolineare, tuttavia, come, a prescindere da quale sarà in concreto il metodo di ripartizione concretamente proposto dalla U.E., la ripartizione della CCCTB tra due o più Stati membri rappresenta un'alternativa all'attuale metodo di riparto delle potestà impositiva tra stati fissato nelle convenzioni bilaterali contro le

¹¹ LODIN and GAMMIE, *Home State Taxation*, International Bureau for Fiscal Documentation, Amsterdam, 2001, 47 ss. Nonostante questa ipotesi sia stata presentata dagli autori nel contesto della descrizione del modello *Home State Taxation*, essa si potrebbe applicare anche alla CCCTB.

doppie imposizioni.

Come dunque, mediante la stipulazione di Convenzioni internazionali, gli Stati si accordano su una ripartizione della potestà impositiva che si distacca, per alcuni aspetti, da quanto stabilito nella legislazione nazionale, sarebbe possibile che gli Stati membri deroghino alle legislazioni nazionali, in virtù dell'applicazione delle regole CCCTB.

V. Conclusioni

La possibilità di calcolare i profitti delle società in base a delle regole comuni e – a livello di gruppo - su base consolidata rappresenterebbe un'utile opportunità per le imprese, ed un passo significativo verso il completamento del mercato interno e il raggiungimento degli obiettivi di Lisbona.

Vi sono indubbe difficoltà tecniche nel disegnare una CCCTB ampia, semplice ed uniforme, ma questo non dovrebbe scoraggiare la Commissione e gli Stati membri in quanto i futuri vantaggi attesi sarebbero tali da compensare i costi che nell'immediato amministrazioni fiscali nazionali e società dovrebbero sostenere per adeguarsi alla CCCTB. In tale contesto è opportuno sottolineare che un'analisi dell'impatto della CCCTB sarà necessaria a supporto di qualsiasi iniziativa legislativa: prima di fare ciò occorre avere una idea più precisa dei contenuti di dettaglio della CCCTB, che non sono ancora disponibili.

La Commissione non sottovaluta che vi sono ulteriori difficoltà, questa volta non di tipo tecnico ma politico dovuti alla dichiarata opposizione al progetto da parte di alcuni Stati membri, soprattutto alla luce della regola dell'unanimità per l'adozione di provvedimenti comunitari in materia fiscale. Idealmente, tutti gli Stati dovrebbero partecipare alla CCCTB e la Commissione auspica che gli Stati che attualmente si oppongono al progetto mutino la loro linea politica, ma qualora ciò non si avveri la Commissione ha stabilito che valuterà l'opportunità di avvalersi, se necessario, del meccanismo di "cooperazione rafforzata" previsto dall'articolo 11 del trattato istitutivo della comunità europea, che autorizza a determinate condizioni un gruppo di Stati membri (almeno 8) a portare avanti determinate politiche, lasciando sempre aperta la porta ad altri Stati che vogliono aggiungersi in un secondo tempo.

New Impetus from the OECD for resolving Tax Disputes through arbitration: an Opportunity to reflect on the Validity of Domestic Restraints to arbitration in Tax Matters

Giovanna Petrillo

1. In February 2006, the OECD released a discussion draft dealing with the introduction of an arbitration process to solve disputes that have been pending before the competent authorities for more than two years (*“Proposals for improving mechanism for the resolution of tax treaty disputes: public discussion draft”*, 2 February 2006). The proposal is substantially in line with the Arbitration Convention for resolving transfer pricing disputes¹: it provides that the unresolved issue be submitted to a panel of three arbitrators, which shall deliver a binding decision on Member States within six months, unless the Member States involved have reached another agreement within that period of time.

According to the OECD proposal, all disputes concerning the application of double taxation conventions shall fall within the arbitration proposal, but Member States may discretionally limit the recourse to the arbitration. According to the OECD proposal, within three months after that the request for arbitration has been received by both competent authorities, these competent authorities shall agree on the questions to be resolved by the arbitration panel and communicate their own decision to the person who made the request for arbitration. Within three months after that the “Terms of Reference” have been received by the person who made the request for arbitration, the competent authorities shall each appoint one arbitrator. An independent person shall appoint a third arbitrator. The arbitrators shall deliver their decision within a period of six months that may be extended to further six months.

The unresolved issues shall not be submitted to the arbitration panel if they have already been submitted to civil or administrative courts in the State of residence of the person concerned, or if a legal decision has already been rendered on the issue. The rationale of this rule is to prevent a person from initiating the arbitration process only because he does not agree with the decision reached by the competent authorities². The OECD concludes its draft with the commitment to develop a Manual on Ef-

¹ On this issue, see W.W. PARK, *L'arbitrato nei trattati sulle imposte sui redditi*, as translated in *Riv.dir.trib. int.*, 2003, pp. 11 and following.

² The new § 5 of Article 25 should read as follows: “Where, under paragraph 1, a person has presented a case to the competent authority of a contracting State and the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the presentation of the case to the competent authority of the other contracting State, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if any person directly affected by the case is still entitled,

fective Manual Agreement Procedure (MEMAP), the project of which was included in the Progress Report “Improving process for resolving international tax disputes” of 27 July 2004. The MEMAP would contain a discussion of unresolved issues to be submitted to the competent authorities and describe relevant best practices. The proposal was discussed in Tokyo on 13 March 2006. The discussion focused on two key factors that would enhance the current MAP procedure with respect to effectiveness and transparency: the Manual on Effective Mutual Agreement Procedure (MEMAP); and a binding arbitration process for all cases that the competent authorities had not solved within a reasonable period of time.

It is appropriate to recall that –in line with the purpose of introducing compulsory and binding arbitration – on 1st June 2006, USA and Germany signed a new Protocol amending the Double Taxation Convention and the 1989 Protocol. The main amendments concern the treatment of dividends, the LOB - Limitation Of Benefits clause and the introduction of compulsory arbitration to resolve disputes.

Of chief importance is the introduction of compulsory arbitration. In fact, former Article 25, paragraph 5 of the Convention provided for an optional arbitration: “Disagreements between the Contracting States regarding the interpretation or application of this Convention shall, as far as possible, be settled by the competent authorities. If a disagreement cannot be resolved by the competent authorities it may, if both competent authorities agree, be submitted for arbitration. The procedures shall be agreed upon and shall be established between the Contracting States by notes to be exchanged through diplomatic channels”. The Protocol provides for compulsory arbitration to be initiated when the application of the following articles in the Convention is concerned: article 4 (Residence); article 5 (Permanent establishment); article 7 (Business profits); article 9 (Associated enterprises); article 12 (Royalties).

In fact, there is a wide-spread need for implementing an international model of binding and compulsory arbitration to resolve disputes on the interpretation and application of bilateral treaties, which gives the opportunity to make some preliminary observations on whether an arbitration procedure is acceptable for tax matters.

2. It is well known that there is no legal definition³ for the results of the procedure in Article 25 of the OECD Model Convention; likewise, regardless of the *nomen juris* used, none of the typical features of arbitration can be inferred from examining carefully the “arbitration procedure” as provided for by the EU Convention: in principle, the tax administrations may deviate from the advisory commission’s opinion⁴.

under the domestic law of either State, to have courts or administrative tribunals of the State decide the same issues or if a decision on the same issues has already been rendered by such a court or administrative tribunal. The arbitration decision shall be binding on both contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of the States. The competent authorities of the contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph”.

³ For a critical analysis of procedural rules in the mutual agreement procedure, see P. SELICATO, *L’attuazione del tributo nel procedimento amministrativo*, Milano, 2001, pp. 571 and following

In particular, for a survey of the various theses that have been advanced on the nature of these procedures and their relevant effects, refer to C. Attardi, *La composizione delle controversie fiscali internazionali: procedure amichevoli, procedure arbitrali ed ordinamento nazionale*, in Riv. dir. trib., 2/2005, pp. 59 and following.

⁴ On the issue, see J. MALHERBE, *Conclusions générales*, in AA.VV., *Arbitrage en Fiscaliteit*, Bruxelles, 2001, 158; P. ADONNINO, *La convenzione europea 90/436 sulla cosiddetta procedura arbitrale. Limiti e problemi*, in Riv. dir.

Therefore, a system of tax arbitration that works effectively must imply, first, that the arbitral award is binding both on taxpayers and tax authorities and has a *res judicata* effect if it is challenged in front of a domestic administrative or judicial court.

Theoretically, it is undebatable that the nature of arbitration is very controversial: some scholars recognize it has the nature of a private contract, in that it is a process having only contractual effects and ending up with an agreement which is enforceable as it were a judgement of the court; even if following the same trend, other scholars deny the arbitral award is enforceable on the ground that the principal, if not exclusive, function of state courts is the enforcement; some other scholars insist on supporting the judicial nature of the arbitral award⁵.

There is however general consensus that the arbitration is a process featuring impartiality of arbitrators and adversarial litigation techniques.

Contrary to the most recent position held by the Italian Supreme Court, and by a number of scholars, is the lawmaker's choice to classify arbitration as a judicial and not a contractual process. This clearly emerges from the new Articles 806 and following of the Code of Civil Procedure, which unambiguously show the intention to approximate arbitration to the ordinary proceedings of the court⁶.

That being said, it may be useful first to point out that - before the reform of proceedings in administrative courts on 21 July 2000 - in debating how much the arbitration governed by the Code of Civil Procedure could be adapted to the logic and principles of public law and, vice-versa, how much public law could be adapted to the logic and principles of the Code of Civil Procedure concerning the dispute resolution by arbitration, scholars were divided on a core issue: to what extent is it appropriate and correct to solve administrative disputes through a mechanism like arbitration governed by fundamentally different principles of private law⁷, and to what extent

trib., no. 12/2002, pp. 1211 and following.

More generally, C. SACCHETTO, *Profili fiscali dell'arbitrato*, in *Dir. prat. trib.*, 2000, I, 29 footnote 44 emphasizes that mechanisms contained in double taxation conventions may be qualified as arbitration only formally. While international arbitration concerns disputes involving relationships governed by private law, tax arbitration concerns disputes involving relationships governed by public law.

⁵ Broadly on the matter, for comprehensive references to scholarship and case-law, see P. GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio*, in *L'arbitrato profili sostanziali*, Torino, 1999, pp. 59 and following.

⁶ On this point, see F. CORSINI, in *I contratti*, no. 5/2006.

⁷ Therefore, it is to emphasize the extra-sectorial scope of various legal concepts and their dimension of principles of general theory, by referring obviously to general theory in the sense of trans-sectorial theory (In this sense, see GUASTINI, heading *Teoria generale del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civile, vol. XIX, Torino, 1999, p. 319). That being considered, the substantial unity of the legal system, confirmed by the flowing exchange between sectors that are sometimes considered to be incompatible with each other as they are governed by different principles with different purposes, will result in the general validity and consequent applicability of principles and categories to this or that sector every time those principles and categories have substantially common grounds (L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, op. cit., p. 541). It is not the case, therefore, to be concerned about a possible "flight into private law" where public is equally dosed with private and the public administration's functions are not altered or diverted from its own purposes (On the issue, see F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trim. di diritto pubblico*, 1952, pp. 118 and following). Consequently, it is necessary to bring out the important role of principles in unifying the two branches of law and to emphasize the extra-sectorial value of a range of legal concepts and their scope of general principles (Specific methodologies on the distinction between public and private law are poignantly described by S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 697; G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 61.

is it proper and possible to resort to alternative solutions to settle administrative disputes by arbitration but more consistently with the principles of public law governing underlying relationships involved in the dispute? In this context, it has been broadly argued that the application of the principles and institutions of private law to administrative disputes cannot be indiscriminate but should use special safeguards, in order to guarantee the absolute protection of public interests involved⁸.

Article 6, paragraph 2 of Law no. 205/2000 paves the path for the application of arbitration to disputes involving the subjective positions of *diritti soggettivi* (“personal rights”) falling within the jurisdiction of administrative courts. It provides that disputes involving *diritti soggettivi* that are devolved to the jurisdiction of administrative courts can be resolved by *arbitrato rituale di diritto* (“formal arbitration”)⁹.

Article 6, paragraph 2 of Law no. 205/2000 rearranges the matter. It confirms that arbitration can settle disputes involving the administration acting as a private individual; it reasserts that arbitration cannot settle disputes involving the subjective position of *interessi legittimi* (“legitimate interests”); it introduces arbitration for disputes involving *diritti soggettivi* devolved to the jurisdiction of administrative courts.

The former position did not deny arbitration for disputes involving *diritti soggettivi* devolved to the jurisdiction of administrative courts on the grounds that these rights could not be disposed of; but on the consideration of arbitration as a variation by agreement to the ordinary jurisdiction of civil courts, which could not be extended to the exclusive jurisdiction of administrative courts¹⁰.

It is true that the reform law of the proceedings in administrative courts does not have effects on tax matters: in any case, Law no. 205/2000 shows the fundamental role played by the Code of Civil Procedure, and in particular of new Article 806, in identifying which disputes can be submitted to arbitrators.

Under above Article 806, parties can submit to arbitration those disputes that do not involve inalienable rights, unless the law does not expressly allow it.

It is well understood that arbitration has nothing to do with compromise¹¹ and

⁸ For a survey on the various solutions proposed, see V. GASPARINI CASARI, *Arbitrato e controversie amministrative*, in *L'Arbitrato profili sostanziali*, Torino, 1999, pp. 1037 and following, which it is to refer to also for a thorough examination of different positions held with respect to the application of arbitration to administrative disputes in other European and extra-European countries (see pp. 1032 and following)

⁹ On the matter, suffice it to recall A.R. TASSONE, *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, p. 245 and following; ID., *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella l. n. 205/2000*, ibidem, p. 627 and following; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2000, p. 813; F. CARINGELLA, *Arbitrato e diritti soggettivi*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, edited by F. CARINGELLA and M. PROTTO, 2001, p. 523 and following; DE LISE P., *Arbitrato e Pubblica Amministrazione* (article 6, paragraph 2), in *Verso il nuovo processo amministrativo-Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, edited by V. Cerulli Irelli, chapter III

¹⁰ F.G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato e Pubblica amministrazione*, Milano, 1991, p. 104, deems that in order to identify when arbitration can be applied, it is not necessary to refer to the administrative action involved (private or public law) as the difference lies in the nature of the rights involved: when rights cannot be disposed of, arbitration is not allowed. The author refers to rights of *uso civico* (land over which there exist communal rights), public domain rights, administrative penalties and tax matters and emphasizes that in these hypotheses obligations and rights cannot be disposed of; consequently, it does not seem that relevant disputes can be entrusted to arbitrators.

¹¹ For a broad survey of the relation between arbitration and other cognate institutions, like conciliation, compromise and past consideration, see L. ROVELLI, *L'arbitrato e le figure affini*, in *L'arbitrato profili sostanziali*, Torino, 1999, pp. 108 and following.

that the arbitration agreement is a mechanism of alternative dispute resolution to the ordinary proceedings in civil courts¹², which moreover works within the law.

Article 806 of the Code of Civil Procedure implements a fundamental principle contained in the delegation law no. 80/2005 (Article 3, sub B.), which - with a view to rationalise arbitration - identifies the possibility of disposing of the subject matter as the only and sufficient basis of the institution, subject to otherwise provided by law.

The new provision, therefore, does not follow those scholars who, in line with other legal systems, hoped for a progressive application of arbitration to subject matters that could not be disposed of. As poignantly observed, in fact, the matter in controversy is disposed of by way of choosing a judgement at general equity as an alternative to a judgement at law, rather than by choosing to submit the matter to an arbitrator as an alternative to a judge by profession¹³.

“Arbitrability” has been linked only to the question whether or not a right can be disposed of; accordingly, now there is no need to have the analytical list of matters expressly excluded from arbitration and from compromise¹⁴.

Undoubtedly, the amendment has clarified the issue without standardising the matters that cannot be compromised, for which the fact whether or not they can be disposed of is debatable, and without referring to the concept of whether or not they can be compromised, which does not match perfectly with the concept of whether or not they can be disposed of¹⁵. In fact, the same concept of whether or not a matter can be disposed of is not correct to the extent it implies different subjective positions and interests, which can be hardly classified under a single criterion¹⁶.

Actually, it is not possible to identify an abstract, definable category of inalienable rights; on the contrary, there exist rights that are abridged by law according to historical periods or to interests to protect¹⁷. There exist therefore a huge variety of classes

¹² See CONSOLO, *Sul “campo” dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 241 and following.

¹³ This is the opinion held by E.F. Ricci, R.d. proc 05, 955, who in particular refers to the German § 1033 ZPO, under which each proprietary claim can be the subject of an arbitration agreement. An arbitration agreement on non-proprietary claims is effective only if the parties can enter into a contract on the matter in controversy. See also BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, 99, I, 126 and following; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato* 04???, 5, following.

¹⁴ In the sense that the reference to the matters that can be compromised was misleading for *arbitrato rituale* (“formal arbitration”) and *arbitrato irrituale* (“informal arbitration”), see CARPI-ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, edited by Carpi, Bologna, 2001, p. 13.

¹⁵ On the point, see CECHELLA, *Arbitrato*, 04, 36 and following.

¹⁶ In this sense see BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, 99, I, 50 and following; VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, Torino 2005, 93 and following.

¹⁷ On the issue, see M. REDÌ, *Appunti sul principio di indisponibilità del credito tributario*, in *Dir. prat. trib.*, no. 2, 1995. After pointing out that the claim for payment of tax, the tax liability, is quite different from the taxing power, the author emphasizes that when it is affirmed that the tax obligation cannot be disposed of, it is meant to refer to the taxing power, which is linked to the right conviction that tax rules do not allow any kind of discretion in the real sense, that is the administrative one, but only a technical kind of discretion. Essentially, it has been observed that reference should be made to the restraints the law provides for the administration activity, rather than to the presupposition that the tax liability per se cannot be disposed of; the author stresses the fact that while the creditor can decide whether or not to lay his own claim, the tax administration has not such a broad power.

More generally, on the issue under examination, see GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*,

of matters that cannot be disposed of, also because the very concept lends itself to a variety of abstract constructions as recognized by jurists, so that relevant classification is uncertain from a strictly scientific point of view¹⁸.

Actually, “inalienable” is not the rule but the relationship (the interest protected) established by the rule; the impossibility of being disposed of is a condition that may be imposed to qualify the rule or the relationship established by the rule. The combination “inalienable rule – mandatory rule” reflects the situation from the perspective of the underlying protected interest, i.e. on the basis of the qualification of the party’s autonomy with respect to the law. Conversely, the combination “imperative rule - peremptory rule” reflects the situation from the perspective of the legal qualification of the rule embedded in the rule, regardless of the nature of the underlying protected interest.

In conclusion, the term mandatory rule reflects the autonomy of the parties with respect to a legal rule that cannot be derogated. The concept of “inalienable rule” overlaps with that of mandatory rule, even if they maintain somewhat their independence: the concept of mandatory rule has a more general scope, in that indicates the inviolability of protected interests. The concept of inalienable rule indicates that the protected interest cannot be disposed of¹⁹.

3. Moving on to the tax matter, the principle according to which the tax obligation was not subject to a variation by agreement implied the corollary that, in case of peremptory rules of law, any agreement between the tax administration and the taxpayer was void with respect to the existence and scope of tax liability, unless the law provided for such an agreement under certain conditions²⁰. Moreover, it was emphasized that a right that the public administration could not dispose of when acting as a public entity could not be disposed of by the public administration acting as a

Torino, 1956, 124, and following. With respect to the structure of tax obligation, see MICHELI, TREMONTI, *Obbligazioni (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 445 and following, in the sense that the narrow discretion in the hands of tax authorities may be explained by reference to the instrumental nature of the tax law with respect to the public interest protected by the tax law, rather than by reference to Article 23 of the Italian Constitution; D’AMATI, *Rapporto giuridico d’imposta*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV; BATISTONI FERRARA, *Obbligazione Tributaria*, in *Dig.*, IV edizione, Disc. Priv. Sez. Comm., Torino, 1994; GAFFURI, *Il concordato tributario come accordo transattivo*, in *Riv. dir. fin.*, 1979, I, 396; CORDEIRO GUERRA, *Problemi in tema di traslazione convenzionale dell’imposta*, in *Rass. trib.*, 1988, I, 465; NEGRO, *Indisponibilità giuridica*, in *Nov. dig. it.*, VIII; BERLIRI, *Appunti sul rapporto giuridico di imposta e sull’obbligazione tributaria*, in *Studi in onore di U. Borsi*, Padova, 1955, 455, following. More recently, on the issue, see: RUSSO, *L’obbligazione tributaria*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, Padova, 1994, II, 22 ss.; FREGNI, *Obbligazione tributaria e diritto civile*, Torino, 1998, pp. 238 and following, according to which the tax obligation would be subject to civil law principles by virtue of analogy (*analogia iuris*).

For a thorough examination of dogmatic classifications concerning the nature of tax obligation and assessment, see M. VERSIGLIONI, *op. cit.*, pp. 303-312. Under the general theoretical aspect, for a framing of public administration’s obligations, see C.M. BIANCA, *Diritto civile. IV. L’obbligazione*, Milano, 1993, p. 16.

¹⁸ In this sense, see FRANCARIO, *Indisponibilità (vincoli di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI.

¹⁹ In fact, there is no unity in the classification of inalienable matters and their specific contents. For a thorough survey on the meanings to accord to the combination of indefeasible rule-mandatory rule with respect to imperative-peremptory rule, see v. E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv.dir.civ.*, Anno XLVII-2001, I, p. 578, __

²⁰ In this sense, A.D. GIANNINI, *Circa l’inderogabilità delle regole regolatrici dell’obbligazione tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1953, II, p. 292, in referring to the principle according to which the tax liability is not subject to a variation by agreement, he said that taxes can be imposed only by law, as well as tax exemptions or allowances can be granted by the State only if they are provided for by law).

private²¹.

Being an obligation governed by the public law²², the tax obligation is at the margin of the party's autonomy unlike the obligations governed by private law, which follow the principle of parties' freedom of choice²³. The tax obligation arises from the law (*ex lege*) and accordingly the tax administration is not allowed to dispose of it like any creditor, so that the tax administration must collect its own credits in compliance with the law²⁴.

Substantially, the principle of legality in its strict sense was meant to be a hindrance to the consensus of minds in tax matters and to the application of alternative dispute resolution: the principle of legality was actually used as a limit to negotiation in tax matters by way of one of its implications, the so-called inalienability of tax debt, elevated into a general principle²⁵.

In recent years, however, on consideration of the existing procedural instruments, in an international context, negotiation has become functional to the carrying out of administrative action; as a consequence, the coercion as a fundamental part of the statutory reserve can be graded²⁶.

The principle that the tax obligation is inalienable is not an absolute principle but is to reconcile with the needs for certainty and for a prompt tax collection; it derives from the ability-to-pay principle, the recognition of which prevents the tax administration from exercising discretion in individual cases by differentiating taxation²⁷: substantially, the inalienability of tax debt is an obvious notion if it is meant as a restraint from waiving a

²¹ See BALBI *L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione quale oggetto di una obbligazione assunta contrattualmente*, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, 208; BODDA, *Sull'inderogabilità delle norme tributarie*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1937, II, 244; POMINI, *L'inderogabilità dell'obbligazione tributaria tra privato e comune*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1950, II, 51.)

²² On the exclusion of "arbitrability" that some legal system provide for tax matters per se, see William W. Park, *op.ult.cit.*, pp. 41 and following. In his opinion, tax matters can be entrusted to arbitrators and the *ordre public* principle cannot be used as a device to avoid the recognition of an award only on the basis that the decision deviates from the solution that a Contracting State considers "correct". If Contracting States want in good faith to submit treaty disputes to arbitration, there is little room to invoke safeguards against arbitrability.

²³ On the issue, see J. MARTIN QUERALT, C. LOZANO SERRANO, G. CASADO OLLERO, J.M., TEJERIZO LOPEZ, *Curso de derecho financiero y tributario*, Madrid, 1999, pp. 91 and following)

²⁴ In this sense, see R. VALDÉS COSTA, *Los acuerdos entre la Administración y los contribuyentes ante el principio de legalidad*, in *Revista del Instituto Peruano de derecho Tributario*, no. 11/1986, p. 5).

²⁵ On the issue, see R. CALVO ORTEGA, *Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero*, in *Hacienda Pública Española*, no. 1/1970, p. 138; G. CASADO OLLERO, *Tutela Jurídica y garantías del contribuyente en el procedimiento tributario*, in *Studios de Derecho Tributario*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, p. 50.

Still, on the issue E. SIMON ACOSTA, *El derecho Financiero como fenómeno real y como ciencia*, Zaragoza, 1985, p. 201, who recalls the provisions of Article. 36 LGT to support his opinion, according to which the "inalienability" concerns both taxpayers and the tax administration.

According to W. SCHICK, *Il procedimento nel diritto tributario*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amattucci (Annuario), Padova, 2001, p. 945, the legitimacy of administrative action is guaranteed by the tax assessment, which is typified in a unilateral act (administrative act) in compliance with the law. Tax arrangements are fundamentally illegal in the modern State; in particular, they violate the principle of consistency of taxation. This prevents the administration and taxpayers from reaching an agreement on the legal subject-matter involved in the administrative action; conversely, a binding agreement is legal where it concerns disputes on the facts.

For an interpretation of the principle of legality in close connection to the principle of equality, see MOSSNER, *Steuerrecht-Fundstellen*, 1996, München, 1997, p. 2

²⁶ In this sense, JOSÉ VICENTE TROYA JAMARILLO, *El arbitraje en materia tributaria*, in *XII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* (see on the internet www.iedt.org.ec).

²⁷ On the point, see F. BATISTONI FERRARA, *L'accertamento con adesione e l'interpello*, in *Riv. dir. int. trib.*, n. 2/2002, pp. 11 and following.

claim for the payment of an undisputed credit in the name of irrelevant interests²⁸.

Accordingly, in particular as regards the relationship between mandatory and inalienable situations, if it is recognized that the action performed by the tax administration is mandatory only in the sense that relevant taxing rights cannot be waived a priori, there is no room for further denying discretion in taxation activity. In this context, it can be argued that there exist exclusive mandatory situations only with respect to the obviously unavailable freedom of choosing whether or not to issue the act of taxation, if it is ascertained that substantive tax provisions are infringed, and with respect to the similarly unavailable freedom of choosing the legal effects deriving from the issue of the act of taxation itself.

Given that the right is meant to be inalienable in the sense that public choice must be made by way of an impartial comparison of the interests concerned, the tax obligation can be deferred, reduced, amended only within the mandatory limits established by law, and not every time it is considered appropriate by the administration.

Being inalienable is typical of taxing powers and not of tax assessment and tax obligation, and the issue whether or not the tax obligation is inalienable with respect to its capacity of being the subject-matter of agreements should not be confused with the problem of whether or not the public administration may exercise discretion with respect to the tax obligation²⁹.

Apart from the terms used (mandatory tax rules, inalienable tax obligation), the pivotal principle is that taxation power cannot be waived.

From the foregoing it is inferred that critics to tax arbitration are often based on a strict concept of tax sovereignty³⁰; however, arbitration is undoubtedly advantageous

²⁸ In this sense, R. LUPI, *Diritto tributario, Parte Generale*, 2000, p. 86, who points out that the so-called inalienability of tax debt is an excessive and unconsidered corollary deduced from the lacking of discretion in the determination of tax. Still on the issue, see M. VERSIGLIONI, *Accordo e disposizione nel diritto tributario*, Milano, 2001, p., 352; TIPKE/LANG, *Steuerrecht*, Köln, 2002, p. 737, in the sense that the tax authority cannot waive its rights to totally or partially collect taxes due under law through a tax arrangement (*concordato fiscale*).

²⁹ On the point, see, A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, volume II, tome, I, Milano, 1957, pp. 78 and following. Still on the issue, see T. ROSEMBUJ, *La transaccion tributaria*, Barcellona, 2000, p. 45, he points out that the taxation power is inalienable and indefeasible, while the exercise of this power may be alienable and defeasible. Given that, the administration can dispose of available instruments within its powers, provided that its action is aimed to combating “*la fraude fiscal*”. In particular, the author emphasizes that the tax liability is subject to public law in the sense that taxpayers are not exempted from complying with it.

³⁰ Traditionally, sovereignty is defined as the accumulation of the State’s public powers, including the taxation power, which is exercised in a well-defined over a social body therein settled. On the point, see M. S. GIANINI, *Sovranità. Diritto vigente*, in *Enc. Dir.* vol. XLIII, 1990, 225.

For a concept of sovereignty in the sense of supremacy of an entity within the State, see R. MORETTI, *Sovranità popolare*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, 1.

Broadly, as regards the obsolescence of the concept of sovereignty, see G. LICCARDO, *Supremazia e pbbidenza finanziaria*, in *Studi in onore di V. Uckmar*, Padova, 1997, pp. 746 and following.

V. UCKMAR, *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, Cedam, 1999, p. 113 observes poignantly that the problem of the distribution of powers in tax matters is specially delicate, because autonomy is not effective where there is no power to levy taxes necessary to cope with financial needs of the entity; limiting the taxing power involves necessarily a restricted autonomy of the “entity”.

More recently, see on the issue A. FANTOZZI, *Riserva di legge e nuovo riparto della potestà ruleativa in materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2005, p. 7: he observes that in all the phases ranging from the sovereign right of taxation, based on the relationship of subjection, to the consensus to taxation, self-assessment and principle of legality, the idea of taxation is constantly considered as an essential attribute of sovereignty, which finally has been identified with the principle of representativeness and democratic responsibility while ridding itself from the notion of supremacy.

in order to avoid distortions to international trade. Nevertheless, there exists an understandable concern: a prompt settlement of income taxes that are pre-determined in the relevant amount might not guarantee a faithful application of the tax law.

In fact, from the point of view of the incidence of the taxpayer's ability-to-pay and of the realization of (extra-tax) social and economic purposes into which the law is projected, it is necessary to take into account that the substantive tax law should be faithful exclusively to relevant underlying facts.³¹

In conclusion, in line with the remarks made on the scope of the principle of the "inalienable" tax obligation and on the right balance between public relationship – mandatory and efficient administrative action, it does not seem that the international campaign for the progressive introduction of arbitration procedures may be frustrated by valid domestic restraints.

In any case, if the arbitration process shows an accentuated "jurisdictionality", it is necessary to ask ourselves if there might be room for a new intervention in the not too far future. Arbitration could be allowed also for inalienable rights, as it already happens in some other countries (for example, in Germany for proprietary disputes) and as it would happen in Italy for company resolutions, according to authoritative scholars, even if it is still far from proved that one of the essential (and most interesting) features of today's arbitration is the progressive introduction of arbitration for matters that cannot be disposed of³².

³¹ On the issue, see G. Petrillo *L'aprioristica limitazione dell'oggetto degli accordi in materia tributaria alle sole questioni di fatto: la valenza dell'esperienza tedesca riguardo all'oggetto della Tatsächliche Verstaendigung*, in RDTI, no. 1/2005.

³² In this sense, E. Ricci, *La delega sull'arbitrato*, in *Le nuove regole processuali e fallimentari* (edited by Punzi and E. Ricci), Padova, 2005, p. 255.

(Translation by Claudia Calogero)

Nuovo impulso dall'OCSE alla risoluzione delle controversie con l'introduzione di una procedura arbitrale: un'occasione di riflessione sulla fondatezza di eventuali resistenze domestiche in ordine alla legittimità dell'arbitrato in materia tributaria

Giovanna Petrillo

1. L'Ocse ha diffuso nel febbraio 2006 un “*discussion draft*” relativo all'introduzione di una procedura arbitrale per la risoluzione di controversie presentate alle Autorità competenti e pendenti da oltre due anni (“*Proposals for improving mechanism for the resolution of tax treaty disputes: public discussion draft*”, 2 febbraio 2006). La proposta è sostanzialmente in linea con l'impostazione della Convenzione arbitrale per la risoluzione delle controversie relative al transfer pricing¹ e prevede l'esame del caso da parte di un collegio di tre arbitri che dovranno emettere una decisione vincolante per gli Stati membri entro sei mesi, a meno che questi non risolvano la controversia diversamente in tale arco di tempo.

Tutte le controversie relative all'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione saranno oggetto della proposta di arbitrato ma gli Stati membri potranno discrezionalmente limitare il ricorso alla procedura. La proposta dell'Ocse prevede che entro i tre mesi seguenti al ricevimento della richiesta le Autorità competenti dovranno accordarsi sull'oggetto della controversia che dovrà essere giudicato dal collegio e comunicare la propria decisione al soggetto che ha presentato la richiesta. Nei tre mesi seguenti il ricevimento dei “termini della controversia” da parte del soggetto interessato ognuna delle Autorità competenti dovrà procedere alla nomina di un arbitro. Un terzo arbitro sarà nominato da un soggetto neutrale alla controversia. Gli arbitri dovranno pronunciare una decisione entro sei mesi, periodo che potrà essere prolungato di ulteriori sei mesi.

Non potranno mai essere sottoposte al collegio degli arbitri tutte le controversie già presentate nello Stato di residenza del soggetto interessato secondo la procedura civile o amministrativa nonché tutte quelle controversie per le quali è già stata pronunciata la sentenza. La ratio di tale previsione è data dall'esigenza di impedire che il soggetto interessato dia impulso alla procedura solo in quanto in disaccordo con la decisione raggiunta dalle Autorità competenti². Il draft dell'Ocse si chiude con l'impegno per

¹ In tema, diffusamente, v. W.W. PARK, *L'arbitrato nei trattati sulle imposte sui redditi*, in *Riv.dir.trib. int.*, 2003, pp. 11 e ss.

² Il testo da aggiungere all'articolo 25 come § 5 sarebbe il seguente: “*Where, under paragraph 1, a person has presented a case to the competent authority of a contracting State and the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the presentation of the case to the competent*

la elaborazione del cd. Manual on Effective Mutual Agreement Procedure (Memap), il cui progetto era stato lanciato con il draft Report "Improving process for resolving international tax disputes", del 27 luglio 2004. Il Memap, dovrebbe presentare diversi casi connessi al ricorso all'Autorità competente in caso di controversie e individuare delle "best practices". Il meeting relativo alla discussione della proposta si è svolto il 13 marzo a Tokyo. La discussione si è focalizzata su due elementi chiave per migliorare l'attuale MAP in termini di efficienza e di trasparenza: realizzazione del Manual on Effective Mutual Agreement Procedure (Memap); introduzione di una procedura arbitrale vincolante per quelle fattispecie in cui entro un ragionevole periodo di tempo le autorità competenti non abbiano raggiunto la risoluzione della controversia.

È il caso di ricordare - sempre nel solco dell'opportunità di prevedere modelli di arbitrato obbligatorio e vincolante - che il 1° giugno 2006 Usa e Germania hanno siglato un nuovo protocollo che apporta modifiche sostanziali alla Convenzione contro la doppia imposizione e al precedente protocollo del 1989. Le principali modifiche riguardano: il trattamento dei dividendi, la clausola Lob (clausola di limitazione dei benefici), l'introduzione dell'arbitrato obbligatorio quale mezzo di soluzione di possibili controversie.

L'innovazione di maggior rilievo consiste nell'introduzione dell'arbitrato obbligatorio. L'articolo 25, paragrafo 5, della Convenzione prevedeva infatti il ricorso facoltativo all'arbitrato: "Disagreements between the Contracting States regarding the interpretation or application of this Convention shall, as far as possible, be settled by the competent authorities. If a disagreement cannot be resolved by the competent authorities it may, if both competent authorities agree, be submitted for arbitration. The procedures shall be agreed upon and shall be established between the Contracting States by notes to be exchanged through diplomatic channels". Il protocollo stabilisce invece che l'arbitrato dovrà essere obbligatoriamente richiesto con riferimento all'applicazione dei seguenti articoli della Convenzione: articolo 4 (residenza); articolo 5 (stabile organizzazione); articolo 7 (utili delle imprese); articolo 9 (imprese associate); articolo 12 (canoni).

Questa diffusa esigenza di fondo di implementare a livello internazionale un modello di arbitrato obbligatorio e vincolante come metodo di composizione delle controversie derivanti dall'interpretazione ed applicazione dei trattati bilaterali offre l'opportunità per lo svolgimento di una riflessione preliminare sulla stessa ammissibilità dell'arbitrato in materia tributaria.

2. Come è noto, gli esiti della procedura di cui all'articolo 25 del modello OCSE di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni non presentano una qualificazione giuridica definita³, così come da una disamina più attenta della "procedura arbi-

authority of the other contracting State, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if any person directly affected by the case is still entitled, under the domestic law of either State, to have courts or administrative tribunals of the State decide the same issues or if a decision on the same issues has already been rendered by such a court or administrative tribunal. The arbitration decision shall be binding on both contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of the States. The competent authorities of the contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph".

³ Per una analisi critica delle modalità procedurali nelle quali si articola l'istituto della procedura amichevole si veda P. SELICATO, *L'attuazione del tributo nel procedimento amministrativo*, Milano, 2001, pp. 571 e ss.

trale” introdotta dalla Convenzione di Bruxelles, a prescindere dal *nomen juris* adoperato, non si evincono le caratteristiche tipiche dei procedimenti arbitrali in quanto la commissione consultiva fornirebbe un parere in linea di principio derogabile ad opera delle amministrazioni⁴.

Introdurre un efficace sistema di arbitrato fiscale richiede, pertanto, innanzi tutto la definizione di un lodo con efficacia vincolante tanto per i contribuenti quanto per le autorità fiscali con effetto di *res judicata* nel momento in cui è contestato in un procedimento nazionale di carattere amministrativo o giudiziale.

In termini di teoria generale, è indubbio che la natura giuridica dell'arbitrato è assai controversa in dottrina: alcuni autori gli attribuiscono natura privata-contrattualistica ritenendo che si tratti di un processo che produce i suoi effetti su di un piano esclusivamente negoziale e si conclude con un atto negoziale al quale si riconosce efficacia di sentenza; altri pur muovendosi in base al medesimo orientamento negano all'atto conclusivo del giudizio arbitrale tale efficacia ritenendo che la funzione del giudice statale è in prevalente se non esclusiva funzione esecutiva; altra parte della dottrina insiste nel sostenerne la natura giurisdizionale⁵.

In ogni caso si è concordi nell'individuare nel procedimento arbitrale un giudizio che si caratterizza per i principi fondamentali dell'imparzialità degli arbitri e del contraddittorio tra le parti.

Allo stato, la scelta di ricondurre il fenomeno arbitrale nell'alveo giurisdizionale e non in quello contrattuale - contrariamente a quanto ritenuto dal più recente orientamento della Corte di cassazione e da una parte della dottrina emerge chiaramente dai nuovi artt. 806 ss. c.p.c., all'interno dei quali sono presenti molti elementi che confermano, in maniera coerente ed inequivocabile, l'intento del legislatore di avvicinare l'arbitrato al giudizio ordinario⁶.

Ciò dato, in via preliminare, può essere utile, rivolgendo l'attenzione al diritto amministrativo italiano, sottolineare che riguardo ai limiti di adattabilità dell'arbitrato regolato dal codice di procedura civile alla logica ed ai principi di diritto pubblico e, viceversa, ai limiti di adattabilità del diritto pubblico alla logica ed ai principi del codice di procedura civile per quanto concerne la risoluzione delle controversie per via arbitrale la dottrina, prima dell'adozione della legge di riforma del processo amministrativo del 21 luglio 2000, ha fornito soluzioni divergenti in ordine al un quesito di fondo: fino a che punto è opportuno e corretto estendere alle controversie

In particolare per una disamina delle diverse tesi volte a ricostruire la natura e la conseguente efficacia degli esiti di dette procedure si rinvia a C. ATTARDI, *La composizione delle controversie fiscali internazionali: procedure amichevoli, procedure arbitrali ed ordinamento nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2/2005, pp. 59 e ss.

⁴ In tema v. J. MALHERBE, *Conclusions générales*, in AA.VV., *Arbitrage en Fiscalité*, Bruxelles, 2001, 158; P. ADONNINO, *La convenzione europea 90/436 sulla cosiddetta procedura arbitrale. Limiti e problemi*, in *Riv. dir. trib.*, n. 12/2002, pp. 1211 e ss.

In termini più generali, C. SACCHETTO, *Profili fiscali dell'arbitrato*, in *Dir. prat. trib.*, 2000, I, 29 nota 44 evidenzia che i meccanismi individuati dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sono solo “formalmente qualificati come arbitrali”. Mentre l'arbitrato internazionale è strumento volto alla soluzione di controversie relative ai rapporti di diritto privato ... (l'arbitrato fiscale) riguarda invece controversie relative a rapporti di diritto pubblico.

⁵ Ampiamente in argomento, per compiuti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, v. P. GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio*, in *L'arbitrato profili sostanziali*, Torino, 1999, pp. 59 e ss.

⁶ Sul punto, v. F. CORSINI, in *I contratti*, n. 5/2006.

amministrative un istituto come l'arbitrato di diritto comune disciplinato in base a principi diversi quali sono quelli del diritto privato⁷ e, in che misura è doveroso e possibile pensare a soluzioni alternative che consentano pur sempre una definizione in via arbitrale delle liti amministrative ma con modalità più coerenti con i principi di diritto pubblico da cui sono regolati i rapporti controversi. In questo contesto, si era diffusamente sottolineato che l'applicazione di principi ed istituti di diritto privato alle liti amministrative non può avvenire in maniera indiscriminata ma deve seguire particolari cautele giustificate dalla necessità di garantire la piena tutela dell'interesse o degli interessi pubblici coinvolti nel rapporto⁸.

L'art. 6, comma 2°, della legge n. 205/2000 contiene una disposizione la quale apre al giudizio arbitrale le controversie su diritti soggettivi che rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo: "Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto"⁹.

Dunque, la riforma di cui all'art. 6, comma 2°, legge 205/2000 ridisegna la materia, nel senso di: ribadire la possibilità di compromettere per arbitri le controversie in cui la P.A. agisce *iure privatorum*; confermare l'impossibilità di devolvere ad arbitri le controversie aventi ad oggetto interessi legittimi; dare ingresso alla possibilità di arbitrati su controversie di diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a..L'opinione circa l'impossibilità di devolvere ad arbitri le controversie aventi ad oggetto posizioni giuridiche di diritto soggettivo in cui sia competente il g.a. si basava non già su di una eventuale indisponibilità di tali diritti, ma su di una ricostruzione dell'istituto arbitrale quale deroga convenzionale alla giurisdizione ordinaria (civile) non estendibile alla giurisdizione esclusiva del g.a.¹⁰.

⁷ È il caso di evidenziare, pertanto, la portata extrasettoriale di svariati concetti giuridici, rilevandone la dimensione di figure di teoria generale, ovviamente, riferendoci alla teoria generale nel senso di teoria trans-settoriale (In tal senso v. GUASTINI, voce *Teoria generale del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civile, vol. XIX, Torino, 1999, p. 319).La sostanziale unitarietà dell'ordinamento giuridico, confermata da un procedimento di ricezione e scambio fra settori a volte ritenuti incompatibili in quanto retti da principi diversi e diversamente finalizzati, è, tanto considerato, «destinata a tradursi nella generale validità e nella conseguente applicabilità di principi e categorie a questo od a quel settore tutte le volte in cui principi e categorie rilevino caratteristiche sostanzialmente comuni» (Così, L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, cit., p. 541). Pertanto, non è certamente il caso di dare corso alle perplessità di una possibile «fuga nel diritto privato» nel momento in cui, ovviamente, si ponga in essere un equo dosaggio fra pubblico e privato che non determini per la P.A. una alterazione delle proprie funzioni o uno scostamento dal vincolo di scopo cui attende (In argomento, si veda, per tutti, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trim. di diritto pubblico*, 1952, pp. 118 ss). Bisogna allora, valorizzare l'importanza dei principi come fattori unificanti delle due partizioni del diritto evidenziando la valenza extrasettoriale di tutta una serie di concetti giuridici rilevandone la dimensione di principi generali (Puntuali precisazioni metodologiche riguardo alla distinzione diritto pubblico-diritto privato, sono delineate da S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 697; G. ALPA, *Diritto privato 'e' diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 61).

⁸ Per una disamina delle diverse soluzioni proposte si veda V. GASPARINI CASARI, *Arbitrato e controversie amministrative*, in *L'Arbitrato profili sostanziali*, Torino, 1999, pp. 1037 e ss, cui si rinvia anche per un attento esame degli orientamenti emersi in ordine all'estensione dell'arbitrato alle controversie amministrative in altri paesi europei ed extraeuropei (cfr. pp. 1032 e ss)

⁹ Sul punto, senza pretese di completezza, cfr. A.R. TASSONE, *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, p. 245 e ss.; Id., *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella l. n.205/2000*, *ibidem*, p. 627 e ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2000, p. 813; F. CARINGELLA, *Arbitrato e diritti soggettivi*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, 2001, p. 523 e ss.; DE LISE P., *Arbitrato e Pubblica Amministrazione (art.6, 2° co.)*, in *Verso il nuovo processo amministrativo - Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di V. Cerulli Irelli, cap. III

¹⁰ F.G. SCOCA, *La capacità della Pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.VV., *Ar-*

Vero è che la legge di riforma del processo amministrativo non produce effetti in materia fiscale in ogni caso dalla legge n. 205/2000 emerge il ruolo fondamentale svolto dal codice di procedura civile ed in particolare dal recentemente riformato art. 806, in vista dell'individuazione delle controversie oggetto di arbitrato.

Ai sensi dell'art. 806 c.p.c, le parti possono far decidere da arbitri le controversie fra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge.

Resta ben fermo che l'arbitrato nulla ha a che fare con la transazione¹¹ e che la convenzione arbitrale è la fonte del superamento del processo giurisdizionale ordinario per la giustizia alternativa¹², nel limite, però, delle prescrizioni normative.

Con la formulazione della nuova norma il legislatore ha dato attuazione ad un punto fondamentale della legge delega, contenuta nell'art. 3, sub. B., L. n. 80/05 che, in vista di una razionalizzazione del giudizio arbitrale, individua nella disponibilità dell'oggetto l'unico e sufficiente presupposto dell'istituto, salva diversa disposizione di legge.

Il nuovo testo non ha pertanto colto l'orientamento di parte della dottrina che, anche sulla scorta dell'esperienza di altri ordinamenti, auspicava un progressivo ingresso dell'arbitrato nelle materie non disponibili posto che come efficacemente osservato dell'oggetto in lite” si dispone non tanto mediante la scelta di un arbitro in luogo di un giudice togato, quanto mediante la scelta di un giudizio di equità in luogo di un giudizio di diritto”¹³.

L'arbitrarietà di una controversia è stata legata esclusivamente alla disponibilità del diritto, è venuta, dunque, meno la precedente analitica elencazione di materie espressamente escluse dall'arbitrato, compreso il riferimento alle questioni che non possono formare oggetto di transazione¹⁴.

La modifica normativa ha indubbiamente fatto chiarezza evitando di tipizzare materie compromettibili la cui indisponibilità è discutibile ed evitando il richiamo al concetto di intransigibilità che non coincide perfettamente con l'indisponibilità¹⁵. Invero lo stesso concetto di disponibilità/ indisponibilità è da considerarsi impreciso nella misura in cui racchiude situazioni soggettive ed interessi diversi, difficilmente inquadrabili nell'ambito di un unico criterio ordinatore¹⁶.

bitrato e Pubblica Amministrazione, Milano, 1991, p. 104, ritiene che per individuare i casi nei quali l'arbitrato sia ammissibile non occorre tanto fare riferimento all'attività amministrativa coinvolta (attività autoritativa o meno) risiedendo l'elemento discrezionale nella natura del diritto: in presenza di diritti indisponibili l'arbitrato non è ammesso. L'autore riferendosi ai casi dei diritti di uso civico, dei diritti demaniali di proprietà, delle sanzioni amministrative e della materia fiscale evidenzia che” in tali ipotesi è rilevabile il carattere indisponibile dell'obbligo e del diritto e pertanto le relative controversie non sembrano siano compromettibili in arbitri”.

¹¹ Diffusamente in ordine ad una ampia disamina del rapporto fra l'arbitrato e gli istituti della conciliazione, della transazione e del negozio di accertamento, si rinvia a L. ROVELLI, *L'arbitrato e le figure affini*, in *L'arbitrato profili sostanziali*, Torino, 1999, pp. 108 e ss.

¹² Cfr. CONSOLO, *Sul “campo” dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 241 ss.

¹³ Tale è l'orientamento di E.F. RICCI, R.d. proc 05, 955 il quale, in particolare, fa riferimento al § 1033 ZPO tedesca in base al quale” ogni pretesa patrimoniale può essere oggetto di convenzione di arbitrato. Una convenzione di arbitrato su pretese non patrimoniali è efficace soltanto se le parti possono stipulare un contratto sull'oggetto della lite”. In senso conforme v., BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, 99, I, 126 e ss; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato* 04???, 5, ss.

¹⁴ Nel senso che il riferimento ai diritti oggetto di transazione era fuorviante sia per l'arbitrato rituale che per l'arbitrato irrituale, v. Carpi- Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 13.

¹⁵ Sul punto v. CECHELLA, *Arbitrato*, 04, 36 e ss.

¹⁶ In tal senso, v. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, 99, I, 50 e ss; VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, To-

Non è, infatti, individuabile una categoria astratta, ben definibile di diritti indisponibili esistendo, invece, diritti per i quali la legge a seconda dei momenti storici o degli interessi che si vogliono tutelare, predispone vincoli più o meno forti alla loro disponibilità¹⁷. La fenomenologia dell'indisponibilità è pertanto da considerarsi molto varia anche a causa della grande capacità di astrazione riconosciuta dai giuristi alla nozione risultando di incerta configurazione da un punto di vista strettamente scientifico¹⁸.

In realtà indisponibile non è la norma ma il rapporto (la situazione di interesse protetto) costituito dalla norma; la condizione di indisponibilità può essere posta come qualificazione della norma oppure come qualificazione del rapporto giuridico costituito dalla norma. Con le espressioni norma indisponibile – norma inderogabile si guarda la situazione, dipendente dalla legge, dal versante del modo di essere dell'interesse protetto dalla norma, e, dunque, dal versante della descrizione dei poteri della autonomia privata rispetto ai precetti legislativi. Con le espressioni norma imperativa – norma cogente, invece, la situazione è vista sotto il profilo della descrizione (o della qualificazione) del precetto che viene posto dalla norma indipendentemente dal riferimento al modo di essere dell'interesse protetto dalla norma stessa.

In definitiva l'espressione norma inderogabile indica la condizione dei poteri dell'autonomia privata rispetto ad un precetto legislativo che non può essere violato. Le nozioni di norma indisponibile e di norma inderogabile innegabilmente si sovrappongono pur conservando una certa autonomia: la nozione di norma inderogabile ha contenuto più ampio ed è di portata più generale in quanto indica la condizione di inviolabilità dell'interesse protetto. La nozione di norma indisponibile indica che

rino 2005, 93 e ss.

¹⁷ In argomento v. M. REDÌ, *Appunti sul principio di indisponibilità del credito tributario*, in *Dir. prat. trib.*, n. 2, 1995. L'Autore dopo aver rilevato che la pretesa del pagamento del tributo, l'obbligazione tributaria, è cosa ben distinta dalla potestà di imposizione, evidenzia che: «quando si afferma che l'obbligazione tributaria è indisponibile si intende fare riferimento alla potestà di imposizione, alla quale si connette la giusta convinzione che le norme tributarie non ammettono forme di discrezionalità in senso proprio, cioè amministrativa, bensì di discrezionalità tecnica». Si è osservato, in sostanza, come il riferimento non andrebbe effettuato in relazione ad una presunta indisponibilità naturale dell'obbligazione tributaria, bensì in relazione ai vari vincoli predisposti dalla legge, ai poteri degli uffici, nell'esercizio dei loro compiti; sottolinea, infatti, l'Autore, che mentre il creditore può liberamente decidere se esercitare il proprio diritto, l'Amministrazione Finanziaria non disporrebbe di una facoltà così ampia.

Più in generale, sulla tematica oggetto di indagine, cfr. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, 124, ss. Riguardo alla struttura dell'obbligazione tributaria, si veda, MICHELI, TREMONTI, *Obbligazioni (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 445 ss., nel senso che gli stretti margini di discrezionalità spettanti agli Uffici Finanziari si spiegherebbero, non tanto in relazione all'articolo 23 della Costituzione, quanto in riferimento al carattere strumentale della norma tributaria rispetto all'interesse pubblico tutelato dalle norme tributarie stesse; D'AMATI, *Rapporto giuridico d'imposta*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV; BATISTONI FERRARA, *Obbligazione Tributaria*, in *Dig.*, IV edizione, *Disc. Priv. Sez. Comm.*, Torino, 1994; GAFFURI, *Il concordato tributario come accordo transattivo*, in *Riv. dir. fin.*, 1979, I, 396; CORDEIRO GUERRA, *Problemi in tema di traslazione convenzionale dell'imposta*, in *Rass. trib.*, 1988, I, 465; NEGRO, *Indisponibilità giuridica*, in *Nov. dig. it.*, VIII; BERLIRI, *Appunti sul rapporto giuridico di imposta e sull'obbligazione tributaria*, in *Studi in onore di U. Borsi*, Padova, 1955, 455, ss. Più di recente, in argomento, si veda: RUSSO, *L'obbligazione tributaria*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, Padova, 1994, II, 22 ss.; FREGNI, *Obbligazione tributaria e diritto civile*, Torino, 1998, pp. 238 ss, secondo la quale in virtù dell'analoga *iusuris* sarebbero applicabili e dunque verrebbero ad operare per l'obbligazione tributaria i principi civilistici.

Per una ampia disamina delle delimitazioni dogmatiche relative all'indisponibilità ed alla natura dell'obbligazione e dell'accertamento tributario, v. M. VERSIGLIONI, *op. cit.*, pp. 303-312. Sotto il profilo teorico generale, per un inquadramento delle obbligazioni della Pubblica Amministrazione, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile. IV. L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 16.

¹⁸ In tal senso, v. FRANCIOSI, *Indisponibilità (vincoli di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI.

l'interesse protetto non può essere oggetto di atti di disposizione¹⁹.

3. Venendo alla materia fiscale, quale corollario del principio di inderogabilità dell'obbligazione tributaria si era, in pratica, considerata «l'assoluta nullità d'una qualsiasi pattuizione fra l'Amministrazione finanziaria ed il contribuente circa l'esistenza, l'estensione e le modalità dell'obbligazione tributaria in deroga alle tassative prescrizioni della legge; tranne che, si intende, quest'ultima non autorizzi, determinandone le condizioni e le forme, un siffatto accordo»²⁰, evidenziandosi, ancora, come «un diritto indisponibile da parte della Pubblica Amministrazione quale soggetto di diritto pubblico rimane un diritto indisponibile da parte della Pubblica Amministrazione quale soggetto di diritto privato»²¹.

In quanto obbligazione di diritto pubblico²², l'obbligazione d'imposta rimane al margine della volontà delle parti, a differenza di quanto avviene nelle obbligazioni di diritto privato caratterizzate dall'operatività del principio di autonomia della volontà delle parti²³. La configurazione della stessa in termini di obbligazione *ex lege* impedisce all'Amministrazione di disporre come un creditore qualsiasi di modo che l'Amministrazione finanziaria deve procurare l'effettiva riscossione del suo credito conformemente alle prescrizioni legislative²⁴.

Si è, in sostanza, inteso il principio di legalità in forma rigida quale ostacolo all'incontro di volontà in materia tributaria ed all'applicazione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: il principio di legalità è stato, infatti, utilizzato come limite alla negoziazione in materia tributaria attraverso una delle sue manifestazioni la cd. «indisponibilità del credito tributario», regola, appunto, elevata a principio di carattere generale²⁵.

¹⁹ Invero, la nozione di indisponibilità e il suo contenuto specifico sono tutt'altro che unitari. Per un ampio esame dei significati ascrivibili alla coppia norma indisponibile- norma inderogabile rispetto alla coppia norma imperativa-norma cogente, v. E. Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in Riv.dir.civ., Anno XLVII-2001, I, p. 578, _

²⁰ Così, A.D. GIANNINI, *Circa l'inderogabilità delle norme regolatrici dell'obbligazione tributaria*, in Riv. dir. fin. sc. fin., 1953, II, p. 292, il quale, riferendosi al principio di inderogabilità dell'obbligazione tributaria affermava che «come nessun tributo può essere imposto se non in base alla legge, così pure esorbita dal potere di disposizione dello Stato la facoltà di accordare ai singoli, in questo campo, esenzioni o agevolazioni che non siano previste nella legge»)

²¹ Cfr. BALBI *L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione quale oggetto di una obbligazione assunta contrattualmente*, in Giur. it., 1953, I, 2, 208; BODDA, *Sull'inderogabilità delle norme tributarie*, in Riv. dir. fin. e sc. fin., 1937, II, 244; POMINI, *L'inderogabilità dell'obbligazione tributaria tra privato e comune*, in Riv. dir. fin. e sc. fin., 1950, II, 51.)

²² In ordine alle riserve che caratterizzano alcuni sistemi giuridici in base alle quali le materie fiscali sono considerate per loro natura non compromettibili, v. WILLIAM W. PARK, op.ult.cit., pagg. 41 e ss il quale è dell'avviso che «le materie fiscali sono compromettibili e che l'ordine pubblico non può essere utilizzato quale espediente per rifiutare il riconoscimento di un lodo semplicemente perché il relativo dispositivo diverge sostanzialmente da quella che uno stato contraente considera la soluzione "corretta". Se gli stati contraenti vogliono in buona fede ricorrere all'arbitrato per risolvere le controversie sul trattato, c'è poco margine per invocare difese in materia di compromettibilità».

²³ Sul punto, v. J. MARTIN QUERALT, C. LOZANO SERRANO, G. CASADO OLLERO, J.M., TEJERIZO LOPEZ, *Curso de derecho financiero y tributario*, Madrid, 1999, pp. 91 ss)

²⁴ In tal senso, v. R. VALDÉS COSTA, *Los acuerdos entre la Administración y los contribuyentes ante el principio de legalidad*, in *Revista del Instituto Peruano de derecho Tributario*, n. 11/1986, p. 5).

²⁵ In tema v. R. CALVO ORTEGA, *Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero*, in *Hacienda Pública Española*, n. 1/1970, p. 138; G. CASADO OLLERO, *Tutela Jurídica y garantías del contribuyente en el procedimiento tributario*, in *Estudios de Derecho Tributario*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, p. 50.

Ancora, in argomento, E. SIMON ACOSTA, *El derecho Financiero como fenómeno real y como ciencia*, Zaragoza, 1985, p. 201, il quale richiama il disposto dell'art. 36 LGT a sostegno della sua impostazione nel senso che la indisponibilità non riguarda solo la situazione del soggetto passivo ma la stessa Amministrazione.

Ad avviso di W. SCHICK, *Il procedimento nel diritto tributario*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci (Annuario), Padova, 2001, p. 945, «la legittimità dell'azione amministrativa è garantita dall'accertamento

Negli ultimi anni, tuttavia, in considerazione degli strumenti procedurali esistenti, in un'ottica transnazionale, la negoziazione è diventata funzionale alla realizzazione dell'attività amministrativa, pertanto la coattività intesa quale fondamento della riserva di legge può essere soggetta ad una possibile graduazione²⁶.

L'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, principio non di carattere assoluto ma da conciliare con le esigenze di certezza e di pronta e sollecita riscossione erariale, discende dal principio di capacità contributiva, che impedisce di riconoscere all'amministrazione un potere discrezionale da esercitare nei casi singoli differenziando le imposizioni²⁷: sostanzialmente, a monte, "l'indisponibilità del credito tributario è una ovvietà se la si intende come il divieto di rinunciare, in nome di interessi estranei, ad un credito per altri versi non controverso"²⁸.

In questo modo, in particolare in ordine al rapporto vincolatività – indisponibilità, riconoscere che la vincolatezza caratterizza l'attività dell'Amministrazione finanziaria solo per quanto attiene all'inconfigurabile potere di rinunciare a priori all'azione impositiva determina il venir meno del rifiuto al riconoscimento di ambiti di discrezionalità nell'esercizio dell'attività impositiva, potendosi, di esclusiva vincolatezza, argomentare solo in relazione e alla ovvia impossibile libertà di scelta fra l'emissione o meno di un provvedimento impositivo, in presenza di una asserita violazione di disposizioni tributarie sostanziali, ed alla altrettanto inesistente libertà di scelta degli effetti giuridici derivanti dall'emissione dei provvedimenti impositivi stessi.

Posto che l'irrinunciabilità della pretesa va intesa nel senso di necessità che le scelte pubbliche avvengano mediante un'imparziale comparazione degli interessi, l'obbligazione tributaria può essere oggetto di dilazione, di riduzione, di modifica ma ciò non ogni qualvolta l'Amministrazione lo ritenga opportuno ma solo nei limiti tassativamente stabiliti dalla legge.

L'indisponibilità è caratteristica della potestà tributaria e non dei poteri d'accertamento e dell'obbligazione tributaria ed il problema della disponibilità o indisponibilità dell'obbligazione tributaria in riferimento all'idoneità di tale obbligazione ad essere oggetto di negozi giuridici non va confuso con la problematica della discrezionalità o meno della Amministrazione Pubblica dinanzi all'obbligazione tributaria²⁹.

che fondamentalmente si caratterizzi in un atto unilaterale (atto amministrativo) nel rispetto delle norme giuridiche. Concordati tributari, nello stato moderno sono fondamentalmente illegittimi; essi violano in particolare il principio dell'uniformità dell'imposizione. Ciò esclude che l'Amministrazione ed il contribuente raggiungano un accordo su questioni giuridiche nell'ambito del procedimento relativo all'emanazione dell'atto amministrativo; è legittimo, invece, un accordo vincolante per le parti su aspetti controversi dei fatti».

Per una interpretazione del principio di legalità in stretta connessione con quello di eguaglianza, v. MOSSNER, *Steuerrecht-Fundstellen*, 1996, München, 1997, p. 27

²⁶ Così, JOSÉ VICENTE TROYA JAMARILLO, *El arbitraje en materia tributaria*, in *XII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* (cfr. via internet www.iedt.org.ec).

²⁷ Sul punto v. F. BATISTONI FERRARA, *L'accertamento con adesione e l'interpello*, in *Riv. dir. int. trib.*, n. 2/2002, pp. 11 e ss.

²⁸ Così, R. LUPI, *Diritto tributario*, Parte Generale, 2000, p. 86, il quale rileva che "la cosiddetta indisponibilità del credito tributario è un indebito e affrettato corollario ricavato dalla mancanza di discrezionalità nella determinazione dell'imposta". Ancora, in argomento, v. M. VERSIGLIONI, *Accordo e disposizione nel diritto tributario*, Milano, 2001, p. 352; Tipke/Lang, *Steuerrecht*, Köln, 2002, p. 737, nel senso che "l'ufficio finanziario non può rinunciare alla riscossione dell'imposta totale o parziale dovuta per legge, attraverso la strada del concordato fiscale".

²⁹ Sul punto si veda, A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, volume II, tomo I, Milano, 1957, pp. 78 ss. Ancora, in tema, v. T. ROSEMBUJ, *La transaccion tributaria*, Barcellona, 2000, p. 45, rileva che la potestà di imposizione è indisponibile, irrinunciabile, imprescrittibile, mentre, l'esercizio di detta potestà può essere disponibile, rinunciabile e prescrivibile ciò posto, l'amministrazione può disporre liberamente degli strumenti a sua disposizione, nell'ambito della sua potestà sempre che la sua azione sia finalizzata alla lotta contro "la frode fiscal". In particolare,

A prescindere dal lessico impiegato (inderogabilità delle norme tributarie, indisponibilità dell'obbligazione tributaria) il principio cardine è quello della irrinunciabilità della potestà di imposizione.

Dalle considerazioni esposte si ricava che le critiche all'arbitrato fiscale si sono spesso fondate su un rigido concetto di sovranità fiscale³⁰, comunque, indubbi sono i vantaggi della procedura arbitrale al fine di evitare distorsioni del commercio internazionale. Sussiste, tuttavia, una comprensibile preoccupazione: una rapida definizione di una imposizione reddituale predeterminata nel suo ammontare può non garantire la fedele applicazione della legge tributaria.

In effetti, sia dal punto di vista dell'incidenza sulla capacità contributiva del cittadino che da quello della realizzazione dei fini socio-economici (extrafiscali) verso i quali la singola legge è proiettata, va tenuta in considerazione l'esigenza fondamentale della fedele applicazione della legge tributaria sostanziale esclusivamente al fatto da essa previsto come presupposto³¹.

In conclusione, in base ai rilievi svolti sull'effettiva valenza del principio di "indisponibilità" dell'obbligazione tributaria e sul giusto equilibrio fra rapporto pubblicistico-inderogabilità ed efficienza dell'azione amministrativa, non pare possa essere vanificato da fondate resistenze domestiche in ordine alla legittimità dell'arbitrato in materia tributaria il processo internazionale di progressiva introduzione di modelli arbitrali.

Se mai, in presenza di una accentuata "giurisdizionalità" del procedimento arbitrale, ci si deve domandare se, in un futuro non troppo lontano, non possa esservi spazio per un nuovo intervento riformatore, che ammetta l'arbitrato su diritti indisponibili, come già avviene in alcuni paesi stranieri (si pensi ad esempio alla Germania per le liti patrimoniali) e come già accadrebbe anche oggi, secondo una parte autorevole della dottrina anche nel nostro ordinamento in materia di impugnazioni di delibere assembleari di società sebbene sia tutto da dimostrare che "il progressivo ingresso dell'arbitrato nelle materie non disponibili costituisca uno dei dati salienti (e più interessanti) dell'arbitrato di oggi"³².

evidenzia l'Autore, l'obbligazione di imposta è di diritto pubblico nel senso che i contribuenti non possono essere dispensati dal pagamento della stessa.

³⁰ La sovranità, tradizionalmente, viene definita come somma delle potestà pubbliche dello Stato, compresa quella impositiva, che si esercita su un territorio definito e su un corpo sociale stanziato in esso. Sul punto, v. M. S. GIANNINI, *Sovranità, Diritto vigente*, in *Enc. Dir.* vol. XLIII, 1990, 225.

Intende il concetto di sovranità in termini di posizione di supremazia di un organo o di un'entità all'interno del singolo Stato, R. MORETTI, *Sovranità popolare*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, 1.

Diffusamente, in riferimento all'obsolescenza del concetto di sovranità, si veda G. LICCARDO, *Supremazia e obbedienza finanziaria*, in *Studi in onore di V. Uckmar*, Padova, 1997, pp. 746 ss.

Osserva efficacemente V. UCKMAR, *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, Cedam, 1999, p. 113 che "il problema della distribuzione dei poteri in materia tributaria è particolarmente delicato, perché non sussiste effettiva autonomia se non ricorre la potestà di effettuare i prelievi necessari per far fronte alle esigenze finanziarie dell'ente; la limitazione al potere di imporre tributi comporta ineluttabilmente una limitazione all'autonomia dell'Ente".

Più recentemente, si veda, in argomento, il contributo di A. FANTOZZI, *Riserva di legge e nuovo riparto della potestà normativa in materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2005, p. 7, nel senso che: "dal diritto sovrano di imposizione, basato sul rapporto di sudditanza, al consenso all'imposizione, sino all'autotassazione e al principio di legalità in ciascuna fase è una costante l'idea dell'imposizione fiscale come attributo essenziale della sovranità, via via affrancatasi, quest'ultima dal principio di supremazia, sino alla identificazione con quello di rappresentatività e responsabilità democratica".

³¹ In tema ci sia consentito il rinvio al nostro "L'aprioristica limitazione dell'oggetto degli accordi in materia tributaria alle sole questioni di fatto: la valenza dell'esperienza tedesca riguardo all'oggetto della *Tatsaechliche Verstaendigung*", in *RDTI*, n. 1/2005.

³² Così E. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari* (a cura di Punzi e E. Ricci), Padova, 2005, p. 255.

Multilingual Texts and Interpretation of Tax Treaties and EC Tax Law (edited by Guglielmo Maisto)

(EC and International Tax Law Series, Volume 1, Amsterdam, IBFD Publications, 2005, 344 p.)

by Jacques Malherbe*

The IBFD starts a new Tax Series, focusing on interpretation of tax treaties and EC law. The first step of interpretation concerns the language itself and this look is devoted to the paramount issue of multilingualism.

Appropriately, Prof. Guglielmo Maisto was the initiator by organizing a symposium on the topic in Milan. Italy was identified with the last international language – Latin – and Umberto Eco summarized the problem in his brilliant book, “La ricerca della lingua perfetta”.

The first part of the book deals with multilingual issues under domestic law, with an emphasis on tax law. The reader will find out without surprise that bi- or trilingual countries (Belgium, Canada, Switzerland) have struggled with that issue since centuries.

The problem, as Jacques Sasseville explains, is magnified in Canada which heralds not only bilingualism but also bijuralism. Civil law and common law are placed on an equal footing and the federal tax law is an “accessory system”, the application of which is subject “to a civil determination, whether such a determination be according to civil or common law”. A mortgage in common law normally conveys legal title to the creditor. An “hypothèque” does not. Both concepts must be covered in the tax law.

A building is demolished. Amortization must stop at the time it is “disposed of” or “aliéné”. The Court held here that the broader meaning (disposal) was to be used, even if it did not *stricto sensu* cover demolition, to be in line with the legislator’s input. The Official Language Act is merely a rule of interpretation among others.

If civil law prevails in the interpretation of tax law, this may not be the case, as Peter Locher puts it, when tax concepts are economically related: this will be the choice of Switzerland when combating tax avoidance.

A chapter, written by Claudio Sacchetto, concerns Italy or rather an Italian view of the general problem. Translation is a conversion from a juridical system to another. Original Italian tax treaties will often be drafted in French or English. The problem is then magnified: the “stabile organizzazione”¹ emphasises spatial stability, as in French,

* Edited in English by the author.

¹ For VAT purposes often referred to as “centro di attività stabile” : Pistone, Riv. dir. trib., 1999, III, at. 31.

whereas the “permanent establishment” stresses temporal permanence. The examples of “false friends” are manifold : tax is “imposta”, not “tassa”. Are “beni immobili” immovable or real property?

In Part II, Giorgio Gaja appropriately devotes the first chapter to international law and the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties : if a difference of meaning subsists among the texts, which are equally authoritative and which if ambiguous must be interpreted by supplementary means such as preparatory works and circumstances of conclusion of the treaty, the interpreter must adopt “the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty”.

This is very different from the approach of the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis* case (1924) where preference was given to the narrower meaning over the wider meaning.

In the *Elsi* case (1989), the International Court of Justice, interpreting a treaty on Freedom, Commerce and Navigation, held that “immovable property or interests therein” (“*diritti reali*”) included indirect ownership of property through a subsidiary.

In the EU, as Siegbert Alber reminds us, there are 21 Treaty languages, whereas the official languages used by the institutions of the Community are determined by the Council acting unanimously. Only Ireland gave up Irish as an official language, Luxembourg did not insist, but Basques and Catalans knock at the door.

Working languages are determined by the institutions themselves : the Court, historically, deliberates in French, as interpreters should not be allowed in the deliberations. Judgments are only binding in the language of the case.

Between versions of legal instruments, the teleological interpretation will be decisive, as the US delegation had proposed it in the discussion of the Vienna Convention, with mixed success (see above). General rules will also help. An exception must be construed strictly : if there is an exception to VAT deduction for leasing or letting of immovable property, private use of the property by the owner should not be equated with the assignment of the right to a third party tenant (Seeling, 2003).

In part IV, Jacques Sasseville follows up on the OECD Model Convention and Commentaries². How should one reconcile “beneficial ownership” and “*bénéficiaire effectif*”, “carries on business” and “*exerce une activité industrielle ou commerciale*”, “*professions indépendantes*” and “independent personal services”. The last problem was solved by deleting article 14.

Article 3, paragraph 2 refers to the meaning of the term in the tax law of the State applying the Convention, unless the context requires otherwise. This is in line with article 31, paragraph 4 of the Vienna Convention : “(a) special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended”.

Part V gives, by way of examples, country surveys for Austria (Vanessa Metzler), Belgium (Ruben De Boeck), France (Caroline Legros), Germany (Alexander Rust), Italy (Andrea Parolini), the Netherlands (Sjoerd Douma) and Switzerland (Roger Cadosch).

Many authors will report difficulties as to translation of trusts and trust - related

² An Italian translation has been realized by Guglielmo Maisto (Milan, Giuffrè, 2003).

concepts on of partnerships vs. “sociétés de personnes” and even as to the application of the dividend concept to hidden distributions (France).

Augusto Fantozi, in his conclusion, stresses the difference between linguistic interpretation in a multilingual country, where juridical concepts are the same (even if two legal systems may coincide, as in Canada) and in Double Tax Conventions, where concepts can be very different.

A new language emerges, “International legal English”, which should be interpreted, as Edwardes-Ker puts it, in a “normal manner, appropriate for the interpretation of an international convention, unconstrained by technical rules of English legal precedent”.

Fantozi joins Jean-Pierre Le Gall in considering an improvement to have one official language of the OECD Model Convention and Commentary, expanding this solution to the international context at large, together with the adoption of a common set of binding definitions.

This would be in line with the new “lex mercatoria” applying to globalized financial markets, expressed in the new “lingua mercatoria”.

Testi multilingue: interpretazione del diritto tributario convenzionale e comunitario (a cura di Guglielmo Maisto)

(EC and International Tax Law Series, Volume 1, Amsterdam, IBFD Publications, 2005, 344 p.)

Jacques Malherbe*

L'International Bureau for Fiscal Documentation ha iniziato la pubblicazione di una nuova Tax Series, incentrata sull'interpretazione del diritto tributario convenzionale e comunitario. Nel processo interpretativo il primo passo investe la lingua e questo esame è dedicato alla questione primaria del multilinguismo.

Il Prof. Guglielmo Maisto ha dato l'avvio a questo tipo di studio con l'organizzazione di un simposio a Milano. L'Italia è stata associata all'ultima lingua internazionale – il latino – e Umberto Eco ha sintetizzato il problema in modo brillante nel suo libro “La ricerca della lingua perfetta”.

La prima parte dell'opera affronta le questioni collegate al multilinguismo nell'ambito del diritto interno con particolare attenzione al diritto tributario. Senza sorpresa, il lettore scoprirà che in alcuni paesi bilingue o trilingue (Belgio, Canada, Svizzera) la questione esiste da secoli.

Il problema, come spiega Jacques Sasseville, è ingigantito in Canada dal fatto che qui vige non solo il bilinguismo ma anche il bigiuridismo. I sistemi di *civil law* e *common law* sono posti sullo stesso piano mentre la legislazione tributaria federale costituisce un “sistema accessorio”, la cui applicazione dipende da una diagnosi di diritto privato, sia che detta diagnosi sia ai sensi del *civil* oppure del *common law* (“a civil determination, whether such a determination be according to civil or common law”). Di solito, il *mortgage*¹ in *common law* comporta l'esistenza di un titolo legale in capo al creditore. Ciò non avviene nella *hypothèque*. Entrambi i concetti devono rientrare nella legislazione tributaria.

Si demolisce un fabbricato. L'ammortamento deve terminare nel momento in cui “se ne dispone” (“disposed of”) o è “oggetto di alienazione” (“aliéné”). La Corte ha sostenuto in tale circostanza che doveva essere utilizzato il termine con significato più ampio (disposal), anche se esso non indica *stricto sensu* la demolizione, per essere in linea con l'intenzione del legislatore. L'*Official Languages Act* è una mera norma di interpretazione.

Se nell'interpretazione della legislazione tributaria prevale la prospettiva di *civil law*, questo potrebbe non essere il caso, così come esposto da Peter Locher, quando i

* Redatto in inglese dall'autore

¹ N.d.T. Il *mortgage* consiste nel trasferimento della titolarità del bene o del diritto che funge da garanzia a favore del mutuante, salvo il diritto del mutuatario di ottenere il ritrasferimento a seguito del pagamento del debito.

concetti fiscali sono economicamente collegati: la Svizzera potrebbe effettuare questo tipo di scelta nella lotta all'evasione fiscale.

Un capitolo, curato da Claudio Sacchetto, riguarda l'Italia o meglio una prospettiva italiana del problema generale. L'originale delle convenzioni fiscali siglate dall'Italia potrebbe essere redatto spesso in francese o in inglese. Il problema risulta quindi ingigantito: il termine di "stabile organizzazione"² accentua la stabilità spaziale, come in francese, mentre quello di "permanent establishment" sottolinea la permanenza temporale. Gli esempi di "falsi amici" sono molteplici: "tax" indica l'imposta, non la tassa. I beni immobili sono invece da riferirsi a "immovable" oppure alla "real property"?

Nella Parte II, Giorgio Gaja dedica il primo capitolo al diritto internazionale e alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati: se esiste una differenza di significato tra i testi che fanno egualmente fede e che, se ambigui, devono essere interpretati attraverso mezzi complementari, come i lavori preparatori e le circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, l'interprete deve adottare "il senso che, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, permette di meglio conciliare i testi in questione".

Ciò risulta molto differente dall'approccio della Corte Permanente di giustizia in relazione al caso *Mavrommatis* (1924), dove si era privilegiato il significato meno ampio.

Nel caso *Elsi* (1989), la Corte di giustizia Internazionale, nell'interpretare un trattato di "Amicizia, commercio e navigazione", ha sostenuto che la proprietà immobiliare e i relativi interessi ("diretti reali"³) comprendevano la titolarità indiretta del bene attraverso una sussidiaria.

All'interno dell'Unione europea come ricorda Siegbert Alber, esistono 21 lingue previste dal Trattato, mentre le lingue ufficiali utilizzate dalle istituzioni comunitarie sono stabilite all'unanimità dal Consiglio. Solo l'Irlanda ha rinunciato all'irlandese come lingua ufficiale, il Lussemburgo non ha insistito, mentre i Paesi Baschi e la Catalogna hanno avanzato delle richieste di riconoscimento.

Le lingue di lavoro sono stabilite dalle istituzioni stesse: la Corte, storicamente, delibera in francese, poiché gli interpreti non sono ammessi nelle delibere. Le sentenze sono vincolanti solo nella lingua di trattazione della causa.

Tra le versioni degli strumenti giuridici, l'interpretazione teleologica deve essere decisiva, come indicava la proposta della delegazione USA nella discussione precedente l'adozione della Convenzione di Vienna, e in parte accettata (vedi sopra). Saranno di supporto anche le regole generali. Per le eccezioni, l'interpretazione deve essere restrittiva: se esiste un'eccezione alla deduzione dell'IVA per l'affitto e la locazione di beni immobili, l'uso privato del bene da parte del proprietario non dovrebbe essere equiparato al conferimento del diritto a un terzo locatario (Seeling, 2003).

Nella Parte IV, Jacques Sasseville segue il Modello di Convenzione Fiscale dell'OCSE e i relativi Commentari⁴. Come si dovrebbero conciliare i termini di *beneficial*

² Ai fini IVA ci si riferisce spesso a "centro di attività stabile": PISTONE, Riv. dir. trib., 1999, III, at. 31.

³ N.d.T. In italiano nel testo originale.

⁴ La traduzione italiana è stata effettuata da Guglielmo Maisto (Milan, Giuffrè, 2003).

ownership e *bénéficiaire effectif*⁵, le espressioni *carries on business* ed *exerce une activité industrielle ou commerciale*⁶, *professions indépendantes* ed *independent personal services*⁷? L'ultimo problema è stato risolto con l'abrogazione dell'articolo 14.

L'articolo 3, paragrafo 2 si riferisce al significato del termine nella normativa tributaria dello Stato che applica la Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione. Ciò è in sintonia con l'articolo 31, paragrafo 4 della Convenzione di Vienna: "(a) un termine verrà inteso in un senso particolare se risulta che tale era l'intenzione delle parti".

Nella Parte V sono incluse, a titolo illustrativo, delle schede-paese di Austria (Vanessa Metzler), Belgio (Ruben De Boeck), Francia (Caroline Legros), Germania (Alexander Rust), Italia (Andrea Parolini), Paesi Bassi (Sjoerd Douma) e Svizzera (Roger Cadosch).

Molti autori riportano delle difficoltà nella traduzione di *trust* e dei concetti collegati al *trust*, di *partnership* contro *sociétés de personnes* e persino nell'applicazione del concetto di dividendo alle distribuzioni occulte (Francia).

Augusto Fantozzi, nelle sue conclusioni, sottolinea la differenza tra interpretazione linguistica in un paese multilingue, dove i concetti giuridici sono i medesimi (anche se due sistemi giuridici possono coincidere, come in Canada), e nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, dove i concetti possono essere molto differenti.

Emerge un nuovo linguaggio, l'inglese giuridico internazionale, che dovrebbe essere interpretato, come indicato da Edwardes-Ker, in modo normale, adeguato all'interpretazione di una convenzione internazionale, sganciato dalle norme tecniche del precedente del sistema giuridico inglese ("in a normal manner, appropriate for the interpretation of an international convention, unconstrained by technical rules of English legal precedent").

Fantozzi si affianca a Jean-Pierre Le Gall nel considerare che un'unica lingua ufficiale del Modello di Convenzione dell'OCSE e dei relativi Commentari costituirebbe una soluzione migliorativa, la quale potrebbe essere estesa al più ampio contesto internazionale, insieme all'adozione di una serie di definizioni vincolanti.

Ciò sarebbe in linea con la nuova "lex mercatoria" da applicare ai mercati finanziari globalizzati ed espressa nella nuova "lingua mercatoria".

⁵ N.d.T. Nella versione italiana delle Convenzioni contro le doppie imposizioni: "beneficiario effettivo"

⁶ N.d.T. Nella versione italiana delle Convenzioni contro le doppie imposizioni: "svolge la propria attività"

⁷ N.d.T. Nella versione italiana delle Convenzioni contro le doppie imposizioni: "professioni indipendenti"

Towards the European Constitution: the Message from Altiero Spinelli, Godfather of the European Federalism (Inaugural Conference of the *Altiero Spinelli National Committee*)*

by Pietro Selicato

In the fiftieth anniversary of the United Europe, Altiero SPINELLI, one of its major inspirers and one of the greatest theoreticians of European Federalism, would be a hundred years old. To remember his life and celebrate his work, as well as to spread his message it was decided to set up a *National Committee for celebrating the centenary of the birth of Altiero Spinelli (1907–2007)*, chaired by Professor Renato GUARINI, Rector of the University of Rome “La Sapienza”. Among its members, the Committee boasts remarkable personalities from contemporary politics and culture and first-rate scholars in history, literature and law.

On 6 December 2006, in Rome, the Aula Magna of the University “La Sapienza” hosted a conference on the issue “*Towards the European Constitution: the message from Altiero Spinelli, godfather of the European Federalism*”, which launched the Committee’s activities. The conference, open to students and teachers of upper secondary schools and universities, was attended by the President of the Italian Republic, MP Giorgio NAPOLITANO, who gave his patronage to the Committee, and MP Francesco RUTELLI, Minister for Cultural Activities and Goods and Honorary President of the Committee.

The conference opened with the introductory presentation by Prof. Renato GUARINI, published along with this document, followed by Pierpaolo BARETTA, Secretary General of CISL- Confederation of Italian Workers’ Trade Unions, Pier Virgilio DASTOLI, Director of the Representation of the European Commission in Italy, Giulio FERRONI, Italianist, Guido MONTANI, President of the European Federalism, Bino OLIVI, former spokesman of the European Commission, European Union historian, Stefano SILVESTRI, President of the International Affairs Institute, also founded by Spinelli. The works were concluded by Fulco LANCHESTER, Professor of Italian and Comparative Constitutional Law and Dean of Political Science Faculty at the University La Sapienza.

During the conference, the actor Neri MARCORÉ read some passages from the Ventotene Manifesto and from Spinelli’s autobiography, and the director Italo SPINELLI, Altiero’s nephew, presented the trailer for a documentary movie being produced on the great Europeanist’s life, work and thought.

* Translation by Claudia Calogero.

But the core of the conference was Altiero SPINELLI's life-long commitment to the approval of a European Constitution: great emphasis was put on the fact that Spinelli is recognised, all over Europe, as one of the principal animators of the Continent's unification project, along with Jean MONNET, Robert SHUMAN and Paul-Henry SPAAK, as well as the forefather of the current Treaty establishing a European Constitution. In fact, it is to Spinelli that we owe the document "For A Free and United Europe. A draft manifesto" (better known as "Ventotene Manifesto"), drawn up between 1941 and 1942 by Altiero SPINELLI and Ernesto ROSSI, with a preface by Eugenio COLONI, and published by the Italian Movement for the European Federation, which they themselves founded in 1943.

In the course of the conference, Professor Antonello BIAGINI (Executive Board Coordinator) and Professor Francesco GUI (Secretary-Treasurer), from the Department of Modern and Contemporary History of the University "La Sapienza", presented the programme of the Committee's activities for the period 2006–2008. This provides a range of cultural and training initiatives: social events will alternate with scientific research encounters, which will be attended by outstanding representatives of national and local European institutions, experts in the field of culture and research, intellectuals and communication operators, university teachers and authoritative scholars from Italy, Europe and the rest of the world.

The various planned activities, under the responsibility of ad hoc scientific commissions, aim to consider in depth the personality, the thought and political action of the European Federalist Movement's founder, and to contribute to the current debate on the political and cultural fundamentals and topics in the European Union, with a special reference to the European Constitution. At least two initiatives are of a particular interest, not least from a tax law perspective

The first is devoted to Spinelli's experience as European Commissioner and is designed to underline how incisive his action was, utopian and idealistic only in appearance, concrete and strongly rooted in the knowledge of European dossiers in fact. In that period, Spinelli showed himself a far-seeing promoter of new common policies concerning, among other things, industry and environmental protection and scientific research. Altiero Spinelli's proposals on the matter could be compared with current European Union's positions in the field of State aid to enterprises and environmental taxation, which are topical issues showing how tense is the distribution of powers between the European bodies and each Member State.

The second initiative is devoted to examining the relationship between Europe, Member States and local autonomies. The developed competences of European Union's bodies and the prospective approval of a European Constitution make it necessary to investigate thoroughly the connections between supranational federalism, "Europe of regions" and national federalism. In fact, the enlargement process might compromise the whole decision-making system and institutional structure of the European Union because of the principle of sovereignty being maintained, as shown also in the text of the new Constitution. At the same time, it is to recognise a higher importance of some regional or sub-national areas within the former Europe of the Fifteen (let's think but not only of Catalonia). Therefore, in line with Spinelli's perspective, it is necessary to think about the possibility of reconciling the Europe of autonomies and States with a strong leadership of the Union. These considerations carry significant weight in tax matters, which are dealing with great difficulties even only with reference to the distribution of taxing powers.

Already these two examples should give the idea of how helpful Altiero Spinelli's message could be for a tax consultant in a moment like this, when the idea of Europe is torn by uncertainties and tensions among Member States and opposed by worryingly unreceptive attitudes, which culminated in the rejection to the draft Treaty establishing an European Constitution by the citizens of two signatories of the Treaty of Rome (France and the Netherland).

In fact, especially in tax matters, national sovereign powers are still assumed to clash with each other and consequently bold mediations are pursued between the opposing positions, betraying the clear warning sent by Jean MONNET more than fifty years ago, who conversely believed that, in the European integration process, "*what must be sought is a fusion of the interests of the European peoples and not merely another effort to maintain the equilibrium of those interests*".

In particular, it strikes that Spinelli, more than sixty years ago, overcame the barriers of national ideologies to create a new and 'transversal' political movement - the European Federalist Movement - featuring a pan-European view of power and its democratic legitimization. The Ventotene Manifesto literally reversed the criterion that had been used until then (and which is adopted rather often still today), also by *soi-disant* "Europeanist" political forces, in order to face the problem of "unification".

Spinelli strongly denounced what he considered to be the illusion of Europeanists: to build a federation without surrendering national sovereignty. He opposes the "community method" (a tactical manoeuvre devised by Jean MONNET to avoid- at the birth of a united Europe - the States stiffening their positions in front of a massive transfer of sovereignty) with the "constituent method", grounded on the original recognition of sovereignty to the ongoing federation by common consent.

Spinelli's overarching vision of political matters, and of a European legal system, is more evidence that the analysis approach of this *Rivista* is valid. The *Rivista* has actually taken cognizance of the closer integration between different legal systems, due to the international treaty network and Community law in force in the States, and has considered it naturally necessary to resort to global investigation tools, which allow national frontiers to be overcome and to provide, also to local scholars and operators, proper keys to interpret national law consistently with the international and particularly European legal framework.

Certainly, the integration of Member States' tax systems seems far away. Apart from turnover taxes and other indirect taxes, which must be harmonised as explicitly referred to by the Treaty of Rome (even if still featuring significant differences among States), direct taxation is not uniform at all; according to the majority, indeed, this lacking of uniformity is the basis for a "tax competition" among States, which would trigger a virtuous circle to lower the levy.

In the absence of a harmonizing intervention of legislative nature (which can hardly advance, because there is no unanimous consent on the matter, as instead requested by the Treaty of Rome), we owe much to the Court of Justice. The Court, however, is demolishing single national provisions that are considered to be inconsistent with the Community law, without following a method: this does not lead to a "negative integration" (as defined by the Court itself) but to a true "disintegration". The way to tax unification is therefore still a long walk. But, as Spinelli said, "Europe does not come from above. The road to pursue is neither easy nor certain. But it must be followed, and it will be!".

Verso la Costituzione europea: il messaggio di Altiero Spinelli, padre del federalismo europeo (Convegno inaugurale delle attività del *Comitato Nazionale Altiero Spinelli*)

Pietro Selicato

Nel cinquantésimo anniversario dell'Europa unita Altiero SPINELLI, uno dei suoi massimi ispiratori ed il più grande tra i teorizzatori del federalismo europeo, compirebbe cento anni. È per ricordarne la vita, celebrarne l'opera e diffonderne il messaggio che è stato costituito il *Comitato Nazionale per le celebrazioni del centésimo anniversario della nascita di Altiero Spinelli (1907–2007)*, presieduto dal Prof. Renato GUARINI, Magnifico Rettore dell'Università "La Sapienza". Il Comitato vanta tra i suoi componenti personalità d'eccezione del mondo della politica e della cultura e studiosi di prim'ordine nei campi della storia, della letteratura, del diritto.

Il 6 dicembre 2006 si è svolto a Roma, nell'Aula Magna dell'Università "La Sapienza" un convegno sul tema "*Verso la Costituzione europea: il messaggio di Altiero Spinelli padre del federalismo europeo*", con il quale il Comitato ha inaugurato le proprie attività. Al convegno, aperto agli studenti e ai docenti di scuole medie superiori e università, sono intervenuti il Presidente della Repubblica, On. Giorgio NAPOLITANO, che ha concesso al Comitato il suo alto patronato, e l'On. Francesco RUTELLI, Ministro dei Beni e delle Attività culturali e Presidente Onorario del Comitato.

Il convegno è stato aperto dall'intervento introduttivo del Prof. Renato GUARINI, pubblicato in questo stesso fascicolo. Sono seguiti interventi di Pierpaolo BARETTA, Segretario generale aggiunto della CISL, Pier Virgilio DASTOLI, Direttore della Rappresentanza della Commissione europea in Italia, Giulio FERRONI, italianista, Guido MONTANI, Presidente del Movimento Federalista europeo, Bino OLIVI, ex Portavoce Commissione europea, storico dell'U.E., Stefano SILVESTRI, Presidente Istituto Affari Internazionali, fondato anch'esso da Spinelli. Ha concluso i lavori il Prof. Fulco LANCASTER, docente di diritto costituzionale italiano e comparato e Preside della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università La Sapienza.

Nel corso del Convegno l'attore Neri MARCORÉ ha letto alcuni brani tratti dal Manifesto di Ventotene e dall'autobiografia di Spinelli, mentre il regista Italo SPINELLI, nipote di Altiero, ha presentato il *trailer* di un film-documentario di prossima realizzazione sulla vita, l'opera e il pensiero del grande europeista.

Ma al centro del Convegno è stato posto il lungo impegno dedicato da Altiero SPINELLI all'approvazione di un trattato di Costituzione europea ed è stato evidenziato che Spinelli viene riconosciuto in tutta Europa come uno dei principali animatori, insieme a Jean MONNET, a Robert SHUMAN e a Paul-Henry SPAAK, del processo di unificazione del Continente nonché il progenitore dell'attuale trattato costituzionale. È infatti a Spinelli che si deve il documento "Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto" (meglio noto come "Manifesto di Ventotene"), redatto negli anni tra il 1941 ed il 1942 dallo stesso Altiero SPINELLI insieme ad Ernesto Rossi e pubblicato

nel 1944 con una prefazione di Eugenio COLORNI dal Movimento Italiano per la Federazione Europea, fondato nel 1943 dagli stessi Spinelli, Rossi e Colorni.

Nel corso del Convegno i docenti del Dipartimento di Storia Moderna e Contemporanea dell'Università La Sapienza, Antonello BIAGINI (Coordinatore della Giunta Esecutiva) e Francesco GUI (Segretario-Tesoriere), hanno presentato il programma di attività del Comitato per il triennio 2006–2008, che prevede una serie di iniziative di carattere culturale e formativo: eventi sociali alternati a momenti di approfondimento scientifico a cui parteciperanno rappresentanti di spicco di istituzioni europee nazionali e locali; esponenti di centri culturali e del mondo della ricerca; intellettuali e operatori della comunicazione; docenti universitari insieme ad autorevoli studiosi italiani, europei ed extraeuropei.

Le diverse iniziative in programma, affidate ad apposite commissioni scientifiche, si propongono di approfondire la riflessione sulla personalità, il pensiero e l'azione politica del fondatore del Movimento Federalista Europeo e di contribuire ad animare il dibattito sui fondamenti politico-culturali e sulle tematiche più attuali nell'Unione europea, con particolare riferimento al trattato costituzionale. Almeno due di queste assumono particolare interesse anche sotto il profilo tributario.

La prima, dedicata all'esperienza di Spinelli come commissario europeo, mira a sottolineare l'incisività della sua azione, apparentemente utopica ed idealistica, ma in realtà sempre concreta e basata sulla profonda conoscenza dei *dossier* comunitari. In questo periodo Spinelli si è dimostrato preveggenete promotore di nuove politiche comuni, tra cui quella industriale e quelle in materia di protezione dell'ambiente e di ricerca scientifica. Le proposte espresse in questi settori da Altiero Spinelli potrebbero essere confrontate con le attuali posizioni dell'Unione europea in materia di aiuti fiscali alle imprese e di tassazione ambientale, tematiche entrambe di grande attualità per le tensioni che stanno manifestando nella distribuzione del potere tra le istituzioni comunitarie e gli Stati nazionali.

La seconda iniziativa è dedicata all'esame dei rapporti tra l'Europa, gli Stati nazionali e le autonomie locali. Lo sviluppo delle competenze delle istituzioni dell'Unione Europea e la prospettiva dell'approvazione di un trattato costituzionale richiedono un approfondimento della riflessione sull'equilibrio tra federalismo sovranazionale, Europa delle regioni e federalismo interno. Di fatto, il processo di allargamento, a causa del mantenimento del principio di sovranità nazionale, riscontrabile anche nel testo della nuova Costituzione, potrebbe compromettere l'intero sistema decisionale e l'assetto istituzionale dell'UE. Al tempo stesso, si deve registrare una crescita di influenza di talune aree regionali o subnazionali all'interno dell'ex Europa dei Quindici (si pensi alla Catalogna, ma non solo ad essa). Si impone pertanto una riflessione, alla luce della impostazione spinelliana, sulla possibilità di conciliare l'Europa delle autonomie e della pluralità degli Stati con una forte *leadership* dell'Unione. Queste considerazioni assumono un notevole peso nella materia fiscale, che proprio con riferimento alla distribuzione del potere impositivo tra i diversi livelli di governo sta vivendo un momento di grande difficoltà.

Già questi due esempi rendono l'idea di quanto una lettura del messaggio di Altiero Spinelli con gli occhiali del tributarista potrebbe essere d'aiuto in un momento, come quello attuale, in cui la stessa idea di Europa sta attraversando un periodo di incertezze e contrasti tra gli Stati membri e di preoccupanti chiusure, culminate nel rifiuto del trattato di Costituzione europea da parte dei cittadini di due degli Stati firmatari del Trattato di Roma (Francia e Olanda).

In effetti, specialmente nelle questioni di politica fiscale, si presuppone ancora l'esistenza di poteri nazionali sovrani tra loro contrapposti e si procede, poi, alla ricerca di ardite mediazioni tra le rispettive posizioni, contravvenendo così al chiaro monito lanciato oltre mezzo secolo fa da Jean MONNET, per il quale, al contrario, nel processo di integrazione europea bisognava "tendere alla fusione degli interessi dei popoli europei e non soltanto al loro equilibrio".

In particolare, colpisce il metodo con il quale Spinelli, oltre sessant'anni fa, ha superato gli steccati delle ideologie nazionali per creare un'organizzazione politica nuova e trasversale, il Movimento Federalista Europeo, caratterizzata da una visione paneuropea del potere e della sua legittimazione democratica. Nel Manifesto di Ventotene viene letteralmente capovolto il criterio adottato normalmente fino a quel momento (e che ancora oggi viene impiegato in modo abbastanza diffuso), anche dalle forze politiche che si definivano "europeiste", per affrontare il problema dell'unificazione.

Spinelli denuncia fermamente quella che egli ritiene l'illusione degli europeisti: raggiungere la federazione senza la rinuncia da parte degli Stati membri alla loro sovranità nazionale. Egli contrappone al "metodo comunitario" (adottato per mere ragioni tattiche da Jean MONNET per evitare che, nel momento della nascita dell'Europa unita, la proposta di un massiccio trasferimento di sovranità avrebbe irrigidito le posizioni degli Stati) il "metodo costituente", fondato sul riconoscimento a titolo originario della sovranità della costituenda federazione europea sulla base del consenso popolare.

La visione globale della politica e, di conseguenza, dell'ordine giuridico europeo offerta da Spinelli costituisce una ulteriore conferma della validità del metodo di indagine adottato da questa Rivista, che, preso atto dell'integrazione sempre più stretta tra i diversi ordinamenti giuridici, attuata attraverso la rete dei trattati internazionali e le norme del diritto delle comunità di Stati, ha ravvisato la necessità di ricorrere a strumenti di indagine di carattere globale che siano in grado di oltrepassare i confini nazionali e di fornire, anche allo studioso ed all'operatore locale, gli elementi per un'interpretazione del diritto interno compatibile con il contesto giuridico internazionale e, nella specie, europeo.

Di certo, l'integrazione degli ordinamenti tributari degli Stati membri è ancora ben lungi dall'essere realizzata. Tralasciando le imposte sulla cifra di affari e gli altri tributi indiretti soggetti ad armonizzazione per esplicita previsione del trattato di Roma (che pure presentano ancora da Stato a Stato condizioni di notevole diversità), la situazione delle imposte dirette è ancora molto sperequata e, anzi, predomina l'idea che tale sperequazione costituirebbe la base per una "concorrenza fiscale" tra gli Stati, idonea ad innescare un circuito virtuoso di riduzione del prelievo.

Nell'assenza di un intervento armonizzatore di rango legislativo (che stenta a farsi strada in assenza dell'unanimità richiesta dallo stesso Trattato di Roma) molto si deve in questo campo alla Corte di Giustizia. Il Giudice comunitario, tuttavia, sta compiendo un'opera asistemica di demolizione di singole norme nazionali ritenute contrastanti con l'ordinamento comunitario che porta non alla "integrazione negativa" (come definita dalla stessa Corte) ma ad una vera e propria "disintegrazione".

Il cammino dell'unificazione fiscale, pertanto, è ancora lungo e denso di ostacoli. Ma, come diceva Spinelli, "L'Europa non cade dal cielo. La via da percorrere non è né facile, né sicura. Ma deve essere percorsa, e lo sarà!"

Towards a European Constitution. The Message from Altiero Spinelli, Godfather of the European Federalism. Introductory Presentation (Inaugural Conference of the *Altiero Spinelli National Committee*. Rome, 6th December 2006)*

by Renato Guarini**

Excellencies, teachers, students – Ladies and gentlemen,
it is a pleasure and an honour for me to inaugurate the activities of the *National Committee for celebrating the centenary of the birth of Altiero Spinelli*, godfather of the European Federalism. Allow me to start by giving a particularly warm welcome to the Head of the State, Giorgio Napolitano: thank you for your presence here and for your High Patronage to our Committee, which I have the honour to chair.

I am also pleased to welcome Vice-Prime Minister and Minister for Cultural Activities and Goods, Francesco Rutelli, Honorary Chairman of our national Committee, which was set up by decree of 26 April 2006 signed by the Minister for Cultural Activities and Goods himself.

And my warm thanks also go to colleagues of the Department of Modern and Contemporary History in this University, to whom we owe the idea of setting up our Committee.

The title for our conference, “Towards the European Constitution: the message from Altiero Spinelli, godfather of the European Federalism”, is intended to go beyond today’s event and to express essentially the Committee’s aims within the overall work programme, which will last until 2008.

Our purpose is to commemorate Spinelli, the man, the intellectual, the politician and, at the same time, to emphasize how topical his work appears with reference to a fundamental issue of today, that is the European unification process pivoting on the Constitution, whose ratification is ongoing, even if with difficulty.

We all know, in fact, that the figure of Altiero Spinelli cannot be separated from the idea of a European Constitution: the constituent method and the establishing of a European Federal State on a democratic constitution are to be regarded as the original, strong and intrinsically convincing features of the message of the *antifascista* Spinelli, being punished and sent to the Ventotene island into *confino* (internal exile), and recognized all over Europe as a major player in unification movements in our Continent.

* Translation by Claudia Calogero.

** Rector of the University of Rome “La Sapienza”.

Europe as a whole acknowledges that the *alumno* of the *Sapienza* (Spinelli was registered at the Faculty of Law but never finished his course, because at twenty he was already in prison) has the merit of having promoted, when he was a member of the European Parliament, the project for a Treaty of the European Union, dubbed as Spinelli project, which was approved by the European Parliament on 14 February 1984 and is the direct antecedent of the current Treaty for establishing an European Constitution,

It was the time of the first directly-elected European Parliament, in June 1979, from which the former prisoner could not be absent, eager as he was to give still another contribution in thought and action at the end of his bold and energetic life.

It is really a great personality to inspire our Committee, yet perhaps not so well known and familiar to the culture of our country, as we would like and as we are going to make it through our initiatives everywhere in Italy. In this regard, I point to the importance that our Committee will give to the figure of Spinelli, the man and the writer.

In some minutes there will be a reading of some passages from Spinelli's autobiography, which he wrote when he was very old, "As I tried to become wiser", together with some passages from the Ventotene Manifesto, the intellectual reference of the European Federalism, which he wrote along with Ernesto Rossi, another great Italian intellectual, when he was in "confino" in the island off the Lazio coast, in summer 1941.

Well, I believe you all will recognize how strong and beautiful Spinelli's words are, a classic of the political thought, and also of the literature, of our country, as we hope the Minister for Education will recognise and recommend their reading in schools.

But allow me to dwell upon this point: Altiero Spinelli, the resource that our country, and the rest of Europe, has not enough celebrated and claimed as its own, and yet, at the same time, Altiero Spinelli, the pervasive, fundamental and continuously presence in our public life, much more than we realize at first sight.

It seems to me to be a sign of this continuity the fact that our President Napolitano, just elected, did want to go to Ventotene island, along with the representatives of the European Federalist Movement, to confirm the role of the Manifesto as one of the highest moments of Italian resistance and as the basis of Europeanist commitment of our Republic.

Many are the signs of this continuity. Let us remember that our University is somewhat wrapped in memories of Spinelli's experience and his comrades in the political fight.

Just here, in San Lorenzo, heroic episodes of rebellion occurred against the entrance of the "camicie nere" (blackshirts) marching on Rome: those were the first touches with reality of Altiero Spinelli – as he himself tells us –, which immediately led him to opposing nationalism, more than the class struggle, although he decided to support the Communist Party, winning quickly Gramsci's esteem.

Just a few steps from here, next to piazza Bologna, at the top of via Livorno, is a memorial tablet where Eugenio Colorni suffered a fatal wound in May 1944. There were still few days before the liberation of Rome, and Colorni, a poignant philosopher, former political prisoner in "confino" and leader of clandestine Italian Socialism, had clandestinely published the Ventotene Manifesto with a new and illuminating premi-

se. The one where it was already pointed to, among many other aims of the European Federation, a single currency, un-debatable success of these years, yet a pure utopia until almost yesterday.

Spinelli's thought and teaching do not belong to the past, but are embedded in the Italian culture and politics in the present. Most of you, who are attending this meeting or will make your presentations in a short while, are entitled to interpret and express, not only and not so much for the offices you hold, but more for a personal and cultural support, Spinelli's heritage.

Minister Rutelli, you are here certainly to comply with an institutional duty, as national committees are linked up to your Ministry. But in 1989 you signed, along with the European federalists, a proposal of a popular law promoting the first referendum in order to know how much the Italian people supported a supranational political Europe.

In that referendum 89% of the votes were in favour and brought a determining support to the Italian Government during the preparatory stage of the Maastricht treaty, during which Emeritus Presidents of the Republic, Oscar Luigi Scalfaro and Carlo Azeglio Ciampi, Senator Giulio Andreotti, Minister of Economy Tommaso Padoa Schioppa acted in unison to provide Europe with a political, economic and monetary Union – each according to their then responsibilities and today all members of our Honorary Committee.

Apart from the European themes, Spinelli's thought is topical on issues that are still open within Italian society. A significant part of the Ventotene Manifesto, which you will soon listen to, is dedicated to social reforms post war. There are proposals on young people and work, which are still valid today.

The Committee hope, one more, that Spinelli's message and today's problems join in creative synthesis. The sufferance and dedication in political passion of the past can give soul to today's dilemmas, providing determination and bold solutions, and above all motivating young people and workers again for the action. And this should happen both in our country and in the political, cultural and social arena of Europe, in the "public space" in Europe, still to be completed, which will be the foundation and support of the EU Constitution, the Federal European Constitution.

Therefore, "La Sapienza" has established this Committee for three purposes:

- first, twenty years after the great federalist's death, to initiate a scientific investigation into all the aspects of his protean personality, from the essentials of his familiar and cultural identity and the contents of his philosophical and political elaborations, to the forging of his political strategy, and to the praiseworthy mutual fertilization between literature and life, spread in all his books;
- secondly, to promote dialogue and reflection with the institutions, political forces, and social forces, in order to favour a generalized introduction of Spinelli's federalist message into the cultural heritage of the ruling elite in our country;
- finally, to stimulate a spiritual, let's call it, confrontation between the young people, students, citizens and Spinelli, the exemplary man – even if not without the same faults all of us have – of uncompromising temperament, tough-minded sometimes even unfriendly, but at the same time sensitive, educated, generous: a human and intellectual figure whom one would like to meet more frequently in our country.

The path we have started to walk today will go then to the rest of our peninsula, and will reach all the places linked to Spinelli's family origins, his prison experiences, his political initiatives, while facilitating thorough observations, discoveries, identifications and mobilising intellectual and organisational energies. Contemporarily, it will lead us towards high moments in the Chamber of Deputies, the Senate and other institutional venues, also in Brussels, where we have already found them amenable to organizing events of absolute interest.

In 2008, in Rome, at the Municipality of our city – let's hope in Campidoglio – we will conclude our journey, with a closing event. Which is meant however to be a starting point, not a destination: 2009, when there will take place next elections to the European Parliament, will be, in fact, the year of the definitive choice for a European Constitution, Altiero Spinelli's dream.

Verso la Costituzione europea. Il messaggio di Altiero Spinelli, padre del federalismo europeo. Intervento introduttivo (Convegno inaugurale delle attività del Comitato Nazionale Altiero Spinelli. Roma, 6 dicembre 2006)

Renato Guarini¹

Autorità, docenti, studenti, signore e signori

Ho il piacere e l'onore di inaugurare le attività del Comitato nazionale per le celebrazioni del centesimo anniversario della nascita di Altiero Spinelli, padre del federalismo europeo, porgendo innanzitutto i più fervidi saluti al Capo dello Stato, Giorgio Napolitano, che ringrazio sentitamente per la sua presenza qui con noi e per l'Alto Patronato concesso al nostro Comitato, di cui mi onoro di essere presidente.

Saluto ancora il vicepresidente del Consiglio e ministro per i Beni e le attività culturali, Francesco Rutelli, presidente onorario del nostro Comitato nazionale, Comitato che è stato istituito con decreto del 26 aprile 2006, proprio a firma del ministro dei Beni e delle attività culturali.

Un sentito ringraziamento va infine al Dipartimento di Storia moderna e contemporanea di questo Ateneo, alla cui iniziativa si deve la proposta e l'attivazione del nostro Comitato.

Il titolo scelto per questo nostro incontro, "Verso la Costituzione europea. Il messaggio di Altiero Spinelli, padre del federalismo europeo", intende valere oltre l'evento di oggi ed esprimere sostanzialmente le finalità del Comitato, nel suo programma complessivo di lavoro, che durerà fino al 2008.

Il nostro intento è infatti quello di commemorare la figura umana, intellettuale e politica di Spinelli, sottolineando al tempo stesso l'attualità della sua opera in riferimento ad un tema fondamentale del presente, qual è il progresso dell'unificazione europea, con al centro la Costituzione dell'Unione, oggi in fase di pur faticosa ratifica.

Tutti sappiamo infatti che la figura di Altiero Spinelli e l'obiettivo della Costituzione europea costituiscono un binomio inscindibile, dal momento che è proprio con il metodo costituente e con la instaurazione di uno Stato federale europeo, fondato su una Costituzione democratica, che si identifica l'originalità, la forza, la persuasività intrinseca del messaggio dell'antifascista confinato nell'isola di Ventotene, riconosciuto in tutta Europa come un protagonista imprescindibile dei movimenti di unificazione del nostro continente.

L'intera Europa riconosce infatti all'*alumno* della Sapienza (Spinelli si era iscritto a Giurisprudenza ma non terminò gli studi perché a vent'anni era già in carcere) il merito di aver promosso, da europarlamentare, il progetto di trattato di Unione europea,

¹ Magnifico rettore dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

chiamato appunto progetto Spinelli, che venne approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio del 1984, e che costituisce l'antecedente diretto dell'attuale trattato-costituzionale appena ricordato.

Correva allora la prima legislatura del Parlamento europeo eletto a suffragio universale diretto, iniziata nel giugno del 1979, dalla quale l'antico prigioniero e confinato non poteva certo restare assente, desideroso com'era di concludere con un ennesimo contributo di pensiero e di azione la sua coraggiosa e attivissima esistenza.

Personalità grandissima, dunque, quella che ispira il nostro Comitato, eppure forse non ancora abbastanza conosciuta e familiare alla cultura del nostro Paese, come noi invece auspicheremmo, e come le nostre iniziative, che si terranno un po' ovunque in Italia, cercheranno di contribuire a rendere. A tale proposito, sottolineo l'importanza che il nostro Comitato riserverà alla figura di Spinelli come uomo e come scrittore.

Fra pochi minuti saranno letti alcuni brani dell'autobiografia di Spinelli, scritta in età ormai tarda, "Come ho tentato di diventare saggio", insieme ad alcuni passi del Manifesto di Ventotene, il riferimento intellettuale del federalismo europeo, scritto al confino nell'isola laziale nell'estate del 1941 insieme a Ernesto Rossi, un altro grande intellettuale italiano.

Ebbene, credo che voi tutti riconoscerete la forza e la bellezza delle pagine di Spinelli, che potremmo ormai considerare un classico del pensiero, e anche della narrativa, del nostro paese, come speriamo il ministero della Pubblica Istruzione possa riconoscere, consigliandone la lettura nelle scuole.

Ma consentitemi di soffermarmi ancora su questo aspetto: Altiero Spinelli come risorsa non ancora abbastanza valorizzata e interiorizzata a livello collettivo nel nostro paese, ed anche in Europa, eppure, al tempo stesso, Altiero Spinelli come presenza pervasiva, fondante e continuamente presente nella nostra vita pubblica assai più di quanto non si comprenda a prima vista.

Mi pare segno di questa stessa continuità il fatto che il nostro Presidente Napolitano, non appena eletto, abbia voluto recarsi personalmente nell'isola di Ventotene, assieme agli esponenti del Movimento federalista europeo, per affermare l'importanza del Manifesto come uno dei momenti più alti della Resistenza italiana e come fondamento dell'impegno europeistico della nostra Repubblica.

I segni di questa continuità sono molteplici. Ricordiamo la circostanza che questa nostra università si trova in qualche modo avvolta dalle memorie dell'esperienza di Spinelli e dei suoi compagni di lotta politica.

Proprio qui a San Lorenzo si verificarono eroici episodi di ribellione all'ingresso delle camicie nere al momento della marcia su Roma, che appartennero alle prime prese di contatto di Altiero Spinelli con la realtà - lo racconta lui stesso - e lo orientarono subito verso l'opposizione al nazionalismo, più ancora che alla lotta di classe, benché egli decidesse di militare nel partito comunista, meritandosi presto il compiacimento di Gramsci.

Proprio a pochi passi da qui, vicino a piazza Bologna, all'inizio di via Livorno, dove oggi si trova una lapide, cadde ferito mortalmente, nel maggio del '44, Eugenio Colorni. Mancavano pochi giorni alla liberazione di Roma, Colorni, acuto filosofo, anch'egli ex confinato politico e leader del socialismo italiano clandestino, aveva dato poco prima alle stampe l'edizione clandestina del Manifesto di Ventotene con una nuova, illuminante prefazione. Quella in cui si additava già allora, fra i tanti traguardi

della federazione europea, anche la moneta unica, indiscutibile successo dei nostri anni, ma rimasta fino a ieri confinata come obiettivo puramente utopico.

Il pensiero e l'insegnamento di Spinelli non appartengono al passato, bensì permeano la cultura e la politica italiana nel presente. La gran parte di coloro che oggi assistono a questo evento o che interverranno a breve hanno titolo a interpretare ed esprimono, non solo e non tanto per gli incarichi che ricoprono, ma per una adesione personale e culturale, l'eredità di Spinelli.

Ministro Rutelli, lei oggi è qui sicuramente per dovere istituzionale, dal momento che i comitati nazionali fanno capo al suo ministero. Ma nel 1989 lei è stato fra i firmatari, assieme ai federalisti europei, della proposta di legge popolare che ha promosso il primo referendum di indirizzo, fra il popolo italiano, per conoscerne l'adesione alla scelta dell'Europa politica e sopranazionale.

Da quel referendum risultarono favorevoli l'89% dei voti espressi, contribuendo in maniera determinante a sostenere il governo italiano nella fase preparatoria del trattato di Maastricht, nel corso della quale i presidenti emeriti della Repubblica, Oscar Luigi Scalfaro e Carlo Azeglio Ciampi, il senatore Giulio Andreotti, l'attuale ministro dell'economia Tommaso Padoa Schioppa, ognuno nella responsabilità allora ricoperta e oggi tutti membri del nostro comitato d'onore, operarono all'unisono per dare all'Europa un'Unione politica e un'Unione economica e monetaria.

L'attualità del pensiero di Spinelli prosegue oltre i temi europei, riguardando questioni sulle quali la società italiana si interroga tutt'ora. Una parte importante del Manifesto di Ventotene, che ascolterete fra breve, è dedicata alle riforme sociali del dopoguerra. Vi sono contenute proposte, riguardanti i giovani e il mondo del lavoro, che restano ancora oggi valide.

La speranza del nostro Comitato, ancora una volta, è che il messaggio di Spinelli e i problemi del presente si congiungano in una sintesi creativa. Le sofferenze, la dedizione, la passione politica del passato possono dare anima, determinazione e soluzioni coraggiose ai dilemmi dei nostri giorni, restituendo soprattutto ai giovani e ai lavoratori le motivazioni per l'azione. E questo, sia nel nostro Paese che nell'agone politico, culturale e sociale europeo, cioè nello spazio pubblico europeo, in gran parte ancora da costruire, che dovrà dare fondamento e sostegno alla Costituzione dell'Unione, la Costituzione federale europea.

La Sapienza ha quindi promosso questo Comitato con tre finalità principali:

- in primo luogo, l'avvio, a venti anni dalla scomparsa del grande federalista, di una riflessione scientifica su tutti gli aspetti della sua multiforme personalità, dai fattori costitutivi della sua identità familiare e culturale ai contenuti dell'elaborazione politico-filosofica, alla messa a punto della strategia politica, alla mirabile fertilizzazione reciproca fra letteratura e vita, presente nei suoi scritti.

- in secondo luogo, la promozione di occasioni di dialogo e di riflessione con le istituzioni, le forze politiche, le forze sociali, per favorire un generalizzato inserimento del messaggio federalista di Spinelli nel patrimonio culturale dei ceti dirigenti del Paese;

- infine, l'incoraggiamento di un confronto spirituale, chiamiamolo così, fra il singolo giovane, studente, cittadino e l'uomo Spinelli, espressione esemplare, sia pure non senza i difetti che sono propri di ognuno di noi, di una tempra non disposta al compromesso, determinata, talvolta addirittura scostante, ma al tempo stesso sensi-

bile, colta, generosa: una figura umana e intellettuale che vorremmo incontrare più frequentemente nel nostro paese.

Il percorso iniziato oggi si estenderà lungo la penisola, raggiungendo le località legate alle origini familiari, alle esperienze carcerarie, alle iniziative politiche di Spinelli, favorendo approfondimenti, scoperte, identificazioni, mobilitazioni di energie intellettuali e organizzative. Al tempo stesso troverà momenti alti alla Camera, al Senato e in altre sedi istituzionali, anche a Bruxelles, dove abbiamo già riscontrato la disponibilità a organizzare eventi di assoluto rilievo ed interesse.

Nel 2008, a Roma, presso il Comune della nostra città, speriamo in Campidoglio, concluderemo il nostro iter, con un incontro di chiusura. Che sarà peraltro un punto di partenza, non di arrivo: il 2009, nel quale si terranno le prossime elezioni del Parlamento europeo, sarà infatti l'anno delle scelte definitive sulla Costituzione europea, sognata da Altiero Spinelli.



