



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 Roma

3
2006
settembre/dicembre

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

- **Lorenzo DEL FEDERICO**
Domestic Tax Advantages and State Aids Between Constitutional Principles and Community Law 3
Agevolazioni fiscali nazionali ed aiuti di Stato, tra principi costituzionali ed ordinamento comunitario 19
- **Piergiorgio VALENTE**
EU Tax Base: The Evolution of Company Taxation: Supranational Coordination and Interstate Competition 35
Base imponibile europea: evoluzione della fiscalità d'impresa tra coordinamento sovranazionale e competizione interstatale 65

Sezione II - Documenti commentati

Section II - Commented documents

- Italy – Agenzia delle Entrate (Revenue Agency) – Resolution no. 9/E of 17 January 2006**
Request for a ruling under Article 11 of Law no. 212 of 27 July 2000 – IRES (Corporation tax) – Taxable Persons – Transfer of the registered office of a company incorporated under foreign law to Italy – When a company is deemed to be resident in Italy for tax purposes – Article 73, paragraph 3 and 76, paragraph 2 of Presidential Decree no. 917 of 22 December 1986. 101
- **Carla LOLLIO**
The transfer of registered office to Italy and taking up of tax residence 101
- Italia – Agenzia delle Entrate – Risoluzione n. 9/e del 17 gennaio 2006**
Istanza di interpello ex art. 11 della legge 27 luglio 2000 n. 212 – IRES – Soggetti Passivi – Trasferimento della sede legale in Italia da parte di società costituita all'estero – Periodo di imposta in cui la società è da considerarsi fiscalmente residente in Italia – Art. 73, comma 3 e 76, comma 2, del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917. 113
- **Carla LOLLIO**
Riflessioni sul trasferimento della sede legale di società in Italia e sull'acquisto di residenza fiscale 113
- Italy – Agenzia delle Dogane (Customs Agency) - Circular 28 aprile 2006 no. 16\D**
Customs warehousing procedure for the purposes of VAT and excise

duties - Provisions concerning the granting of authorization and the operation of warehouses - Type E Warehouse 125

• **Massimo FABIO**

Customs planning: the pan-european customs warehouse and circular no. 16/D issued by Customs Agency 125

Italia – Agenzia delle Dogane - Circolare 28 aprile 2006 no. 16\D

Regime del deposito doganale fiscale ai fini accise e ai fini IVA - Modalità operative per il rilascio di autorizzazioni e per la gestione dei depositi - Deposito doganale tipo E 129

• **Massimo FABIO**

Pianificazione doganale: il deposito doganale paneuropeo e la circolare n. 16/D dell'agenzia delle dogane 129

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

• **Anna RITA CIARCIA e Marina AGUILAR RUBIO**

The Tax Regime of Cultural Patronage in Italy and in Spain. A Comparative Analysis (Abstract) 137

Il regime tributario comparato del mecenatismo nell'ordinamento giuridico italiano e spagnolo 139

• **Olimpia Esposito DE FALCO**

Individuals and Tax Residence in Community Law: Recent Interventions of the European Court of Justice (Abstract) 165

La residenza fiscale delle persone fisiche nella normativa comunitaria alla luce dei recenti interventi della Corte di giustizia 167

• **Laura MARRA**

La clausola della nazione più favorita e le convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione tra i Paesi membri dell'Unione europea 191

• **Pietro SELICATO**

The "Most Favoured Nation Clause" and Bilateral Double Taxation Treaties Between Member States of the European Union (Postil) 217

La clausola della nazione più favorita e le convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione tra i paesi membri dell'Unione europea (postilla) 219

- **Pietro SELICATO**

International Conference “National Fiscal Sovereignty: Integration and Decentralization” (Ravenna, 13 – 14 October 2006) 221

Convegno Internazionale su “Sovranità fiscale degli Stati tra integrazione e decentramento” (Ravenna, 13 – 14 ottobre 2006) 233

- **Pietro SELICATO**

Federica Persano, La cooperazione internazionale nello scambio di informazioni – Il caso dello scambio di informazioni in materia tributaria (Giappichelli Editore, 2006) 247

Federica Persano, La cooperazione internazionale nello scambio di informazioni – Il caso dello scambio di informazioni in materia tributaria (Giappichelli Editore, 2006) 251

SEZIONE I

DOTTRINA

Academic essays

Domestic Tax Advantages and State Aids Between Constitutional Principles and Community Law*

by Lorenzo Del Federico**

CONTENTS: 1. *Premise* - 2. *The nature of tax advantages; The Italian experience: exemptions and exclusions* - 3. *Following: examples of tax advantages* - 4. *The Constitutional ground for tax advantages* - 5. *State aids in Community law: prohibitions and justifications* - 6. *Fiscal State aids* - 7. *Conclusion*.

1. Premise

Reflections on the legality of domestic tax advantages, poised between Community prohibitions of State aid and Italian constitutional principles, make it firstly necessary to fix strict limits to the field of investigation.

First, it seems appropriate to drop all the procedural aspects, concerning controls, safeguards, legitimate expectations, etc., and to focus on essential aspects. In this context it seems likewise sensible to pass over the relationship between Community and domestic law, with respect to which general theory has reached an appreciable balance, as well as the issue of sources, with respect to which the tax investigation would actually risk losing its own specificity.

The lawmaker in Italy (as in each Member States) faces substantial limits in governing tax advantages, both from the Constitution and the European Treaty.

However, in the last years the debate on tax advantages has hinged on Article 87 of the EC Treaty, which has taken over the traditional core role of Article 53 of the Italian Constitution; for a long time Community principles have prevailed over national constitution. Moreover, Italian scholars are urged to take into more account the concept of tax advantage as moulded by the Community law and the case law of the European Court of Justice, even if affected by the particular Community perspective; the creation and application of domestic law by now are strongly conditioned by Community rules, which can be direct and/or indirect, formal and/or substantial¹.

* Presentation made at the V Conference of International Taxation "Spring in Naples", held in Naples and Caserta on 4-5 May 2006, upon the initiative of the Department for Legal Sciences of the Second University of Naples, on the issue "Aiuti di stato, fiscalità di vantaggio e potestà tributaria nazionale"[State aid, fiscal favours and taxing powers of the States]. Translated in English by Claudia Calogero.

** Tax Law Professor at the University of Chieti-Pescara.

¹ FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, 203; ID., *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario*, in "Riv. dir. fin.", 1998, I, 84; BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni*, in "Rass. trib.", 2002, 421.

And it is just the case of pointing out that this occurs for all the various legal systems in each Member State, including those where studies of tax advantages are deeply rooted in the dogmatics².

It is well known that Community law considers tax advantages primarily in the light of free competition, with a view to securing equal conditions between economic operators and to preventing preferential treatments through State aids³.

Moreover, if the original scope of tax provisions included in the EC Treaty is to secure the widest and freest competition to improve the Internal Market in all Member States – which makes incompatible a more burdensome taxation on foreign products and non resident enterprises – the current scenario turns out to be much more intricate.

The advanced stage of the European Union process, the completion of the Single Market and the advent of the Euro have exacerbated the issue of tax competition among Member States, so that preferential regimes have a significantly topical impact, and alert the attention of Community institutions, Member States and economic operators.

In this context, the monitoring and examining of fiscal State aids have strongly increased, while (fiscal and non fiscal) State aid maintains a fundamental role in achieving objectives of economic policy in each Member State, as well as in the Union and in the Community⁴.

At the European Community level, the concept of tax advantage is not clearly identified, as it is embedded in the broadest notion of State aid; moreover, its significance is not in theory but only in practice, when its application upsets the equal conditions under which enterprises are expected to operate. The disvalue is placed on State aid that can alter these equal conditions, and therefore those aids favouring certain production sectors rather than others, certain territorial areas to the detriment of others, certain operators to the damage of others. Under the latter aspect, it is to be pointed out that while the original concern was likely to guarantee an equal treatment to non residents launching production activities in the territory of a State, by preventing the application of damaging provisions, today – in the context of national legislations aiming at favouring the de-taxation of foreign-source capital gains – a new need is emerging: to prevent, or at least to control, measures aimed at attracting capital and activities in the territory of a State⁵. More generally, State aids, also in their more linear form of direct financial payments, have been criticized under the (distorting) aspect of “subsidy shopping”: in fact, the instrumental relocation of

² It is sufficient to consider how many lists and surveys exist on the matter, a phenomenon that has spread out in major extra-European countries, apart from the European Community context, upon the initiative of OECD and European Commission (see FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* op.cit. p. 126).

³ See for example SCHINA, *State Aids under the EEC Treaty Articles 92 to 94*, Oxford, 1987, 30; MORSON, *Aides d'Etat*, in *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*, Paris, 1993; BAUDENBACHER, *A Brief Guide to European State Aid Law*, London, 1998; BALLARINO – BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1998; ORLANDI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, 43; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, 475; HANCHER – OTTERVANGER – SLOT, *E.C. State Aids*, London, 1999; PINOTTI, *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, 5; CIPOLLINA, *I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, 2003, 97; DAMIANI, *Libertà europee e imposizione fiscale*, Milano 2004, 46, 175.

⁴ Think of the so-called Lisbon Strategy.

⁵ FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* op.cit., 117; BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni* op.cit.

potential beneficiary undertakings between Member States is often without any real benefit in respect of the European Union's goals⁶.

As a matter of fact, the core of Community criticism has been moving from damaging discrimination on to incentive selection, and, under the perspective of in our examination, to fiscal favours.

Consequently, new perspectives and suggestions come to light in the study of tax advantages.

2. The nature of tax advantages. The Italian experience: exemptions and exclusions

So far, the Italian system has had a traditional approach to the issue of tax advantages by defining concepts and legal categories, differently from the Community examination, which long since has been strongly conditioned by the typical functional concepts of the case-law of the European Court of Justice.

A part of Italian jurisprudence consider the category of tax advantages as a genus containing the species of tax exemption and, in the opinion of some, tax exclusion too, which are both characterised by non-taxation, that is by the inexistence of the "*an debeatur*" (the question about whether or not the tax is applicable). According to another part of jurisprudence, the general category of tax advantages would contain tax mitigations, which results either in a substantial reduction in the tax amount or, at least, in streamlined schemes of tax application. However, the prevailing approach is that studies on tax advantages should deal with situations of absolute non-taxation, like exemptions and exclusions, and yet maintaining a certain distinction between the two phenomena⁷.

Conversely, traditional jurisprudence opposes the categories of tax exemption distinctly to the category of tax advantage, this latter including only those treatments implying a lower (but existing) burden of taxation or formal simplifications.

The distinction between tax exemption and exclusion should then be found in the fact that tax exclusions can be referred to the structure itself of the tax. Essentially, tax exclusion provisions would contribute to define the scope of tax, by way of delineating more precisely the taxable base and the taxable event and to identify consequently facts, conditions and persons subject to taxation. On the contrary, tax exemptions would introduce derogations to the rules defined – with respect to the scope of tax – by taxing and tax exclusion provisions, through the exclusion from payment facts that would otherwise fall within the scope of the tax.

This traditional distinction, which also tries to explain exemption on the grounds of the underlying extra-fiscal interests⁸, involves that the concept of tax advantage

⁶ See European Parliament, Report on State aid reform 2005-2009, Committee on Economic and Monetary Affairs- A6-0009/2006.

⁷ LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968; ID., *Esenzioni e agevolazioni tributarie*, in "Enc. giur.", ID., *Le agevolazioni tributarie*, in "Trattato di diritto tributario", directed by A. Amatucci, I, I, Padova, 1994, 401; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali op.cit.*, 32.

⁸ FICHERA, *Le agevolazioni fiscali op.cit.*, 63; see, also by the same author, *Imposizione ed extrafiscalià*, Napoli, 1973.

may cover exemptions but not exclusions: only exemptions would have the typical feature of a tax advantage – i.e. a favourable treatment based on a derogation – and this would bring them near to other kinds of tax advantage, from which they differ as they concern the “an” (the question of whether or not the tax is due) and not the “quantum” (the question of the tax amount to be paid)⁹.

In this perspective, ordinary taxation rules, stemming from taxing provisions and tax exclusion provisions, face special or exceptional treatments or derogations, stemming from the application of tax exemptions or advantages (which can be identified in provisions establishing a reduction in the taxable income, the tax or the rate, deductions from the tax or from the taxable income, tax credits, tax allowances, substitute tax regimes and lump sum payments – as it will be indicated in § 3 and 4 below, it is the Community that urges the examination of procedures, mere deferments, administrative settlement of tax relationships, etc., from the point of view of “fiscal favours”).

Even if it is subscribed by many, this concise outline is not completely uncontroversial: in particular, it has been critically pointed out that the identification of an autonomous rule of tax exemption – establishing legal paradigms that are meant only to prevent the effects of taxing provisions – is not only problematic where the existence of an autonomous rule of exemption is denied, but it also builds an artificial separation across normative provisions, which instead are to work within their framework. In fact, this is the only way to perceive the intention of the law-maker, by extracting a unitary rule from various provisions, unitary rule that contemporaneously covers taxable facts and situations benefiting from tax mitigation or even exemption. Consequently, the distinction between exclusion and exemption blurs significantly, leading to doubt as to whether it is really useful, as the purpose of the law-maker is evaluated through the interpretation: a purpose that is inside the logic and consistency of the tax in the field of exclusions, and an extra-fiscal purpose in the field of exemptions¹⁰.

Courts pragmatically tend to deny with more decision the distinction between exemption and exclusion and emphasize that the concept of tax advantage should cover both categories¹¹, and this approach becomes undoubtedly important also with reference to the Community prohibition of State aid.

Anyhow, this debate has paved the path to a technical definition of tax advantages, which notoriously have not a positive categorization on their own (in Italy and other Member States, at least).

⁹ LA ROSA, *Esenzioni e agevolazioni tributarie* op.cit., 133; ID., *Le agevolazioni tributarie* op.cit.; BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni* op.cit.

¹⁰ FEDELE, *Profilo dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili*, Napoli, 1966, 98, 109; ID., *Esclusioni ed esenzioni nella disciplina dell'Iva*, in “Riv. dir. fin.”, 1973, I, 146; D'AMATI, *Fondamento giuridico delle agevolazioni tributarie per l'industrializzazione del Mezzogiorno*, in “Dir. Prat. Trib.”, 1968, I, 465; ID., *Agevolazioni ed esenzioni tributarie*, in “Noviss. Dig.”, Appendice; ID., *Cenni problematici sulle agevolazioni fiscali*, in “Dir. Prat. Trib.”, 1994, I, 369; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* op.cit. 56;

¹¹ Judgement of Italian Constitutional Court of 6.12.1984, no. 277; judgement of Italian Constitutional Court of 11.7.1989, no. 387; judgement of Italian Supreme Court, Tax Section, 16.9.2005, no. 18418, in “Trib. loc. e reg.”, 2006, 105. However, there are also favourable judgements to the distinction, see for example judgement of Italian Constitutional Court of 23.12.1997, no. 431.

In fact, according to a widespread theory, advantages and exemptions are not classified as exceptions being preferred the use of the more neutral concept of derogation (the approach is almost dominant in jurisprudence but opposed by courts with respect to analogy and extensive interpretation).

Moreover, difficulties in delineating the concept of advantage seem to be important for a dogmatic qualification rather than for identifying a particular legal regime.

Certainly, the term “advantage” is of immediate understanding in common and legal language, and therefore a conclusive approach should necessarily differentiate those favourable treatments that do not fall within the derogation scheme, in following the logic of taxation. But the basic difficulty remains, as it is necessary to identify the scope of the ordinary taxation in respect of which the advantage is a derogation; this is simple where an economic and theoretical model of tax is adopted, with respect to which any deviation would be considered an advantage (if it mitigates the taxation), but it is extremely complicated where there are specific legal structures and consequently complex provisions.

In any case, it is to appreciate that a more thorough concept has been worked out by those scholars who have studied more carefully the issue of tax advantages, not only on the basis of most recent approaches in “fiscal favours”, but mainly on the basis of the Community and comparative law.

This scheme combines structural and functional aspects and thereby identifies three features in tax advantages:

- to have the nature of a derogation;
- to have favourable effects;
- to serve a promotional function¹².

However, not only are the administrative practice and court decisions strongly focused on functional aspects (see § 4 e 5), but this approach is diffused also among Italian scholars.

In fact, according to the other fundamental approach, which is markedly functional, there is a tax advantage where the tax provision is only instrumentally involved, and is formally derogated, so that the notional payment of tax corresponds to the concession of an equal benefit, which neutralizes partially or totally the tax burden. It is therefore recognized that the qualification of tax advantage must cover only those cases implying a fiscal expenditure, where subsidies are granted directly by resorting to taxation, and not indirectly by way of other measures: actually, it would be immaterial to grant these subsidies by State contributions and similar aids, without resorting to taxation¹³.

This functionalist approach to the concept of tax advantage would result in excluding all erosions of the taxable base that are legitimate within the legal system because of the lawmaker’s structural choices, even if they conform to extra-fiscal criteria.

Undoubtedly, the functional approach allows to understand, in the field of each single tax, the inseparably intertwined between fiscal and extra-fiscal purposes that often can be distinguished only through sophisticated and arbitrary comparisons; however, this

¹² FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* op.cit.56;

¹³ LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie* op.cit.

approach does not formulate a notion of advantage internal to the tax system and, from a financial point of view, arrives at considering tax advantage similar to State grants.

But the consideration that an advantage is similar to State grants may be criticized by a more functional approach, which shows no restraint in qualifying also promotional measures of procedural kind as State aid (see below § 4 and 5).

Then, the usual contrast between structural and functional theories (which is manifested well beyond the boundaries of tax law) brings about the need to overcome an excessively dogmatic approach: this has led the dominating jurisprudence, as supported by court decisions, to frame provisions on advantages into the general legal system. In fact, it is necessary first to take into account the function played by the rule whose scope is under discussion; that is, it is necessary to pay attention to the relationship between cases subject to ordinary treatment and cases subject to derogation. Moreover, derogation should function as a favour and – on the basis of reasons that are unconnected to the structure of single tax – avoid the application of common regime to specific cases, which are considered to deserve (on the basis of extra-fiscal reasons) a mitigation of taxation and/or formal burdens linked to taxation¹⁴.

According to this point of view, tax advantages in the strictest sense are not supposed to cover subsidies granted to taxpayers in the form of tax allowances or tax credits to be applied to cases that are not connected to taxation (think of scrapping incentives and recent employment incentives and note the difference, for example, with aids to industry in re-investing profits). In these cases, the determination of tax is not subject to any derogation and aid to industry is granted only at the payment, when the tax credit will be set off against the taxpayer's debts, whence the instrument has not a tax but a financial value.

Obviously, although a tax advantage in the strictest sense should not be identified, this does not exclude that a State aid could be identified under Article 87 of EC Treaty.

3. Following: examples of tax advantages

There are a variety of tax advantages, ranging from a total release from tax payment, and sometimes also from formal burdens, to tax abatements, which are applied directly to the tax (tax reductions, tax credits, deductions), or to the rate, or further upstream to the taxable base (deductions, reductions, exemptions, basic abatements, lump sum payments).

Obviously, often deductions from tax and income, tax credits, etc., do not result in an advantage as they complete the tax regime and achieve its objectives¹⁵.

It is sufficient to mention the VAT system: on the one hand, deduction, credit and refund, on the other hand all the cases of non-application, each having specific conditions and effects, which are distinguished in excluded or out-of-scope transactions, exempted transactions, non-taxable transactions, unlike any other tax regime¹⁶.

¹⁴ BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni* op.cit.

¹⁵ M. INGROSSO, *Il credito d'imposta*, Milano 1984, 89.

¹⁶ FANTOZZI, *Operazioni imponibili, non imponibili ed esenti nel procedimento di applicazione dell'Iva*, in *Riv. dir. fin.*, 1973, I, 138; FEDELE, *Esclusioni ed esenzioni nella disciplina dell'Iva* op.cit.

A tax advantage can be identified also in the deferment of tax liability by extending or suspending the payment period, and in regulations providing that administrative provisions grant relief for taxes already assessed through the tax-rolls.

According to the requirements defining them, tax advantages may be subjective, objective, territorial; according to the time duration, they may be temporary, permanent, instantaneous, periodic, or multi-annual when covering many tax periods; according to the scope of application, they may cover single taxes or groups of taxes, or they may be a general scheme for each tax¹⁷.

A relief purpose can be found also in regulations providing substitute taxation, which may be mere substitute regimes, substitute taxes in the strictest sense, amnesties with substitution effects (a more complex discussion should be made on pardons or rewarding exclusions of penalty, whose Community compatibility may be questioned under Article 87 of EC Treaty, even if they do not carry the connotation of tax advantage in the strictest sense).

4. The Constitutional ground for tax advantages

The constitutional principles that substantially legitimate the lawmaker's choices are the ability-to-pay principle and the equity principle.

There is a general consensus that tax advantages based on extra-fiscal reasons are compatible with the ability-to-pay principle, while there is an ongoing debate on the rank of these reasons, and therefore on the issue that tax advantages – as they consist in a derogation to the duty of contributing to public expenditure – should be justified by other constitutional principles, which are equal to, if not prevailing on, Article 53 of Italian Constitution¹⁸.

Tax policies, and within them tax advantages, are one of the main instrument of the fundamental promotional function of State action, which is positively aimed at fostering a substantial equal treatment.

The Constitution actually includes numerous indications for the ordinary lawmaker, which justify preferential tax regimes (protection of labour, savings, family, preferential consideration of co-operation, favour to access the ownership of dwelling houses, protection of craftsmanship, etc.).

With connection to criteria and values to be used in order to identify and balance underlying interests, and finally to justify the advantage, according to the most radical theory, the advantage can be based only on a reduced ability to pay in the case concerned¹⁹; conversely, according to the dominant approach, extra-fiscal reasons can

¹⁷ LA ROSA, *Esenzioni e agevolazioni tributarie* op.cit., ID., *Le agevolazioni tributarie* op.cit.; D'AMATI, *Fondamento giuridico delle agevolazioni tributarie per l'industrializzazione* op.cit.; ID., *Agevolazioni ed esenzioni tributarie* op.cit.; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* op.cit., 273; ZENNARO, *Agevolazioni fiscali – I, Tipi agevolativi e problemi procedurali* -, in "Digesto, disc. priv.", sez. comm.; DEL FEDERICO, *Miscellanea in tema di agevolazioni fiscali per il Mezzogiorno*, in "Rass. Trib.", 1995, II, 1322.

¹⁸ LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali* op.cit., 39, 46, 120; MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali – II, Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi* -, in "Digesto, disc. priv.", sez. comm., 73; FEDELE, *Profilo dell'imposta* op.cit., 98; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* op.cit. 125.

¹⁹ See in general MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali – II, Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi* op.cit. 84.

justify the aid also with respect to cases where the ability to pay is not lower than the ordinarily taxed.

According to the dominant theory, Article 53 does not serve as the legal basis of tax advantages, it being understood that it is necessary to verify whether the preferential treatment is reasonable and equitable under Article 3 of Constitution²⁰.

5. State aids in Community law: prohibitions and justifications

State aid should be examined within its source system, first, in the light of the safeguards for free competition, which are instrumental in implementing the European market, and, secondly, in the light of prohibitions of aids, as they can potentially distort competition.

However, prohibitions and justifications concerning State aid should be viewed in the framework of the Treaties' general principles, in consideration of the fact that the case-law of the European Court of Justice expanded the reference values, and that basic values of the European integration have been moving on from the original approach of a merely economic kind (think for example of fundamental human rights and circulation of European law general principles).

For our purposes, the following principles, as expressed in or however directly inferred from the Treaties, are worth of mentioning: – non discrimination on grounds of nationality (Article 12 of EC Treaty), which is considered one of the fundamental legal principles of the Community; – equality and non discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, etc. (Article 13 of EC Treaty); – free movement of goods (Articles 14 and 23 and 90 of EC Treaty); – free movement of persons (Articles 14, 39 and 61 of EC Treaty); – free movement of services (Articles 14 and 49 of EC Treaty); – free movement of capital (Articles 14 and 56 of EC Treaty); – freedom of establishment (Articles 14 and 43 of EC Treaty); – protection of competition (Article 81 of EC Treaty); – subsidiarity in relationships between the Community and Member States (Article 5(2) of EC Treaty); – proportionality of the Community action (Article 5(3) of EC Treaty); – fair co-operation between Member States and Community institutions (Article 7 and 10 of EC Treaty); – solidarity between Member States and Community institutions (Article 7 and 10 of EC Treaty).

Of absolute centrality is clearly Title VI of EC Treaty, which protects the principle of fair competition.

Articles 81 – 86 address fundamentally to economic operators and concern agreements, abuse of a dominant position, distortions deriving from monopolies or economic concentrations, etc.

Articles 87 – 89 (formerly 92-94) address instead to Member States and deal with the issue of aid.

The historic core of values consists of economic freedoms, that is the starting-point for the creation of the European Communities and Common European Market,

²⁰ LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali* op.cit.; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* op.cit. 145; BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni* op.cit.; Judgement of the Italian Constitutional Court 18.4.1991, no. 167. For further indications see the updated contribution by GALIERO, *Agevolazioni fiscali e costituzione*, in "Dir. prat. trib.", 2004, I, 724

considered a fundamental passage, but not the destination, in the European integration process.

In line with the underlying principles of European Treaties, fiscal neutrality is an affirmed concept.

This is the framework for Article 87(1) of EC Treaty, according to which “any aid granted by Member States 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, insofar as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market.”

However, while taking for granted the principle of fiscal neutrality²¹, the prevailing opinion cannot deny that the protection of competition should be balanced with other interests, which are protected by Community law, such as those pursued by the EU regional policy to improve the quality of life in certain disadvantaged areas, to promote employment and the equitable distribution of income²².

Moreover, it is well known that the Union intends ambitious and aggregative objectives, having as its tasks:- to promote economic and social progress and a high level of employment and to achieve balanced and sustainable development, in particular through the creation of an area without internal frontiers, through the strengthening of economic and social cohesion and through the establishment of economic and monetary union; – to assert its identity on the international scene, in particular through the implementation of a common foreign and security policy; – to strengthen the protection of the rights and interests of the nationals of its Member States through the introduction of a citizenship of the Union; – to maintain and develop the Union as an area of freedom, security and justice, in which the free movement of persons is assured in conjunction with appropriate measures with respect to external order controls, asylum, immigration and the prevention and combating of crime; – to maintain in full the *acquis communautaire* and build on it with a view to considering to what extent the policies and forms of cooperation introduced by this Treaty may need to be revised with the aim of ensuring the effectiveness of the mechanisms and the institutions of the Community (Article 2 of EU Treaty).

The Community has as its task, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing common policies or activities (Articles 3 and 4 of EC Treaty), to promote a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States (Article 2 of EC Treaty).

State intervention in economy appears to be an unavoidable instrument to achieve the objectives of the Union and the Community.

²¹ On neutral finance, constantly referred as a feature of Community system see, for example: BORIA, *L'anti-sovrano. Potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2004, 110; LA SCALA, *I principi fondamentali in materia tributaria in seno alla costituzione dell'Unione Europea*, Milano 2005, 375.

²² FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* op.cit. 90; ORLANDI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario* op.cit., 205; PINOTTI, *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza* op.cit., 116.

Article 87 therefore provides for some derogation to the general prohibition of State aid, which is however imposed only with respect to certain undertakings and the production of certain goods.

The wording is unambiguously clear when saying “save as otherwise provided in this Treaty...”, State aid “...shall, insofar as it affects trade between member States, be incompatible with the common market”.

Article 87(1) establishes, therefore, the prohibition of State aid as a principle – subject to the derogations provided for by the Treaty -, affirms that the common market is of central importance, considers only aids financed by State resources, establishes the principle of freedom of form, delineates the selectivity requirement for the preferential treatment, identifies competition as the interest protected by the rule, qualifies also the infringement of the rule as a crime of mere risk.

Article 87(2) then analytically clarifies that the following ones are certainly compatible with the common market:

- a) aid having a social character, granted to individual consumers, provided that such aid is granted without discrimination related to the origin of the products concerned;
- b) aid to make good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences;
- c) aid granted to the economy of certain areas of the Federal Republic of Germany affected by the division of Germany, in so far as such aid is required in order to compensate for the economic disadvantages caused by that division.

Moreover, according to Article 87(3), “The following may be considered to be compatible with the common market:

- (a) aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious underemployment;
- (b) aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State;
- (c) aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest;
- (d) aid to promote culture and heritage conservation where such aid does not affect trading conditions and competition in the Community to an extent that is contrary to the common interest;
- (e) such other categories of aid as may be specified by decision of the Council acting by a qualified majority on a proposal from the Commission.

Although this analysis does not deal with procedural aspects, it is proper to recall that on many occasions the European Court of Justice has clarified that the prohibition of State aid is not absolute and has held that “the intention of the Treaty in providing... for aid to be kept under constant review and supervised by the Commission is that the finding that an aid may be incompatible with the common market is to be determined subject to review by the Court by means of an appropriate procedure which it is the Commission’s responsibility to set in motion”²³.

State aids may be compatible with the Treaty when they achieve defined objectives of common interest and when they do not affect competition to an extent that is

²³ See, *inter alia*, judgement of the European Court of Justice of 27 March 1980, Case C-61/77 *Denkavit* ECR I-1205; judgement of the European Court of Justice of 21 March 1990, Case C-142/87 *Belgium v. Commission* ECR I-959.

contrary to the common interest²⁴. State aid should therefore be assessed with a view to striking the right balance between negative effects on competition and positive effects on common interests, where expected advantages in terms of common interests must overcome distortions in competition. The Treaty entrusts the European Commission with this task and, in truth, the Commission exercises its powers of administration taking into account that safeguards for competition should not be a hindrance to an effective and dynamic distribution of resources, as they must be connected with all other Community policies, in particular the economic and social cohesion.

From another point of view, it would be insensible to apply strictly the prohibition of State aid, given that the internal market has not involved the elimination of governments' responsibilities with respect to economic and financial stability, while strongly limiting protectionist measures and eliminating customs barriers. Moreover, it is well known that the introduction of the Euro and the conferral of relevant competences upon the European Central Bank removed from the Member States the power to exercise monetary policy, while enhancing the use of the fiscal leverage over economic decisions.

The dynamics of State aid play their part in the difficult balancing between the old principle of fiscal neutrality, the protection of competition and the weighting of interests protected by Community policies.

In basically criticising the principle of fiscal neutrality²⁵, this analysis relies on the assumption that fiscal policy does not fall within the competences of the European Union and the European Community.

Community law deals with taxation only to the extent that it constitutes a hindrance to achieve the objectives set out in the Treaties, and to this end it affects domestic tax systems by different ways.

First, it expressly provides for the prohibition, as between Member States, of customs duties and quantitative restrictions on the import and export of goods, and of all other measures having equivalent effect (Article 3(a) of EC Treaty).

To protect the free movement of goods, Article 23 of EC Treaty establishes that the Community is based upon a customs union which shall cover all trade in goods and which involves the prohibition between Member States of customs duties on imports and exports and of all charges having equivalent effect, and the adoption of a common customs tariff.

Articles 90, 91 and 92 of EC Treaty further contain tax provisions that are instrumental and additional to the priority of the free movement of goods. These provisions come alongside the prohibition of customs duties and other taxes having equivalent effect and aim to protect the free movement of goods in normal conditions of competition, through the elimination of any form of protection that may result from domestic taxation discriminating products from other Member States. Essentially, the absolute neutrality of domestic taxation is guaranteed with respect to the competition between domestic goods and import goods.

Secondly, broad sectors of domestic taxation are directly modelled according to Community law, which affects the structure and function of taxes through the harmonisation or approximation of Member States' legislations.

Prominent is Article 93 of EC Treaty, which provides for the harmonisation of legislations concerning VAT, excise duties and other forms of indirect taxation to

²⁴ Of great interest are the surveys on State aid made and published by the European Commission as from 1989.

²⁵ In the footsteps of FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* op.cit. 94; ID., *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* op.cit. 90.

the extent that such harmonisation “is necessary to ensure the establishment and the functioning of the internal market...”. It is one of the most immediate tax reflections of the fundamental economic freedoms as provided by Article 14 of EC Treaty, according to which – and it is just the case of pointing out, much beyond indirect taxation area – “The internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured”.

Then I would like to underline Articles 94 and 95 of EC Treaty on “the approximation of ... laws, regulations or administrative provisions of the Member States as directly affect the establishment or functioning of the common market” (Article 95(2) underlines the importance of fiscal provisions), and Article 293 of EC Treaty providing that Member States shall secure the abolition of double taxation within the Community.

Further, in some cases, Community law establishes principles for specific Community policies, which however should be observed when taxation is involved in the implementation of such policies. Think of the important Community policy on the environment, as provided by Article 174 of EC Treaty, “based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at a source and that the polluter should pay...”.

Well, although there is no doubt that fiscal policy does not fall within the competences of the European Union and the European Community and that the establishing of the common market is imbued with the principle of fiscal neutrality in origin, the ideological conformism to this principle cannot be subscribed.

It is nevertheless necessary to admit that generally the principle of fiscal neutrality is the fundamental standard for all actions against harmful tax competition²⁶.

Experience shows that fiscal State aids – which can be more or less manifest-affect thoroughly business planning. This explains why the European Commission is so proactive in monitoring fiscal aids granted by Member States to undertakings; further, this monitoring allows Community institutions to expand their competences in tax matters, without acting by the unanimity rule as required by the Treaties.

6. Fiscal State aids

There is agreement that in general terms a State aid is a measure which: (1) is granted by the State or through State resources; (2) confers on recipients an advantage; (3) is selective (favours certain undertakings or productions over others); (3) distorts or threatens to distort competition; (4) affects trade within the Community²⁷.

²⁶ LA SCALA, *I principi fondamentali in materia tributaria* op.cit., 423.

²⁷ In case-law, see: Judgement of the European Court of Justice of 2 July 1974, Case C-173/73, *Italy v. Commission*, paragraphs 26-27, ECR 723; Judgement of the European Court of Justice of 15 March 1994, Case C-387/92, *Banco Exterior*, paragraph 13, ECR I-877; Judgement of the European Court of Justice of 17 June 1999), Case C-295/97, *Piaggio*, paragraph 34, ECR I C-3735; Judgement of the European Court of Justice ECJ of 22 November 2001, Case C-53/00, *Ferrino*, paragraph 15, ECR I-9067, and among scholars: SCHINA, *State Aids under the EEC Treaty* op.cit.; MORSON, *Aides d'Etat* op.cit.; BAUDENBACHER, *A Brief Guide to European State Aid Law* op.cit.; BALLARINO-BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario* op.cit.; ORLANDI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario* op.cit., 125; HANCHER – OTTERVANGER – SLOT, *E.C. State Aids* op.cit., 25; PINOTTI, *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza* op.cit. 25; CIPOLLINA, *I confini giuridici nel tempo presente* op.cit., 100.

State aid is fiscal when the advantage granted or its selective nature carry a fiscal connotation.

In tax matters, the fundamental requirement of selectivity is difficult to identify (think of wide-ranging issues of harmful tax competition, amnesties, etc.)²⁸.

Fiscal State aids may be granted by the State to undertakings, households, State bodies, associations and non-commercial bodies, etc., but the prohibition is referred only to undertakings; consequently, tax advantages are admissible when granted to other recipients.

It is just the case to remember that, when applying State aid rules, the European Commission and the European Court of Justice adopt a very broad notion of undertaking. It covers any public or private entity having legal rights and subject to obligations, which carries on an economic and production activity; the purpose of making a profit is not significant, as it is sufficient that the activity is performed in accordance with sound economic practice²⁹.

Fiscal aid can be granted in most various forms: exclusion of some income items from the taxable base; reduction of tax rate for the whole taxable base or for a part of it; total exemption from the tax; depreciation facility; loss carry-over; cancellation, deferment or rescheduling of tax debt; preferential procedures of determining and/or complying with tax liability; special regimes overriding ordinary taxation; special tax regimes for specific areas of the territory of the State; free zones; taxes aimed at selective financing etc.³⁰.

With reference to preferential procedures, it is to remember that in 2003 the European Commission reviewed the ruling procedures adopted in Belgium and France³¹. It held that, in principle, State aid rules are not infringed when a system of advance ruling is applied to determine intra-group transfer prices, based upon a non-analytical method of determining the taxable basis, over a period of some years, provided that it does not result in a total exemption of specific profits and that the transfer price is determined on a case-by-case basis, taking into account all the variables concerned (nature of assets used and risks assumed in the relevant transaction). The Commission held also that it is however necessary to guarantee a minimum degree of transparency by way of publishing the essentials of the arrangement (the taxpayer's identity may be kept confidential), in order to limit discretionary practices of tax authorities³².

²⁸ This problem has poignantly been recognized by Community institutions, see in particular EU Commission, Fourth survey on State aid in the EU in the manufacturing and certain other sectors, Brussels, 1995, paragraph 10.5 of Annex 1.

²⁹ See the extremely delicate issue (which is still to be solved) of banking foundations – Judgement of the European Court of Justice of 10 January 2006, Case C-222/04, *Fondazione Cassa di Risparmio*. In this regard, on the issue of State aid, see: DEL FEDERICO, *La Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sulle agevolazioni per i redditi delle fondazioni bancarie: le problematiche comunitarie, processuali e sostanziali*, in "Riv. dir. trib.", 2004, II, 666.

³⁰ BAUDENBACHER, *A Brief Guide to European State Aid Law* op.cit.; ROCCATAGLIATA – MEDICI, *Normativa comunitaria in materia di aiuti concessi dallo stato alle imprese sotto forma di agevolazioni fiscali*, in "Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.", 1998, 620; FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* cit. 98; DAMIANI, *Libertà europee e imposizione fiscale* op.cit., 175.

³¹ Commission decision of 17 February 2003 C (2003) 564/F; Commission decision of 13 May 2003, C (2003) 1483/F.

³² On the theoretical framework of these issues, see for all EASSONS, *Tax Competition and Investment Incentives*, in EC Tax Journal, 1997, 63.

In connection to general procedural issues, and to the various types of ruling and administrative arrangement practices in tax matters, it seems appropriate to point out that the European Court of Justice acknowledges that a discretionary administrative practice takes on the features of a selective measure, while theoretically could be termed a general measure³³.

These new emerging perspectives lead to examine State aid (and tax advantages in general) taking into consideration, apart from the questions concerning the “an” and the “quantum” of the tax measure, the question of when the tax is due and also the question of how the tax is applied or assessed, namely how the administration settles on its relationship with the taxpayer.

In this regard, some scholars have recently pointed out that the Italian international ruling procedure, which was introduced by Article 8 of Decree-law D.L. no. 269/2003, as transposed into Law no. 326/2003, might be considered incompatible with the common market, in the light of the Commission’s guidelines, at least where it results in a reduction of the taxable income or in other tax advantages³⁴.

From the foregoing it becomes evident that, when matching Italian tax advantages with Community rules on fiscal State aids, the structural approach – which was the subject of long sophisticated studies by Italian scholars (in the past) – has lost its significance to the advantage of a mainly functional approach.

Actually, the prohibition contained in Article 87 of EC Treaty concerns tax (and extra-tax) measures granted by Member States, which distort competition in the common market by favouring certain undertakings or the production of certain goods, in so far as they affect trade between Member States.

It is such a broad definition that it covers those schemes that can be regarded as tax advantages under the Italian system, as well as those schemes that essentially favours the taxpayer – even if only indirectly – without affecting the instant case or even the model fact situation, but merely through procedural rules, which can be established in decisions specifically issued by the administration to the individual taxpayer.

Essentially, an aid is any selective advantage from which certain undertakings or the production of certain goods benefit by virtue of State intervention. Conversely, general tax reductions could not be regarded as State aid: in fact, although they imply a transfer of State resources to individual economic operators, they are not selective, as they apply to all undertakings, regardless of the activity performed, their location or size (it is evident the parallel between the selectivity in State aid and the derogation in the tax advantage– see above § 1).

³³ Judgement of the European Court of Justice of 26 June 1996, case C-241/94, *France v. Commission*, ECR I-4551, on the financial participation of the *Fonds National de l’Emploi* (National Employment Fund).

Generally, the issue was dealt with by the European Commission, XXIV Report on competition policy, Brussels, 1995, 199, according to which measures which are potentially open to all firms may be constitute State aid, where on a discretionary basis authorities decide to apply the measure to certain firms and/or to what extent, or where only some firms can actually benefit from the measure by reference to objective criteria; similarly, see EASSONS, *Tax Competition and Investment Incentives* op.cit., 82, and FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell’ordinamento comunitario* op.cit. 111, in particular note 36.

³⁴ In this sense, see LA SCALA, *I principi fondamentali in materia tributaria* op.cit. 397.

The European Court of Justice actually includes in the concept of aid all “measures which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without therefore being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect”³⁵.

7. Conclusion

The study of Italian tax advantages does not rely on many cases submitted to the Italian Constitutional Court for a judicial review. This is due to the fact that the administration does not raise any question of legitimacy as a general rule, the taxpayers do not have an interest in raising the question of legitimacy which could result in the annulment of favourable laws and lower courts refer to the Constitutional Court very rarely, given that usually the case is not of constitutional significance and generally the decision will not affect the constitutional legitimacy of the advantage. The Constitutional Court is usually called upon to issue extensive decisions, which expand the scope of application of the tax advantage to further unprovided cases.

The same happens, in different contexts, also in other major Member States’ systems.

The situation is completely different with respect to State aid: the European Commission carefully supervises aid and promotes countermeasures against Member States which infringe State aid rules; great attention is paid by interested Member State; national courts often refer to the European Court of Justice for a preliminary ruling on the interpretation of relevant rules –also at an advanced stage of the proceedings and ex officio; the system of removal and recovery of unlawful State aid is a quite penetrating tool against abuses.

Thus, it may be hypothesized that in the future State aid case-law will increase and the study on domestic tax advantage will not orientate the research on State aid any longer – rather the opposite (think of the increasing interest in the area of administrative practices, rulings, amnesties, composition offers etc.).

Typical of this expansion is the intervention of the European Commission and other European institutions (mainly, the European Court of Justice and the Court of First Instance) in non-harmonised areas, where however the fight against harmful tax competition is now a major objective³⁶.

This approach of Community institutions raises some perplexities, as notwithstanding the connection between tax measures that constitute harmful tax competition and tax measures that constitute a fiscal aid in the strict sense of the word, and thus covered by Article 87 of EC Treaty, the first ones would not have the same

³⁵ For example, see: Judgement of the European Court of Justice of 2 July 1974, case C-173/73, *Italy v. Commission* cit.; Judgement of the European Court of Justice of 15 March 1994, case C-387/92, *Banco Exterior*, paragraph 13 cit.; Judgement of the European Court of Justice of 17 June 1999, case C-295/97, *Piaggio*, paragraph 34 cit.; Judgement of the European Court of Justice of 22 November 2001, case C-53/00, *Ferrino*, paragraph 15 cit..

³⁶ SEC (96) 487, *Taxation in the Union- report on the developments of tax systems* (Monti Report) Brussels, 1996; COM (97) 564, *A package of measures to tackle harmful tax competition*, Brussels, 1997; COM (98) 384 *Commission notice on the application of State aid rules to measure of direct taxation*, Brussels 1998.

purpose. It would be therefore inappropriate to apply State aid rules to tax measures that constitute harmful tax competition without providing a preferential treatment in the strictest sense. While harmful tax competition is a rather indistinct concept, which was worked out to counteract the erosion of taxable base across Member States (the issue of apportionment of taxable income between different tax jurisdictions), State aid rules are directed to combat aid to undertakings resident in the territory of the State, which would benefit from undue advantages with respect to non resident undertakings, that resulting in a distortion of competition (the issue of protection of free competition)³⁷.

However, in the perspective of the European legal integration, which is the undisputed foundation of the Treaties, it is to consider with favour the Commission's approach – as supported by other European institutions favour – to acknowledge the OECD principles on harmful tax competition as soft law, and to promote relevant application in case of selective provisions by way of State aid rules under Article 87 of EC Treaty³⁸.

³⁷ In this sense, for example, the critical analysis by FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino 2003, 764.

³⁸ EASSONS, *Tax Competition and Investment Incentives* op.cit.; ID., *State Aids and the Primarolo List*, ibidem, 2001, 647; FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* op.it. 130; MONTI, *How State Aids affect Tax Competition*, in "EC Tax Review", 1999, 208; SCHON, *Taxation and State aid law in the European Union*, in "Comm. Market Law Review", 1999, 911.

Agevolazioni fiscali nazionali ed aiuti di Stato, tra principi costituzionali ed ordinamento comunitario*

Lorenzo Del Federico**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La natura delle agevolazioni fiscali: l'esperienza italiana; le esenzioni e le esclusioni - 3. Segue: la fenomenologia - 4. La giustificazione costituzionale delle agevolazioni fiscali - 5. Gli aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario: tra divieti e giustificazioni - 6. Gli aiuti di Stato fiscali - 7. Conclusioni

1. Premessa

Una riflessione sul tema della legittimità delle agevolazioni fiscali nazionali, in bilico tra il divieto comunitario degli aiuti di Stato ed i principi costituzionali italiani, rende preliminarmente necessaria una rigorosa delimitazione del campo d'indagine.

In primo luogo sembra opportuno stralciare tutti i profili procedurali e processuali, attinenti ai controlli, alla tutela, all'affidamento ecc., concentrando l'indagine sulle problematiche sostanziali, ed in tale contesto sembra altresì ragionevole tralasciare non solo il tema del rapporto tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale, sul quale ormai la teoria generale ha raggiunto un apprezzabile equilibrio, ma anche il tema delle fonti, giacché al riguardo l'indagine del tributarista rischierebbe di perdere la sua specificità.

Il legislatore italiano (così come per gli altri Stati membri) incontra limiti sostanziali nella disciplina delle agevolazioni, rinvenibili sia nella normativa costituzionale, sia nei trattati europei.

Tuttavia nel dibattito sulle agevolazioni fiscali negli ultimi anni il ruolo centrale tradizionalmente svolto dall'art. 53 Cost. è stato assunto dall'art. 87 del Trattato CE; ormai da tempo i profili comunitari tendono a prevalere su quelli costituzionali. Del resto dalla normativa comunitaria e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge un concetto di agevolazione fiscale che pur risentendo della particolare prospettiva comunitaria, spinge la dottrina italiana a tenerne sempre più conto; ormai l'elaborazione e l'applicazione del diritto nazionale subiscono forti condizionamenti comunitari, diretti e/o indiretti, formali e/o sostanziali¹. Ed è appena il caso di evi-

* Relazione al V Convegno di fiscalità internazionale "Spring in Naples" tenutosi a Napoli e Caserta il 4 e 5 maggio 2006 su iniziativa del Dipartimento di scienze giuridiche della seconda Università di Napoli sul tema "Aiuti di Stato, fiscalità di vantaggio e potestà tributaria".

** Professore ordinario di diritto tributario nell'Università di Chieti-Pescara.

¹ FICHERA, Le agevolazioni fiscali, Padova, 1992, 203; ID., Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario, in "Riv. dir. fin.", 1998, I, 84; BASILAVECCHIA, Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni, in "Rass. trib.", 2002, 421.

denziare come tale fenomeno riguardi tutti i vari sistemi giuridici degli Stati membri, anche di quelli nei quali lo studio delle agevolazioni fiscali ha le più profonde radici dogmatiche².

Come è noto la prospettiva dalla quale il diritto comunitario guarda alla materia delle agevolazioni fiscali è prioritariamente quella della salvaguardia della libera concorrenza, con il fine di garantire parità di condizioni fra gli operatori economici, evitando che taluni di essi possano essere favoriti dalla concessione di aiuti di Stato³.

Peraltro se lo scopo originario delle norme fiscali contenute nei trattati europei era quello di assicurare la più ampia e libera concorrenza, così da favorire la realizzazione di un mercato unico fra tutti gli Stati membri, il che rende incompatibili aggravi di tassazione a carico di prodotti stranieri e di imprese non residenti, lo scenario attuale risulta ben più articolato.

L'avanzata fase di maturazione dell'Unione, il compimento del grande mercato europeo e l'avvento dell'euro, hanno acuito la sensibilità del problema della concorrenza fiscale tra Stati, per cui oggi l'impatto dei regimi agevolativi assume toni di pregnante attualità, richiamando l'attenzione delle istituzioni comunitarie, degli Stati membri e degli operatori economici.

In tale contesto è stato fortemente incrementato il monitoraggio ed il vaglio critico degli aiuti di Stato fiscali, ma al tempo stesso gli aiuti di Stato (fiscali e non) mantengono un ruolo fondamentale per la realizzazione degli obiettivi di politica economica non solo dei vari Stati membri, ma anche dell'Unione e della Comunità⁴.

A livello comunitario il concetto di agevolazione fiscale si presenta indistinto, in quanto assorbito da quello più ampio di aiuto di Stato, ed assume rilevanza non in astratto ma solo in quanto la sua applicazione sia in grado di arrecare turbative alla parità di condizioni tra imprese. Il disvalore colpisce gli aiuti di Stato in grado di arrecare alterazioni a tale parità di condizioni, e quindi quelli che siano destinati a favorire certi settori produttivi piuttosto che altri, certe zone territoriali a discapito di altre, certi soggetti a danno di altri. Sotto quest'ultimo profilo, va rilevato che se la preoccupazione iniziale era quella probabilmente di assicurare garanzie di pari trattamento ai soggetti non residenti che avviassero attività produttive nel territorio di uno Stato, evitando penalizzazioni a loro carico, emerge oggi, con le legislazioni nazionali orientate a favorire la detassazione dei frutti di investimenti provenienti dall'estero, l'esigenza opposta, ossia quella di reprimere, o quanto meno controllare, le norme agevolative destinate ad attrarre capitali e

² Basti considerare il fenomeno delle liste e dei censimenti in tema di agevolazioni fiscali, diffusi fra i più importanti paesi extraeuropei, oltre che nell'ambito della Comunità, su iniziativa dell'OECD e della Commissione Europea (v. per tutti FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* cit. 126).

³ V. ad es. SCHINA, *State Aids under the EEC Treaty Articles 92 to 94*, Oxford, 1987, 30; MORSON, *Aides d'Etat*, in *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*, Paris, 1993; BAUDENBACHER, *A Brief Guide to European State Aid Law*, London, 1998; BALLARINO - BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1998; ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, 43; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, 475; HANCHER - OTTERVANGER - SLOT, *E.C. State Aids*, London, 1999; PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, 5; CIPOLLINA, *I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, 2003, 97; DAMIANI, *Libertà europee e imposizione fiscale*, Milano 2004, 46, 175.

⁴ Si pensi alla c.d. Strategia di Lisbona.

attività sul territorio di uno Stato⁵; più in generale gli aiuti di Stato, anche nella loro veste più lineare di erogazioni finanziarie dirette, sono stati criticati sotto il profilo (distorsivo) del “*subsidy shopping*” in quanto inducendo le imprese potenzialmente beneficiarie alla dislocazione strumentale da uno Stato membro ad un altro spesso risultano inconcludenti rispetto agli obiettivi dell’Unione europea⁶.

Il fulcro della criticità comunitaria si è quindi progressivamente spostato dalla discriminazione penalizzante alla selezione incentivante, e quindi, nella nostra prospettiva di indagine, alla fiscalità di vantaggio.

Emergono quindi nuove e suggestive prospettive per lo studio delle agevolazioni fiscali.

2. La natura delle agevolazioni fiscali: l’esperienza italiana; le esenzioni e le esclusioni

Sino ad oggi l’approccio al tema delle agevolazioni fiscali nell’ordinamento italiano è stato svolto in ottica tradizionale, mediante la delimitazione dei concetti e delle categorie giuridiche, a differenza di quanto avviene invece, ormai da tempo, per l’indagine a livello comunitario, fortemente condizionata dalle concezioni funzionali tipiche della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Parte della dottrina italiana intende la categoria delle agevolazioni come *genus* cui ricondurre non solo le esenzioni, ma anche, ad avviso di taluni, le esclusioni, *species* caratterizzate entrambe dalla non tassazione, ossia dall’insussistenza dell’*an debeatur*; viceversa secondo altra parte della dottrina la categoria generale delle agevolazioni comprenderebbe le forme di attenuazione della tassazione, che conducono o ad una diminuzione sostanziale dell’entità del prelievo, o quanto meno all’applicazione di modalità e schemi semplificati di attuazione del tributo; la tendenza prevalente è comunque quella di non marginalizzare dallo studio delle agevolazioni le forme di non tassazione integrale, quali appunto le esenzioni e le esclusioni, pur conservandosi una certa differenziazione fra queste due fenomenologie⁷.

Nella sistematica tradizionale le fattispecie dell’esenzione e della esclusione vengono invece nettamente contrapposte alla categoria delle agevolazioni, considerando quest’ultima costituita solo da trattamenti che conducono ad un carico minore (ma non inesistente) di imposizione o a semplificazioni formali.

Per quanto riguarda poi il discrimine tra esenzioni ed esclusioni esso andrebbe rinvenuto nella riconducibilità delle seconde alla stessa struttura del tributo; in sostanza le disposizioni di esclusione concorrerebbero a definire l’ambito applicativo del tributo, delineando con maggiore precisione il presupposto e la base imponibile e concorrendo quindi alla identificazione del fatto, della situazione e dei soggetti sottoposti ad imposizione. Le esenzioni, al contrario, introdurrebbero delle deroghe alle regole delineate, in ordine al presupposto del

⁵ FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell’ordinamento comunitario* cit., 117; BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni* cit..

⁶ V. Parlamento Europeo, Relazione finale sulla riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, Commissione per i problemi economici e monetari- A6-0009/2006.

⁷ LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968; ID., *Esenzioni e agevolazioni tributarie*, in “Enc. giur.”, ID., *Le agevolazioni tributarie*, in “Trattato di diritto tributario”, diretto da A. Amatucci, I, I, Padova, 1994, 401; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* cit., 32.

tributo, dalle norme impositrici e da quelle di esclusione, esonerando da contribuzione fattispecie che altrimenti rientrerebbero a pieno titolo nella sfera di applicazione del tributo.

Da tale tradizionale distinzione, che a sua volta poi tenta di spiegare l'esenzione con il carattere extrafiscale degli interessi che la giustificano⁸, deriva la possibile riconduzione al concetto di agevolazione della sola esenzione, e non delle esclusioni: solo la prima avrebbe la caratteristica propria delle agevolazioni, di derivare il trattamento favorevole da una norma derogatoria, e ciò la accosterebbe alle altre fattispecie di agevolazione, dalle quali essa si distingue per il suo attenersi all'*an* e non al *quantum* dell'imposizione⁹.

In tale ottica si contrappongono un trattamento tributario ordinario, frutto di disposizioni impositive e di disposizioni di esclusione, e trattamenti (speciali, o eccezionali, o derogatori, derivanti dall'applicazione di norme di esenzione o di norme agevolative (a loro volta identificabili in norme che stabiliscono riduzioni dell'imponibile, dell'imposta, o delle aliquote, detrazioni, deduzioni, crediti d'imposta, buoni d'imposta, regimi sostitutivi e regimi forfetari- come si vedrà nei § 3 e 4 è dal versante comunitario che giunge la sollecitazione a vagliare nell'ottica della fiscalità di vantaggio i profili procedurali, le mere dilazioni, le definizioni in sede amministrativa dei rapporti tributari ecc).

Tale quadro di sintesi, quand'anche largamente condiviso, è tutt'altro che pacifico: in particolare è stato criticamente evidenziato che la identificazione di una norma autonoma di esenzione, dalla quale nascerebbero fattispecie a valenza solo impeditiva dell'effetto derivante dalle norme impositrici, oltre ad essere problematica se si nega la sussistenza di fatti impeditivi ad efficacia autonoma, crea un'artificiosa separazione tra disposizioni normative che vanno invece studiate nel loro quadro complessivo: solo così può essere appieno percepito il disegno del legislatore, enucleando dalle diverse disposizioni una norma unitaria che rivela nel contempo fatti imponibili e fattispecie sottoposte a trattamenti attenuati o addirittura esentate; la distinzione tra esclusioni ed esenzioni in tal modo sfuma notevolmente, sino ad essere posta in dubbio nella sua utilità, trasferendosi sul piano interpretativo l'apprezzamento della finalità perseguita dal legislatore: finalità interna alla logica e alla coerenza del tributo, nell'esclusione, finalità extrafiscale, nell'esenzione¹⁰.

Si segnala che è proprio la giurisprudenza che pragmaticamente tende a negare con più decisione la distinzione tra esenzioni ed esclusioni, sottolineando come la nozione di agevolazione non possa che ricomprendere indifferentemente le une e le altre¹¹, e tale orientamento assume indubbio rilievo anche sul piano comunitario del divieto di aiuti di Stato.

Comunque sia, tale dibattito ha aperto la strada per una definizione tecnica delle agevolazioni, che –come è noto- non hanno propria fisionomia positiva (almeno nell'ordinamento italiano e degli altri principali Stati membri).

Risulta invero significativamente diffusa la tesi che tende ad escludere la configurabilità delle agevolazioni e delle esenzioni come fattispecie eccezionali, preferendo

⁸ FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* cit., 63; v. altresì, dello stesso Autore, *Imposizione ed extrafiscalità*, Napoli, 1973.

⁹ LA ROSA, *Esenzioni e agevolazioni tributarie* cit., 133; ID., *Le agevolazioni tributarie* cit.; BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni* cit.

¹⁰ FEDELE, *Profilo dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili*, Napoli, 1966, 98, 109; ID., *Esclusioni ed esenzioni nella disciplina dell'Iva*, in "Riv. dir. fin.", 1973, I, 146; D'AMATI, *Fondamento giuridico delle agevolazioni tributarie per l'industrializzazione del Mezzogiorno*, in "Dir. Prat. Trib.", 1968, I, 465; ID., *Agevolazioni ed esenzioni tributarie*, in "Noviss. Dig.", Appendice; ID., *Cenni problematici sulle agevolazioni fiscali*, in "Dir. Prat. Trib.", 1994, I, 369; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* cit. 56;

¹¹ Corte Cost. 6.12.1984, n. 277; Corte Cost. 11.7.1989, n. 387; Cass. Sez. trib., 16.9.2005, n. 18418, in "Trib. loc. e reg.", 2006, 105. Tuttavia non mancano sentenze favorevoli alla distinzione, v. ad es. Corte Cost. 23.12.1997, n. 431.

semmai il ricorso al concetto più neutro di deroga (orientamento pressoché dominante in dottrina, ma resistito dalla giurisprudenza in relazione ai temi dell'analogia e dell'interpretazione estensiva).

Del resto la difficoltà di delimitazione del concetto di agevolazione sembra rilevante sul piano dogmatico-qualificatorio, piuttosto che al fine di identificare un particolare regime giuridico del fenomeno.

Certo è che nel linguaggio comune ed in quello normativo il termine agevolazione ha un significato immediatamente apprezzabile, ed un approccio concludente deve quindi necessariamente distinguere tra i trattamenti favorevoli quelli che, per rispondere alla logica stessa del tributo, esulano dallo schema della deroga. Ma resta la difficoltà di fondo, dovendosi individuare quale sia la portata del regime ordinario cui l'agevolazione deroga; l'operazione è semplice laddove si adotti un modello economico e teorico di tributo, rispetto al quale ogni deviazione avrà natura agevolativa (se ha l'effetto di attenuare la tassazione), ma risulta estremamente complicata ogni qual volta ci si confronti con specifici assetti legislativi e quindi discipline normative articolate e complesse.

Va in ogni caso apprezzato il più approfondito schema concettuale elaborato dalla dottrina che più attentamente ha studiato il tema delle agevolazioni, non solo tenendo conto delle più moderne evoluzioni della fiscalità di vantaggio, ma soprattutto sulla base del diritto comunitario e dell'analisi comparatistica.

Si tratta dello schema che, affiancando profili strutturali e profili funzionali, individua tre requisiti caratterizzanti le agevolazioni:

- la natura derogatoria della norma agevolativa;
- la produzione di effetti favorevoli;
- la dipendenza da un principio proprio in funzione promozionale¹².

Tuttavia non solo l'elaborazione amministrativa e giurisprudenziale in tema di aiuti di Stato risulta fortemente incentrata sul profilo funzionale (v. § 4 e 5), ma tale approccio è diffuso anche nella dottrina nazionale.

Infatti, secondo l'altra fondamentale teorica, marcatamente funzionalista, si ha agevolazione fiscale quando la disciplina tributaria è solo strumentalmente interessata, e formalmente derogata, così che al pagamento figurativo del tributo da parte del contribuente corrisponde la concessione di un beneficio pari che neutralizza in tutto o in parte il carico fiscale. Si afferma quindi la necessità di limitare la qualifica di agevolazioni a tutti quei casi in cui viene introdotta una c.d. spesa fiscale, utilizzando la disciplina del prelievo tributario per concedere, in forma diretta, non mediata da provvedimenti, sovvenzioni che sarebbe del tutto indifferente disporre in forme non tributarie, mediante contributi e simili erogazioni pubbliche¹³.

Sarebbe conseguenza di questa concezione funzionalista l'estromissione dal concetto di agevolazione di tutte quelle erosioni della base imponibile che, ancorché rispondenti a criteri extrafiscali, trovano tuttavia una loro legittimazione interna al sistema per effetto di scelte strutturali proprie del legislatore tributario.

La teorica funzionale consente indubbiamente di percepire la inscindibile penetrazione, nella disciplina dei singoli tributi, tra finalità fiscali ed extrafiscali, che spesso sono distinguibili solo mediante sofisticate ed arbitrarie contrapposizioni; tuttavia tale

¹² FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* cit.56;

¹³ LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie* cit.

teorica rinuncia ad elaborare una nozione di agevolazione interna al sistema tributario, giungendo, in prospettiva finanziaria, sino all'accostamento con i contributi pubblici.

Del resto proprio l'accostamento ai contributi pubblici presta il fianco alla critica ancor più marcatamente funzionalista, che non ha ostacoli a configurare come aiuti di Stato anche i mezzi promozionali di natura procedimentale (v. *infra* § 4 e 5).

Ed allora da quella consueta contrapposizione tra teorie strutturali e funzionali (che si manifesta risalentemente, ben oltre le frontiere del diritto tributario), nasce l'esigenza del superamento di approcci eccessivamente dogmatici, che, nella nostra tematica ha portato la prevalente dottrina, con l'avallo della giurisprudenza, ad attribuire rilievo preminente alla considerazione delle disposizioni stesse nel quadro generale del sistema normativo, dovendosi tener presente innanzi tutto la funzione della norma della cui portata si discute; si deve quindi prestare attenzione al rapporto tra la generalità delle fattispecie regolate in modo ordinario e quelle invece sottoposte al trattamento derogatorio; inoltre il trattamento derogatorio deve avere una funzione di favore, sottraendo al regime comune, per ragioni estranee a quelle recepite nella strutturazione essenziale del singolo prelievo, le ipotesi ritenute meritevoli (per ragioni comunque extrafiscali) di ottenere una attenuazione della tassazione e/o degli oneri formali ad essa connessi¹⁴.

Si ritiene che in tale ottica non siano riconducibili alle agevolazioni fiscali in senso stretto quelle sovvenzioni che vengono concesse ai contribuenti sotto forma di buoni o crediti d'imposta, derivanti dal verificarsi di fattispecie estranee alla disciplina del tributo (si pensi alle forme di rottamazione, ai recenti incentivi per l'occupazione, e si noti la differenza, ad esempio, con le agevolazioni date alle imprese per il reinvestimento di utili). In tali casi la determinazione dell'imposta non soffre di alcuna deroga, e la sovvenzione all'impresa scatta solo nel momento solutorio, quando il credito d'imposta potrà essere compensato con i debiti del contribuente, donde la valenza finanziaria e non tributaria del mezzo.

Ovviamente ciò non toglie che pur dovendosi escludere la configurabilità di una agevolazione fiscale in senso stretto, sia invece configurabile un aiuto di Stato *ex art.* 87 Tratt. CE.

3. Segue: la fenomenologia

La fenomenologia delle agevolazioni fiscali è variegata, si va da quelle che comportano un completo esonero dal pagamento del tributo, e talvolta anche dall'osservanza degli oneri formali, a quelle che danno luogo ad un abbattimento del dovuto, operando direttamente sull'imposta già determinata (riduzioni d'imposta, crediti d'imposta interni alla fattispecie tributaria, detrazioni) ovvero, a monte, sull'aliquota applicabile, ovvero, ancora più a monte, sulla determinazione della base imponibile (deduzioni, riduzioni, franchigie, abbattimenti alla base, forfettizzazioni).

Ovviamente spesso le deduzioni, le detrazioni, i crediti d'imposta ecc., non hanno natura agevolativa in quanto destinati a completare la disciplina del tributo realizzandone il normale assetto¹⁵.

¹⁴ BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni* cit.

¹⁵ M. INGROSSO, *Il credito d'imposta*, Milano 1984, 89.

Basti pensare al sistema dell'IVA, alla detrazione, al credito ed al rimborso per un verso, e per l'altro alle ipotesi di non applicazione del tributo, ciascuna dotata di presupposti e di effetti del tutto peculiari, che si articolano - secondo una distinzione, priva di riscontro nel sistema degli altri tributi - tra operazioni non soggette, o escluse o fuori campo, operazioni esenti, operazioni non imponibili¹⁶.

La fenomenologia delle agevolazioni fiscali ricorre anche in quelle disposizioni che operano un differimento nel tempo degli obblighi tributari, mediante la proroga o la sospensione dei termini, e può ricorrere anche in quelle disposizioni che rimettono a provvedimenti amministrativi la concessione di sgravi di imposte già iscritte a ruolo.

Per quanto riguarda i presupposti si identificano agevolazioni soggettive, oggettive, territoriali; per quanto riguarda la durata si parla di agevolazioni temporanee, permanenti, istantanee, periodiche, ovvero pluriennali, allorché interessino una pluralità di periodi d'imposta; per quanto riguarda l'ambito di applicazione, si distinguono agevolazioni concernenti singoli tributi, o gruppi di tributi, ovvero agevolazioni generali relative ad ogni tributo¹⁷.

Possono assumere natura agevolativa anche quelle disposizioni che prevedono forme di tassazione sostitutiva, si tratti di meri regimi sostitutivi, di imposte sostitutive in senso stretto, o di condoni ad effetto sostitutivo (discorso ben più complesso andrebbe fatto per i condoni clemenziali o per quelli con funzione premiale negativa sanzionatoria, per i quali, pur al di fuori di una connotazione agevolativa in senso stretto, si può porre il problema della compatibilità comunitaria con l'art. 87 Tratt. CE).

4. La giustificazione costituzionale delle agevolazioni fiscali

Sul piano sostanziale i parametri costituzionali che legittimano le scelte del legislatore sono dati dal principio di capacità contributiva e dal principio di uguaglianza.

In genere si concorda nel ritenere compatibili con il principio di capacità contributiva le agevolazioni giustificate anche da ragioni extrafiscali, mentre si dibatte sul rango di tali ragioni, e quindi sulla necessità che la disciplina agevolativa, in quanto derogatoria al dovere di concorrere alle spese pubbliche, debba avere giustificazione in altri principi costituzionali equiordinati, se non addirittura prevalenti, rispetto all'art 53 Cost.¹⁸.

Le politiche tributarie, e nel loro ambito marcatamente i regimi agevolativi, costituiscono uno dei principali strumenti della fondamentale funzione promozionale dell'azione statale, positivamente volta a promuovere l'eguaglianza sostanziale.

Del resto nella Carta costituzionale si rinvengono numerose indicazioni per il legislatore ordinario, tali da giustificare trattamenti fiscali di favore (dalla tutela del la-

¹⁶ FANTOZZI, *Operazioni imponibili, non imponibili ed esenti nel procedimento di applicazione dell'Iva*, in "Riv. dir. fin.", 1973, I, 138; FEDELE, *Esclusioni ed esenzioni nella disciplina dell'Iva* cit.

¹⁷ LA ROSA, *Esenzioni e agevolazioni tributarie* cit., ID., *Le agevolazioni tributarie* cit.; D'AMATI, *Fondamento giuridico delle agevolazioni tributarie per l'industrializzazione* cit.; ID., *Agevolazioni ed esenzioni tributarie* cit.; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* cit., 273; ZENNARO, *Agevolazioni fiscali - I, Tipi agevolativi e problemi procedurali* -, in "Digesto, disc. priv.", sez. comm.; DEL FEDERICO, *Miscellanea in tema di agevolazioni fiscali per il Mezzogiorno*, in "Rass. Trib." 1995, II, 1322.

¹⁸ LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali* cit., 39, 46, 120; MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali - II, Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi* -, in "Digesto, disc. priv.", sez. comm.", 73; FEDELE, *Profilo dell'imposta* cit., 98; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* cit. 125.

voro, del risparmio, della famiglia, alla considerazione privilegiata della cooperazione, dal favor per l'accesso alla casa di abitazione, alla tutela dell'artigianato ecc.).

Per quanto riguarda i criteri ed i valori in base ai quali ricostruire gli interessi in gioco, effettuarne un bilanciamento e quindi giustificare in concreto l'opzione agevolativa, la tesi più radicale ritiene che il trattamento di favore possa fondarsi esclusivamente sulla ridotta capacità contributiva evidenziata dalla fattispecie¹⁹; viceversa l'orientamento prevalente ritiene che le motivazioni extrafiscali possano giustificare il trattamento di favore nei confronti di una fattispecie che pure evidenzia capacità contributiva non minore di quelle tassate in modo ordinario.

Secondo la tesi dominante, l'art 53 non funge quindi da base per fondare le disposizioni agevolative, ferma restando la necessità di verificare la ragionevolezza e l'equità del trattamento di favore *ex art. 3 Cost.*²⁰.

5. Gli aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario: tra divieti e giustificazioni

Il tema degli aiuti di Stato deve essere ora inquadrato nell'ambito dell'ordinamento in cui è stato elaborato, in primo luogo sul piano della tutela della libera concorrenza, come strumento di piena realizzazione del mercato europeo, e quindi nella logica del divieto degli aiuti in quanto potenzialmente distorsivi delle regole della concorrenza.

Tuttavia il sistema dei divieti e delle giustificazioni in materia di aiuti di Stato deve essere collocato nel quadro generale dei valori espressi dai Trattati, sia grazie all'espansione dei valori di riferimento operata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sia in ragione della tendenza al superamento delle originarie prospettive meramente economicistiche dei valori fondanti il fenomeno dell'integrazione europea (basti pensare all'affermazione dei diritti fondamentali dell'Uomo ed alla circolazione dei principi generali del diritto europeo).

Ai nostri fini i principi esplicitati, o comunque direttamente desumibili, dai Trattati, meritevoli di considerazione sono i seguenti: - non discriminazione sulla base della nazionalità (art. 12 Tratt. CE), ritenuto uno dei principi giuridici fondamentali della comunità; - uguaglianza e divieto di discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali ecc. (art. 13); - libertà di circolazione delle merci (artt. 14 e 23 e 90 Tratt. CE); - libertà di circolazione delle persone (artt. 14, 39 e 61 Tratt. CE); - libertà di circolazione dei servizi (artt. 14 e 49 Tratt. CE); - libertà di circolazione dei capitali (art. 14 e 56 Tratt. CE); - libertà di stabilimento (artt. 14 e 43 Tratt. CE); - salvaguardia della concorrenza (art. 81 Tratt. CE); - sussidiarietà nei rapporti fra Comunità e Stati membri (art. 5, 2 co., Tratt. CE); - proporzionalità nell'azione della Comunità (art. 5, 3 co., Tratt. CE); - leale cooperazione fra gli Stati membri ed istituzioni comunitarie (artt. 7 e 10 Tratt. CE); - solidarietà fra gli Stati membri ed istituzioni comunitarie (artt. 7 e 10 Tratt. CE).

¹⁹ V. per tutti MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali - II, Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi* cit. 84.

²⁰ LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali* cit.; FICHERA, *Le agevolazioni fiscali* cit. 145; BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni* cit.; Corte Cost. 18.4.1991, n. 167. Per ulteriori indicazioni v. l'aggiornato contributo di GALIERO, *Agevolazioni fiscali e costituzione*, in "Dir. prat. trib.", 2004, I, 724

Chiaramente riveste assoluta centralità il titolo VI del Trattato CE, posto a salvaguardia del principio della concorrenza.

Gli artt. 81-86 sono rivolti essenzialmente agli operatori economici, e riguardano gli accordi, l'abuso di posizione dominante, le distorsioni derivanti dall'esistenza di monopoli o di concentrazioni economiche ecc.

Gli artt. 87 – 89 (*ex artt. 92-94*) sono rivolti invece gli Stati membri, e si occupano del problema degli aiuti.

Il nucleo storico dei valori è certamente incentrato sulle libertà economiche dalle quali prese originariamente spunto la creazione delle comunità economiche e del mercato comune europeo, passaggio fondamentale, ma di certo non punto di arrivo, del processo di integrazione europea.

In sintonia con l'impostazione di fondo dei trattati europei si è affermata la diffusa concezione della neutralità dell'imposizione tributaria.

In tale ottica si colloca l'art. 87, par. 1, Tratt. CE, per il quale sono "incompatibili con il mercato comune, "nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri", gli aiuti concessi dai medesimi, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza".

Tuttavia l'opinione prevalente per un verso afferma, tralasciando, il principio della neutralità dell'imposizione tributaria²¹, ma per altro verso non può non prendere atto che l'interesse alla salvaguardia della libera concorrenza deve essere ponderato con altri interessi tutelati dal diritto comunitario, quali ad es. quelli perseguiti dalla politica regionale dell'Unione, che tendono al miglioramento della qualità della vita nelle regioni economicamente depresse, all'aumento dei livelli occupazionali e ad un'equa redistribuzione del reddito²².

Del resto è ben noto che l'Unione si prefigge obiettivi ambiziosi ed aggreganti essendo impegnata a: - promuovere un progresso economico e sociale ed un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile, in particolare mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria; - affermare la sua identità sulla scena internazionale, in particolare mediante l'attuazione di una politica estera e di sicurezza comune; - rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini dei suoi Stati membri mediante l'istituzione di una cittadinanza dell'Unione; - conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione e la lotta contro la criminalità; - mantenere integralmente l'*acquis* comunitario e svilupparlo al fine di valutare in quale misura si renda necessario rivedere le politiche e le forme di cooperazione instaurate dal presente trattato allo scopo di garantire l'efficacia dei meccanismi e delle istituzioni comunitarie (art. 2 Tratt. U.E.).

La Comunità, dal canto suo, ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune, di un'unione economica e monetaria e mediante l'at-

²¹ Per il costante riferimento alla finanza neutrale come connotato dell'ordinamento comunitario v. ad es.: BORIA, *L'anti-sovrano. Potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2004, 110; LA SCALA, *I principi fondamentali in materia tributaria in seno alla costituzione dell'Unione Europea*, Milano 2005, 375.

²² FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* cit. 90; ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario* cit., 205; PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza* cit., 116.

tuazione delle politiche e delle azioni comuni (artt. 3 e 4 Tratt. CE), uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri (art. 2 Tratt. CE).

L'intervento pubblico nell'economia si mostra come strumento irrinunciabile per la realizzazione degli obiettivi dell'Unione e della Comunità.

Pertanto nel sistema degli aiuti l'art. 87 ammette talune deroghe al divieto generale, posto comunque soltanto in tema di imprese e produzioni.

Ne è prova inequivocabile la chiara formulazione della norma secondo cui gli aiuti di Stato "salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri...".

L'art. 87, par. 1, pone quindi il principio del divieto, fa salve le deroghe consentite dal Trattato, afferma la centralità del mercato comune, demarca la natura pubblicistica delle risorse volte a finanziare gli aiuti, pone il principio della irrilevanza delle forme, delinea il requisito della selettività del trattamento di favore, identifica la concorrenza come interesse tutelato dal divieto, qualifica la violazione del divieto come illecito anche di mero pericolo.

Lo stesso art. 87 al par. 2 chiarisce poi analiticamente che sono certamente compatibili con il mercato comune:

- a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;
- b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;
- c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione.

Inoltre, a norma dell'art. 87 par. 3, "possono considerarsi compatibili con il mercato comune":

- a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione;
- b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;
- c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;
- d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune;
- e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione.

Pur non occupandoci in questa sede dei profili procedurali, è opportuno ricordare che la giurisprudenza comunitaria, in più occasioni ha chiarito che il divieto degli aiuti di Stato non è assoluto, ed ha affermato che "il Trattato disponendo... l'esame permanente e il controllo degli aiuti da parte della Commissione, ha inteso far sì che

l'accertamento dell'eventuale incompatibilità di un aiuto col mercato comune risulti di competenza di quest'ultima"²³.

Gli aiuti di Stato possono essere compatibili con il Trattato se realizzano obiettivi di comune interesse chiaramente definiti e se non falsano la concorrenza in misura contraria al comune interesse²⁴. Il controllo degli aiuti di Stato consiste dunque nel trovare il giusto equilibrio tra gli effetti negativi sulla concorrenza e gli effetti positivi in termini di comune interesse, dove i previsti vantaggi in termini di comune interesse devono essere superiori alle distorsioni della concorrenza. Il Trattato affida questo compito alla Commissione europea, ed invero, nell'esercizio della sua riserva di amministrazione, la Commissione opera ritenendo che la salvaguardia della concorrenza non debba impedire una distribuzione efficace e dinamica delle risorse, dovendo essere relazionata con tutte le altre politiche comunitarie, tra le quali spicca quella relativa alla coesione economica e sociale.

Sotto altro profilo l'adozione rigorosa del divieto di aiuti di Stato sarebbe irragionevole, considerando che la realizzazione del mercato interno, sebbene abbia fortemente limitato la sovranità degli Stati membri, vietando l'adozione di misure protezionistiche ed eliminando le barriere doganali, non ha, tuttavia, comportato l'eliminazione della responsabilità degli esecutivi nazionali in ordine alla stabilità economica e finanziaria. Inoltre, come è noto, l'istituzione dell'euro ed il conferimento delle relative competenze alla Banca Centrale europea hanno sottratto agli Stati l'esercizio della leva monetaria, facendo assumere grande rilevanza all'utilizzo della leva fiscale quale strumento di politica economica.

La fenomenologia dinamica degli aiuti di Stato si gioca quindi nel difficile equilibrio tra il vecchio principio della neutralità dell'imposizione tributaria, la salvaguardia della concorrenza e del mercato, e la ponderazione degli interessi tutelati dalle politiche comunitarie.

La critica di fondo qui espressa al principio della neutralità fiscale²⁵, non può certamente prescindere da una constatazione di fondo: la politica fiscale non rientra tra i compiti dell'Unione europea e della Comunità europea.

Il diritto comunitario si occupa della fiscalità nei soli limiti in cui essa costituisce un ostacolo al raggiungimento dei fini posti dai Trattati, all'uopo incidendo sugli ordinamenti tributari nazionali mediante diverse modalità:

– in primo luogo è espressamente previsto il divieto, fra gli Stati membri, di dazi doganali e di restrizioni quantitative all'entrata ed all'uscita delle merci, come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente (art. 3 lett. a, Tratt. CE).

A salvaguardia della libera circolazione delle merci, l'art. 23 Tratt. CE stabilisce che la Comunità è fondata su un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci e comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune.

Gli artt. 90, 91 e 92 Tratt. CE contengono ulteriori disposizioni fiscali di portata strumentale ed integrativa rispetto al prioritario obiettivo della libera circolazione delle

²³ Tra le tante v.: CG 27.3.1980, 61/79, Denkavit, in *Racc.*, 1205; CG 21.3.1990, C-142/87, Belgio c. Commissione, in *Racc.*, 1990, I, 959.

²⁴ Risultano di grande interesse i censimenti degli aiuti di Stato elaborati e pubblicati a cura della Commissione Europea a partire dal 1989.

²⁵ Sulla scia di FICHERA, *Le agevolazioni fiscali cit.* 94; ID., *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario cit.* 90.

merci. Si tratta di disposizioni che si affiancano al divieto dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente e che hanno lo scopo di salvaguardare la libera circolazione delle merci in normali condizioni di concorrenza, mediante l'eliminazione di ogni forma di protezione che possa risultare dall'applicazione di tributi interni aventi carattere discriminatorio nei confronti di merci originarie di altri Stati membri. In sostanza viene garantita l'assoluta neutralità dei tributi interni riguardo alla concorrenza tra merci nazionali e merci importate.

– vaste aree della fiscalità nazionale sono poi direttamente modellate dal diritto comunitario che incide sulla struttura e sulla funzione dei diversi tributi mediante l'armonizzazione o il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri.

Spicca l'art. 93 Tratt. CE, che prevede l'armonizzazione delle legislazioni relative all'imposta sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed alle altre imposte indirette, nella misura in cui tale armonizzazione “sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno...”. Si tratta dei più immediati riflessi fiscali delle libertà economiche fondamentali poste dall'art. 14 Tratt. CE, secondo cui – ed è appena il caso di evidenziare, ben oltre l'angusta area della fiscalità indiretta - “il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, e dei capitali”.

Si evidenziano poi gli artt. 94 e 95 Tratt. CE, sul “ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune” (il par. 2 dell'art. 95 evidenzia la rilevanza della fiscalità), e l'art. 293 Tratt. CE che impegna gli Stati alla eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno del mercato comunitario.

– in alcuni casi il diritto comunitario pone dei principi che caratterizzano una determinata politica comunitaria, ma che al tempo stesso debbono essere osservati laddove la fiscalità concorra all'attuazione di tali politiche. Si pensi alla importante politica della Comunità in materia ambientale, di cui all'art. 174 Tratt. CE, “fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”...”.

Orbene, pur essendo indubbio che la politica fiscale non rientra tra i compiti dell'Unione europea e della Comunità europea, e che la neutralità dell'imposizione tributaria permea *ab origine* tutta la costruzione del mercato europeo, non si condivide l'appiattimento ideologico sul detto principio della neutralità.

Tuttavia si deve prendere atto che in genere il principio di neutralità fiscale costituisce fondamentale parametro per tutte le azioni di contrasto del fenomeno della competizione fiscale dannosa²⁶.

L'esperienza dimostra che gli aiuti di Stato fiscali, più o meno palesi, incidono profondamente sulla pianificazione aziendale. Si spiega così l'attivismo della Commissione europea nel monitorare la liceità degli aiuti fiscali concessi dagli Stati membri alle imprese, anche perché, attraverso tale controllo le istituzioni comunitarie riescono ad ampliare l'ambito delle proprie competenze in materia tributaria, senza subire il limite dell'unanimità previsto dai Trattati.

²⁶ LA SCALA, *I principi fondamentali in materia tributaria* cit., 423.

6. Gli aiuti di Stato fiscali

Vi è una certa concordia nel definire in termini generali come aiuto di Stato una misura che: abbia origine pubblica; determini un vantaggio in capo al destinatario; abbia carattere selettivo (favorisca cioè talune imprese o produzioni); falsi o quantomeno minacci di falsare, la concorrenza; incida sugli scambi all'interno della Comunità²⁷.

L'aiuto di Stato si qualifica poi come fiscale laddove l'origine pubblica della misura abbia una matrice fiscale, ovvero sia tale la tipologia del vantaggio o la connotazione della selettività.

Il fondamentale requisito della selettività per quanto riguarda la materia tributaria risulta di problematica identificazione (basti pensare alle varieguate problematiche in tema di competizione fiscale dannosa, ai condoni ecc.)²⁸.

Gli aiuti fiscali erogati dallo Stato possono avere come destinatari sia le imprese, sia le famiglie, le istituzioni pubbliche, le associazioni e gli enti non commerciali ecc., ma i divieti si riferiscono esclusivamente alle imprese; pertanto sono ammesse misure fiscali agevolative in favore di soggetti diversi.

È appena il caso di ricordare che la nozione di impresa presa in considerazione dalla Commissione e dalla Corte di giustizia ai fini dell'applicazione delle norme sul divieto di aiuti di Stato, è molto ampia, coinvolgendo qualsiasi soggetto, autonomo centro d'imputazione giuridico, pubblico o privato, che svolga un'attività rilevante dal punto di vista economico e produttivo; pertanto non rileva il fine di lucro, essendo sufficiente che l'attività venga svolta secondo criteri di economicità²⁹.

Gli aiuti fiscali possono assumere le forme più variegata: esclusione di taluni cespiti reddituali dalla base imponibile; riduzione delle aliquote avente ad oggetto l'intera base imponibile o una sua parte; esenzione totale dal tributo; ammortamenti di favore; riparto di perdite; condoni, dilazioni o rateizzazione del credito tributario; modalità procedurali di favore nella determinazione e/o nell'adempimento dell'obbligazione tributaria; regimi speciali rispetto all'ordinaria applicazione della legislazione; regimi impositivi speciali riguardanti una parte del territorio di uno Stato membro; costituzione di zone franche; tributi di scopo con gettito destinato a finanziamenti selettivi ecc.³⁰.

²⁷ V. in giurisprudenza: CG 2.7.1974, causa 173/73, Italia c. Commissione, punti 26-27, in *Racc.* 723; CG 15.3.1994, causa C-387/92, Banco Exterior, punto 13, in *Racc.*, I, 877; CG 17.6.1999, causa C-295/97, Piaggio, punto 34, in *Racc.*, I, 3735; CG 22.11.2001, causa C-53/00, Ferrino, punto 15, in *Racc.*, I, 9067, ed in dottrina: SCHINA, *State Aids under the EEC Treaty* cit.; MORSON, *Aides d'Etat* cit.; BAUDENBACHER, *A Brief Guide to European State Aid Law* cit.; BALLARINO - BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario* cit.; ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario* cit., 125; HANCHER - OTTERVANGER - SLOT, *E.C. State Aids* cit., 25; PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza* cit. 25; CIPOLLINA, *I confini giuridici nel tempo presente* cit., 100.

²⁸ Questo problema è stato acutamente percepito dalle istituzioni comunitarie, v. in particolare Comm. Eu., Quarto censimento della Commissione sugli aiuti di Stato nell'Unione europea nel settore manifatturiero ed in taluni altri settori, Bruxelles, 1995, punto 10.5 dell'Allegato 1.

²⁹ Si pensi alla problematica delicatissima, ed ancora irrisolta, delle fondazioni bancarie- CG 10.1.2006, C-222/04, Fondazione Cassa di Risparmio. In merito, per quanto riguarda la problematica degli aiuti di Stato, v.: DEL FEDERICO, *La Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sulle agevolazioni per i redditi delle fondazioni bancarie: le problematiche comunitarie, processuali e sostanziali*, in "Riv. dir. trib.", 2004, II, 666.

³⁰ BAUDENBACHER, *A Brief Guide to European State Aid Law* cit.; ROCCATAGLIATA - MEDICI, *Normativa comunitaria in materia di aiuti concessi dallo Stato alle imprese sotto forma di agevolazioni fiscali*, in "Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.", 1998, 620; FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* cit. 98; DAMIANI, *Libertà europee e imposizione fiscale* cit., 175.

Con particolare riferimento al settore delle procedure si ricorda che nel 2003 la Commissione europea ha vagliato criticamente sia il *ruling* fiscale belga sia quello francese³¹, affermando che un sistema di *ruling* anticipato per la fissazione dei prezzi di trasferimento intragruppo secondo un metodo non analitico di determinazione dell'utile tassabile, per un periodo di alcuni anni, non costituisce in linea di principio una deroga al sistema sussumibile sotto la fattispecie di aiuto fiscale, a condizione che suo tramite non si determini l'esenzione completa di determinati profitti e la fissazione del prezzo di trasferimento sia operata caso per caso, tenendo conto di tutte le variabili (natura dei beni impiegati e rischio connesso all'esercizio dell'attività in questione); inoltre - sempre secondo la Commissione - deve essere assicurato un livello minimo di trasparenza attraverso la pubblicazione degli elementi essenziali del *ruling* (salva la possibilità di mantenere riservata l'identità del beneficiario) per contenere il campo di discrezionalità dell'Amministrazione.³²

In relazione alle problematiche procedurali, ed alle variegati ipotesi di *ruling* e di definizione amministrativa dei rapporti tributari, sembra opportuno evidenziare che la discrezionalità amministrativa è stata considerata dalla Corte di giustizia come tratto caratterizzante in concreto la selettività di una misura che viceversa in astratto si poneva come misura d'ordine generale³³.

Emergono quindi nuove prospettive che spingono lo studio degli aiuti di Stato (ed anche delle agevolazioni fiscali) ad indagare ben oltre le misure attinenti all'*an* ed al *quantum* del tributo, giungendo non solo al quando, in ordine ai profili temporali dell'adempimento, ma sino al *quomodo*, e quindi alle modalità procedurali di attuazione del prelievo o di effettuazione dei controlli e degli accertamenti, ovvero alle modalità di definizione amministrativa del rapporto.

Al riguardo una recente dottrina ha evidenziato come il *ruling* internazionale, introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 8 del D.L. n. 269/2003, conv. dalla L. n. 326/2003, alla luce dei parametri elaborati dalla Commissione, rischi di essere considerato illegittimo, quantomeno laddove comporti una riduzione dell'imponibile o il riconoscimento di altri vantaggi tributari³⁴.

A questo punto diventa quindi evidente che nel confronto tra agevolazioni fiscali, secondo l'ordinamento italiano, ed aiuti di Stato fiscali, secondo l'ordinamento comunitario, il dato strutturale, a lungo sofisticatamente indagato dalla (più risalente) dottrina nazionale, perde rilievo, in favore di un approccio di carattere prevalentemente funzionale.

Invero, come è noto, il divieto di cui all'art 87 Tratt. CE investe le misure fiscali (ed extrafiscali) concesse dagli Stati membri, a beneficio di singole o determinate ca-

³¹ Comm. Eu., decisione 17.2.2003 C (2003) 564/F; Comm. Eu., decisione 13.5.2003, C (2003) 1483/F.

³² Per l'inquadramento teorico di tali tematiche v. per tutti EASSONS, *Tax Competition and Investment Incentives*, in EC Tax Journal, 1997, 63.

³³ CG 26.6.1996, causa C-241/94, Francia c. Commissione, in "Racc.", I, 4551, in tema di beneficio rappresentato dall'ammissione al fondo nazionale francese per l'impiego.

La problematica è stata affrontata in termini generali da Comm. Eu, XXIV relazione sulla politica di concorrenza, Bruxelles, 1995, 199, secondo cui deve ritenersi sussistente "la possibilità che misure potenzialmente aperte a tutte le imprese siano considerate... come aiuti di Stato... nel caso in cui le autorità pubbliche possano decidere su basi discrezionali quali imprese possano beneficiare dell'aiuto e/o in quale misura, o se di fatto, per effetto dei requisiti oggettivi solo talune possano beneficiare dell'aiuto"; per analoghi spunti v. EASSONS, *Tax Competition and Investment Incentives* cit., 82, e FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* cit. 111, partic. nota 36.

³⁴ In tal senso LA SCALA, *I principi fondamentali in materia tributaria* cit. 397.

tegorie di imprese o produzioni, che incidendo sugli scambi, risultino tali da falsare la libera concorrenza del mercato europeo.

Tale definizione è così vasta da includere non soltanto quei meccanismi qualificabili come agevolazioni fiscali secondo l'ordinamento italiano, ma anche quei meccanismi che risultano essere sostanzialmente od anche soltanto indirettamente di vantaggio per il singolo contribuente, pur non incidendo sulla fattispecie sostanziale, o addirittura pur non incidendo sulla fattispecie legale astratta, ma operando meramente sul piano procedimentale, quand'anche mediante decisioni amministrative rilevanti esclusivamente sullo specifico assetto amministrativo del singolo rapporto tributario,

In sostanza si configura come aiuto qualsiasi vantaggio selettivo che determinate imprese o produzioni ottengano grazie ad un intervento dei poteri pubblici. Viceversa riduzioni generalizzate dei tributi, pur operando un trasferimento di risorse dalla finanza pubblica all'economia dei privati, non potrebbero configurarsi come aiuti di Stato in quanto prive del requisito della selettività, giacché si applicherebbero a tutte le imprese a prescindere dal loro settore di attività, dalla loro ubicazione o dalla loro dimensione (risulta evidente il parallelismo tra natura selettiva dell'aiuto e natura derogatoria dell'agevolazione – v. retro § 2).

Invero la giurisprudenza comunitaria definisce aiuti tutti “gli interventi che, in varie forme, allevino gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, anche senza essere definite sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la medesima natura e producono identici effetti”³⁵.

7. Conclusioni

Nello studio delle agevolazioni fiscali nell'ordinamento italiano la casistica della giurisprudenza costituzionale risulta molto limitata in quanto l'Amministrazione per prassi non solleva questioni di legittimità, il contribuente non ha interesse a formulare eccezioni che potrebbero comportare la caducazione di norme che lo favoriscono, ed il giudice molto raramente si attiva per rimettere questioni alla Corte, stante il difetto di rilevanza, atteso che, in genere, la controversia da decidere non tenderà a mettere in discussione la legittimità costituzionale dell'agevolazione. Normalmente rispetto alle disposizioni agevolative, la Corte costituzionale è chiamata a pronunciare sentenze additive, volte ad ampliare l'ambito di applicazione del trattamento di favore, estendendolo a casi ulteriori, non previsti.

Altrettanto accade, sia pure in diversi contesti procedurali, negli ordinamenti dei principali Stati membri.

La situazione si pone in modo radicalmente diverso per quanto riguarda gli aiuti di Stato: la Commissione europea vigila attentamente e promuove iniziative di contrasto nei confronti degli Stati membri che violano la regola del divieto; gli stessi Stati membri controinteressati si mostrano molto attenti; i giudici nazionali rimettono spesso questioni pregiudiziali interpretative alla Corte di giustizia, rilevandole anche in fasi avanzate del contenzioso, ed anche d'ufficio; il sistema di inefficacia degli aiuti di Sta-

³⁵ V. tra le tante: CG 2.7.1974, causa 173/73, Italia c. Commissione cit.; CG 15.3.1994, causa C-387/92, Banco Exterior, punto 13 cit.; CG 17.6.1999, causa C-295/97, Piaggio, punto 34 cit.; CG 22.11.2001, causa C-53/00, Ferrino, punto 15 cit..

to non autorizzati e l'obbligo per gli Stati membri di recuperarli rendono la repressione degli abusi quanto mai penetrante.

Si può quindi ipotizzare che la già notevole produzione giurisprudenziale in tema di aiuti di Stato andrà ancora ad accrescersi, e che non sarà più lo studio delle agevolazioni fiscali nell'ordinamento nazionale ad orientare la ricerca sugli aiuti di Stato, quanto piuttosto il contrario (basti pensare al crescente interesse per l'area delle procedure amministrative, *ruling*, condono, transazioni ecc.).

Un tratto saliente di questo fenomeno espansivo si rinviene nell'ingerenza della Commissione e delle altre istituzioni europee, in primo luogo il Tribunale e la Corte di giustizia, in quei settori della fiscalità non armonizzati, nei quali tuttavia si è ormai affermato il contrasto alla competizione fiscale dannosa³⁶.

Tale orientamento delle istituzioni comunitarie ha suscitato talune perplessità, in quanto, nonostante la connessione tra le misure fiscali riconducibili alla competizione fiscale dannosa e quelle riconducibili alle agevolazioni fiscali in senso stretto, e quindi de plano all'art. 87 Tratt. CE, le prime non sarebbero del tutto rispondenti alle stesse finalità. Conseguentemente sarebbe improprio applicare i limiti peculiari del sistema degli aiuti di Stato alle misure fiscali espressive di competizione fiscale dannosa, ma non aventi funzione *strictu sensu* agevolativa. La competizione fiscale dannosa sarebbe concetto, alquanto evanescente, elaborato al fine di limitare l'erosione della base imponibile da parte di uno Stato membro, verso altri Stati membri (problema di ripartizione degli imponibili fra le diverse giurisdizioni fiscali), mentre il sistema degli aiuti di Stato è diretto ad evitare agevolazioni ad imprese residenti nello Stato, che acquisirebbero indebiti vantaggi rispetto alle imprese non residenti, con la conseguenziale distorsione della concorrenza (problema di salvaguardia della libera concorrenza fra le imprese)³⁷.

Tuttavia, nella logica evolutiva dell'integrazione giuridica europea, su cui si fondano inequivocabilmente i Trattati, non si può che guardare con favore alla scelta di campo ormai maturata dalla Commissione, ed avallata dalle altre istituzioni europee, di recepire i principi elaborati dall'OCSE in tema di competizione fiscale dannosa, quale *soft law*, e di promuoverne l'applicazione laddove consentito dalla natura selettiva delle disposizioni, attraverso il controllo sugli aiuti di Stato ex art. 87 Tratt. CE³⁸.

³⁶ Comm. Eu., La politica tributaria dell'Unione europea (Rapporto Monti), SEC (96) 487, Bruxelles, 1996; Comm. Eu., Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa nell'Unione europea, COM (97) 564, Bruxelles, 1997; Comm. Eu. Comunicazione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, COM (98) 384, Bruxelles 1998.

³⁷ Tali sono ad. esempio i rilievi critici di FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino 2003, 764.

³⁸ EASSONS, *Tax Competition and Investment Incentives* cit.; ID., *State Aids and the Primarolo List*, *ibidem*, 2001, 647; FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario* cit. 130; MONTI, *How State Aids affect Tax Competition*, in "EC Tax Review", 1999, 208; SCHON, *Taxation and State aid law in the European Union*, in "Comm. Market Law Review", 1999, 911.

EU Tax Base: The Evolution of Company Taxation: Supranational Coordination and Interstate Competition*

Piergiorgio Valente

SUMMARY: 1. *Premise* - 2. *EU Taxation and Member States' prerogatives* - 3. *Perspectives and objectives in the EU reform* - 4. *Towards the CCCTB* - 5. *CCCTB: general overview*; 5.a) *Premise*; 5.b) *The CCCTB scheme and the accounting rules*; 5.c) *Allocating tax base*; 5.d) *Fundamental principles* - 6. *Works on the CCCTB: main issues*; 6.a) *Premise*; 6.b) *The CCCTB and the international tax principles*; 6.c) *The CCCTB, consolidation and current tax regimes* - 7. *Legal competition and tax competition* - 8. *Tax competition within the EU* - 9. *Conclusion*.

1. Premise

The relationship between the construction of Europe and direct taxation is characterized by a notorious history of difficulties¹. Taxation, probably more than any other sector, epitomizes the incompleteness of the EU construction and the complexity of the EU integration process².

Whereas the Treaty of Rome provided for tax integration with the only scope to achieve the single market³, the current process cannot leave out of consideration the

* Translated in English by Claudia Calogero.

¹ It is a well-recognized principle that the EU integration is a step-by-step process. In his famous declaration of 9.5.1950, Robert Schuman said: "Europe will not be made all at once, or according to a single plan. It will be built through concrete achievements which first create a *de facto* solidarity". This statement of one of the European Community's founders is really topical when considering that nowadays Europe can be compared more to a building site rather than to a finished construction, as pointed out by careful observers of European events. Schuman's declaration is at the confluence of various problems and identifies the intersection line along which policy can operate for a range of wide-spread needs and concerns (OLIVI B., "L'Europa difficile", Bologna, 1953, p. 34). "L'Europe des Communautés européennes n'est pas un édifice achevé; c'est un chantier en construction" (AA.VV., "L'Europe en chantier", Paris, 1993, introduction, p. I). The same concept is referred to in the editorial of the special dedicated to EU taxation published by the *Revue des Affaires Européennes*, which is significantly defined "Le chantier fiscal" (The building site of taxation)

² In 1975, the European Commission presented a proposal for directive for the approximation of tax provisions concerning dividends in all Member States, which could not be accepted. As a consequence, the Commission recognized that it was impossible to implement a Europe-wide systematic harmonization, so at the end of 80s it decided to focus on specific targets, which however played a significant role in the completion of the Internal Market. In 1990, this new approach led to the adoption of Parent-Subsidiary Directive and Merger Directive (which had already been proposed in 1969) and of the Arbitration Convention, which introduced a procedure for the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises in different Member States. In 1990 the Commission withdrew its 1975 proposal for harmonization.

³ This is the reason why the harmonization of legislations was restricted to indirect taxation.

approximation of tax policies⁴ also in direct taxation⁵. In this perspective, it is a priority for the European Commission to explore the technicalities of a common EU tax base, in order to avoid double taxation being a hindrance for enterprises to operate at their best in cross-border activities, and harmful tax competition being facilitated through current regimes governing the relationships between companies in different States.

A coordinated approach to define a single (common and consolidated) EU tax base can be effective and appropriate for all EU-wide business activities. The Commission believes this to be really the only approach that will (a) significantly reduce the compliance costs resulting from the need to deal with 27 tax systems within the Internal Market⁶, (b) eliminate transfer pricing problems within the EU⁷, (c) allow to offset losses through consolidation of profits and losses on an EU basis⁸, (d) simplify international restructuring operations⁹, (e) reduce, without extending into

⁴ The concept of “*harmonization*” is intermediate between the concepts of “*approximation*” and “*unification*”. According to a number of scholars (see, for all, PUGLISI S., in AA.VV., “*Manuale di diritto comunitario*”, Torino, I, 1983, p. 299), harmonization would be a specific application in tax matters of the broadest concept of “*approximation*”. Both the EC Treaty and secondary legislation use the terms “*harmonization*”, “*approximation*” and “*coordination*” of domestic legislations without distinction (see Articles 94 and 95 – former Articles 100, 100A and 100B of the EC Treaty).

There is however a different use of the terms with respect to the legal means provided for by the Treaty for the achievement of the institutional objectives: whereas the “*approximation*” of domestic legislations can be implemented only through directives, the “*tax harmonization*” as laid down in Article 93 (former Article 99) has a wider range of instruments available. Therefore, it seems that the EU law-maker intended to make the “*approximation*” of tax provisions more incisive than the other actions necessary to the functioning of the common market. However, it should be added that Article 93 restricts the harmonization to some taxes (turnover taxes, excise duties and other forms of indirect taxation), while there is no reference to direct taxation. Direct taxation then would not be involved in the harmonization process, but in the approximation activity under Article 94 (former Article 100).

⁵ Direct taxation falls within the Member States’ competence, which must be exercised in accordance with the Treaty. The European Court of Justice established this principle in 1991 (case C-246/89, *Commission v. United Kingdom*) and confirmed it in other judgements.

⁶ The objective to “*lay down the foundations of an ever closer union among the peoples of Europe*” (Preamble of the Treaty of Rome, 1957) was determined by the six signatories of the Treaty of Rome establishing the European Community in 1957 and has been achieved gradually, in different phases, through which the European Community has grown to 27 Member States (with effect from 1 January 2007).

⁷ In 2002 the EU Joint Transfer Pricing Forum (“JTPF”) was established in order to cope with double taxation issues connected to transfer pricing adjustments. During 2003, the JTPF has analyzed mainly the problems related to the application of the 1990 Arbitration Convention and to mutual procedure agreements under double taxation treaties. It has discussed also the issue of documentation requirements, which are the main cause of high compliance costs for enterprises engaged in cross-border activities.

In April 2004, the European Commission adopted the Forum’s recommendations and submitted to the Council a proposal for a Code of Conduct on the elimination of double taxation arising from cross-border intra-group transactions. The Code was approved in late November 2004. On the same occasion, the original two-year work programme of the JTPF was extended for another two years. On 7.11.2005, still upon the JTPF’s initiative, the Commission adopted a proposal for a Code of Conduct on transfer pricing documentation, which Member States were invited to transpose into their respective domestic systems, once the Council of the European Union adopted relevant proposal. In June 2006 the Council adopted the Code of Conduct on transfer pricing documentation. On 12 January 2007 the mandate of the JTPF was extended for another two years.

⁸ In November 1990, the European Commission adopted a proposal for a directive on cross-border loss off-set (COM(90)595 final). In December 2001, the Commission withdrew its proposal (COM(2001)763 final). On 20 October 2003, the Commission issued a communication (COM(2003)614 final) where it announces the adoption of a new proposal for a directive on cross-border loss off-set.

⁹ The Merger Directive is a valid reference for business restructuring. However, it contains only general principles to be applied to the matter. The CCCTB rules should have a broader and flexible scope. In principle, all restructuring operations concerning transfers of assets or share exchanges, as well as transformation operations (i.e. transfer of seat, winding-up) should be allowed to benefit from the “*tax deferral*” provided for under the Merger Directive. Moreover, the territorial application of the CCCTB rules on business restructuring should not be restricted only to operations between EU enterprises. On the point, see UNICE, *Draft Position Paper*, “*Comments on document*

the personal tax field, some of the complexities arising from the co-existence of the imputation and exemption approaches to international taxation, (f) avoid many situations of double taxation and, finally, (g) remove many discriminatory situations and restrictions.

On 23.11.2004, the EU common consolidated corporate tax – the CCCTB scheme¹⁰ – has formally started its march, with a view to coordinate the taxable bases and then relaunch competition over corporate tax rates¹¹.

In the context of the so-called “comprehensive” approaches on EU companies, the analysis below will examine the CCCTB scheme, with respect both to its general terms and to the technical issues of implementation.

2. EU taxation and Member States’ prerogatives

Being the core of national sovereignty¹², EU tax policies depend on Member States’ decisions, which can be devolved to regional or local authorities, on the basis

CCCTB/WP/039 - *Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group - Issues related to Business Reorganisations*, where it is pointed out that: “In order to be attractive and competitive CCCTB business reorganization rules should (...) offer a broader scope for tax neutral reorganizations than the Merger Directive which should set the minimum standard only. For example, the rules should provide for a tax neutral transfer of seat for entities other than the European Company. Further, tax neutrality for transfer of assets should not be restricted to cases where a permanent establishment remains in the transferring MS (...)”.

¹⁰ The Commission believes that the level of taxation is a matter for the Member States to decide, in accordance with the principle of subsidiarity. The Commission does not deem it appropriate, at this point, to recommend specific actions on the approximation of the national corporate tax rates or the fixing of a minimum corporate tax rate. In fact, where companies were provided with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities, Member States would however determine the corporate tax rate to be applied to their specific quota of the consolidated tax base, which is calculated according to an appropriate apportionment mechanism agreed by all participants. Actually, if companies were allowed to use a single tax base, differences in Member States’ tax rates would be more manifest, enhancing thereby a fair competition in the sector.

¹¹ In Case C-264/96 *Imperial Chemical Industries*, the European Court of Justice found that the United Kingdom provisions on consortium relief constitutes a restriction on the freedom of establishment as set out in Article 43 of the EU Treaty. In fact, for the purposes of compensation of losses, the relief was granted only if the major part of the group was resident in the United Kingdom.

In Case C-446/03 *Marks&Spencer*, the European Court of Justice ruled that national provisions are contrary to the Treaty principle of freedom of establishment where they prevent a parent company from deducting the losses incurred by its subsidiaries established abroad from its taxable profits when the parent company can demonstrate that: 1. the non-resident subsidiary has exhausted the possibilities available in its State of residence of having the losses taken into account in its State of residence for the accounting period concerned by the claim for relief and also for previous accounting periods, and 2. there is no possibility for the foreign subsidiary’s losses to be taken into account in its State of residence for future periods either by the subsidiary itself or by a third party, in particular where the subsidiary has been sold to that third party.

¹² Sovereignty is the expression of the supremacy of the state vis-à-vis other political organizations over a defined territory and its permanent population. Sovereignty designates the power vested in the state to exert the “*ius imperii*” (the right of dominion), which can be summarized as the supreme authoritative power of command and government, of imposition of will, even coercively. It is an original power of government over a defined territory, not being subject to any higher power, which arises with the state itself and is legitimized through it. The power to tax is one of the fundamentals of nation-state sovereignty.

Within the EU, the dynamics of the integration process show a phenomenon in progress, which implies (and presupposes) the participation of states, even though it is directed towards a closer union (or association) of the participating states. Moving from conscious *transfers* of (portions of) state sovereignty, this phenomenon does not lead to recover surrendered sovereignty at the supra-national level. In fact, sovereignty is still formally vested in states, while relevant single powers are transferred to European institutions.

of the constitutional or administrative organization of public powers. The EU has therefore a subsidiary function. It does not aim to standardize the tax systems but to make them consistent with each other and with the objectives of the EU Treaty¹³.

In order to assess whether national tax provisions are compatible with EU law, reference must be made to the “four fundamental freedoms” of the EC Treaty (free movement of goods, persons, services and capital) and above all, with specific respect to direct taxation, to the “principle of non-discrimination”¹⁴ in all its facets.

In addition to the “principle of subsidiarity”¹⁵, another more incisive limit for the EU action is the unanimity required by the EC Treaty for the adoption of EU law in tax matters.

3. Perspectives and objectives in the EU reform

Unlike other sectors, Member States’ corporate tax systems are substantially similar to those in force before the creation of the Single Market¹⁶. It is therefore clear that not only monetary variable but also taxation is subject to intervention: single currency eliminates differences in exchange and interest rate, while tax variable is a factor of distortion and discrimination.

In a consistent economic and monetary context, different tax systems are destined to increasingly affect the decisions on capital allocation and business management in the states. Given a fixed exchange and a significant coordination of economic and monetary policies, national tax provisions would be the favourite tool through which Member States might influence decisions on how to locate investment and resources within the EU. Nevertheless, still today the existence of sensible differences in Member States’ legal systems puts at risk cross-border transactions and investments¹⁷.

In the EU, featuring a Single Market, tax policy measures of one Member State produce their effects also on neighbouring States, so that there is a strong need for the EU to prevent Member States from pursuing conflicting objectives. Over the years, interventions of EU tax policy have been directed to preserve its essential aim, namely to avoid a Member State’s tax policy having undesired effects on other Member States and to guarantee the effective sovereignty of citizens and their representatives by way of a common action.

¹³ The process of European integration has focused on the creation of a “common market” (“Internal Market” under the Single European Act) and has not led to an outflow of tax matters from Member States to European institutions – and this notwithstanding the recognized objective of promoting a balanced and sustainable development of economic activities across Member States.

¹⁴ Article 12 of the Treaty establishes that “*Within the scope of application of this Treaty, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited. (...)*”.

¹⁵ Article 5 of the Treaty establishes that “*The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein.*”

In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.(...)”.

¹⁶ The Single Market can properly function by way of removing those measures (or practices) that are a hindrance to its completion, as well as by way of a broad structural convergence process in all economic and institutional sectors, in particular in tax structures. The previous EU of 15 had to cope with this need, and now it is particularly aware of it having to deal with 27 countries. In fact, the accession of East European countries has increased both the differences in tax systems and (harmful and fair) tax competition within the EU.

¹⁷ The Commission is of the view that only the combining of targeted measures with comprehensive solutions can lead to overcome obstacles stemming from the co-existence of various tax systems, which apply different

In its Communication of 23.5.2001¹⁸, the Commission explains its general approach and specific priorities in direct and indirect taxation for EU companies, poised between absolute harmonization in the field of indirect taxation¹⁹ and minimum coordination in the field of direct taxation.

There is a broad consensus among Member States to move ahead in the cooperation of national laws without interfering with the tax autonomy of the States. Tax coordination is an alternative to the more stringent way of harmonization, to be used “*vertically*” only as a remedy to specific differences among national tax laws. Tax coordination could be implemented through the traditional instruments of international cooperation, which may be adjusted to the European context. Therefore, convergence in tax matters should not result in eliminating all existing differences, that is the “*horizontal*” alignment of tax systems, or be directed at eliminating *fair* tax competition among Member States, which the Commission actually considers determinative for economic and employment growth.

A slight vertical tax coordination compromises between a coercive and a spontaneous harmonization and should, at least, remedy the degradation of compulsory (de)-taxation in interstate competition. For this purpose, as a possible line of development and progress, it is necessary for EU tax policy to reconcile the actions needed to (re)-balance the confrontation of fair competition dynamics – through the guidance on dealing Member States’ tax matters (*function of making proposals*) – with the simultaneous action of preventing escalation towards (hyper)-competitive, delocalizing and discriminatory models of competition (*function of preventing distortions*)²⁰.

regimes to cross-border income flows, cross-border business restructuring operations and cross-border loss off-set. On 25.11.2003, the Commission presented its Communication no. 726, “*An Internal Market without company tax obstacles: achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*” at the ECOFIN meeting. It contains an overview of all efforts made and still to be made with a view to removing tax obstacles that prevent enterprises engaged in cross-border activities from deploying efficaciously benefits offered by the Internal Market. The tax obstacles identified by the Commission in 2001 are the effects of 27 (15 at the time of the Communication of 2001) different tax systems, which EU enterprises have to deal with, along with subsequent high compliance costs, when doing cross-border dealings. In its Communication, the Commission confirms its commitment to remove the tax obstacles to cross-border transactions engaged by EU enterprises. It presents a range of legislative proposals and initiatives aimed at eliminating targeted obstacles in the short term, and identifies a long-term strategy aimed at creating a single tax base for the EU-wide activities of companies. In particular, the Commission commits itself (again):

- in the short term, to adopt appropriate legislative measures and initiatives in order to identify targeted tax obstacles;
- in the long term,
 - a) to devise a solution under which companies are allowed to use a common company tax regime under the form of a consolidated tax base for their EU-wide activities;
 - b) to conceptualize a pilot scheme under which SMEs can apply the tax regime of their country of residence in order to calculate taxable income deriving from EU-wide activities (Home State Taxation - HST);
 - c) to establish a cooperation with Member States and business representatives in order to identify accounting principles to use as a starting point for the definition and apportionment of the common tax base.

In particular, with reference to cross-border loss offset, in the recent communication “*Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations*” (COM(2006)824 of 19.12.2006), the Commission explains relevant basic principles and problems and hypothesizes how Member States may allow the cross-border relief of losses which are sustained either

- within one company (losses incurred by a branch or “permanent establishment” of the company situated in another Member State); or
- within a group of companies (losses incurred by a group member in another Member State).

¹⁸ COM(2001)260.

¹⁹ EU institutions have pursued promptly the harmonization of indirect taxation, at least in its essentials, on the basis that being included in the price of goods and services, indirect taxes have direct effects on exchanges between Member States and can distort business competition.

²⁰ The EU would be given two fundamental functions:

4. Towards the CCCTB

With a view to effective instruments for curbing the “race-to-the-bottom” in the EU, resulting from “*harmful tax competition*”, as well as for coordinating the systems of taxation applied by Member States to their enterprises when doing cross-border transactions²¹, the European Commission has analyzed the level of EU company taxation, has identified the tax provisions that prevent EU enterprises engaged in cross-border activities from exploiting the full benefits of the Internal market and has, accordingly, proposed a range of solutions²².

In Part IV.C of document no. 1681 of 2001²³, the Commission has designed four main “*comprehensive*” approaches to EU company taxation, through the participation of two expert panels. The approaches are as follows: *European Union Company Income Tax* (EUCIT)²⁴;

- to establish a regulatory framework with the aim of attaining a “*state of balance*” between spontaneous convergence of tax policies and binding coordination (endogenous positive function of the EU for a regulated convergence);

- to prevent a race-to-the-bottom competition in tax matters (endogenous negative function of the EU for a competitive coordination), whose effects could affect adversely those countries subject to budgetary constraints.

²¹ Spurred by various international organizations, many working groups have been established to assist the Commission in devising appropriate solutions to boost tax alignment in the EU and to achieve harmonization of European tax systems. Initiatives were encouraged under the aegis of the EU to guide Member States towards:

- effective instruments to curb the “*race-to-the-bottom*” in the EU resulting from “*harmful tax competition*”; conversely, (fair) tax competition is considered with favour as it facilitates trade and the free establishment of enterprises in other Member States; and

- coordinated systems of taxation for enterprises engaged in cross-border activities, in order to create a fiscal climate which is conducive to their development; accordingly, the trend moves towards the identification of general principles of tax policy at a supranational level, in an attempt to define how to levy the tax on the basis of the principle of mutual recognition by Member States of each other’s tax prerogatives.

²² Communication no. 582 of 23.10.2001. It completes the study contained in document no. 1681 of 2001, where it was emphasized that the existence of different tax systems has led to inefficiency and therefore to a loss of competitiveness for EU enterprises. The increasing mobility of economic factors, from the one hand, and the Economic and Monetary Union, on the other hand, urge that company taxation should conform to the new economic environment, in order to enhance its efficiency and competitiveness.

²³ *Commission Staff Working Paper, “Company Taxation in the Internal Market”* – SEC(2001)1681 of 23.10.2001.

²⁴ The acronym EUCIT stands for the proposal of introducing a single tax on consolidated income of multinational enterprises in the EU. The tax base, tax rate and accounting principles are established according to common criteria and at the EU level. The adoption of EUCIT would introduce a true “*Federal EU Tax*” and, as pointed out by the Commission itself, would represent a major step towards the creation of a Federal Europe. This project is certainly ambitious, above all when considering the impact on Member States’ national sovereignty. In fact, a single European tax would imply a strong limitation to taxing powers of national authorities, all the more that the EUCIT project provides that a portion of revenues would be treated as own resources of the EU – like VAT – and would be used to fund the EU budget.

Against an undeniable limitation of Member States’ sovereignty, enterprises could benefit from the application of a single European tax. In particular:

- enterprises belonging to multinational groups could be treated consistently for tax purposes, even though they are taxed according to national tax systems as separate legal entities;
- the maintenance of a *level playing field* for all enterprises concerned should reduce preferential tax regimes;
- enterprises could compensate profits with losses stemming from secondary establishments in other Member States;
- it would be possible to get rid of the distinction between State of source and State of residence, along with relevant rules.

Horizontal and vertical EUCIT-driven changes are to be considered the absolutely critical variables. In fact, Member States should establish a common regime on the essential structure of the tax, in particular on the relationships between the EUCIT and Member States’ tax systems; these agreements should be extended also to extra-EU sourced income. It is to point out, moreover, that current double taxation treaties between Member States or between Member States and third countries should not be applied when the EUCIT is in force, being necessary to conclude new bilateral (or multilateral) treaties. As regards treaties with third countries, the prevailing orientation considers that the EU should act as a single party when negotiating new conventions.

Home State Taxation (HST)²⁵; Common (Consolidated) Corporate Tax Base (CCCTB, formerly CCBT); Single Compulsory “Harmonised Tax Base”²⁶.

Already in 1975 the European Commission presented a proposal for a Directive on the approximation of tax provisions concerning dividends in all Member States,

As regards tax management and collection, it was suggested that Member States create on a voluntary basis a sort of centralized service – the “*European Revenue Service*” –, in the wake of the US *Internal Revenue Service*.

²⁵ Home State Taxation involves all or a group of Member States agreeing to accept that profits derived by multinational enterprises in the EU should be taxed according to a single tax regime. By way of mutual recognition, they actually recognize the validity of other Member State tax codes for the purposes of the calculation of the tax base.

Member States with similar tax systems can adopt the HST on a voluntary basis: therefore, the Home State Taxation is applicable only to a certain group of Member States. Like States, also enterprises should be free to choose between the HST and the separate entity approach of taxation. Once the choice is made, however, the decision might be considered irrevocable (in principle).

Operationally, the parent company would determine the taxable income of its own branches and subsidiaries according to its Home State rules, regardless of the Member State where they are located. The tax base for the group would therefore be computed according to a single tax system, the home state taxation of the parent company. Once profits are calculated according to the HST of the parent company, they would then be allocated to the enterprises concerned (parent company, branch, subsidiary) in accordance with the agreed formula. Profits are taxed in the State where income is produced and each State would levy taxes on its share of taxable income according to its own rates.

The aim of the HST system is more limited than the EUCIT: in the context of interstate cooperation, it is grounded on the “mutual recognition” of the company tax system of other participating Member States. The taxable income for the group is calculated in accordance with the tax rules of a single country, which is the State of residence of the parent company. The HST system is a first step towards a progressive tax harmonization within the EU. In fact, (it is legitimate to expect that) Member States will be stimulated to foster procedure for streamlining and gradually aligning their tax systems.

When a group of enterprises adopted the HST regime, there would be a single tax base, and then cross-border loss compensation would be applicable in accordance with the source tax system. In the HST approach, the aggregate tax base is the result of the algebraic sum of income derived by single group entities, which – by definition – are not subject to any taxation in their State of reference.

Finally, it was observed that the introduction of the HST system does not require any specific requirement, as it does not imply changes in Member States’ tax systems. The significance of the HST approach lies with its underlying principles, according to which Member States derogate from the uncontroversial principle of national sovereignty, in that they recognize that other States have the power to determine the taxable income of business activities carried out in their territory by way of conferring competences to the other States. In fact, “Home State” tax code “is extended” to non-resident enterprises, for which their States of residence surrender the power of applying their national rules concerning the calculation of the tax base. The adoption of the HST system does not affect international treaties between Member States and third countries. Even though the taxable income of EU enterprises is attributed according to a formula fixed in advance and is determined according to another Member State’s tax code, they will be subject to the taxation of their State of residence. In the future, international tax treaties with third countries will be re-negotiated to take into account changes in the criteria to calculate the tax base.

For a comprehensive overview of the HST system and relevant mechanism of application, see LODIN S. O., GAMMIE M., “*Home State Taxation*”, Amsterdam, 2001 and the Commission Communication “*Company Taxation in the Internal Market*” - COM(2001)582 final. Moreover, on the HST issue in the context of EC Tax law, see ANDERSSON K., “*Paper to be presented at a the Swedish Network for European Studies in Economics and Business Conference*”, in “*Mölla*”, 20-23.5.2003, p. 12; TERRA B.J.M., WATTEL P.J., “*European Tax Law*”, Deventer, 2001, p. 204 and following. On comparative law aspects, see HELLERSTEIN W., McLURE Jr. C.E., *The European Commission’s Report on Company Income Taxation: What the EU can learn from the Experience of the US States*, in “*International Tax and Public Finance*”, 2003 and STEVANATO D., “*La tassazione dei gruppi europei: l’Home State Taxation quale alternativa al consolidato mondiale*” in “*Rassegna Tributaria*”, no. 4 July-August 2003, p. 1248.

²⁶ The European Commission labels it as the most “traditional” approach. It requires a harmonised tax base, to be applied across the EU, to all enterprises by all Member States, replacing the existing domestic tax codes with a new (single) tax code. Single Compulsory Harmonised Tax Base includes by necessity the income consolidation of multinational enterprises. First, a consolidated tax base is calculated according to a single tax code. Secondly, the taxable income is allocated across Member States according to specific methods for allocating profits and/or losses (“*agreed mechanism*”).

Single Compulsory “Harmonised Tax Base” (or “Compulsory Harmonization”) represents a push towards harmonisation in the EU, but its objectives are difficult to achieve, especially in the short term. In fact, this approach would lead to replacing current EU 27 tax systems with a single compulsory harmonised system for all enterprises, regardless of their size or activity (which can be of international or domestic nature).

which could not be accepted. As a consequence, the Commission recognized that it was unfeasible to implement a Europe-wide systematic harmonization and at the end of the Eighties decided to focus on specific targets, which however played a significant role in the completion of the Internal Market. In 1990, this new approach led to the adoption of Parent-Subsidiary Directive and Merger Directive (which had already been proposed in 1969) and of the Arbitration Convention, which introduced a procedure for the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises in different Member States. In 1990 the Commission withdrew its 1975 proposal for harmonization.

5. CCCTB: general overview

5.a) Premise

The CCCTB scheme requires the introduction of an optional single tax code to be applied across the EU, with a view to replacing the current 27 national tax rules on the definition of the taxable base for enterprises engaged in cross-border activities. Operationally, the CCCTB requires the calculation of a consolidated tax base for corporate taxation purposes, according to a set of shared rules for all Member States. The consolidated tax base shall be subsequently apportioned between relevant Member States, which will apply their own national rate²⁷.

In detail, a common tax base would lead to²⁸:

- EU consolidation of profits and losses of companies located in different Member States;
- elimination of a number of transfer pricing issues, which were analysed in the *EU Joint Transfer Pricing Forum* between October 2002 and September 2004;
- reduction of compliance costs, whose amount corresponds to 1.9% of taxes paid for large enterprises and to 30.9% (an impressive absolute value) for SMEs, as indicated in the *European Tax Survey* (SEC 1128/2 of September 10, 2004).

Institutionally, the Commission has pointed out that the CCCTB would significantly reduce risks that domestic tax schemes are not compatible with the freedoms guaranteed by the ECT, while national tax systems would be less vulnerable to tax evasion and fraud.

5.b) The CCCTB scheme and the accounting rules

In its Communication of 2003²⁹, the Commission has emphasized that accounting standards are fundamental to achieve a EU common tax base. In particular, the In-

²⁷ In this regard, Commissioner Kovács has recently pointed out that the “*harmonization would only cover the tax base and would not relate to the tax rates*” (CFE, *European Tax Report*, 15 January 2007). On Members States’ sovereignty on the determination of tax rates, see also Brauner Y. (“*An International Tax Regime in Crystallization – Realities, Experiences, and Opportunities*”, 2002), who stresses the fact that “*tax rates are the most important, and most fiercely, defended component in each country’s tax system*”.

²⁸ The Commission presented its non-paper of 7 July 2004 at the ECOFIN meeting held in September 2004. The document confirms the strategy indicated in Communication no. 581 of 2001, and illustrates the advantages from which EU enterprises could benefit for their EU-wide activities with the introduction of the CCCTB.

²⁹ COM(2003)726, op.cit.

ternational Financial Reporting Standards (IFRS, formerly IAS) - along with relevant EU Regulation requiring the use of IFRS by all listed companies in their consolidation accounts as of 2005 – represent a valid starting point for all Member States to reach the apex of a common tax base.

Some aspects of IFRS require particular attention. Particularly, it is necessary to point out that the adoption of these accounting standards for the purposes of a common tax base highlights the issue of the relationship between financial accounting and taxation. This means that taxation should reflect the effectiveness of accounting information in order to tax actual profits, not a representation of virtual profits, even though formally correct (“*dependency*”). This is a part of a more general question about the reconciliation of tax and financial accounts³⁰.

According to the Commission, the making use of a common accounting base, regardless of whether or not it is consistent with IFRS, may facilitate the identification of a taxable basis that could be recognized by all Member States. In this perspective, efforts made to establish IFRS are a “*neutral*” starting point for the reconciliation of different national tax systems generating as many different criteria for the determination of the taxable base.

5.c) *Allocating the tax base*

Crucial to the establishment of a consolidated tax base is an equitable mechanism for apportioning the tax base between Member States. For this purpose, in its Communication of 2003, the Commission identifies the “value added key” and the “formula apportionment”.

The first is a value-added-based apportioning mechanism. However, it might not be the most appropriate as the underlying application of Community VAT system features structural and information inefficiencies that are difficult to remove. In fact, Community VAT system involves some difficulties with regard to the collection of essential data, such as labour costs. Moreover, it is based on the principle of destination of goods and services, while the value added key is based on the opposite principle of origin.

The formula apportionment approach, already used in other countries (for example, in the USA), implies the prior definition of “group”, as well as the definition of income subject to apportionment. The first definition covers the concept of group, to which the tax base should be referred for the purposes of its apportionment between the States where income was generated. The second definition implies some difficulties in distinguishing income subject to apportionment – which must be then taxed in the States concerned – from income that is not subject to apportionment and it is simply allocated. The Commission does not clarify whether income from intangibles should be allocated to the entity holding them, without apportioning it, or should be allocated, under a formula apportionment, to the other entities using them.

Some difficulties arise, first, with respect to the nature of income to be apportioned, and to the issue whether it should include only *active income* (excluding *passive income*) or all income. More in general, taxation via formula apportionment results in a tax

³⁰ Companies authorized to use IFRS could reconcile tax accounts with financial accounts through the use of the CCCTB resulting from above accounting standards. It is possible to apply also the reverse process, namely to use a CCCTB as a starting point for the determination of the accounting base.

on the factors and therefore must reflect the source of income. The common effort within the EU aims at identifying common weightings, which can be sales, capital and labour as a starting point, and then at verifying their practical consequences on tax authorities and enterprises. With respect to tax authorities, it is necessary to establish the amount of shares attributed to each State; with respect to enterprises, it would be appropriate to evaluate how they change their investment strategy or corporate structure according with the different models of formulary apportionment used.

5.d) *Fundamental principles*

When launching the CCCTB project, the Commission has expressed two sets of principles³¹:

- the first one identifies the general tax principles (equity, efficiency, flexibility, effectiveness, transparency), which should serve as evaluation framework, namely to identify the issues to be discussed³²;
- the second one identifies the accounting principles, already included in the *International Accounting Standards and International Financial Reporting Statements* (IAS/IFRS), which should be the starting point for the discussion of common principles but more specifically applicable to the structural definition of the common tax base.

Actually, the *general principles*, already indicated in the 2001 Commission's Study³³, are designed to build a European corporate taxation system. These principles have been used for exploring solutions to achieve the objective of tax harmonization at the EU stage. Far from imposing these principles over the Working Group as compulsory guidelines, the Commission intends to discuss the role that these principles could play in the establishment of a single tax base.

³¹ On 23 November 2004, in Brussels, it was held the first meeting of a group established and chaired by the Commission (the CCCTB Working Group), with the participation of two experts appointed by each Member State. The overall objective of the CCCTB WG is to examine from a technical perspective the problems connected to the EU consolidation. In particular, the Group is in charge of discussing the basic tax and accounting principles, the fundamental structural elements of a CCCTB and other technical details, such as a mechanism for sharing a CCCTB between Member States.

³² The main general tax principles are:

1. *Vertical equity*: according to this principle, the burden of taxation should be shared in accordance with the 'ability to pay' principle. It is still to evaluate how this principle (normally applied to progressive taxation on individuals) can be applied to company taxation. The 'ability to pay' principle could be relevant when it is necessary to decide whether or not unrealized profits should be taxed.

2. *Horizontal equity*: according to this principle, taxpayers in the same economic circumstances should receive equivalent treatment. In the context of EU company taxation, equity should guarantee the correct allocation of the tax base between the States concerned.

3. *Efficiency*: income taxation should be neutral; accordingly, investment decisions would take into account only the economic convenience. The principle of neutrality avoids "locational inefficiency" derived from investments that are not placed in countries where the productivity of capital is high.

4. *Effectiveness*: effectiveness is essentially the capacity of the tax base to achieve its basic objectives.

5. *Simplicity, Transparency, Certainty*: the simpler a tax base is the lower the administrative or compliance costs should be, for both administrations and business. Transparency and certainty are absolutely necessary for business planning.

6. *Consistency and coherence*: according to these principles, when two transactions have the same commercial result they should have the same tax result.

7. *Flexibility*: the tax base should be responsive and be capable of change depending on the sudden changes of the business world. In this connection, a single tax base might be less flexible than the existing national tax base.

8. *Enforceability*: this implies that the rules of a tax base must be easy to enforce.

³³ SEC(2001)1681, op.cit.

Conversely, the *specific tax accounting principle* should play a major role in the discussions of the Working Group. In fact, the accounting standards approved by the *International Accounting Standards Board* have been chosen in preference in an attempt to provide “common principles in an international perspective”, as is mentioned by the Commission. However, as in the case of the general tax principles, it is necessary to verify in practice if the accounting principles can be applied for the definition of a common tax base. Some principles are likely to be uncontroversial – for example the requirement to ensure that income and expenditure are recorded on an accrual basis -; others such as “substance over form” could produce a range of opinions and interpretations. In any case, it is possible that the discussion within the Working Group leads to the development of further principles, up to a “*formal statement of principles*”, following the framework established by the *International Accounting Standards Board* (IASB).

The Commission does not identify a comprehensive or binding list of general and accounting principles. However, taken into account the different 27 tax systems in force within the EU, the Commission considers the agreement on general tax and accounting principles to be the bedrock for the establishment of a common consolidated tax base.

6. Works on the CCCTB: main issues

6.a) Premise

Since its establishment in November 2004, the CCCTB Working Group has dealt with the technical aspects of the CCCTB. In particular, the Group has been appointed of examining the tax and accounting principles, the fundamental structural elements of a CCCTB and the mechanisms for sharing the tax base between Member States. Guiding objectives of the work are essentially:

- to remove corporation tax obstacles to the correct functioning of the Internal Market;
- to lower administrative burdens on companies and tax administrations;
- to identify possible elements of a common consolidated tax base, which would enhance the international competitiveness of the European Union.

Up to now, the CCCTB Working Group has focused on the issues concerning the valuation of assets and depreciable basis³⁴; reserves, provisions

³⁴ The valuation of assets is crucial to the determination of the consolidated tax base. The starting point for discussion is the accounting treatment permitted under the IFRS. It is observed that the principle issues in both accounting and taxation for assets are their definition, the timing of the recognition of the assets, the determination of their accounting valuation and of their depreciation

For accounting purposes an item of property, plant and equipment is recognized as an asset when it is probable that it will be used over a continuing period. An item of property, plant and equipment is measured at its cost, which comprises the purchase price and any directly attributable costs (including the costs of bringing the asset to the working condition for its intended use). Conversely, for taxation purposes, some direct costs are not taken into account. Subsequent to initial recognition, an asset is carried at its acquisition costs decreased by depreciation charges; the difference gives the residual value of an asset.

Tax systems may occasionally introduce special depreciation schemes, which are spread out over a statutory period shorter than the assets' useful live. These schemes are exceptional and are directed to promote and support a particular economic sector and activity.

With regard to the question of who is entitled to claim depreciate charges, two main approaches exist:

- the first one gives the right to depreciate assets to the legal owner of the asset;
- the second one gives the right to depreciate assets to the person bearing the risk of the wear and tear of an asset ('economic owner').

and liabilities³⁵; international tax principles; consolidation and taxable income³⁶.

In the first case, the legal owner is entitled to recognize an asset in the balance sheet, while the lessee should recognize relevant finance leases. With regard to leases, financial leases and purchases of assets with 'reservation of title' (a clause reserving ownership to a seller until the payment of full price), most tax legislations allow the user to depreciate the asset from the moment when it is used. Depreciation is a function of its useful life, which is based on the experience of the enterprise with similar assets. Companies depreciate assets on an annual basis in all Member States, while different approaches are applied in respect to the first year depreciation charge, the interruption of depreciation and the year in which an asset is alienated or sold.

There is no exact method to allocate the depreciable amount of an asset over its useful life. The choice of the method is a matter of judgement for the enterprise. In any case, the depreciation method used should reflect the pattern in which the *asset's economic benefits* are consumed by the enterprise. Conversely, this level of judgement is not provided in tax rules, which fix a compulsory method in most cases. However, in some Member States, if a taxpayer believes that the statutory method does not reflect the actual situation, an alternative scheme may be granted. In Belgium, Italy, Spain, for example, it is possible to opt for an accelerated depreciation in cases of more intensive use of an asset.

Straight-line and declining balance methods are two of the most common mechanisms for the calculation of a depreciation charge. Under the first one, the depreciation charge basis is the same over the useful life of an asset; under the second one, the depreciation charge decreases according to the residual value of the asset. Some Member States (for example, Austria) recognize only the straight-line method. All Member States distinguish between movable and immovable assets for the purpose of tax depreciation. Depreciation rates for immovables range between 1% and 20%, while the most frequent range is between 2% and 5%.

To be deductible for tax purposes, companies must record depreciated assets according to correct and transparent standards. Where the linkages between accounting and tax factors are particularly strong, a common approach to tax depreciation implies a common and coordinated approach to dependency, which will impact significantly on national accounting rules.

In order to establish a consolidated tax base, which will replace the different 27 tax systems covering also the treatment of depreciation, it is necessary to agree on the following issues:

- only assets acquired and used for business purposes shall be depreciable for tax purposes;
- historical, acquisition or production costs seem to be the most appropriate depreciable basis;
- only the legal owner shall be in principle entitled to depreciate an asset;
- tax depreciation charges should be claimed on an annual basis and different schemes for movable and immovable assets will probably be necessary;
- only the straight-line and declining balance method shall be allowed, respectively, for immovables and movables.

³⁵ Member States agree on the general definition of reserves, provisions and liabilities. In particular, provisions are defined as "*liabilities of uncertain timing and amount*", while reserves would be "*appropriations of retained earnings which form part of equity*".

It is recognized that provisions are associated with liabilities and reserves are associated with equity. However, Member States categorize differently single transactions. The same transaction could be treated as a provision in a Member State and as a reserve in another Member State. This is not free of consequences: in fact, in some Member States provisions are generally deductible, while generally reserves are not deductible.

The CCCTB Working Group has pointed out that:

- for the purposes of the CCCTB, the definition of provisions and reserves should not depend on national tax accounting rules. From this point of view, IAS 37 could be a good starting point;
- the definition of provisions should distinguish between "provisions associated with liabilities" and "provisions associated with assets";
- a common definition of accrual would be appropriate in order to emphasize the difference with a provision.

The major difference could be in the level of certainty.

The CCCTB Working Group has pointed out that reserves should be considered non-deductible in general. An effective method for identifying exceptional case of deductible reserves is still under examination.

With regard to provisions two main approaches were identified: (i) in general, non-deductible with a positive 'list' of deductible examples; and (ii) in general, deductible with a negative 'list' of non-deductible examples. The second approach would be more straightforward to implement in a CCCT, even though the choice is dependent on a definition of provision, which all Member States accept and recognize as final.

³⁶ In order to determine the income to include in the consolidated tax base, four issues have been analyzed and discussed:

- a) definition of taxable income;
- b) definition of expenses and relevant deductibility;
- c) treatment of losses;

6.b) *The CCCTB and international tax principles*

In November 2005, the European Commission presented an overview to further examine the European consolidated tax base³⁷.

The analysis focuses on the territorial scope of the CCCTB, namely where the income was generated and where companies (and their permanent establishments) are located. The Commission limits the CCCTB to the “CCCTB (EU) *water’s edge*”. This principle is used to determine the CCCTB jurisdictions’ source income, which has to be apportioned between participating Member States and represents the geographical nexus between that income and its respective territory.

Under a worldwide taxation, income is taxed in the State of residence. The Commission holds that only a part of income is covered by the CCCTB, namely the income generated within the *water’s edge* boundaries of the CCCTB jurisdictions.

According to the Commission, the importance of the “CCCTB (EU) *water’s edge*” principle urges a precise and agreed definition at European level to be used for the identification of the territorial scope of the CCCTB.

Moreover, in the same document, there is a list of the issues where a common approach is proper. They concern:

- liability to taxation of tax resident companies – (worldwide principle versus territoriality principle);
- definition of resident company for tax;
- elimination of double taxation;
- scope of tax non-resident companies covered by the CCCTB;
- definition of source income and the way of establishing of a taxing right;
- coordination and possible extension of current common practices (according to the OECD Model, for example)³⁸.

International tax principles in the CCCTB were specifically discussed during the meeting held on 9 March 2006³⁹. On that occasion, it was established that the taxable

d) methodology for calculating taxable income,

It was pointed out that:

1. *Definition of taxable income*: it should be as broad as possible, excluding only some items, such as dividends and gains from sales of qualifying participations.

2. *Definition of expenses and relevant deductibility*: expenses linked to non-taxable income should not be deductible.

3. *Treatment of losses*: the preferable approach seems to be unrestricted loss carry-forward, while loss carry-back is ruled out.

4. *Methodology for calculating taxable income*: two methods are taken into account:

a) “*Profit and Loss method*”, based on the difference between income and expenses relevant for tax purposes;

b) “*Balance Sheet method*”, based on the difference between opening and closing balance sheet values.

³⁷ European Commission, *Working Document “International aspects in the CCCTB”* (CCCTB/WP/019) of 18 November 2005.

³⁸ With a view to the meeting to be held in December 2005, the Commission invited Member States to submit their observations on the issues indicated and pointed out that an ad hoc sub-group might be established, if Members of the Group consider it proper for analyzing and discussing specific technical aspects. The first SG4 meeting was held in February 2006.

³⁹ During the same meeting discussions also dealt with the rules for determining the taxable income for the CCCTB purposes. The Group has considered necessary to elaborate a common and agreed definition and IAS 18 represents a starting point in this connection. Discussions dealt with “*unrealized income*” to be included in the taxable income, as well as a list of income categories to be considered as “*non taxable income*”. Moreover, the Com-

income to be potentially covered by the CCCTB should be identified in the following three categories:

- *income earned by tax residents of the CCCTB jurisdictions from CCCTB jurisdictions' sources*. It should be taxed according to the CCCTB rules;
- *income earned by tax residents from sources outside the CCCTB jurisdictions*. It should be taxed according to the CCCTB rules, by virtue of *worldwide taxation*. Already in the meeting held on 7-8 December 2005, the Commission pointed out that company taxation should be based on a common approach to the application of the “*worldwide taxation principle*” versus the “*territoriality taxation principle*”⁴⁰;
- *income earned by companies with tax residence outside the CCCTB jurisdictions from the CCCTB jurisdictions' sources*. It should be taxed according to the CCCTB rules⁴¹, if attributable to a permanent establishment in a CCCTB jurisdiction.

More recently, the debate on international tax principles in the CCCTB has covered the following issues⁴²:

- a) definition of tax residence⁴³ and permanent establishment⁴⁴ for the CCCTB purposes;
- b) tax treatment of foreign income of EU companies;

mission points out that “*the discussions of the items that could be mentioned on the list of non deductible items revealed that some MS would be keen to make this distinction as regards bribes and penalties. In the view of the Commission services, the CCCTB criteria need to be consistent with the good practises that the Commission try to promote outside the EU and would thus favour a strict approach as regards non deductibility of such items*”. Only at the following meeting held on 1 June 2006, the Group arrived at identifying a preliminary common definition of taxable income, as “*(...) gross inflow of economic benefits of an entity when those inflows result in the increase of equity, other than increases relating to contributions from equity participants. All income realised during a tax period is taxable unless otherwise defined*”. In addition to this, the Commission considers that “*Even though the precise drafting of the definition to be included in the future legislative proposal is not the ultimate aim of this discussion, this draft definition identifies the key issues for examination*” (European Commission, Working Document “*An overview of the main issues that emerged at the third meeting of the subgroup [SG3 – 3 May 2006] on taxable income*” - CCCTB/WP/034 of 19 May 2006).

⁴⁰ In the document “*Progress to date and future plans for the CCCTB*” (CCCTB/WP/020) of 15 November 2005, prepared with a view to the meeting held in December 2005, the CCCTB Working Group has established the lines of development for the CCCTB in the years 2006-2008. The Commission expressed its intention to carry out work on assets, reserves and provisions, as well as taxable income by the summer 2006, while work on capital gains would progress significantly. Also work on international aspects of the CCCTB would complete within 2006, to be replaced with work on consolidation and the mechanism for sharing the consolidated tax base between Member States. In 2007 the publication of a “*Progress Report*” is planned, and works on tax incentives and anti-avoidance measures would start. The compliance with this timetable would enable the Commission to present a legislative measure on the CCCTB within 2008. On the date for the presentation of a legislative measure, see also CFE, *European Tax Report*, op.cit.

⁴¹ European Commission, Working Document “*An overview of the main issues that emerged at the first meeting of the subgroup on International aspects*” (CCCTB/WP/029) of 2 March 2006.

⁴² European Commission, Working Document “*An overview of the main issues that emerged at the third meeting of the subgroup on International aspects*” (CCCTB/WP/049) of 23 November 2006; European Commission, Working Document “*Progress to date and future plans for the CCCTB*” (CCCTB/WP/046) of 20 November 2006.

⁴³ A common definition of residence for the CCCTB purposes should be based on the following criteria: place of incorporation, place of registration and place of effective management.

⁴⁴ A common definition of permanent establishment, as well as of the principles of income attribution should be in line with the OECD Model. Therefore, the concept of permanent establishment should refer to a distinct and separate entity dealing independently with the head office.

When attributing profits to the permanent establishment, it is pointed out that all Member States refer to the arm's length principle with some differences of a strictly application kind. Moreover, the OECD has been working on a new approach (so-called “*authorised OECD approach - AOA*”), according to which a permanent establishment and its head office would be deemed to be completely distinct and separate entities for the purposes of calculating their respective tax bases.

c) tax treatment of EU-sourced income of companies outside the EU.

In the context of foreign income, particular attention is given to “*foreign passive income*”, which can be distinguished in:

1. income received by a “CCCTB company” from sources outside the EU;
2. income paid by a “CCCTB company” to residents in third countries;
3. passive income paid by a “non-CCCTB company” to a “CCCTB company”;
4. passive income paid by a “CCCTB company” to another “CCCTB company”.

As regards the first category, the discussion focused on dividends, interest and royalties earned by EU residents from sources outside the EU. In the Commission’s opinion, the preferable solution is to include the “*foreign passive income*” in the CCCTB. Some experts of the CCCTB Working Group opt for including the “*foreign passive income*” in the CCCTB only once the common consolidated base has been determined and apportioned between Member States. Essentially, this would guarantee symmetry in the treatment of “*passive income*” and “*active income*”.

As regards the second category, the Group pointed out that many double taxation conventions provide for the application of a withholding tax. In these cases, the Commission holds that if the amount of withholding tax is going to be deducted (as an expense) from the common tax base, the amount of withholding tax received by the Member State where the taxpayer is located will have to be shared according to a mechanism to be agreed.

As regards the third category of passive income, the Commission holds that the imposing of a withholding tax on passive income received by a CCCTB company would be possible. If this income were included in the CCCTB, in principle the treatment of the withholding tax would be symmetrical to that provided for the foreign source income of a CCCTB company.

Lastly, as regards the fourth category, the Commission believes that dividends, interest and royalties paid by a CCCTB company to another CCCTB company should not be subject to a withholding tax. However, some Member States point out that many double taxation conventions provide for a withholding tax. In this case, it would be preferable that the withholding tax received by the State of residence should be apportioned according to a mechanism to be agreed.

As regards the EU-sourced income of companies resident outside the EU, there is a wide agreement that business income earned through a permanent establishment located in the EU should be covered by the CCCTB.

The prevailing opinion⁴⁵ is that the CCCTB rules should cover as many entities as possible. These entities could be identified by way of a mere reference to national rules.

The European Commission believes that also companies not engaged in cross-border activities should be covered by the CCCTB rules.

6.c) *The CCCTB, consolidation and current regimes*

With reference to the issue of group taxation, the CCCTB Working Group pointed out that it was necessary, first, to establish a common and agreed position on:

⁴⁵ European Commission, Working Document “Progress to date and future plans for the CCCTB” (CCCTB/WP/046) of 20 November 2006.

- the definition of a group for the purposes of eligible entities. It can be based on two approaches, a legal approach or an economic approach.

- the method for calculating the consolidated tax base⁴⁶.

A common definition of group was considered the first step to identify the scope of consolidation in case of one or more group companies located outside the European Union⁴⁷. Three situations were hypothesized:

- a) a non-EU company between EU parent and EU subsidiaries;
- b) an EU parent with EU subsidiaries;
- c) a non-EU parent company holding EU subsidiaries through an EU permanent establishment.

Eligible entities are distinguished in incorporated entities and unincorporated entities.

According to the CCCTB Working Group, the CCCTB rules should be applied to incorporated entities doing their business within the CCCTB jurisdictions⁴⁸.

As regards the methods for consolidation in the CCCTB, the European Commission believes that it should imply the elimination of intra-group transactions in order to eliminate transfer pricing problems with a consolidated group⁴⁹.

More recently⁵⁰, the CCCTB Working Group has dealt with the topic of sharing mechanism and analyzed two apportioning mechanisms⁵¹: “*macro-based apportionment*” and “*micro-based apportionment*”.

The *macro-based apportionment* would imply dividing the CCCTB of any EU multinational group according to factors, such as the aggregate national value added or GDP either of all Member States or of those Member States where each group operates. This system could imply decoupling the tax liability of a specific firm to a member country from its real economic activity in that country, thus it does not comply with minimum taxpayer equity standards. On the other hand, it is simple, efficient (avoids profit shifting incentives) and cost-effective.

The *micro-based apportionment* has two different approaches: “*Formulary Apportionment Approach*” (FA) and the “*Value Added Approach*” (VA).

FA - The FA method tries to approximate the contribution of each jurisdiction to the companies’ taxable profits by using a predetermined formula whose elements represent the factors deemed to generate income. Thus, those Member State where

⁴⁶ European Commission, *Working Document “Issues related to group taxation”* (CCCTB/WP/035) of 5 May 2006.

⁴⁷ During the meeting of 12 September 2006, the CCCTB Working Group has examined also some issues concerning dividend taxation. One solution (“the preferable option”) is to include dividends in the taxable income of the receiving company. As a result, there would be no discrimination between different income sources. Further, this solution implies that the withholding tax would not be applied by the State of source (European Commission, *Working Document, “Dividends”* (CCCTB/WP/042) of 28 July 2006).

⁴⁸ The application of the CCCTB rules to the second category is still under examination.

⁴⁹ European Commission, *Working Document “Issues related to group taxation”* (CCCTB/WP/035) issued on 5 May 2006.

⁵⁰ The latest meeting of the CCCTB Working Group was held on 12-13 December 2006. During that meeting, the discussion concerned also the mechanism for apportioning the consolidated tax base.

⁵¹ The mechanism for apportioning the consolidated tax base to each participating Member State has been broadly analyzed in “*The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*”, by ANA AGÚNDEZ GARCÍA, October 2006, *Working Paper* n. 9/2006 - European Commission – Directorate-General Taxation & Customs Union.

a larger amount of income-creating factors is present will get a larger share of that group's consolidated profits⁵². The choice, valuation and weighting of factors and the possible use of different formulae for different industries are the main issues that would need to be defined for a potential EU FA system. The FA methodology complies with the "equal capacity to earn income" approach. However, using apportionment factors that are specific to particular taxpayers might affect incentives regarding the location of the economic activities that comprise the factors and prompt tax competition between national governments to attract businesses' activities into their territories.

VA - The VA-based apportioning method is based on the following ratio:

"VA by a group member-to-total VA of the group"

VA - The VA-based apportioning mechanism would attribute to a tax jurisdiction a fraction of the total income of a multi-jurisdictional group equal to the jurisdiction's share in VA at group level. Using the VA key as the apportioning mechanism would have the appeal of complying, at least partially, with an "equal earned income" (since VA relies on profits). VA would also avoid using different formulae for different industries, because it is a consistent concept for all economic sectors. However, it has two important drawbacks. First, because of the profit-shifting incentives reintroduced through the apportionment formula, it reintroduces the need to value all intra-EU intra-group transactions; secondly, it places a heavy tax burden on labour, the main component of VA.

To establish an EU common consolidated tax base, it is necessary to resolve other issues⁵³: the definition of group for the purposes of consolidation, the treatment of losses and the methodology for consolidation.

For the purposes of consolidation, the definition of group should cover as many entities as possible. The application of an "all in" principle would be preferable to that of "cherry-picking". A minimum threshold of 75% would certainly satisfy the requirement of shareholding. However, a threshold of 51%⁵⁴ could be sufficient.

When discussing the tax treatment of losses incurred by the entities before entering a group, the Group considered that these losses could be ring-fenced and set off after apportionment.

As regards the treatment of "ongoing losses", two possible approaches were identified:

- to carry-forward at the group level;
- to allocate immediately the loss to each Member State concerned and to compensate it in the future⁵⁵.

⁵² The FA method boasts a sound and effective application in several countries, such as USA and Canada.

⁵³ European Commission, *Working Document "An overview of the main issues that emerged at the second meeting of the subgroup on group taxation"* (CCCTB/WP/048) of 23 November 2006; European Commission, *Working Document "Progress to date and future plans for the CCCTB"* (CCCTB/WP/046) of 20 November 2006.

⁵⁴ In this connection, the Commission has pointed out that "unless the ownership test is based on the effective level of ownership in a chain of companies then the minority interest might become quite high. For example, if A owns 75% of B which owns 75% of C which owns 75% of D then if the threshold is 75% measured at each stage then A, B, C and D are a group although the group only owns 42% of D. In contrast if the effective level is used only A and B can group" (European Commission, *Working Document "An overview of the main issues that emerged at the second meeting of the subgroup on group taxation"* - CCCTB/WP/048 of 23 November 2006).

⁵⁵ Discussions on the preferable approach are still open.

A further issue concerns the treatment of losses when a company does not belong to the group any longer. In this case, the total or partial allocation of losses presupposes the application of a specific apportioning formula.

As regards methodology, most favour a “full consolidation” system, meaning that 100% of the income should be consolidated, even in case of a lower shareholding.

The European Commission⁵⁶ welcomed the activity of the CCCTB Working Group to determine a single and consolidated tax base at EU level. During 2007 the CCCTB Working Group is expected to work on tax incentives, anti-avoidance measures, consolidation method and sharing mechanism. After the comprehensive and final “re-visiting” of the topics already discussed, the European Commission has the intention to present a legislative measure within 2008⁵⁷.

Current consolidation regimes: comparative analysis – EU consolidation are significantly different among each other. Some States (France, the Netherlands, Portugal and Spain) resort to the concept of “fiscal unity”, namely they consider the whole group as a legal person. Thus, the group files a single tax return for all companies included in the consolidation. In those States, groups of companies can benefit from loss offsets and tax neutrality regime for transfers of intra-group activities.

Sweden and Finland adopt the “group contribution” scheme: each company belonging to the group calculates its own taxable income, files its own tax return and pays its own taxes. However, this system allows “shifting” profits of profitable companies to loss-making companies. The United Kingdom and Ireland adopt the “group relief” scheme”: each company files its own tax return and pays its own taxes, but the loss offset is allowed even if financial resources are not transferred between companies concerned.

Therefore, the typical features of group taxation are:

- loss offsets within the group (Finland, France, Germany, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom); and
- tax neutrality of transfers of intra-group activities (France, the Netherlands, Portugal, Spain and the United Kingdom).

The consolidation requirements are significantly different in relevant legal systems. In particular, as regards the requirement of “financial integration”, namely the percentage of shareholding in controlled companies of the controlling company, European laws provide for percentages ranging between more than 50% (Germany) to 99% of capital (Luxembourg and the Netherlands). In Denmark, the control requirement is satisfied when a company:

- holds the majority of the voting rights in another company;
- is a shareholder in another company and is entitled to elect the majority of the Board of Directors members;

⁵⁶ Communication “Implementing the Community Lisbon Programme: Progress to date and next steps towards a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)” - COM(2006)157 of 5 April 2006.

⁵⁷ The Commission has pointed out that:

- the definition of the CCCTB should not be dependent on IAS/IFRS, which however are the starting point. In fact, not all companies are able to apply these accounting principle, which might also change;
- for the CCCTB purposes, the best approach is an optional application;
- in order to implement the CCCTB and relevant benefits, it is necessary for Member States to adjust their domestic rules.

- is a shareholder in another company, where it exercises its controls over the economic and financial management by virtue of a contract;
- is a shareholder in another company, where it controls the majority of voting rights by virtue of a contract.

Since the end of Fiscal Year 2005, in the Austrian consolidation scheme the control requirement is satisfied when the participation in capital or voting rights of the controlled company is not lower than 50%. Other systems (in Germany and Luxembourg, for example) require also an “organizational and economic integration” between holdings and controlled companies; Finnish and Swedish systems require that companies included in the consolidation perform a commercial activity⁵⁸.

7. Legal competition and tax competition

Regulatory competition – Competition between national legislations has led to changing the hierarchy in the sources of law⁵⁹. Regulatory competition implies that each State preserves its “autonomous and independent nomothetic” power⁶⁰, even though it surrenders its exclusive power as regards the effects of law-setting. If the law is not dependent on the exercise of sovereignty over a defined territory and on the exclusive application by one State, competition between States could irreparably deteriorate the effectiveness of the national law, while heralding the crisis of the State⁶¹. In this sense, regulatory competition can contribute to the establishment of a European legal space⁶².

⁵⁸ For a more thorough examination of consolidation systems in Europe (including Eastern countries), see DI GREGORIO C., MAINOLFI G., SCAZZERI G., “*L'imposta sulle società nell'Unione europea*”, Milano, 2005.

⁵⁹ In company law, with particular reference to US federal system, Delaware is a case of regulatory competition. Delaware is a small state, whose palatable “institutional package” of company law provisions and “additional services” has led more than half of US firms to incorporate within its territory. Like a manufacturer, Delaware has packaged a “system-product” offering “additional services” to firms-customers. In the EU, the “Delaware effect” was observed in the Netherlands and Luxembourg, featuring excessively flexible company laws and thus particularly attractive for all European enterprises. The US case of Delaware has spurred the European institutions to the adoption of the Statute “*Societas Europea*”. On the “possible imitation” of the case of Delaware in Europe, see FERRARESE M. R. (in AA.VV., “*La concorrenza tra ordinamenti giuridici*”, edited by Zoppini A., Roma-Bari, 2004, p. 130 and following), who points out that the Delaware model is placed in a strictly federal context, while Europe features a supranational dimension where different institutions mostly share their competences.

On regulatory competition, see ADONNINO P., *Concorrenza di fonti nel diritto tributario internazionale*, in *Diritto e Pratica tributaria*, 1996, I, 3, 729-734 and CIPOLLINA S. (“*I confini giuridici nel tempo presente*”, Milano, 2003, p. 3), who holds that “systemic” frontiers become less hermetic and the autonomy of the State decreases when regulating its own exchanges abroad.

⁶⁰ See ZOPPINI A., in AA.VV., “*La concorrenza tra ordinamenti giuridici*”, op.cit., p. 7.

⁶¹ According to G. Jellinek, the State exercises its sovereignty over a single territory. The State's sovereign power is not subject to any higher political power: it is therefore independent and supreme at the same time. The first aspect is external and characterizes the relationship between the sovereign state and other powers; the second one is internal and characterizes the relationship between the juridical personalities within the State. However, both aspects are linked and cannot be separated (JELLINEK G., “*Dottrina generale dello Stato*”, Milano, 1949, p. 13 and 71).

⁶² Competitiveness is the attitude to consider competition necessary and to conform behaviour to competition with other States. Conversely, competition is to be intended as the ability to compete with other systems at an economic level. Competitiveness results from a spontaneous process, through the interaction of economic operators, which is accelerated by the increasing performance of cross-border activities. That cannot be said of competition. Competition represents a further evolution with respect to competitiveness and the difference lies with the fact that competition is forced by economic operators (the States) and does not result from natural economic processes at a global level. According to LIPARI N., (in AA.VV., “*La concorrenza tra ordinamenti giuridici*”, op.cit.,

It is further to take into account the role and dynamics played by globalization in progress. A global market requires global rules, while legal provisions are beyond the control of national lawmaker, who is marginalized within narrow and increasingly permeable boundaries⁶³ and can influence only social and economic matters of marginal interest. E-commerce is “epiphany and metaphor”⁶⁴ of the new global legal dimension. It is a connecting link for the virtual community and a place of exchanges, which – being decontextualized - can produce rules that are different from those applied to the parties in the transactions⁶⁵. There is therefore an asymmetry (or “di-symmetry”⁶⁶) between the political boundaries of the State and geographical spaces of the market.

However, harmonization and regulatory competition can be reconciled with one another. In fact, they are two processes equally compatible with the creation of the Single Market: harmonization enhances competitive benefits provided by a coordinated market, regardless of the level of implementation. Regulatory competition “stimulates the codification of national law”⁶⁷, which impacts on the role and responsibilities of the national lawmaker.

The European legal panorama generates competitive dynamics between institutions by way of “indistinct” competences. The current European situation features a new interstate legal dynamism, which derives from the supranational dimension that is typical of the European institutions. Regulatory competition places itself in a dynamic legal reality that is typical of Europe in these times and results from the top of institutions, as well as from the bottom of civil community⁶⁸.

The supranational dimension of Europe has led to changing legal references for all persons concerned. Specifically in company law, the European Court of Justice has ruled on the linkage between the legislation applicable to the place of incorporation of an enterprise and the operational possibilities of the enterprise itself. On many occasions, the Court has established that this linkage should be overcome to favour the legal continuity of the enterprise, regardless of the place of incorporation⁶⁹.

p. 81), the use of the syntagm “regulatory competition” is based on an ambiguity or rather a contradiction. While, in fact, regulation has its traditional meaning (as it were), which is based on the reference to a set of binding and compulsory rules (whatever identification criteria should be used), competition refers to an alternative provided for by a different regulation, which allows the users to choose between alternative rules that can be applied to the same relationship. Conversely, according to MONASTERI P. G. (in AA.VV., “*La concorrenza tra ordinamenti giuridici*”, op.it., p. 149), regulatory competition should be set in the different perspective of the tension between different ways of regulating different legal institutions, even of a possible clash within Western countries. According to ZOPPINI A. (in AA.VV., “*La concorrenza tra ordinamenti giuridici*”, op.cit., p. 7), regulatory competition refracts a different image from the prism of globalization and leads to believe that only competition enables to select the preferable legal rule and thus to enhance the effectiveness of exchanges and of the economic system as a whole.

⁶³ According to Cipollina, the boundaries being permeable, sovereign powers – in the traditional sense – tend to become “nominal, anonymous, empty” (CIPOLLINA S. “*I confini giuridici nel tempo presente*”, op.cit., p. 26).

⁶⁴ See ZOPPINI A., in AA.VV., “*La concorrenza tra ordinamenti giuridici*”, op.cit., p. 6.

⁶⁵ CASSESE S. refers to the marketing of the State, in the sense that there is a competition between legislations and the most favourable can be chosen. On the market, it is possible to buy also the most convenient legislation (“*La crisi dello Stato*”, Roma-Bari, 2002, p. 116).

⁶⁶ See GALGANO F., CASSESE S., TREMONTI G., TREU T., “*Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*”, Bologna, 1993, in AA.VV., “*La concorrenza tra ordinamenti giuridici*”, op.cit., p. 10.

⁶⁷ ZOPPINI A., in AA.VV., “*La concorrenza tra ordinamenti giuridici*”, op.cit., p. 39.

⁶⁸ FERRARESE M. R., in AA.VV., “*La concorrenza tra ordinamenti giuridici*”, op.cit., p. 141.

⁶⁹ In Case *Centros* (C-212/97, judgement of 9 March 1999), the European Court of Justice ruled that the incorporation of a company in the United Kingdom is compatible with Article 43 and 48 of the Treaty, even

Tax competition – In the tax field, the phenomena of competition and bid for competition are set in a context where economy is independent from national legislation. Both the States and taxpayers recognize that the tax variable has increasing effects on cross-border behaviours and actions⁷⁰.

In the fight against harmful tax competition, the European and international debate is destined to bring about deep changes in the way of conducting cross-border dealings. The European legal system faces a contest, which features new law-setting institutions and a new way of conceiving institutional relationships and their interactions⁷¹.

Whereas in the EU, the fight against harmful tax competition is epitomized in the adoption of the Code of Conduct on business taxation, in the relationships between the European Union and extra-EU countries it deals with the other delicate and important issue of transparency and exchange of information between tax administrations. Under the agreement with Switzerland concerning the taxation of savings, beneficial owners of interest are allowed to avoid the imposition of the withholding tax by authorising their Swiss paying agents to report interest payments to the competent authority of their State of residence⁷². “Measures equivalent” to the above are con-

though the intent was to circumvent the Danish legislation providing for the paying up of a minimum capital. In fact, the question of the application of those articles of the Treaty is different from the question whether or not a Member State may adopt measures in order to prevent attempts by certain of its nationals to evade domestic legislation by having recourse to the possibilities offered by the Treaty. The fight against fraud cannot justify the refusal of a Member State to register a branch of a company incorporated in another Member State. According to the European Court of Justice, creditors are sufficiently protected in compliance of the principle of proportionality, which is the base of the “*Home Country Control*”, where they are on notice that the company is covered by a law different that is different from the Danish one. The Danish practice, therefore, is an outright negation of freedom of establishment and thus incompatible with the principles of the Treaty.

In Case *Überseering BV* (C-208/00, Judgement of 5 November 2002), the European Court of Justice ruled that Article 50 of the *Zivilprozessordnung* - German Code of Civil Procedure, (according to which an action brought by the company *Überseering BV* was inadmissible, as the company had not the legal capacity to bring legal proceedings in Germany, in that the company was incorporated in the Netherlands and it was not reincorporated in Germany) is not compatible with Articles 43 and 48 of the Treaty) on the basis of the following:

- the company *Überseering BV*, incorporated in the Netherlands, is entitled to exercise the freedom of establishment, as lay down in the Treaty, and transfer its seat to Germany, and maintain its status of company incorporated in the Netherlands;
- the fact that the acquisition by German citizens involves all the shares of the company, which transferred its seat to Germany, does not affect the retention of its legal personality and status as a company incorporated in the Netherlands;
- the requirement of reincorporation of the company in Germany in order to acquire the legal capacity to bring legal proceedings in Germany, is therefore an outright negation of freedom of establishment, as laid down in the Treaty.

⁷⁰ Among the phrases forged to identify tax competition and bid for competition, two are very expressive “*bidding for firms*” and “*fisco à la carte*”.

⁷¹ Within the EU, the fight against harmful tax competition was at a turning point during the ECOFIN Council of 3 June 2003, when the Code of Conduct on business taxation was adopted. On that occasion, the Council invited the Primarolo Group to continue to monitor standstill and the implementation of rollback by Member States.

⁷² Under this agreement, Switzerland commits itself to apply measures equivalent to those laid down in the EU Savings Directive. These measures include, in particular:

- the levy of a withholding tax (according to Article 1, 15% in the first three years, 20% for the subsequent three years, 35% thereafter) on interest paid to residents of one of the Member States;
- a mechanism that allows revenue sharing between Switzerland and the State of residence of the recipient of interest, respectively, at a percentage of 25 and 75% (Article 8);
- voluntary disclosure of information if the taxpayer so agrees (Article 2);
- the exchange of information on request, in cases of “tax fraud or the like”;
- a review clause (Article 13).

tained also in the agreements concluded with the Principality of Monaco, Andorra, San Marino and Liechtenstein. The need for reconciling exchange of information and bank secrecy necessarily affects the cohesion level that can be achieved in the fight against harmful tax competition and financial/tax heavens all over Europe⁷³.

As regards Switzerland, it is still to point out that the Swiss system allows the cantons to fully or partially exempt profits generated abroad from cantonal and municipal company tax. According to the Commission, these tax advantages have proved a “formidable incentive” for headquarters or coordination centres of multinationals to be based in the most tax favourable cantons, in order to minimize their tax liabilities⁷⁴.

Within the OECD, the 1998 Report was meant to identify harmful tax competition practices with a view to eliminating them gradually. In the following 2000 Report, those principles were applied in practice by way of identifying a number of potentially harmful preferential tax regimes and by way of drawing up a black-list of tax havens. In the 2001 and 2004 Reports, the OECD has defined the guidelines for combating harmful tax competition⁷⁵.

The EU and OECD initiatives have a common approach, based on similar premise, are inspired by the same principles and share the same objective of curbing harmful tax competition, even though their scope of application is partially different. In fact, the OECD Reports restrict their analysis to geographically “mobile” activities (financial activities and services), namely those activities that can be transferred from one State to another more easily than other investments. Moreover, they deal with the issue of tax havens, which is not covered by the EU Code of Conduct⁷⁶.

⁷³ On 7 December 2004, the European Commission announced the signing of three agreements on taxation savings with Liechtenstein, San Marino and the Principality of Monaco. The agreement with Andorra was signed on 15 November 2004.

These agreements are crucial in the framework of cooperation in direct taxation, which includes also the EU Savings Directive and the Agreement with Switzerland.

The agreements are based on four fundamental principles:

- *Withholding tax*: payments made by paying agent are subject to a withholding tax of 15% in the first three years, 20% for the subsequent three years, 35% thereafter); 75% of revenue shall be transferred to the tax authorities of Member States of residence.

- *Voluntary disclosure of information*: the withholding will not apply where the taxpayer authorizes the paying agent to report information concerning the interest payment to the competent tax authorities;

- *Review*: the agreement will be reviewed every three years at least, or upon the request of one of the parties;

- *Exchange of information on request*: the States commit themselves to exchange information on request, in cases of “tax fraud or the like”.

⁷⁴ The European Commission has reprimanded Switzerland over these tax advantages measures applied by the cantons - not as much because these measures provide for reduced exemptions and rates, but rather because “it cannot accept schemes that differentiate between domestic and foreign source income” (Press release, European Commission, 13 February 2007, IP/07/176). In particular, the Commission believes that certain tax regimes in Swiss cantons of Zug and Schwyz in favour of “management, holding and mixed companies” are a form of State aid incompatible with the 1972 Agreement between the European Union and Switzerland. In its Decision of 13 February 2007, the Commission invited Switzerland to abolish those tax advantages measures and reserved the right to submit to the Council a proposal for the adoption of safeguards.

⁷⁵ The 2004 Progress Report reported that of the 47 preferential tax regimes that had been identified as potentially harmful, 18 regimes had been abolished and 14 had been amended to remove their potentially harmful features. Another 13 were found not to be harmful on further analysis.

⁷⁶ On the point, Di Gregorio points out that as compared to the OECD Report, the approach of the European Commission features something more: in fact, not only harmful tax competition is a serious danger to the establishing of rules on fair competition between economic operators in the European Union, but it is a hindrance

8. Tax competition within the European Union

Harmful tax competition practices are particularly important within the EU, where Member States' "incorrect" tax policies can affect adversely the functioning of the Single Market.

In order to avoid that Member States' tax policies can hinder the implementation of EU policies, the Commission has stirred the debate on the matter through the identification of potentially discriminatory measures and the support to their elimination⁷⁷.

One of the major initiatives for combating "harmful" tax competition is the Code of Conduct, a deontological code on business taxation⁷⁸. The Code defines the criteria for identifying potentially harmful tax measures (paragraph B) and recommend that Member States comply with the principles of the Code, by eliminating any harmful tax measure (paragraph D "Rollback") and by committing themselves not to introduce new similar tax (paragraph C, "Standstill")⁷⁹.

In general, the Code of Conduct defines as "potentially harmful" all the measures that affect (or may affect) in a significant way the location of business activity in the Community and that provide a lower effective level of taxation in comparison with that generally applied in the interested Member State. In particular, as established in paragraph B of the Code, a tax measure is considered "harmful" when:

- they can be applied only to non-residents or in respect of transactions carried out with non-residents;
- they are ring-fenced from the domestic market, so they do not affect the national base;

to the completion of the Single Market, which is one of the major objectives in the Treaty and which must be achieved in compliance with the four fundamental freedoms established therein: freedom of movement and establishment of goods, (natural and legal) persons, services and capital (DI GREGORIO C., MAINOLFI G., SCAZZERI G., *L'imposta sulle società nell'Unione europea*, cit., p. 360). Finally, it is to point out that notwithstanding that the OECD Reports and the Code of Conduct have a political nature and do not have any binding effect on the States, they are the expression of a common intent and a joint effort against harmful tax competition in its different meanings. It is just because of their voluntary and consensual basis, stemming from the interstate nature of the reports, that they are destined to have an increasing importance in international taxation.

⁷⁷ The European Commission paper "*Taxation in the European Union*" (SEC(96)487) launched a new operational strategy in tax policy. The new approach and, in particular, the commitments taken in the field of harmful tax competition, are formalized in the Communication "*A package to tackle harmful tax competition in the European Union*" (COM(97)564). The Commission's proposals were approved at the ECOFIN Council of 1 January 1997; see on the point the Council Resolution on the adoption of the Code of Conduct on business taxation. For a thorough analysis on the issue of harmful tax competition, see WILSON J. D., *Theories of Tax Competition*, in *National Tax Journal*, no. 52/1999, p. 269-304; WILDASINZ D.E., *Fiscal Competition: An Introduction*, in *Forthcoming, Journal of Public Economic Theory*, no. 11/2002; FUEST C., *Corporate Tax Coordination in the European Internal Market and the Problem of "Harmful" Tax Competition*, University of Cologne, December 2002; DIAWA K.M., GORTER J., *The remedy may be worse than the disease. A critical account of The Code of Conduct*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, 14.2.2002; JANEBA E., SMART M., *Is targeted tax competition less harmful than its remedies?*, in <http://www.economics.utoronto.ca/msmart/wp/harmful.pdf>; DEVEREUX M.P., GRIFFITH R., KLEMM A., *Corporate income tax reforms and international tax competition*, in <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/faculty/devereux/publications/dgkep.pdf>; Alan J. Auerbach A.J., Hines J.R. Jr., *Perfect Taxation with Imperfect Competition*, in <http://emlab.berkeley.edu/users/auerbach/ftp/auerbach-hines.pdf>; WILSON J.D., WILDASIN D.E., *Tax competition: bane or boon?*, Tax Policy Research/Institute for Fiscal Studies Conference "*World Tax Competition*", Londra, 24-25.5.2001.

⁷⁸ It is an atypical instrument, not legally binding, and similar to recommendations, for certain aspects. See Council Resolution of 1 December, "*On a Code of Conduct for business taxation*", OJ 6.1.1998, C 2/2 and following.

⁷⁹ On "rollback" e "standstill" and their interrelations, see Council of the European Union, *Progress Report on the Code of Conduct*, issued on 20 November 2000.

- they are granted even without any real economic activity and substantial economic presence within the Member State;
- they are contrary to internationally accepted principles (in particular, the rules agreed upon within the OECD);
- they lack transparency.

The Code of Conduct represents a crucial step in the EU tax policy: in fact, through its adoption, Member States commit themselves not to introduce new potentially harmful tax measures and, at the same time, to eliminate any existing measure that appears not to be compliant with “fair” competition. Moreover, the full implementation of transparency should intensify the exchange of information on the tax measures that can fall within the scope of the Code. Significant is also Member States’ commitment to promote the adoption of the Code in third countries, so to expand its scope.

On the basis of the provisional list and information provided by national delegations to the Primarolo Group, the Commission has drawn up an initial list of *potentially harmful* measures, divided in five categories:

- intra-group services;
- financial services and off-shore companies;
- other sector-specific regimes;
- regional incentives;
- other measures.

Once identified the sectors upon which the activity should be focused, the Group agreed that the first two areas should be prioritized and set up two sub-groups to examine any measure concerning, respectively, intra-group services, and financial services and off-shore companies. The sub-groups examined first that the Member States’ description of the potentially harmful tax measures was correct and complete; afterwards, they assessed each measure against the criteria in paragraph B of the Code⁸⁰.

After having concluded its examination, the Group drew up a final list⁸¹ of 66 measures which could introduce distortions into the market.

The activity of the Code of Conduct Group has arrived at significant conclusions, even though these are not final⁸². The report of the Group was submitted to the ECOFIN Council on 29 November 1999, it was made accessible⁸³ in 2000, but

⁸⁰ At the end of the works, all measures under examination (on intra-group services, financial services and off-shore companies) satisfied at least one of the criteria established in the Code of Conduct for the purpose of identifying (potentially) tax measures. These measures were included in the second evaluation phase. Moreover, the Group pointed to the importance of a comparative study, to be entrusted with independent experts, on the existing administrative procedures in Member States, as well as on different rules on holding companies and intra-group activities. The Group submitted two interim reports to the ECOFIN Council, on 1 December 1998 and 25 May 1999.

⁸¹ On the point, see GALLO F., *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rassegna tributaria*, n. 3/2000, p. 725 and following; VALENTE P., *Concorrenza fiscale “dannosa”: il rapporto provvisorio del Gruppo di lavoro “Codice di condotta” e le raccomandazioni OCSE*, in *Il fisco*, no. 23/1999, p. 7716 and following; VALENTE P., *Il Codice europeo di condotta fiscale*, in *Corriere tributario*, no. 50/1998, p. 3689 and following; VALENTE P., *“Fiscalità sovranazionale”*, Milano, 2006, p. 413 and following.

⁸² The Code of Conduct is referred to in the Conclusions of ECOFIN Council held on 26-27 November 2000, which confirmed that harmful tax measures should be eliminated within 1 January 2003 and that relevant deriving benefits could be enjoyed until 2005. However, by informing previously the Code of Conduct Group, the Council could decide to postpone certain benefits after the final date 31 December 2005 (this extension is confirmed in the Conclusions of ECOFIN Council of 3 June 2003).

⁸³ At the meeting held on 28 February 2000, the Council decided to publish the Report of the Code of Conduct Group, submitted to the Council on 29 November 1999, without taking any position on its content.

it was approved only at the ECOFIN Council held in Luxembourg on 3 June 2003. On that occasion, the Council acknowledged the progress made by the Code of Conduct Group and invited it to continue to monitor standstill and the implementation of rollback, which are aimed at verifying that Member States eliminate harmful tax measures and refrain from introducing new ones

This approval is an important result in the framework of the fight against “unfair” tax competition, even if the practical application and the effective elimination of the measures identified by the Group are destined to occur in the future, after the analysis of Member States’ applications (first of all, the Belgian request on coordination centres).

9. Conclusion

The EU is an international and supranational organization difficult to be classified according to any traditional criteria. It features new elements that sometimes slow down its progressive completion: actually, after fifty years of Community experience, it is still called a building site (“*un chantier en construction*”), where there are still critical areas, which are particularly sensible for Member States, like taxation.

Conversely, the creation of a Single Market and the sharing of a number of sovereign powers are an irreversible process, which cannot be regulated by virtue of national laws, or set “free” from control. Both the EU and Member States will increase their respective authority and management ability only when they succeed in cooperating and coordinating. Sovereignty is not a “fixed amount” and an increase of management ability in one Member State does not imply a corresponding decrease in that of another Member State⁸⁴.

The reform of tax company law in the EU is crucial to achieve the objective defined at the European Council in Lisbon in March 2000, that the Union become the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world within 2010. The economic context is significantly changed in the last fifteen years, through international mergers and acquisitions, the birth and development of the E-commerce, the increasing mobility of economic factors. On many occasions it has been pointed out that enterprises engaged in cross-border activities are bound to comply with different national laws and, as a result, with high compliance costs.

In this context, the different effective tax rates applied by Member States are a significant variable in investment choices by enterprises. In its study issued in 2001⁸⁵, the Commission showed the results of an analysis of effective tax rates based on an econometric method⁸⁶, which however does not take into account all relevant fea-

⁸⁴ See, on the point CIPOLLINA S., “*I confini giuridici nel tempo presente*”, op.cit., p. 25, who points out that the transfer of powers is not, in itself, a loss-making operation, because it is counterbalanced with the acquisition of a power of proposal, legitimacy and control of supranational and subnational management, which derives from that transfer.

Only through a shared and cooperative management by all Member States, the EU will find its own strength from the convergence of different fundamental dynamics: a single currency, new markets at the EU level and the recent enlargement of the EU itself towards the new Eastern European frontiers. And if the Single Market reflects the European open economy, its principles will be a model in the international scenario, with a view of a renewed solidarity and a more intense economic and social cohesion between the States.

⁸⁵ SEC(2001)1681.

⁸⁶ In its immediate meaning, an econometric analysis is a comparison between an economic model and the

tures of the different tax regimes under examination. This did not refrain the Commission from drawing some general conclusions.

Even though taxation is only one of the elements taken into account by enterprises in their investment planning, the inconsistency of effective tax rates across Europe requires a careful examination. The Commission verified a significant disparity in the effective tax burden faced by investors in Member States, as well as the different treatment applied by each Member State to domestic or foreign source investment. The range can arrive up to 30 points percentage⁸⁷.

The Commission did not examine the tax rate trend over the years, the effects of tax competition or of tax rate differentials on economic efficiency. At the EU level, it is still a shared opinion that the level of taxation, notably of tax rates, must be decided by Member States and thus a specific Community action is not desirable on the matter.

Notwithstanding the absence of a targeted Community intervention, in the last years there was a natural general downward trend in tax rates in the EU. Ireland showed the most significant decrease in nominal rate from 40% (in 1995) to 12.50% in 2005 (-27,50%). Germany has the highest rate (38.60%), even though there was a decrease by 18.20 points percentages in the period 1995-2005⁸⁸.

The EU average rate (31.4% in 2004) was significantly affected by the accession of 10 new Member States in 2004⁸⁹ and of Romania and Bulgaria since 1 January 2007⁹⁰.

If the downward trend in tax rates is a given data, hopefully the introduction of a common consolidated tax base could lead to a natural convergence of the different tax rates applied in each Member State⁹¹.

Any attempt to reform Community tax systems cannot leave out of consideration that:

- a greater coordination at the European level, without dirigiste temptations, must be consistent with the objective of reducing tax and extra-tax burdens on employment, must optimize taxation in order to stimulate non-inflationary economic growth and employment and maintain the integrity of the current European social model;
- the identification of forms of tax policy coordination can stimulate the market

empirical evidence. An economic model represents a position on the relationship(s) between different economic variable(s).

⁸⁷ It deals with the variations between effective tax rates for EU-based enterprises. The econometric models indicate that this disparity between tax rates is more to attribute to the inconsistency of normal rates in Member States, rather than to a difference in tax base dimensions.

⁸⁸ European Commission, "Structures of the taxation systems in the European Union", 2005. In the period 1995-2005, there was generally a downward trend in tax rates applied in Member States. In Eastern Europe, there was a tax rate decrease of 21% in Poland and Slovakia: the rate went from 40% in 1995 to 19% in 2005. In Western Europe, no variation in Sweden and Spain: the rate stayed respectively at 28% and 35%. In Eastern countries, in Malta and Slovenia the rate stayed respectively at 35% and 25%. Only in France the tax rate is increased from 25% in 1995 to 29% in 2004 and decreased to 26% in 2005.

⁸⁹ In 2004, the average rate of 10 new Member States was equal to 21,50% (European Commission, "Structures of the taxation systems in the European Union", op.cit.); in 2005 it reduced to 20.6%.

⁹⁰ In Romania the tax rate is 16%, in Bulgaria it is 15%.

⁹¹ Of opposite opinion are GENSCHÉL P., RIXEN T. ("The Institutional Foundations of Tax Competition", September 2006), who hold that "tax competition does not follow 'naturally' from increased cross-border mobility but is shaped and constrained by the tax rules applicable to cross-border movements. These rules are set by the international double tax treaty regime".

forces in a “competition of controlled origin”, while favouring the spontaneous approximation of legislations by way of removing obstacles that hinders the completion of integration process, as it occurred on financial and monetary markets with the introduction of the Euro;

- a certain degree of freedom restriction in taxation is justified by the reconciliation, with a view to preventing competitive de-taxation, an upward trend in tax competition between Member States;
- the definition of EU macrostrategies impose the definition of Member States’ microstrategies; each State is thus obliged to re-work out its own rules of tax behaviour, to renew its own interventions in the national economy, to plan out its methods and re-define its priorities.

Bibliografy

- AA.VV., *“L’Europe en chantier”*, Paris, 1993
- AA.VV., *“Manuale di diritto comunitario”*, Torino, I, 1983
- AA.VV., *“La concorrenza tra ordinamenti giuridici”*, edited by Zoppini A., Roma-Bari, 2004
- ADONNINO P., *Concorrenza di fonti nel diritto tributario internazionale*, in “Diritto e Pratica tributaria”, 1996, I, 3
- ALAN J. AUERBACH A.J., HINES J.R. Jr., *Perfect Taxation with Imperfect Competition*, in <http://emlab.berkeley.edu/users/auerbach/ftp/auerbach-hines.pdf>
- ANDERSSON K., “Paper to be presented at a the Swedish Network for European Studies in Economics and Business Conference”, in “Mölle”, 20-23.5.2003
- BRAUNER Y. “An International Tax Regime in Crystallization – Realities, Experiences, and Opportunities”, 2002
- CASSESE S., *“La crisi dello Stato”*, Roma-Bari, 2002
- CFE, *European Tax Report*, 15 January 2007
- CIPOLLINA S., *“I confini giuridici nel tempo presente”*, Milano, 2003
- Devereux M.P., Griffith R., Klemm A., *Corporate income tax reforms and international tax competition*, in <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/faculty/devereux/publications/dgkep.pdf>
- DIAWA K.M., GORTER J., *The remedy may be worse than the disease. A critical account of The Code of Conduct*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, 14.2.2002
- DI GREGORIO C., MAINOLFI G., SCAZZERI G., *“L’imposta sulle società nell’Unione europea”*, Milano, 2005
- FUEST C., *Corporate Tax Coordination in the European Internal Market and the Problem of “Harmful” Tax Competition*, University of Cologne, December 2002
- GALGANO F., CASSESE S., TREMONTI G., TREU T., *“Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione”*, Bologna, 1993

- GALLO F., *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in "Rassegna tributaria", n. 3/2000
- GENSCHEL P., RIXEN T., "The Institutional Foundations of Tax Competition", September 2006
- HELLERSTEIN W., McLURE Jr. C.E., *The European Commission's Report on Company Income Taxation: What the EU can learn from the Experience of the US States*, in "International Tax and Public Finance", 2003
- LODIN S. O., GAMMIE M., "Home State Taxation", Amsterdam, 2001
- JANEBA E., SMART M., *Is targeted tax competition less harmful than its remedies?*, in <http://www.economics.utoronto.ca/msmart/wp/harmful.pdf>
- JELLINEK G., "Dottrina generale dello Stato", Milano, 1949
- OLIVI B., "L'Europa difficile", Bologna, 1953
- STEVANATO D., *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato mondiale*, in "Rassegna Tributaria", no. 4 July-August 2003
- TERRA B.J.M., WATTEL P.J., "European Tax Law", Deventer, 2001
- UNICE, *Draft Position Paper, "Comments on document CCCTB/WP/039 - Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group - Issues related to Business Reorganisations"*, October 2006
- VALENTE P., *Concorrenza fiscale "dannosa": il rapporto provvisorio del Gruppo di lavoro "Codice di condotta" e le raccomandazioni OCSE*, in "Il fisco", n. 23/1999
- VALENTE P., *Il Codice europeo di condotta fiscale*, in "Corriere tributario", n. 50/1998
- VALENTE P., "Fiscalità sovranazionale", Milano, 2006
- WILSON J. D., *Theories of Tax Competition*, in "National Tax Journal", no. 52/1999
- WILDASINZ D.E., *Fiscal Competition: An Introduction*, in "Forthcoming, Journal of Public Economic Theory", no. 11/2002
- WILSON J.D., WILDASIN D.E., *Tax competition: bane or boon?*, Tax Policy Research/Institute for Fiscal Studies Conference "World Tax Competition", London, 24-25.5.2001.
- Documents of the European Commission
- Communication *Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations* (COM(2006)824 of 19.12.2006),
- Communication "Implementing the Community Lisbon Programme: Progress to date and next steps towards a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)", (COM(2006) 157 of 5.4.2006)
- Communication "An Internal Market without company tax obstacles: achievements, ongoing initiatives and remaining challenges", (COM(2003) 726 del 25.11.2003)
- Communication "Tax policy in the European Union. Priority for the years ahead", (COM(260)2001 of 23.05.2001)
- Communication "Towards an Internal Market without tax obstacles - A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities", (COM(582)2001) of 23.10.2001)
- Communication "A package to tackle harmful tax competition in the European Union", (COM(564(1997) of 5.11.1997)

Commission Staff Working Paper, “Company Taxation in the Internal Market” – SEC(2001)1681 del 23.10.2001

Commission Staff Working Paper, “Taxation in the European Union” - SEC(96)487 of 20.03.1996

Commission Non-Paper “A Common Consolidated EU Corporate Tax Base” of 7 July 2004

Working Document, “International aspects in the CCCTB” - CCCTB/WP/019 of 18.11.2005

European Commission, Working Document, “An overview of the main issues that emerged at the third meeting of the subgroup [SG3 – 3 May 2006] on taxable income” - CCCTB/WP/034 of 19.5.2006

Working Document, “Progress to date and future plans for the CCCTB” - CCCTB/WP/020 of 15.11.2005

Working Document, “An overview of the main issues that emerged at the first meeting of the subgroup on International aspects” - CCCTB/WP/029 of 2.3.2006.

Working Document, “An overview of the main issues that emerged at the third meeting of the subgroup on International aspects” - CCCTB/WP/049 of 23.11.2006

European Commission, Working Document, “Progress to date and future plans for the CCCTB” - CCCTB/WP/046 of 20.11.2006

European Commission, Working Document, “Issues related to group taxation” - CCCTB/WP/035 of 5.5.2006

European Commission, Working Document, “Dividends” - CCCTB/WP/042 of 28.7.2006

European Commission, Working Paper n. 9/2006, “The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options”, by Ana Agúndez García, October 2006

European Commission, Working Document, “The mechanism for sharing the CCCTB” - CCCTB/WP/047 of 17.11.2006

European Commission, Working Document, “An overview of the main issues that emerged at the second meeting of the subgroup on group taxation” - CCCTB/WP/048 of 23.11.2006

European Commission, “Structures of the taxation systems in the European Union”, 2005.

Base imponibile europea: evoluzione della fiscalità d'impresa tra coordinamento sovranazionale e competizione interstatale

Piergiorgio Valente

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Fiscalità comunitaria e prerogative statali - 3. Prospettive e obiettivi comunitari di riforma - 4. Verso la CCCTB - 5. CCCTB: lineamenti generali; 5.a) Premessa; 5.b) Il metodo CCCTB e le disposizioni contabili; 5.c) Ripartizione della base imponibile; 5.d) I principi di base - 6. I lavori sulla CCCTB: le questioni principali; 6.a) Premessa; 6.b) CCCTB e principi fiscali internazionali; 6.c) CCCTB, consolidamento e regimi vigenti - 7. Competizione giuridica e competizione fiscale - 8. La concorrenza fiscale in ambito comunitario - 9. Note conclusive.

1. Premessa

La storia del rapporto “costruzione europea – fiscalità diretta” si caratterizza per riconosciuta difficoltà¹. La fiscalità, forse più di ogni altro settore, costituisce rappresentazione significativa dell'incompletezza dell'edificio comunitario, nonché della complessità del processo di integrazione europea².

Se nel Trattato di Roma l'integrazione fiscale aveva come unico scopo la realizzazione del mercato comune³, l'attuale stadio del processo non sembra poter prescindere dal

¹ È principio acquisito che il processo di integrazione europea si effettua per tappe successive. Nella celebre dichiarazione del 9.5.1950, Robert Schuman affermava che “l'Europa non si farà d'un tratto, né in una costruzione globale: essa si farà con delle realizzazioni concrete – creando anzitutto una solidarietà di fatto”. L'affermazione di uno dei padri fondatori della Comunità europea risulta straordinariamente attuale, se si considera che, come rilevato da attenti osservatori delle vicende comunitarie, a tutt'oggi l'Europa assomiglia ad un cantiere piuttosto che ad un edificio compiuto. La dichiarazione di Schuman “si pone alla confluenza di un molteplice ordine di problemi e individua il piano di intersezione politicamente praticabile di tutta una serie di esigenze e di preoccupazioni ovunque risentite” (OLIVI B., “L'Europa difficile”, Bologna, 1953, p. 34). “L'Europe des Communautés européennes n'est pas un édifice achevé; c'est un chantier en construction” (A.A.VV., “L'Europe en chantier”, Parigi, 1993, prefazione, p. I). Identico concetto è riportato nell'editoriale del numero speciale della Revue des Affaires Européennes dedicato alla fiscalità comunitaria e significativamente definito “Le chantier fiscal”.

² Nel 1975 la Commissione europea aveva presentato una proposta di direttiva relativa all'introduzione di un sistema di ravvicinamento del trattamento fiscale dei dividendi in tutti gli Stati membri, che tuttavia si è dimostrata inaccettabile. La Commissione ha quindi riconosciuto l'impossibilità di attuare un'armonizzazione sistematica su scala europea e alla fine degli anni Ottanta ha deciso di concentrare la propria azione su misure limitate, ma importanti per il completamento del mercato interno. Questo nuovo approccio ha portato, nel 1990, all'adozione della direttiva “madrefiglia” e della direttiva “fusioni” (le cui proposte erano state presentate già nel 1969) e della convenzione sulla procedura arbitrale, con la quale viene introdotta una procedura per l'eliminazione della doppia imposizione da rettifica degli utili di imprese associate in diversi Stati membri. La proposta di armonizzazione del 1975 è stata invece ritirata nel 1990.

³ Con la conseguenza di limitare l'esigenza di armonizzazione delle legislazioni fiscali all'ambito delle imposte indirette.

ravvicinamento delle politiche fiscali⁴ anche nel campo dell'imposizione diretta⁵. In tale prospettiva, l'analisi dei profili tecnici riguardanti la composizione di una base imponibile comunitaria rappresenta obiettivo prioritario della Commissione europea, al fine di evitare, da un lato, che i meccanismi di doppia imposizione impediscano alle imprese di operare al meglio a livello transnazionale, dall'altro, che l'attuale disciplina dei rapporti tra società operanti in Stati diversi possa favorire situazioni di concorrenza fiscale dannosa.

Un approccio coordinato nella definizione di una base imponibile unica - comune e consolidata - a livello comunitario può rivelarsi efficace e adeguato per tutte le attività d'impresa svolte in ambito U.E. Secondo la Commissione, questo è, infatti, l'unico mezzo in grado di (a) ridurre sensibilmente i costi di conformità dovuti alla coesistenza di ventisette sistemi fiscali nel mercato interno⁶, (b) eliminare i problemi legati alla fissazione dei prezzi di trasferimento all'interno dell'U.E.⁷, (c) consentire la compensazione mediante il consolidamento di profitti e perdite a livello U.E.⁸, (d) semplificare le opera-

⁴ La nozione di "armonizzazione" si colloca in una posizione intermedia rispetto ai concetti di "ravvicinamento" ed "unificazione". Secondo parte della dottrina (così, per tutti, PUGLISI S., in AA.VV., "Manuale di diritto comunitario", Torino, I, 1983, p. 299), il termine in questione rappresenterebbe la specifica applicazione in campo fiscale della nozione più ampia di "ravvicinamento". Sia il Trattato che la legislazione comunitaria secondaria utilizzano i termini "armonizzazione", "ravvicinamento" e "coordinamento" delle legislazioni nazionali in maniera indistinta (cfr. gli artt. 94 e 95 - ex art. 100, 100A e 100B del Trattato).

Una differenziazione tra i termini di cui si tratta si riscontra, invece, con riferimento ai mezzi giuridici previsti dal Trattato ai fini del raggiungimento degli scopi istituzionali: mentre il "ravvicinamento" delle legislazioni nazionali può effettuarsi esclusivamente mediante direttive, l'"armonizzazione fiscale" prevista dall'art. 93 (ex art. 99) dispone di un ventaglio di strumenti più ampio. Sembra, pertanto, che il legislatore comunitario abbia voluto attribuire al "ravvicinamento" legislativo in materia fiscale una valenza più incisiva rispetto alle altre azioni necessarie ad assicurare il corretto funzionamento del mercato comune. Occorre, tuttavia, aggiungere che l'art. 93 limita l'attività di armonizzazione a talune imposte (imposta sulla cifra d'affari, imposte di consumo ed altre imposte indirette), mentre non è dato rinvenire alcun riferimento alla fiscalità diretta. Le imposte dirette sarebbero, quindi, estranee al processo di armonizzazione e troverebbero una regolamentazione eventuale soltanto nell'attività di ravvicinamento prevista dall'art. 94 (ex art. 100).

⁵ La competenza sull'imposizione diretta spetta agli Stati membri nel rispetto del Trattato. Il principio è stato affermato dalla Corte di giustizia nel 1991 (causa C-246/89, Commissione vs. Regno Unito) e ribadito da molteplici sentenze successive.

⁶ L'obiettivo di "porre le fondamenta di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei" (Preambolo del Trattato di Roma, 1957), perseguito dai sei Paesi che nel 1957 firmarono il Trattato di Roma istituendo la Comunità Europea, è stato gradualmente raggiunto attraverso diverse tappe che, da ultimo (con effetto dal 1 gennaio 2007) hanno portato la Comunità a contare ventisette Stati membri.

⁷ Nel 2002 è stato istituito il Forum congiunto dell'U.E. sui prezzi di trasferimento allo scopo di far fronte ai problemi di carattere fiscale scaturiti dalla doppia imposizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento. Nel corso del 2003, il JTPF ha analizzato principalmente questioni relative all'applicazione della convenzione arbitrale del 1990 ed alle procedure di accordo reciproco previste dalle convenzioni contro le doppie imposizioni. Hanno, inoltre, costituito oggetto di dibattito le problematiche connesse ai requisiti documentali, principali responsabili dei cd. "compliance costs" a carico delle imprese con attività cross-border.

Nell'aprile 2004, la Commissione europea ha accolto le raccomandazioni del Forum ed ha sottoposto all'approvazione del Consiglio una bozza di Codice di condotta per l'eliminazione della doppia imposizione societaria nei casi di transazioni infragruppo transfrontaliere. Il Codice è stato approvato a fine novembre 2004. Contestualmente, il mandato del Forum, conferito per un periodo iniziale di due anni, è stato esteso da un ulteriore biennio. Sempre su impulso del Forum, in data 7.11.2005, la Commissione ha adottato la proposta per un Codice di condotta sulla documentazione richiesta in materia di transfer pricing, invitando gli Stati membri, previa adozione della stessa da parte del Consiglio dell'U.E., a trasporre al più presto nei rispettivi ordinamenti interni le disposizioni in esso contenute. Il Codice di condotta sulla documentazione è stato adottato dal Consiglio nel giugno 2006. In data 12 gennaio 2007, il mandato del Forum è stato ulteriormente esteso ad un periodo di due anni.

⁸ Nel novembre del 1990, la Commissione europea ha adottato una proposta di direttiva sulla compensazione transfrontaliera delle perdite (COM(90)595 final). Nel dicembre 2001, la proposta è stata ritirata (COM(2001)763 final). In data 20 ottobre 2003, la Commissione ha pubblicato una comunicazione (COM(2003)614 final) nella quale ha preannunciato che una nuova proposta di direttiva sulla compensazione transfrontaliera delle perdite sarebbe stata adottata.

zioni di ristrutturazione internazionali⁹, (e) ridurre, senza entrare nel campo dell'imposizione personale, alcuni dei problemi complessi derivanti dalla coesistenza del sistema di imputazione ed esenzione nella tassazione internazionale, (f) evitare i casi di doppia imposizione e, infine, (g) eliminare numerose situazioni di discriminazione e restrizioni.

Con l'obiettivo di realizzare il coordinamento delle basi imponibili, e, quindi, di rilanciare la competizione sulle aliquote d'imposta sulle società¹⁰ è iniziato formalmente, il 23.11.2004, il cammino della base imponibile comune e consolidata¹¹ a livello U.E. (*Common Consolidated Corporate Tax Base*, CCCTB).

Nel prosieguo si analizza, nel contesto degli approcci cd. "*comprehensive*" alla tassazione delle imprese comunitarie, il metodo cd. "CCCTB" nei suoi lineamenti generali, nonché con riferimento alle questioni tecniche relative alla sua effettiva implementazione.

2. Fiscalità comunitaria e prerogative statali

Quale fondamento della sovranità nazionale¹², le politiche fiscali nell'U.E. dipendono dagli Stati membri, i quali possono delegarne una parte alle amministrazioni

⁹ In materia di riorganizzazioni societarie, la direttiva "fusioni" rappresenta un valido punto di riferimento. Essa, tuttavia, detta solo i principi di base applicabili. Le regole CCCTB in materia dovrebbero avere un ambito di applicazione soggettivo più ampio ed essere più flessibili. In linea di principio, tutte le operazioni di ristrutturazione aventi ad oggetto il trasferimento di assets o di partecipazioni, nonché le operazioni di trasformazione (i.e., trasferimento di sede, liquidazione) dovrebbero poter beneficiare del meccanismo del "tax deferral" previsto dalla direttiva "fusioni". Inoltre, l'ambito di applicazione territoriale delle regole CCCTB in materia di riorganizzazioni societarie non dovrebbe essere limitato alle operazioni tra società comunitarie solamente. Sul punto, cfr. UNICE, Draft Position Paper, "Comments on document CCCTB/WP/039 - Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group - Issues related to Business Reorganisations", dove si precisa che: "In order to be attractive and competitive CCCTB business reorganisation rules should (...) offer a broader scope for tax neutral reorganizations than the Merger Directive which should set the minimum standard only. For example, the rules should provide for a tax neutral transfer of seat for entities other than the European Company. Further, tax neutrality for transfer of assets should not be restricted to cases where a permanent establishment remains in the transferring MS (...)".

¹⁰ La Commissione ritiene che il livello di imposizione debba essere deciso dagli Stati membri, conformemente al principio della sussidiarietà. Essa non ritiene, ad oggi, di raccomandare azioni specifiche per il ravvicinamento delle aliquote nazionali delle imposte sulle società o la fissazione di un'aliquota minima. Consentendo alle società di utilizzare un'unica base imponibile per tutte le loro attività nell'U.E., mentre il livello delle aliquote verrebbe comunque stabilito dai singoli Stati membri, questi applicherebbero la propria aliquota fiscale nazionale alla loro quota specifica di base imponibile globale, calcolata secondo un meccanismo di ripartizione concordato tra tutte le parti interessate. Di fatto, se si autorizzassero le società a utilizzare una base imponibile unica, si renderebbero più visibili le differenze tra le aliquote fiscali degli Stati membri, promuovendo in tal modo una concorrenza leale nel settore.

¹¹ Nel caso *Imperial Chemical Industries (C-264/96)*, la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibile con la libertà di stabilimento di cui all'art. 43 del Trattato U.E., la normativa britannica sul cd. "consortium relief", la quale, ai fini della compensazione di utili e perdite, prescrive che la maggior parte delle società del gruppo sia residente nel Regno Unito.

Nel caso *Marks&Spencer (C-446/03)*, la Corte di giustizia ha concluso che è incompatibile con il principio comunitario di libertà di stabilimento sancito dal Trattato una normativa nazionale la quale impedisce alla casa-madre, residente in uno Stato membro, di dedurre dal proprio reddito imponibile le perdite subite dalla consociata non residente, qualora la prima sia in grado di dimostrare che: 1. la consociata non residente abbia esaurito le possibilità di utilizzare le perdite esistenti nel proprio Stato di residenza per l'esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio, nonché per gli esercizi fiscali precedenti; e 2. le perdite della consociata estera non possano essere utilizzate nel proprio Stato di residenza per gli esercizi fiscali futuri né dalla consociata stessa, né da un terzo, al quale quest'ultima sia stata eventualmente ceduta.

¹² La sovranità esprime la supremazia dell'organizzazione politica statale nei confronti di qualsiasi altra su un determinato territorio e sull'insieme delle persone ivi stanziate. Essa è il potere che attribuisce allo Stato (in quanto titolare) il cd. "ius imperii", che si riassume nella suprema potestà autoritativa di comando e di governo, di imposizione di volontà e di esercizio della stessa, anche coercitivamente. Si tratta di potere originario di governare un dato territorio, non derivante da alcun potere superiore, che sorge con lo Stato stesso, dal quale trae legittimità. Il potere impositivo è uno dei fondamenti della sovranità dello Stato-nazione.

regionali o locali, a seconda del tipo di organizzazione costituzionale o amministrativa dei pubblici poteri. L'azione europea, pertanto, è soltanto sussidiaria. Essa, cioè, non ha lo scopo di standardizzare i sistemi fiscali, bensì quello di renderli compatibili, non soltanto tra di loro, ma anche con gli obiettivi del Trattato U.E.¹³.

La conformità delle legislazioni fiscali nazionali con le norme comunitarie è verificata prendendo come punto di riferimento le cd. “*quattro libertà fondamentali*” previste dal Trattato U.E., vale a dire la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, nonché, soprattutto per quanto concernente le imposte dirette, il cd. “*principio di non discriminazione*”¹⁴ in tutte le sue varianti.

Oltre al rispetto del cd. “*principio di sussidiarietà*”¹⁵, l'azione europea incontra un ulteriore - più incisivo - limite nel voto all'unanimità richiesto dal Trattato U.E. per l'adozione della legislazione comunitaria in materia fiscale.

3. Prospettive e obiettivi comunitari di riforma

A differenza di altri settori, nel campo dell'imposizione fiscale gli Stati membri dispongono di regimi di tassazione delle imprese sostanzialmente analoghi a quelli vigenti prima della creazione del mercato unico¹⁶. È, pertanto, chiaro che, accanto alla variabile monetaria, anche la fiscalità è oggetto di intervento: la moneta unica

In ambito comunitario, l'effettiva dinamica del processo d'integrazione delinea un fenomeno in divenire, che implica (e presuppone) la statualità dei suoi componenti, seppur proiettato verso una più stretta unione (o associazione) degli Stati che ne fanno parte. Tale fenomeno, muovendo da “cessioni” consapevoli di (porzioni di) sovranità da parte degli Stati, non porta a recuperare a livello sovranazionale la sovranità conferita: quest'ultima, infatti, continua a far capo agli Stati sotto il profilo della titolarità formale, mentre singoli poteri – di cui la stessa si compone – vengono trasferiti alle istituzioni europee.

Nell'U.E., caratterizzata dal mercato unico, le misure di politica fiscale adottate in un dato Stato membro producono effetti anche nei Paesi limitrofi, per cui è fortemente avvertita, a livello comunitario, l'esigenza che gli Stati membri non perseguano fini contrapposti. Nel corso degli anni, gli interventi di politica fiscale comunitaria sono stati diretti alla preservazione della sua essenza, la quale consiste nell'assicurarsi che la politica fiscale di uno Stato membro non abbia effetti indesiderati sugli altri e nel garantire una effettiva sovranità dei cittadini e dei loro rappresentanti mediante un'azione comune.

¹³ Il processo di integrazione europea, incentrato sulla realizzazione di un “mercato comune” (“mercato interno” secondo l'Atto Unico Europeo), non ha determinato il travaso della materia fiscale tra le competenze avocate agli organismi comunitari. Ciò, nonostante il riconosciuto obiettivo di promozione di uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche nell'insieme degli Stati membri.

¹⁴ L'art. 12 del Trattato sancisce che “Nel campo di applicazione del presente trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità (...)”.

¹⁵ L'art. 5 del Trattato sancisce che “La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato.”

Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario (...).”

¹⁶ Il corretto funzionamento del mercato unico può essere assicurato non solo dall'eliminazione di quelle misure (o pratiche) che ne ostacolano la piena realizzazione, ma anche da un vasto processo di convergenza a livello strutturale, in tutti i settori economici ed istituzionali, ed in particolare nelle strutture impositive. Tale esigenza, già avvertita nell'U.E. a quindici Stati membri, risulta particolarmente sentita in quella a ventisette. L'ingresso dei Paesi dell'Europa dell'Est, infatti, non solo ha accresciuto le divergenze esistenti tra i regimi fiscali europei, ma ha considerevolmente ampliato la concorrenza fiscale (sleale e non) posta in essere in ambito comunitario.

elimina le differenze di cambio e di tasso di interesse, mentre la variabile fiscale agisce quale fattore di distorsione e discriminazione.

In un contesto economico e monetario sostanzialmente omogeneo, le differenze fra sistemi tributari appaiono destinate ad influenzare sempre più le decisioni di allocazione dei capitali nei vari Paesi, nonché le modalità di gestione delle attività imprenditoriali. In presenza di cambi irrevocabilmente fissi e di un significativo coordinamento delle politiche economiche e monetarie, saranno le disposizioni fiscali nazionali a rappresentare lo strumento privilegiato con cui gli Stati membri potranno incidere sulle decisioni di localizzazione degli investimenti e delle risorse all'interno dell'U.E. Nondimeno, le sensibili differenze che tuttora esistono tra i diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri rischiano di ostacolare in misura considerevole l'effettuazione di operazioni transfrontaliere e la realizzazione di investimenti¹⁷.

Nella comunicazione del 23.5.2001¹⁸, la Commissione ha esposto obiettivi generali e una serie di priorità specifiche in materia d'imposizione diretta e indiretta delle società nell'U.E., oscillando tra l'armonizzazione perfetta nel campo dell'imposizione indiretta¹⁹ ed il coordinamento minimo nell'area delle imposte dirette.

¹⁷ Ostacoli strettamente connessi alla coesistenza di più ordinamenti fiscali e consistenti, sostanzialmente, nel diverso trattamento riservato ai flussi di reddito transfrontalieri, alle operazioni di ristrutturazione societaria cross-border e alla compensazione transfrontaliera delle perdite possono essere superati, a parere della Commissione, solo combinando provvedimenti ad hoc e soluzioni globali. Il 25.11.2003, la Commissione ha presentato al Consiglio Ecofin la comunicazione n. 726, "Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società. Risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere", contenente un overview degli sforzi effettuati e di quelli ancora da compiere, al fine di rimuovere gli ostacoli fiscali che impediscono alle imprese con attività transfrontaliera di usufruire al meglio dei benefici offerti dal mercato interno. Tali ostacoli, peraltro già individuati nella comunicazione del 2001, derivano dal fatto che le imprese comunitarie le quali intendono svolgere attività cross-border si ritrovano a confrontarsi con oramai ventisette (al tempo della comunicazione quindici) regimi fiscali diversi e, pertanto, a far fronte ad elevati costi di conformità. La comunicazione, oltre a ribadire l'impegno della commissione a rimuovere gli ostacoli fiscali allo svolgimento di attività transfrontaliera da parte delle imprese comunitarie, comprende una serie di proposte legislative e di iniziative volte ad eliminare, nel breve periodo, ostacoli specifici, ed individua una soluzione che, nel lungo termine, dovrebbe consentire alle società di utilizzare una base imponibile unica per le attività a livello U.E.. In particolare, la Commissione si è (ri)proposta:

- nel breve periodo, di adottare misure legislative ed iniziative idonee ad individuare ostacoli fiscali specifici;
- nel lungo periodo,
 - a) di giungere ad una soluzione che consenta alle imprese di utilizzare un regime comune di tassazione delle società sotto forma di base imponibile consolidata, per tutte le attività svolte in ambito U.E.;
 - b) di dare vita ad un progetto-pilota che permetta alle PMI di utilizzare il regime fiscale del proprio Stato di residenza al fine di calcolare i redditi imponibili da attività svolte in ambito U.E. (progetto-pilota in materia HST);
 - c) di cooperare con gli Stati membri e i rappresentanti delle imprese allo scopo di individuare i principi contabili da utilizzare quale punto di partenza per la definizione e ripartizione della base imponibile comune.

Con riferimento particolare alla compensazione transfrontaliera delle perdite, nella recente comunicazione "Trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere" (COM(2006)824 del 19.12.2006), la Commissione espone principi basilari e problemi e formula ipotesi su come gli Stati membri potrebbero autorizzare la compensazione transfrontaliera delle perdite subite:

- all'interno di una società (per quanto riguarda le perdite subite da una filiale o da una "sede stabile" situata in un altro Stato membro); oppure
- nell'ambito di un gruppo di società (con riferimento alle perdite subite da una società appartenente al medesimo gruppo, benché situata in un altro Stato membro).

¹⁸ COM(2001)260.

¹⁹ L'armonizzazione delle imposte indirette è stata perseguita senza indugio dalle istituzioni comunitarie, almeno per quanto concerne gli aspetti essenziali, partendo dall'idea che tali imposte, venendo incorporate nel prezzo dei beni e dei servizi, si ripercuotono direttamente sugli scambi tra Stati membri e possono alterare la concorrenza fra imprese.

Nel rispetto dell'autonomia impositiva dei singoli Paesi, il coordinamento delle legislazioni nazionali – in luogo della più stringente armonizzazione, che sarebbe utilizzata “*in verticale*” soltanto per sanare specifici aspetti di difformità degli ordinamenti tributari nazionali – è soluzione che riscuote consensi fra gli Stati membri. Tale coordinamento potrebbe avvenire mediante gli strumenti classici della cooperazione internazionale, eventualmente inseriti in un contesto comunitario. La convergenza dei sistemi tributari nazionali non dovrebbe, dunque, procedere all'eliminazione di tutte le difformità esistenti, realizzando, cioè, un allineamento “*orizzontale*” dei regimi impositivi, né perseguire l'obiettivo di eliminare le forme di sana concorrenza fiscale tra gli Stati, alla quale, peraltro, la Commissione riconosce un ruolo determinante quale fattore di crescita economica e occupazionale.

L'ipotesi di un certo grado di coordinamento verticale della fiscalità rappresenta soluzione di compromesso tra la visione armonizzatrice coercitiva e quella spontanea, che dovrebbe quantomeno ovviare al degrado rappresentato dalla competizione interstatale improntata alla (de)tassazione forzata. Ciò richiede la definizione di una politica fiscale comunitaria che contemperi, tra le possibili direttrici di sviluppo e le ipotizzabili linee evolutive, azioni di (ri)equilibrio del confronto competitivo delle dinamiche concorrenziali virtuose, mediante l'indirizzo sulla fiscalità-Paese (*funzione propositiva*), con la contestuale prevenzione di un *escalation* verso modelli (iper)competitivi, delocalizzanti e discriminatori (*funzione inibitoria*)²⁰.

4. Verso la CCCTB

Con l'obiettivo di individuare efficaci metodi di difesa per prevenire il degrado competitivo nell'U.E. causato dalla cd. “*concorrenza fiscale dannosa*”, nonché di indicare agli Stati membri sistemi coordinati d'imposizione per le imprese con attività transfrontaliera²¹, la Commissione europea ha analizzato il livello di imposizione sulle società nell'U.E., ha esaminato le norme fiscali che impediscono alle imprese con attività transfrontaliera di usufruire al meglio dei benefici del mercato interno e ha proposto una serie di soluzioni²².

²⁰ L'U.E. assolverebbe, così, a due fondamentali funzioni:

- garantire un'azione regolatrice mirata al raggiungimento di uno “stato di equilibrio” tra convergenza spontanea delle politiche fiscali e coordinamento vincolante (funzione positiva interna all'U.E. per una convergenza regolata);

- prevenire il ricorso alla concorrenza fiscale al ribasso (funzione negativa interna all'U.E. per un coordinamento competitivo), i cui effetti potrebbero rivelarsi dannosi per i Paesi soggetti a vincoli di bilancio.

²¹ Dietro l'impulso di diverse organizzazioni internazionali, al fine di porre rimedio al disallineamento tra gli ordinamenti dei Paesi dell'U.E. e con l'obiettivo di raggiungere una graduale omogeneizzazione dei sistemi fiscali europei, sono sorti gruppi di lavoro che hanno affiancato la Commissione nell'individuare valide soluzioni al problema. Alcune iniziative patrocinata dall'U.E. intendono indicare agli Stati membri:

- efficaci metodi di difesa per prevenire il degrado competitivo nell'U.E. causato dalla cd. “*concorrenza fiscale dannosa*”; per contro, vengono favorevolmente considerati i fenomeni di (sana) concorrenza fiscale, tali da agevolare i rapporti commerciali ed il libero stabilimento di imprese in altri Stati membri;

- sistemi coordinati d'imposizione per le imprese con attività transfrontaliera, al fine di creare un “ambiente fiscale” favorevole al loro sviluppo; in tal modo, si tende verso una disciplina sovranazionale delle linee generali di tax policy, nel tentativo di pervenire alla definizione di modalità di prelievo basate sul mutuo riconoscimento delle diverse prerogative fiscali dei Paesi membri.

²² Comunicazione n. 582 del 23.10.2001. La comunicazione integra lo studio n. 1681 del 2001, nel quale è

La Commissione, nella parte IV sez. C del documento n. 1681 del 2001²³, ha elaborato quattro principali modelli (cd. “*comprehensive*”) in materia di tassazione delle imprese, con il supporto di due *Panel* di esperti indipendenti. I modelli sono i seguenti: *European Corporate Income Tax (EUCIT)*²⁴; *Home State Taxation (HST)*²⁵; *Common*

stata evidenziata la perdita in termini di competitività derivante alle imprese operanti nella U.E. dalle inefficienze connesse alla sussistenza di regimi fiscali diversi. La crescente mobilità dei fattori economici, da un lato, l'unione economica e monetaria dall'altro, rendono indispensabile un adeguamento della fiscalità delle imprese al nuovo ambiente economico, al fine di rafforzarne l'efficienza economica e migliorarne la competitività.

²³ Commission Staff Working Paper, “Company Taxation in the Internal Market” – SEC(2001)1681 del 23.10.2001.

²⁴ Con l'acronimo EUCIT si intende la proposta di introdurre nella U.E. un'unica imposta sui redditi consolidati delle società multinazionali. Le regole relative al calcolo della base imponibile, all'aliquota d'imposta e ai principi contabili vengono stabilite in applicazione di criteri comuni e a livello europeo. Con l'adozione dell'EUCIT, si assisterebbe all'introduzione di una vera e propria “Federal EU Tax” e, come sottolinea la stessa Commissione, si tratterebbe di un passo decisivo verso la creazione di un'Europa federale. Il progetto di introdurre un modello di questo tipo è senza dubbio ambizioso, soprattutto se si considera l'impatto sulla sovranità nazionale dei singoli Stati membri. Un'unica imposta europea implicherebbe infatti una forte limitazione ai poteri impositivi delle amministrazioni nazionali, a maggior ragione se si tiene conto del fatto che, nel disegno generale dell'EUCIT, una parte degli introiti derivanti dalla riscossione andrebbe a finanziare il bilancio dell'U.E. a titolo di risorsa propria, come avviene per l'IVA.

A fronte di una (innegabile) limitazione di sovranità nei confronti delle autorità dei singoli Stati, le imprese potrebbero trarre benefici dall'applicazione di un'imposta comune europea. In particolare:

- le diverse società appartenenti a gruppi multinazionali europei potrebbero essere sottoposte ad un trattamento tributario uniforme, pur mantenendo autonoma soggettività giuridica e rimanendo assoggettate alle disposizioni degli ordinamenti giuridici nazionali;
- la garanzia per le imprese di un level playing field dovrebbe portare ad una riduzione dei regimi fiscali preferenziali;
- le imprese potrebbero realizzare la compensazione degli utili conseguiti con le perdite realizzate dalle sedi secondarie stabilite in Stati membri diversi;
- verrebbero meno le distinzioni fra Stato della fonte del reddito e Stato di residenza, nonché le relative regole.

Vanno considerate l'ampiezza e la profondità dei cambiamenti introdotti con l'EUCIT come assolute variabili critiche. Gli Stati membri dovrebbero, infatti, stabilire una disciplina comune in merito agli aspetti essenziali e alla struttura del tributo, con particolare riguardo ai rapporti fra l'EUCIT e i sistemi tributari degli Stati membri; tali accordi dovrebbero estendersi anche ai profitti realizzati al di fuori dell'U.E. Si rileva poi che gli attuali trattati contro le doppie imposizioni conclusi fra Stati membri o fra Stati membri e Stati terzi non dovrebbero applicarsi quando l'EUCIT sarà in vigore, essendo necessaria la conclusione di nuovi trattati bilaterali (o multilaterali). Per quanto attiene ai trattati con Stati terzi, occorre rilevare che il prevalente orientamento sull'EUCIT prevede che l'U.E. si ponga, all'atto dei negoziati finalizzati alla stipula di nuove convenzioni, come un soggetto unico.

Per quanto attiene la gestione e la riscossione dell'imposta, è stata suggerita la creazione su base volontaria, ad opera degli Stati membri, di un servizio centralizzato che funga, sul modello dell'Internal Revenue Service statunitense, da “European Revenue Service”.

²⁵ Il sistema HST prevede che tutti gli Stati membri, o parte di essi, accettino un unico regime di tassazione dei risultati economici prodotti da gruppi di società all'interno del territorio dell'U.E., con un atto di “mutual recognition”, in base al quale, appunto, riconoscono la validità delle disposizioni di un altro Stato membro relative al computo della base imponibile.

Il sistema HST dovrebbe essere adottato su base volontaria dagli Stati membri interessati che presentano una certa affinità fra ordinamenti tributari, potendo in tal modo essere recepito anche solo da un limitato gruppo di Stati membri. Al pari degli Stati, anche le imprese sarebbero libere di scegliere se adottare il sistema HST oppure assoggettare ad imposizione il reddito prodotto in base al criterio delle “entità separate”. Una volta operata la scelta di aderire all'HST, però, tale decisione potrebbe essere (in linea di principio) considerata irrevocabile.

Sotto il profilo operativo, la società capogruppo adotta la normativa fiscale del proprio Stato d'origine (Home State) per determinare il reddito imponibile realizzato dalle proprie branches e subsidiaries, indipendentemente dallo Stato membro in cui sono localizzate. La base imponibile globale, relativa all'intero gruppo, viene quindi determinata secondo le regole di un unico sistema tributario, quello in vigore nello Stato d'origine della società madre. Successivamente, gli utili calcolati secondo l'ordinamento fiscale della casa-madre verranno ripartiti tra i diversi soggetti (società capogruppo, branch, subsidiary), applicando una specifica formula (cd. “agreed formula”), e tassati negli Stati membri nei quali è stata esercitata l'attività che ha originato il reddito. In questo modo, ciascuno Stato preleverà le imposte sulla frazione di utile imponibile ad esso destinata applicando le proprie aliquote.

(*Consolidated*) Corporate Tax Base (CCCTB, già CCBT); *Single Compulsory “Harmonised Tax Base”*²⁶.

Già nel 1975, la Commissione europea aveva presentato una proposta di direttiva relativa all'introduzione di un sistema di ravvicinamento del trattamento fiscale dei dividendi in tutti gli Stati membri, che tuttavia si è dimostrata inaccettabile. La Commissione ha, quindi, riconosciuto l'impossibilità di attuare un'armonizzazione sistematica su scala europea e alla fine degli anni Ottanta ha deciso di concentrare la propria azione su misure più limitate, pur tuttavia importanti per il completamento del mercato interno. Questo nuovo approccio ha portato, nel 1990, all'adozione della direttiva “madre-figlia” e della direttiva “fusioni” (le cui proposte erano state presentate

L'HST si pone obiettivi più limitati rispetto all'EUCIT: si fonda, nell'ambito della cooperazione interstatale, su un “mutuo riconoscimento” del sistema impositivo sulle società vigente negli altri Stati membri aderenti ed il reddito imponibile del gruppo societario viene calcolato secondo le regole impositive di un unico Paese, quello in cui è residente la casa-madre. Il sistema HST costituisce il primo passo verso la progressiva omogeneizzazione dei sistemi tributari all'interno dell'U.E., in quanto (è lecito attendersi che) i diversi Stati membri verranno incentivati a promuovere politiche di semplificazione e di graduale allineamento dei rispettivi sistemi tributari.

Poiché un gruppo di imprese che adotta il regime HST determina un'unica base imponibile, il sistema si traduce, in sostanza, nella possibilità di compensare utili e perdite transfrontaliere (“cross-border loss compensation”) secondo l'ordinamento dello Stato d'origine. Nell'HST, infatti, la base imponibile aggregata si compone della somma algebrica dei risultati reddituali delle singole unità, i quali, per definizione, non hanno scontato alcuna imposizione sulla base dei regimi nazionali di riferimento.

Infine, è stato osservato che l'HST non necessita di particolari requisiti per la sua introduzione, in quanto non comporta modifiche dell'ordinamento tributario degli Stati membri. La rilevanza dell'HST si percepisce sotto il profilo dei principi generali, laddove gli Stati membri, riconoscendo il potere degli altri Stati di determinare il reddito imponibile attribuibile alle attività che si svolgono nel proprio territorio, mediante un'attribuzione positiva di competenza, ammettono un'espressa deroga al principio, pacificamente riconosciuto a livello internazionale, della sovranità nazionale. Ciò trova conferma nel fatto che il sistema tributario dell'Home State “si estende” agli enti societari non residenti per i quali gli Stati di appartenenza perdono la potestà di applicare le normative interne quanto alla determinazione della base imponibile. L'adozione del sistema HST non incide sui trattati internazionali conclusi dagli Stati membri con Paesi terzi. D'altro canto, le imprese dell'U.E. continueranno ad essere soggette ad imposizione nello Stato membro in cui risiedono, nonostante il reddito imponibile sia attribuito mediante una formula predefinita e sia determinato in base alla normativa di un altro Stato membro. Successivamente, potranno essere rinegoziati i trattati internazionali con Stati terzi per tenere conto delle modifiche intervenute nei criteri di computo della base imponibile.

Per una visione completa della HST e dei suoi meccanismi applicativi si vedano LODIN S. O., GAMMIE M., “Home State Taxation”, Amsterdam, 2001 e la comunicazione della Commissione, “Company Taxation in the Internal Market” - COM(2001)582 final. Inoltre, si sono occupati del tema della HST nel quadro della EC Tax Law, ANDERSSON K., “Paper to be presented at a the Swedish Network for European Studies in Economics and Business Conference”, in “Mölle”, 20-23.5.2003, p. 12; TERRA B.J.M., WATTEL P.J., “European Tax Law”, Deventer, 2001, p. 204 ss. Sugli aspetti comparatistici, cfr. HELLERSTEIN W., McLURE Jr. C.E., The European Commission's Report on Company Income Taxation: What the EU can learn from the Experience of the US States, in *International Tax and Public Finance*, 2003 e STEVANATO D., “La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato mondiale” in “Rassegna Tributaria”, n. 4 di luglio-agosto 2003, p. 1248.

²⁶ Si tratta di un approccio considerato “tradizionale” dagli studi della Commissione europea, in quanto prevede l'adozione di una base imponibile armonizzata, calcolata utilizzando un unico sistema impositivo, applicato a tutte le imprese operanti nell'U.E. da parte di tutti gli Stati membri, i quali si troveranno così a dover sostituire gli attuali sistemi fiscali nazionali con un nuovo (unico) sistema. L'approccio relativo alla base imponibile armonizzata non può prescindere dall'introduzione del consolidamento dei redditi delle società multinazionali. Il primo step è quindi il calcolo della base imponibile complessiva, determinato facendo riferimento ad un unico tax code, per poi procedere con l'allocatione dell'imponibile tra i diversi Stati membri, utilizzando specifici metodi di ripartizione di utili e/o perdite (“agreed mechanism”).

Se, da un lato, la Single Compulsory “Harmonised Tax Base” (o “Compulsory Harmonization”) rappresenta una spinta all'armonizzazione nell'U.E., dall'altro, propone obiettivi piuttosto difficili da raggiungere, soprattutto nel breve periodo. Con tale approccio, infatti, i ventisette sistemi tributari attualmente in vigore nell'U.E. verrebbero sostituiti da un unico sistema armonizzato, applicato obbligatoriamente a tutte le imprese, indipendentemente dalle dimensioni o dal tipo di attività (internazionale o limitato ai confini nazionali).

già nel 1969) e della convenzione sulla procedura arbitrale, con la quale viene introdotta una procedura per l'eliminazione della doppia imposizione da rettifica degli utili di imprese associate in diversi Stati membri. La proposta di armonizzazione del 1975 è stata invece ritirata nel 1990.

5. CCCTB: lineamenti generali

5.a) Premessa

Il metodo CCCTB prevede l'introduzione di una normativa fiscale europea unica su base opzionale, diretta a sostituire i ventisette regimi fiscali nazionali vigenti nella definizione della base imponibile delle società con attività transnazionale. Sul piano operativo, il metodo implica il calcolo del reddito d'impresa su base consolidata, in applicazione di regole comuni per tutti gli Stati membri. La base imponibile così calcolata è poi ripartita fra gli Stati interessati, i quali applicheranno l'aliquota propria²⁷.

Nel dettaglio, una base imponibile comune porterebbe²⁸:

- al consolidamento comunitario di utili e perdite di società di Stati membri diversi;
 - all'eliminazione di buona parte degli ostacoli legati alle disposizioni sul *transfer pricing*, oggetto di analisi da parte dell'*EU Joint Transfer Pricing Forum* negli incontri effettuati tra ottobre 2002 e settembre 2004;
 - a una riduzione dei costi di adeguamento (*compliance costs*), che, come dimostrato dalla *European Tax Survey* (in SEC 1128/2 del 10.9.2004), ammontano all'1,9% delle imposte pagate per le grandi imprese e al 30,9% (dato impressionante in valore assoluto) per le PMI.

Sul versante istituzionale statale, la Commissione ha rilevato che, mentre da un lato si determinerebbe una significativa riduzione del rischio che le legislazioni fiscali nazionali siano dichiarate incompatibili con i principi di libertà previsti e tutelati dal TCE; dall'altro, i sistemi fiscali nazionali risulterebbero meno vulnerabili ai fenomeni di evasione e frode fiscale.

5.b) Il metodo CCCTB e le disposizioni contabili

Nella comunicazione del 2003²⁹, la Commissione ha sottolineato che, per la realizzazione di una base imponibile comune in ambito U.E., sono determinanti le disposizioni contabili. In particolare, si è osservato che i principi internazionali di informativa finanziaria (IFRS, ex IAS) e le norme obbligatorie applicabili dal 2005 ai conti

²⁷ A tal proposito, il Commissario Kovács ha di recente sottolineato che "harmonization would only cover the tax base and would not relate to the tax rates" (CFE, European Tax Report, 15 gennaio 2007). La sovranità statale sulla determinazione delle aliquote fiscali è affermata anche da BRAUNER Y. ("An International Tax Regime in Crystallization – Realities, Experiences, and Opportunities", 2002), il quale sottolinea che "tax rates are the most important, and most fiercely, defended component in each country's tax system".

²⁸ Nel "Non-Paper" del 7.7.2004, predisposto in vista del Consiglio ECOFIN del settembre 2004, la Commissione non solo ha ribadito la strategia già esposta nella comunicazione n. 582 del 2001, ma ha altresì illustrato i vantaggi che, dall'introduzione della CCCTB potrebbero derivare per lo svolgimento delle attività paneuropee da parte delle imprese comunitarie.

²⁹ COM(2003)726, cit.

consolidati delle società quotate in borsa rappresentano un parametro valido in cui tutti gli Stati membri possono riconoscersi per l'inizio di un progetto culminante nella determinazione di una base imponibile comune.

Alcuni aspetti relativi agli IFRS esigono attenzione particolare. Innanzitutto, va rilevato che l'adozione dei predetti principi contabili per la determinazione di una base imponibile comune pone il tema del rapporto tra contabilità finanziaria e tassazione, nel senso che quest'ultima deve calarsi in una realtà contabile che conduca all'imposizione di guadagni realizzati e non già virtuali, ancorché rappresentativi di una corretta visione contabile (cd. "*nesso di dipendenza*"). Il tema si iscrive nella questione di carattere ancor più generale per cui una base imponibile comune richiede la risoluzione delle interferenze fra contabilità civilistica e contabilità fiscale³⁰.

Secondo la Commissione, l'adozione di criteri contabili comuni, ancorché differenziati dagli IFRS, può agevolare la realizzazione dell'obiettivo dell'individuazione di una base imponibile in cui tutti gli Stati dell'U.E. potrebbero riconoscersi. Sotto questo profilo, non può disconoscersi che gli sforzi profusi per l'elaborazione degli IFRS offrono un dato "*neutro*" da cui muovere per avviare il processo di riconciliazione della pluralità dei sistemi tributari di diritto interno, i quali generano altrettanti e distinti criteri per la determinazione della base imponibile.

5.c) Ripartizione della base imponibile

L'iter che conduce alla creazione di una base imponibile comune non può prescindere dalla definizione di un criterio equo che ne consenta la ripartizione tra gli Stati interessati. A tale scopo, nella citata comunicazione del 2003, la Commissione ha individuato il criterio del valore aggiunto e quello della ripartizione proporzionale.

Il primo dei due metodi si risolve nella possibilità di ripartire la base imponibile, utilizzando il criterio del valore aggiunto. Tale criterio potrebbe, però, non rivelarsi il più adatto, in quanto coinvolge la normativa comunitaria sull'IVA, la quale presenta limiti strutturali e di carattere informativo difficilmente superabili. Essa, infatti, non fornisce informazioni essenziali, quali, ad esempio, quelle relative al costo del lavoro; inoltre, risulta incentrata sul principio di destinazione dei beni e servizi, diversamente dal metodo in esame che, al contrario, appare fondato sull'opposto principio dell'origine, vale a dire del luogo in cui si forma il valore aggiunto.

L'adozione del criterio della ripartizione proporzionale, sperimentato già in altri Paesi (ad es., negli Stati Uniti), presuppone la definizione della nozione di gruppo, nonché quella di reddito sottoposto a ripartizione proporzionale. La prima nozione si risolverebbe nel concetto di gruppo a cui riferire la base imponibile, la quale va ripartita tra gli Stati membri sul cui territorio risiedono le società che hanno concorso a realizzarla. Quanto alla seconda nozione, si rileva che non risulta agevole la definizione di reddito da sottoporre a distribuzione - in vista di una sua successiva tassazione negli Stati interessati - come distinto dal reddito assegnato, il quale si sottrae ad ogni logica di suddivisione. Un esempio, in questo senso, è formulato dalla Commissione, la quale, nel caso dei beni immateriali (cd. "*intangibles*"), non chiarisce se i relativi

³⁰ Per le società autorizzate ad utilizzare il sistema IFRS, tali interferenze potrebbero essere rimosse assumendo come CCCTB la base numerica risultante dall'adozione del predetto sistema contabile. Non è peraltro escluso che si possa seguire il percorso inverso, consistente nel determinare una CCCTB a cui conformare quella contabile.

redditi, in assenza di ripartizione, vadano assegnati alla società che li detiene, ovvero, con ripartizione proporzionale, alle altre società che li utilizzano.

Difficoltà emergono, innanzitutto, in relazione alla natura del reddito ripartibile, nonché in merito alla questione se in esso debba essere ricompreso l'*active income* (con esclusione del *passive income*) ovvero se la categoria reddituale in esame debba intendersi come onnicomprensiva. Più in generale, il sistema di tassazione attraverso l'adozione di un criterio proporzionale si risolve in un'*imposta sui fattori*, i quali devono esprimere fedelmente la fonte di reddito. Lo sforzo comune all'interno dell'U.E. è quello di individuare fattori ed elementi comuni di ponderazione, i quali possono ricondursi, almeno in una fase di studio iniziale, a quelli tradizionali di capitale, lavoro e vendite, per poi verificarne in concreto le conseguenze nei riguardi delle autorità fiscali e delle imprese. Quanto alle prime, occorrerebbe stabilire la consistenza delle quote da assegnare a ciascuno Stato; con riferimento alle seconde, sarebbe opportuno valutare il cambiamento di strategie di investimento o delle loro strutturazioni in funzione dei diversi fattori di ripartizione proporzionale.

5.d) I principi di base

L'inizio dei lavori sulla CCCTB è contrassegnato dalla definizione, da parte della Commissione, di una duplice serie di principi³¹:

- la prima individua i principi fiscali generali (i.e. equità, efficienza, flessibilità, effettività, trasparenza), i quali dovrebbero fungere da schema di valutazione (*evaluation framework*) ovvero di identificazione dei temi oggetto di discussione³²;

³¹ In data 23.11.2004, si è riunito a Bruxelles, per la prima volta, un Gruppo di lavoro (CCCTB Working Group), istituito e presieduto dalla Commissione europea con la partecipazione di due membri di ciascun Paese U.E., con il compito di esaminare, dal punto di vista tecnico, le problematiche connesse al consolidato comunitario. In particolare, il Gruppo è stato incaricato di studiare i principi fiscali e contabili, gli elementi strutturali di base del metodo CCCTB, nonché la definizione di dettagli tecnici, tra cui il meccanismo per la ripartizione della base imponibile tra Stati.

³² I principali principi fiscali generali sono:

1. Equità verticale: secondo tale principio, il carico fiscale deve essere suddiviso in relazione all'*ability to pay*. Rimane da valutare in che modo siffatto principio, di norma applicato all'imposizione progressiva delle persone fisiche, possa conciliarsi con la fiscalità delle società. *Ability to pay* potrebbe rilevare allorché si debba decidere se assoggettare a tassazione gli utili non realizzati.

2. Equità orizzontale: in applicazione di tale principio, i contribuenti nelle stesse condizioni economiche dovrebbero ricevere lo stesso trattamento fiscale. In un contesto di tassazione delle imprese in ambito comunitario, il principio di equità dovrebbe garantire la corretta allocazione della base imponibile tra gli Stati interessati.

3. Efficienza: l'imposizione sul reddito dovrebbe presentare il requisito della neutralità; le decisioni relative all'effettuazione di un investimento in un Paese piuttosto che in un altro verrebbero, in tal modo, prese solo sulla base di una valutazione circa la convenienza economica. Il principio di neutralità consente di evitare la cd. "*locational inefficiency*", derivante dal fatto che gli investimenti non sono effettuati nei luoghi in cui la produttività del capitale è più elevata.

4. Effettività: l'effettività consiste essenzialmente nella capacità della base imponibile di conseguire gli obiettivi di fondo a cui è preposta.

5. Semplicità, trasparenza, certezza: più semplice è il calcolo della base imponibile, minori dovrebbero essere i costi amministrativi e di adeguamento, sia per le amministrazioni fiscali che per le imprese. Trasparenza e certezza normativa sono requisiti imprescindibili per una consapevole predisposizione del *business plan* da parte delle imprese.

6. Consistenza e coerenza: secondo tali principi, due transazioni, le quali presentano lo stesso risultato economico, dovrebbero ricevere il medesimo trattamento fiscale.

7. Flessibilità: la base imponibile dovrebbe essere sensibile e rispondere agevolmente ai repentini cambiamenti, tipici del mondo degli affari. Sotto questo profilo, una base imponibile unica potrebbe rivelarsi meno flessibile delle singole basi imponibili attualmente esistenti.

8. Applicabilità: implica la necessità che le norme che disciplinano la base imponibile siano di agevole applicazione.

- la seconda identifica i principi contabili, già contenuti negli *International Accounting Standards and International Financial Reporting Statements* (IAS/IFRS), i quali dovrebbero costituire il punto di partenza per lo sviluppo di principi omologhi, ma specificamente applicabili nella definizione degli elementi strutturali della base imponibile comune.

I principi fiscali generali (*general principles*), già presenti nello studio del 2001³³, in realtà sono stati dettati per la costruzione di un sistema europeo di tassazione delle società. Essi sono stati utilizzati ai fini dell'individuazione delle possibili soluzioni per il conseguimento dell'obiettivo di armonizzazione fiscale a livello comunitario. Lungi dall'imporre tali principi quali linee guida imprescindibili per lo svolgimento dell'attività da parte del Gruppo di lavoro, intenzione della Commissione è, piuttosto, quella di intavolare una discussione sulla rilevanza che essi potrebbero rivestire per la costruzione di una base imponibile unica.

Per converso, i principi contabili (*specific tax accounting principles*) dovrebbero rivestire un ruolo di primo piano nell'attività del Gruppo di lavoro. La preferenza accordata agli *standard* stabiliti dall'*International Accounting Standards Board* scaturisce proprio dall'esigenza di predisporre, secondo quanto espressamente dichiarato dalla Commissione, "*principi comuni in una prospettiva internazionale*". Tuttavia, come nel caso dei principi fiscali generali, anche l'applicabilità dei principi contabili deve essere verificata in concreto nella definizione della base imponibile comune. Mentre principi quali la necessità che profitti e spese siano registrate per competenza dovrebbero risultare incontrovertibili, altri, quali la prevalenza della sostanza sulla forma, potrebbero dare adito ad opinioni ed interpretazioni divergenti. In ogni caso, non è escluso che le discussioni in seno al Gruppo di lavoro possano portare all'individuazione di principi ulteriori fino a giungere ad una "*formale dichiarazione di principi*" sul modello di quello predisposto dall'*International Accounting Standards Board* (IASB).

L'individuazione, da parte della Commissione, dei suindicati principi generali e contabili non riveste carattere esaustivo né vincolante. Tuttavia, la Commissione ritiene che, considerate le differenze tra i regimi fiscali vigenti nell'U.E. a ventisette, l'accordo sull'introduzione di una base imponibile consolidata comune non possa prescindere dal previo accordo sui principi fiscali e contabili ad essa sottostanti.

6. I lavori sulla CCCTB: le questioni principali

6.a) Premessa

Dalla costituzione, nel novembre 2004, il *CCCTB Working Group* si è occupato dell'individuazione e della discussione degli aspetti tecnici relativi alla CCCTB. In particolare, il gruppo è stato incaricato di studiare i principi fiscali e contabili, gli elementi strutturali di base del metodo CCCTB, nonché i meccanismi per la ripartizione della base imponibile tra Stati. Gli obiettivi dell'attività svolta dal Gruppo consistono essenzialmente:

- nella rimozione degli ostacoli fiscali al corretto funzionamento del mercato interno;

³³ SEC(2001)1681, cit.

- nella riduzione degli oneri amministrativi gravanti sulle imprese e sulle amministrazioni fiscali;
- nell'identificazione dei possibili elementi costitutivi di una base imponibile consolidata, quale requisito per il miglioramento della competitività, a livello internazionale, delle imprese comunitarie.

Ad oggi, il *CCCTB Working Group* si è occupato, principalmente, delle questioni relative alla valutazione degli *assets* e ai criteri di ammortamento³⁴; alle riserve, ac-

³⁴ La valutazione degli *assets* è elemento fondamentale ai fini della determinazione e del calcolo della base imponibile consolidata. L'analisi prende avvio dal trattamento contabile conseguente all'applicazione degli IFRS e si osserva che le principali problematiche relative alla valutazione delle immobilizzazioni, sia dal punto di vista contabile che da quello fiscale, riguardano l'individuazione dei beni, la determinazione del momento per la loro rilevazione, nonché la determinazione dei valori contabili e degli ammortamenti.

Dal punto di vista contabile, immobili, impianti e macchinari sono considerati immobilizzazioni se sono destinati ad essere utilizzati durevolmente nell'ambito dell'impresa. Sono valutati al costo che comprende il prezzo d'acquisto e gli oneri accessori di diretta imputazione (inclusi i costi direttamente imputabili alla messa in funzione del bene per l'uso per il quale è stato acquistato). Dal punto di vista fiscale, invece, non sono presi in considerazione alcuni costi diretti. Successivamente alla rilevazione iniziale, il bene materiale deve essere iscritto al costo al netto dei relativi ammortamenti; tale differenza costituisce il valore residuo del bene.

Il sistema fiscale autorizza, in particolari situazioni, il ricorso ad uno speciale metodo di ammortamento, che si estende per un periodo più breve rispetto alla vita utile del bene. Tali situazioni hanno carattere eccezionale e sono dirette ad incentivare e promuovere particolari settori ed attività economiche.

Con riferimento al soggetto chiamato a rilevare contabilmente le quote di ammortamento, si delineano due ipotesi:

- la prima attribuisce tale facoltà al proprietario legale del bene;
- la seconda al soggetto che si assume il rischio del perimento dello stesso, individuato come "proprietario economico".

Nella prima ipotesi, la rilevazione dell'ammortamento avviene in capo al proprietario del bene, mentre il locatario sarà chiamato a contabilizzare i relativi canoni. Nel caso di leasing operativo, leasing finanziario e vendita con riserva di proprietà, la maggior parte delle legislazioni fiscali attribuiscono all'utilizzatore la facoltà di ammortizzare il bene a partire dal momento dell'utilizzo dello stesso. Il periodo di ammortamento di un'immobilizzazione materiale è funzione della sua vita utile, stimata sulla base dell'esperienza acquisita dall'impresa con immobilizzazioni dalle caratteristiche simili. In tutti gli Stati membri, le società ammortizzano le immobilizzazioni su base annuale; è, invece, diversa la disciplina relativa ai criteri di ammortamento con riferimento al primo anno, alla sua interruzione o all'anno di alienazione o vendita del bene.

Riguardo al metodo di ripartizione del valore ammortizzabile di un bene durante la vita utile, non sussistono criteri precisi. La scelta è rimessa alla società, la quale è, però, tenuta a selezionare il criterio più consono "alle caratteristiche attese dei benefici economici". La discrezionalità prevista sul piano contabile non trova, invece, corrispondenza nelle disposizioni fiscali, che fissano, nella maggioranza dei casi, metodi obbligatori per l'ammortamento. Tuttavia, in alcuni Stati membri, qualora il metodo fissato dalla legge non sia in grado di riflettere la reale situazione del bene, è data la possibilità di utilizzare metodi alternativi. Questo avviene, ad esempio, in Italia, Belgio e Francia, dove si può optare per un ammortamento accelerato in caso di utilizzo intensivo del bene.

I criteri di ammortamento più utilizzati sono quello a quote costanti e quello a quote decrescenti.

Nel primo caso, la quota è la stessa durante tutta la vita utile del bene; nel secondo, decresce proporzionalmente al valore residuo del bene. Alcuni Stati membri, tra cui l'Austria, riconoscono la validità del solo metodo a quote costanti. Ai fini dell'ammortamento fiscale, tutti gli Stati membri distinguono tra beni mobili e immobili; i tassi di ammortamento degli immobili variano tra l'1 e il 20%, anche se il tasso più frequentemente applicato è compreso tra il 2 e il 5%.

La deducibilità fiscale delle quote di ammortamento è subordinata ad una regolare e trasparente contabilizzazione. Laddove l'interdipendenza tra fattori contabili e fiscali è particolarmente forte, l'omogeneizzazione del trattamento fiscale dell'ammortamento nei vari Stati membri non può prescindere da un approccio altrettanto omogeneo e coordinato di tale interdipendenza, con conseguente significativo impatto sulle regole contabili nazionali.

L'introduzione di una base imponibile consolidata, diretta a sostituire i ventisette differenti regimi fiscali esistenti anche in tema di trattamento dell'ammortamento, non può prescindere da un accordo sui seguenti punti:

- soltanto le immobilizzazioni acquisite e utilizzate per gli scopi dell'impresa saranno ammortizzabili ai fini fiscali;
- il valore da ammortizzare dovrà essere rappresentato dal costo storico, di acquisizione o di produzione del bene;
- il soggetto autorizzato all'ammortamento del bene sarà il proprietario legale dello stesso;
- i beni saranno ammortizzati su base annuale e saranno previsti tassi di ammortamento differenti per i beni mobili e immobili;
- i criteri di ammortamento ammessi saranno esclusivamente quello a quote costanti, per i beni immobili, e quello a quote decrescenti, per i beni mobili.

cantonamenti e passività³⁵; ai principi fiscali internazionali; al consolidamento e al “*taxable income*”³⁶.

6.b) CCCTB e principi fiscali internazionali

Nel novembre 2005, la Commissione europea ha presentato un documento allo scopo di fornire un *overview* delle norme e dei principi fiscali internazionali rilevanti ai fini dello studio e successiva implementazione del consolidato comunitario³⁷.

Oggetto di attenta analisi è l'individuazione dell'ambito territoriale di applicazione della CCCTB, vale a dire della fonte del reddito e delle imprese (incluse le stabili organizzazioni) da essa interessate. La limitazione dell'ambito territoriale di operatività della CCCTB è riconducibile, dalla Commissione, al cd. “*CCCTB (EU) water's*

³⁵ Gli Stati membri concordano sulla definizione, nelle linee generali, di riserve, accantonamenti e passività. In particolare, si è ritenuto di poter definire gli accantonamenti quali “*liabilities of uncertain timing and amount*”, laddove le riserve costituirebbero “*appropriations of retained earnings which form part of equity*”.

Riconosciuto il legame tra accantonamenti e passività da un lato e tra riserve e patrimonio netto dall'altro, le differenze tra gli Stati membri riguardano l'inquadramento nell'una ovvero nell'altra categoria di singole “*transactions*”. La medesima “*transaction*”, infatti, potrebbe essere considerata quale accantonamento in uno Stato membro e riserva in un altro. Ciò non è privo di conseguenze se si considera che in alcuni Stati membri gli accantonamenti sono generalmente considerati deducibili, mentre le riserve sono generalmente considerate non deducibili.

Il CCCTB Working Group ha precisato che:

- ai fini dell'implementazione della CCCTB, la definizione di accantonamenti e riserve dovrebbe essere indipendente dalle varie definizioni contabili rinvenibili a livello dei singoli Stati membri. La definizione di cui allo IAS 37 potrebbe costituire, da questo punto di vista, solo una buona base di partenza;
- nel definire l'accantonamento, bisognerebbe distinguere tra “accantonamento relativo alle passività” ed “accantonamento relativo agli assets”;
- sarebbe opportuno individuare una definizione comune di “*accrual*”, anche allo scopo di sottolineare le differenze con l'accantonamento. La principale differenza tra le due voci di bilancio potrebbe risiedere nel diverso livello di certezza.

Il CCCTB Working Group ha rilevato che le riserve dovrebbero essere considerate, in generale, non deducibili. È tuttora allo studio l'individuazione di un metodo efficace per la valutazione di quei casi in cui le riserve sono eccezionalmente considerate deducibili.

Per quanto riguarda la deducibilità degli accantonamenti, sono stati individuati due approcci. Secondo il primo, gli accantonamenti dovrebbero essere considerati, in generale, non deducibili, con la previsione di una serie di eccezioni (“*positive list of deductible examples*”). Il secondo approccio, invece, prevede la deducibilità degli accantonamenti e, specularmente, una serie negativa di casi di non deducibilità (“*negative list of non-deductible examples*”). Nell'ambito della CCCTB, il secondo approccio dovrebbe essere di più diretta implementazione, anche se la scelta dell'uno piuttosto che dell'altro non può prescindere dall'individuazione di una definizione di accantonamento che sia definitiva ed unanimemente accettata e riconosciuta.

³⁶ Ai fini dell'individuazione del reddito da includere nella base imponibile consolidata, sono stati considerati e discussi i seguenti quattro aspetti:

- a) definizione di “*taxable income*”;
- b) definizione di costi e loro condizioni di deducibilità;
- c) trattamento delle perdite;
- d) metodologia di calcolo del “*taxable income*”.

A tal proposito, è stato rilevato che:

1. Definizione di “*taxable income*”: dovrebbe essere la più ampia possibile in maniera tale da escludere soltanto alcuni componenti, quali i dividendi e le plusvalenze da vendita di partecipazioni qualificate.
2. Definizione di costi e loro condizioni di deducibilità: i costi connessi al “*non-taxable income*” non dovrebbero essere ritenuti deducibili.
3. Trattamento delle perdite: l'approccio ritenuto preferibile è quello che prevede un “*unrestricted loss carry-forward*”, mentre è stato escluso il “*loss carry-back*”.
4. Metodologia di calcolo del “*taxable income*”: sono stati presi in considerazione due metodi:
 - a) “*Profit and Loss method*”, il quale si basa sul calcolo della differenza tra profitti e costi rilevanti ai fini fiscali;
 - b) “*Balance Sheet method*”, il quale si basa sul calcolo della differenza tra i valori di apertura e chiusura del bilancio.

³⁷ Commissione europea, *Working Document “International aspects in the CCCTB”* (CCCTB/WP/019) del 18.11.2005.

edge". Tale principio consente di determinare il reddito, prodotto nell'ambito delle cd. "giurisdizioni CCCTB", da ripartire tra gli Stati membri partecipanti e rappresenta il legame geografico tra reddito prodotto e un determinato territorio.

Secondo il principio del cd. "*worldwide taxation*", il reddito è soggetto a tassazione nello Stato di residenza. Secondo la Commissione, non ogni reddito dovrebbe essere interessato dal consolidato comunitario, bensì solo quello prodotto entro i confini delle "giurisdizioni CCCTB" ("*water's edge boundaries of the CCCTB jurisdiction*").

Considerata l'importanza del principio "*CCCTB (EU) water's edge*", la Commissione ritiene necessario che in relazione ad esso si adotti, a livello comunitario, una definizione precisa e concordata, quale *step* preliminare alla sua applicazione per l'individuazione dell'ambito territoriale di operatività della CCCTB.

Nel documento del novembre 2005, la Commissione ha, altresì, elencato le aree sulle quali è opportuno che gli Stati membri adottino un approccio comune. Esse riguardano:

- l'assoggettamento a tassazione delle società residenti ("*liability to taxation of tax resident companies*" - *worldwide principle versus territoriality principle*);
- la definizione di società residente ai fini fiscali;
- l'eliminazione della doppia imposizione;
- l'individuazione delle società non residenti alle quali si applica la CCCTB ("*the scope of tax non-resident companies covered by the CCCTB*");
- la definizione di "*source income*" e le modalità di determinazione del "*taxing right*";
- il coordinamento e la possibile estensione delle "*common (e. g. OECD Model) practices*" esistenti³⁸.

I principi fiscali internazionali applicabili alla CCCTB hanno costituito oggetto di particolare trattazione nel corso del *meeting* del 9 marzo 2006³⁹. In tale sede si è stabilito che il reddito da assoggettare a tassazione secondo le regole CCCTB dovrebbe essere individuato nell'ambito delle seguenti tre categorie:

- *income earned by tax residents of the CCCTB jurisdictions from CCCTB jurisdictions*'

³⁸ In vista del *meeting* del dicembre 2005, la Commissione aveva invitato gli Stati membri a presentare osservazioni su ciascuna delle aree indicate, sottolineando l'eventualità della costituzione di un Sottogruppo ad hoc, qualora il CCCTB Working Group dovesse ritenerlo opportuno ai fini dell'analisi e discussione degli aspetti più marcatamente tecnici. Il primo *meeting* del SG4 si è tenuto nel febbraio del 2006.

³⁹ Nel corso del medesimo *meeting* sono state, altresì, esaminate le regole di determinazione del reddito, vale a dire l'individuazione del "*taxable income*" ai fini CCCTB. A tal proposito, una definizione comune e concordata è stata ritenuta necessaria e lo IAS 18 rappresenta una valida base di partenza in tal senso. Le discussioni hanno riguardato l'inclusione, nel "*taxable income*", del cd. "*unrealised income*", nonché la predisposizione di una lista di categorie di reddito qualificabili come "*non taxable income*". La Commissione precisa, inoltre, che "*the discussions of the items that could be mentioned on the list of non deductible items revealed that some MS would be keen to make this distinction as regards bribes and penalties. In the view of the Commission services, the CCCTB criteria need to be consistent with the good practises that the Commission try to promote outside the EU and would thus favour a strict approach as regard non deductibility of such items*". Solo nel corso del successivo *meeting* del 1 giugno 2006 si è giunti all'individuazione di una preliminare comune definizione di "*taxable income*", inteso quale "(...) gross inflow of economic benefits of an entity when those inflows result in the increase of equity, other than increases relating to contributions from equity participants. All income realised during a tax period is taxable unless otherwise defined". La Commissione ha, inoltre, aggiunto, che "*Even though the precise drafting of the definition to be included in the future legislative proposal is not the ultimate aim of this discussion, this draft definition identifies the key issues for examination*" (Commissione europea, Working Document "An overview of the main issues that emerged at the third meeting of the subgroup [SG3 – 3 May 2006] on taxable income" - CCCTB/WP/034 del 19.5.2006).

sources. Tale reddito dovrebbe essere assoggettato a tassazione secondo le regole CCCTB;

- *income earned by tax residents from sources outside the CCCTB jurisdictions*. Tale reddito dovrebbe essere assoggettato a tassazione secondo le regole CCCTB, in virtù dell'applicazione del principio del “*worldwide taxation*”. Già nel corso del precedente *meeting* del 7-8 dicembre 2005, la Commissione aveva sottolineato l'importanza di un approccio comune in merito all'applicazione del “*worldwide taxation principle*” versus il “*territoriality taxation principle*” nella sottoposizione a tassazione delle imprese⁴⁰;

- *income earned by companies tax resident outside the CCCTB jurisdictions from the CCCTB jurisdictions' sources*. Tale reddito, se imputabile ad una stabile organizzazione situata in una giurisdizione CCCTB, dovrebbe essere assoggettato a tassazione secondo le regole CCCTB⁴¹.

Più di recente, la discussione in merito ai principi internazionali applicabili ha riguardato principalmente i seguenti aspetti⁴²:

a) definizione di residenza fiscale⁴³ e di “*permanent establishment*”⁴⁴ ai fini CCCTB;

b) trattamento fiscale del “*foreign income*” di società aventi sede nell'U.E.;

c) trattamento fiscale del reddito di fonte U.E. di società aventi sede al di fuori dell'U.E.

Nell'ambito del trattamento fiscale del “*foreign income*”, particolare attenzione è attribuita al cd. “*foreign passive income*”, nell'ambito del quale si distingue tra:

1. “*income*” percepito da una “*CCCTB company*” da fonti extra-U.E.;

2. “*income*” corrisposto da una “*CCCTB company*” a residenti in Stati terzi;

3. “*passive income*” corrisposto da una “*non-CCCTB company*” ad una “*CCCTB company*”;

4. “*passive income*” corrisposto da una “*CCCTB company*” ad un'altra “*CCCTB*”

⁴⁰ Nel documento “*Progress to date and future plans for the CCCTB*” (CCCTB/WP/020) del 15.11.2005 predisposto in vista del meeting del dicembre 2005, il CCCTB Working Group ha fissato le linee di sviluppo dell'attività per gli anni 2006-2008. È stato, infatti, previsto che l'attività in tema di valutazione degli assets, riserve e accantonamenti, e taxable income avrebbe dovuto concludersi nel corso dell'estate 2006, mentre quella relativa ai capital gains sarebbe proseguita con significativi progressi. Anche lo studio sugli aspetti internazionali della CCCTB dovrebbe svilupparsi e concludersi entro la fine del 2006, anno in cui si prevede debbano prendere avvio i lavori per la determinazione della base imponibile consolidata e dei meccanismi di ripartizione della stessa tra Stati membri. Il 2007, invece, dovrebbe vedere la pubblicazione di un “*Progress Report*”, nonché l'avvio dei lavori in materia di incentivi fiscali e di misure dirette a prevenire l'evasione. Il rispetto di tale scadenziario permetterebbe alla Commissione di presentare una proposta legislativa in materia di CCCTB entro la fine del 2008. Sulla scadenza per la presentazione di una proposta legislativa, si veda anche CFE, European Tax Report, cit.

⁴¹ Commissione europea, Working Document “*An overview of the main issues that emerged at the first meeting of the subgroup on International aspects*” (CCCTB/WP/029) del 2.3.2006.

⁴² Commissione europea, Working Document “*An overview of the main issues that emerged at the third meeting of the subgroup on International aspects*” (CCCTB/WP/049) del 23.11.2006; Commissione europea, Working Document “*Progress to date and future plans for the CCCTB*” (CCCTB/WP/046) del 20.11.2006.

⁴³ Una definizione comune di residenza fiscale ai fini CCCTB dovrebbe basarsi sui seguenti criteri: luogo di costituzione, luogo di registrazione e luogo di direzione effettiva.

⁴⁴ La definizione comune di “*permanent establishment*”, così come i principi di attribuzione del reddito dovrebbero seguire quanto previsto dal Modello OCSE. La nozione di “*permanent establishment*”, pertanto, dovrebbe far riferimento ad un'entità distinta e separata con “autonomia di relazione” (“*dealing independently*”) con la casa-madre.

Per quanto riguarda, invece, l'attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, si rileva che tutti gli Stati membri fanno riferimento al principio dell'*arm's length* seppur con delle divergenze sul piano strettamente applicativo. In seno all'OCSE, inoltre, è in fase di studio un nuovo approccio, (cd. “*authorised OECD approach AOA*”), in virtù del quale la stabile organizzazione e la sua casa-madre verrebbero considerate, ai fini del calcolo delle rispettive basi imponibili, delle entità completamente distinte e separate.

company”.

Per quanto riguarda la prima categoria, sono stati presi in considerazione i dividendi, gli interessi e le *royalties* percepiti da soggetti residenti nell'U.E. da fonti extra-U.E. La soluzione preferibile, secondo la Commissione, è quella che prevede l'applicazione delle regole CCCTB anche al “*foreign passive income*”. Alcuni membri del CCCTB Working Group, invece, optano per l'inclusione del “*foreign passive income*” nella CCCTB solo una volta che la base imponibile comune sia stata determinata ed allocata tra i vari Stati membri. Ciò, essenzialmente, per garantire simmetria di trattamento tra “*passive income*” e “*active income*”.

Con riferimento alla seconda categoria è stato rilevato che molte delle convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore prescrivono l'applicazione di una ritenuta alla fonte. In tali casi, la Commissione ritiene che, se l'ammontare di ritenuta alla fonte è deducibile (quale spesa) dalla base imponibile comune, l'ammontare di ritenuta percepito dallo Stato membro dove il contribuente è situato debba essere ripartito secondo un meccanismo da determinarsi.

In merito alla terza categoria di “*passive income*”, la Commissione rileva che l'applicazione di una ritenuta alla fonte sul reddito percepito da una società CCCTB potrebbe essere prevista. Se a tale reddito sono applicabili le regole CCCTB, il trattamento da riservarsi alla ritenuta alla fonte dovrebbe, in linea di principio, essere simmetrico a quello previsto con riferimento al reddito di fonte estera di una società CCCTB.

Per quanto riguarda, infine, l'ultima categoria considerata, la Commissione ritiene che dividendi, interessi e *royalties* corrisposti da una società CCCTB e percepiti da un'altra società CCCTB non dovrebbero essere soggetti a ritenuta alla fonte. Alcuni Stati membri sottolineano, però, che molte convenzioni contro le doppie imposizioni vigenti prevedono l'applicazione di una ritenuta alla fonte. In tali ipotesi, il trattamento preferibile è quello che prevede che l'ammontare di ritenuta percepito dallo Stato membro dove il contribuente è situato sia ripartito secondo un meccanismo da determinarsi.

In tema di trattamento fiscale del reddito di fonte U.E. di società aventi sede al di fuori dell'U.E., l'orientamento prevalente prevede che sia assoggettato a tassazione secondo le regole CCCTB il reddito prodotto dal “*permanent establishment*” nell'U.E. di società avente sede al di fuori del territorio U.E.

Secondo l'orientamento prevalente⁴⁵, il maggior numero possibile di entità giuridiche dovrebbe poter beneficiare delle regole CCCTB. Tali entità potrebbero essere individuate anche semplicemente mediante un riferimento a quanto previsto da ciascuna legislazione nazionale.

A parere della Commissione europea, anche le società che non svolgono attività *cross-border* dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione delle regole CCCTB.

6.c) CCCTB, consolidamento e regimi vigenti

Con riferimento alla tassazione di gruppo, il CCCTB Working Group ha in via preliminare rilevato la necessità di procedere all'individuazione di una posizione comune e condivisa in merito:

- alla definizione di “gruppo” ai fini dell'individuazione delle società da inclu-

⁴⁵ Commissione europea, Working Document “Progress to date and future plans for the CCCTB” (CCCTB/WP/046) del 20.11.2006.

dervi. A tal proposito è possibile fare riferimento al cd. “*legal approach*”, ovvero al cd. “*economic approach*”;

- al metodo per il calcolo della base imponibile consolidata⁴⁶.

Una definizione di “*gruppo*” condivisa dagli Stati membri è stata ritenuta preliminare all’individuazione del perimetro di consolidamento, nel caso in cui una o più società del gruppo siano situate al di fuori dell’Unione europea⁴⁷. A tal proposito, sono state individuate tre ipotesi:

- a) a non EU company between EU parent and EU subsidiaries;
- b) a non EU parent with EU subsidiaries;
- c) a non EU parent holding EU subsidiaries via an EU permanent establishment.

Sempre nell’ambito della definizione di “*gruppo*”, con riferimento alla tipologia di imprese da assoggettare alle regole CCCTB, sono state individuate due distinte categorie: “*incorporated entities*” e “*un-incorporated entities*”.

Secondo il CCCTB Working Group, le regole CCCTB dovrebbero trovare applicazione nei confronti delle “*incorporated entities*” che svolgono attività nell’ambito delle giurisdizioni CCCTB⁴⁸.

Per quanto riguarda, invece, i metodi di consolidamento, la Commissione europea ritiene che, ai fini CCCTB, sarebbe opportuno non tener conto delle transazioni *inter-company* allo scopo di eliminare i problemi connessi al *transfer pricing* (“*the consolidation in the CCCTB should imply the elimination of intra-group transactions in order to eliminate transfer pricing problems with a consolidated group*”)⁴⁹.

Più di recente⁵⁰, il CCCTB Working Group, si è, invece, occupato del tema relativo allo “*sharing mechanism*”. A tal proposito, vengono analizzati due principali metodi di “*apportionment*”⁵¹: “*macro-based apportionment*” e “*micro-based apportionment*”.

Il *macro-based apportionment* è effettuato prendendo come riferimento “*macro-factors*”, quali il PIL, la base imponibile ai fini IVA, ecc. di tutti gli Stati membri, ovvero degli Stati membri in cui opera il gruppo. Tale metodo potrebbe portare ad un disallineamento tra l’assoggettabilità a tassazione in un dato Stato e lo svolgimento di attività economica effettiva nello Stato stesso. Esso, pertanto, non garantirebbe lo *standard* minimo di equità di trattamento tra contribuenti. Tale metodo, tuttavia, è ritenuto di facile applicazione,

⁴⁶ Commissione europea, Working Document “*Issues related to group taxation*” (CCCTB/WP/035) del 5.5.2006.

⁴⁷ Nel corso del meeting del 12 settembre 2006, il CCCTB Working Group ha, altresì, esaminato alcune questioni relative alla tassazione dei dividendi. Una soluzione (“*the preferable option*”) è quella di includere i dividendi nella base imponibile della società che li percepisce. In tal modo, non si determinerebbe alcuna discriminazione tra le diverse fonti del reddito. Tale soluzione implica, inoltre, l’assenza di imposizione, a titolo di ritenuta alla fonte, da parte dello Stato membro in cui si genera il dividendo (Commissione europea, Working Document, “*Dividends*” (CCCTB/WP/042) del 28.7.2006).

⁴⁸ L’applicazione delle regole CCCTB alla seconda categoria, invece, è ancora oggetto di discussione.

⁴⁹ Commissione europea, Working Document “*Issues related to group taxation*” (CCCTB/WP/035) del 5.5.2006.

⁵⁰ L’ultimo meeting del CCCTB Working Group si è tenuto in data 12 e 13 dicembre 2006. Nel corso di tale meeting, la discussione ha riguardato, tra l’altro, il meccanismo per la ripartizione della base imponibile consolidata.

⁵¹ Il meccanismo di attribuzione della base imponibile consolidata a ciascuno Stato membro interessato è stato ampiamente esaminato nel documento “*The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*”, di ANA AGÚNDEZ GARCÍA, ottobre 2006, Working Paper n. 9/2006 della Commissione europea – Direzione Generale Fiscalità e Dogane.

efficiente (in quanto evita gli incentivi “*profit-shifting*”), nonché “*cost effective*”.

Il *micro-based apportionment* prevede due diversi approcci: il “*Formulary Apportionment Approach*” (FA) e il “*Value Added Approach*” (VA).

FA - L'*apportionment* si basa sul contributo di ciascuna giurisdizione al reddito totale di un dato gruppo, mediante l'applicazione di una formula predeterminata, la quale tiene conto dei fattori ritenuti determinanti per la produzione del reddito. In virtù di tale metodo, allo Stato membro nel quale si registra la presenza più significativa dei cd. “*income-creating factors*” viene attribuita la porzione proporzionalmente più rilevante di base imponibile⁵². La scelta dei fattori determinanti, così come l'applicazione di formule diverse per settori economici diversi dovrebbero costituire oggetto di uno studio approfondito. Il metodo FA si conforma all'approccio cd. “*equal capacity to earn income*”. Si rileva, tuttavia, che l'uso di fattori specifici per singoli contribuenti potrebbe influire sulle scelte di localizzazione degli investimenti e sulla concorrenza fiscale tra Stati.

VA - L'*apportionment* VA avviene sulla base della seguente *ratio*:

“*VA by a group member-to-total VA of the group*”

e prevede l'attribuzione a ciascuna giurisdizione di una frazione di reddito pari alla quota di partecipazione in VA a livello di gruppo. Quale *apportioning mechanism*, il metodo VA ha il vantaggio di conformarsi, almeno parzialmente, con il principio dell'“*equal earned income*” (in quanto si basa sul reddito). Esso, inoltre, consentirebbe di evitare l'uso di formule diverse per settori economici differenti. Tale metodo, tuttavia, presenta due importanti criticità. In primo luogo, per effetto degli incentivi “*profit-shifting*” reinseriti dall'*apportionment formula*, il metodo VA richiede una valutazione di tutte le transazioni intragruppo; in secondo luogo, pone un rilevante onere fiscale sul lavoro, componente principale del metodo in questione.

Sempre ai fini dell'individuazione degli elementi necessari per la costruzione di una base imponibile comune consolidata a livello comunitario, assumono rilievo⁵³ la definizione di “*gruppo*” ai fini del consolidamento, il trattamento delle perdite e il metodo di consolidamento.

La definizione di “*gruppo*” ai fini del consolidamento dovrebbe ricomprendere il numero più ampio possibile di entità giuridiche. Il principio cd. “*all in*” dovrebbe trovare applicazione con preferenza rispetto al principio cd. “*cherry-picking*”. Il requisito della partecipazione minima richiesta dovrebbe essere soddisfatto, senz'altro, in presenza di un “*threshold*” pari o superiore al 75%. Tuttavia, la percentuale minima di partecipazione potrebbe essere fissata anche più semplicemente al 51%⁵⁴.

Con riferimento al trattamento delle perdite, l'orientamento prevalente prevede che le perdite pre-esistenti siano “*ring-fenced*”, con la possibilità di compensazione con la porzione di base imponibile attribuita a ciascuna società per effetto dell'“*apportionment*”.

Per quanto riguarda, invece, le cd. “*ongoing losses*”, sono stati individuati due di-

⁵² Il metodo FA vanta una consolidata e soddisfacente applicazione in Paesi quali gli USA e il Canada.

⁵³ Commissione europea, Working Document “*An overview of the main issues that emerged at the second meeting of the subgroup on group taxation*” (CCCTB/WP/048) del 23.11.2006; Commissione europea, Working Document “*Progress to date and future plans for the CCCTB*” (CCCTB/WP/046) del 20.11.2006.

⁵⁴ A tal proposito, la Commissione ha precisato che “*unless the ownership test is based on the effective level of ownership in a chain of companies then the minority interest might become quite high. For example, if A owns 75% of B which owns 75% of C which owns 75% of D then if the threshold is 75% measured at each stage then A, B, C and D are a group although the group only owns 42% of D. In contrast if the effective level is used only A and B can group*” (Commissione europea, Working Document “*An overview of the main issues that emerged at the second meeting of the subgroup on group taxation*” - CCCTB/WP/048 del 23.11.2006).

versi approcci:

- *carry-forward* a livello di gruppo;
- attribuzione immediata della perdita allo Stato membro interessato, con possibilità di futura compensazione⁵⁵.

Un ulteriore tema di discussione concerne il trattamento delle perdite nel caso in cui la società cessa di far parte del gruppo. L'attribuzione delle perdite o di parte di esse alla società che lascia il gruppo presuppone l'applicazione di un'appropriata formula per l' "apportionment".

In merito al metodo di consolidamento, secondo l'orientamento prevalente, si dovrebbe optare per un sistema di "full consolidation" con conseguente consolidamento del 100% del reddito anche in presenza di una partecipazione inferiore.

La Commissione europea⁵⁶ ha accolto con favore l'attività svolta dal CCCTB Working Group per la determinazione di una base imponibile unica e consolidata a livello comunitario. Nel corso del 2007, l'attività del CCCTB Working Group dovrebbe riguardare gli incentivi fiscali, le misure dirette a contrastare l'evasione fiscale, il "consolidation method" e lo "sharing mechanism". Dopo una "rivisitazione" complessiva e finale degli elementi e delle aree già oggetto di analisi, la Commissione auspica di poter presentare una proposta di misura legislativa in materia di CCCTB entro la fine del 2008⁵⁷.

I regimi vigenti: profili comparati - In ambito comunitario, i sistemi di consolidamento adottati presentano rilevanti differenze. Alcuni Stati (Paesi Bassi, Francia, Spagna e Portogallo), utilizzano il concetto di "fiscal unity", ossia attribuiscono al gruppo societario nel suo complesso la soggettività tributaria. Conseguentemente, la società può presentare un'unica dichiarazione fiscale che comprende tutte le società incluse nel perimetro di consolidamento. I gruppi localizzati in questi Stati possono beneficiare della compensazione tra utili e perdite di gruppo e del regime di neutralità fiscale dei trasferimenti di attività intragruppo.

Svezia e Finlandia adottano il modello del "group contribution", per effetto del quale ciascuna società appartenente al gruppo calcola il proprio reddito imponibile, presenta la propria dichiarazione fiscale e versa le proprie imposte. Tale sistema, tuttavia, consente che una società in utile possa effettuare il "trasferimento" dello stesso a favore di una società in perdita. Regno Unito e Irlanda adottano il sistema del "group relief" il quale, pur prevedendo che ciascuna società presenti separatamente la propria dichiarazione e versi le proprie imposte, consente la compensazione tra risultati fiscali delle società del gruppo senza la necessità che vi sia un materiale trasferimento di risorse finanziarie tra le stesse.

Pertanto, tipiche caratteristiche di un'imposizione di gruppo sono:

⁵⁵ Le discussioni sull'approccio preferibile tra i due presi in considerazione sono ancora aperte.

⁵⁶ Comunicazione "Implementing the Community Lisbon Programme: Progress to date and next steps towards a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)" - COM(2006)157 del 5.4.2006.

⁵⁷ La Commissione ha precisato che:

- la definizione della CCCTB dovrebbe essere indipendente dagli IAS/IFRS, a cui, pur tuttavia, si ispira. Ciò, in quanto non tutte le società sono in grado di fare ricorso a tali principi contabili, i quali tra l'altro, sono soggetti a cambiamenti;
- l'approccio migliore, ai fini dell'implementazione della CCCTB, è quello di consentirne l'applicazione su base opzionale da parte delle società;
- l'introduzione della CCCTB ed i conseguenti benefici non possono prescindere dall'impegno, degli Stati membri, ad apportare delle modifiche ai rispettivi ordinamenti interni.

- la possibilità di compensare utili e perdite all'interno del gruppo (Finlandia, Francia, Germania, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito); e
- la neutralità fiscale dei trasferimenti di attività infragruppo (Francia, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e Regno Unito).

Anche con riferimento ai requisiti per l'ammissione alla tassazione consolidata di gruppo, gli ordinamenti degli Stati che prevedono il consolidato presentano sensibili differenze. In particolare, in relazione al requisito dell'integrazione finanziaria, ossia della percentuale di partecipazione della società capogruppo nelle controllate, i valori previsti nelle legislazioni europee oscillano da una partecipazione di controllo (50% + 1 voto previsto dall'ordinamento tedesco) alla partecipazione quasi totalitaria (99% del capitale nei Paesi Bassi e in Lussemburgo). In Danimarca, il requisito del controllo è soddisfatto allorché una società:

- detenga la maggioranza dei diritti di voto in un'altra società;
- sia azionista di un'altra società con il diritto di nominare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione;
- sia azionista di un'altra società ed eserciti il controllo sulla gestione economico-finanziaria in virtù di un contratto;
- sia azionista di un'altra società e controlli la maggioranza dei voti in virtù di un accordo contrattuale.

Secondo il modello di consolidamento fiscale austriaco in vigore dal periodo d'imposta conclusosi alla fine del 2005, il requisito del controllo è soddisfatto in presenza di una partecipazione al capitale o di diritti di voto nella società controllata non inferiore al 50%. Ordinamenti quali quello tedesco e lussemburghese richiedono, altresì, l'integrazione organizzativa ed economica tra *holdings* e controllate; gli ordinamenti finlandese e svedese richiedono, invece, che le società partecipanti al consolidamento svolgano attività commerciale⁵⁸.

7. Competizione giuridica e competizione fiscale

Competizione tra ordinamenti giuridici - La concorrenza tra ordinamenti ha determinato un mutamento nell'ordine della gerarchia delle fonti del diritto⁵⁹. Essa im-

⁵⁸ Per una più approfondita disamina dei sistemi di consolidamento previsti dagli ordinamenti europei (inclusi i Paesi dell'Europa dell'Est), cfr. DI GREGORIO C., MAINOLFI G., SCAZZERI G., "L'imposta sulle società nell'Unione europea", Milano, 2005.

⁵⁹ Nel campo del diritto societario e con particolare riferimento all'ordinamento federale statunitense, un caso di concorrenza tra ordinamenti è il cd. "caso Delaware", il piccolo Stato americano che, grazie alla predisposizione di un "pacchetto istituzionale complessivo" comprensivo di norme di diritto societario e "servizi accessori" appetibili, ha fatto sì che oltre la metà delle imprese americane si costituissero sul suo territorio. Al pari di un produttore, il Delaware ha, pertanto, confezionato un "ordinamento prodotto" con offerta di "servizi accessori" alle imprese-clienti. In ambito comunitario, considerazioni in merito alla propagazione in Europa di un "effetto Delaware" hanno riguardato i Paesi Bassi e il Lussemburgo, i cui ordinamenti societari sono stati ritenuti eccessivamente flessibili e di conseguenza, particolarmente attraenti per tutte le imprese europee. L'esperienza americana del Delaware ha dato un impulso all'attività delle istituzioni comunitarie poi sfociata nell'adozione dello Statuto della Società europea. In merito alla "imitabilità" del "caso Delaware" in Europa, FERRARESE M. R. (in AA.VV., "La concorrenza tra ordinamenti giuridici", a cura di ZOPPINI A., Roma-Bari, 2004, p. 130 ss.) sottolinea come il "modello Delaware" si inserisca in un "contesto strettamente federalista", laddove l'Europa è caratterizzata, al contrario, da una "dimensione sovranazionale" dalle competenze "prevalentemente condivise" da soggetti istituzionali diversi.

plica che ciascuno Stato conservi integra la propria competenza quale “*autonomo e indipendente nomoteta*”⁶⁰, pur rinunciando alla pretesa di una sfera esclusiva quanto agli effetti che discendono dall’esercizio del potere di normazione. Se la norma può prescindere dalla sovranità su un territorio e da una sfera soggettiva di applicazione esclusiva, la concorrenza tra istituzioni potrebbe incrinare irrimediabilmente l’effettività della norma giuridica nazionale, preannunciando la stessa crisi dello Stato⁶¹. In tal senso, la concorrenza tra ordinamenti può concorrere ad edificare lo spazio giuridico europeo⁶².

Non possono neppure essere trascurati ruolo e dinamiche dei processi di globalizzazione in atto. Il mercato globale richiede norme globali, mentre la norma giuridica sfugge alle determinazioni del legislatore nazionale, emarginato nel ristretto ambito di confini politici sempre più permeabili⁶³, e capace di incidere solo su materie socio-economiche marginali. Il commercio via internet è “*epifania e metafora*”⁶⁴ della nuova dimensione giuridica globale. Esso è elemento di collegamento tra quanti operano nella comunità virtuale e luogo di scambi la cui decontestualizzazione è in grado di generare regole diverse da quelle cui sono soggette le parti nella transazione⁶⁵. Vi è, quindi una asimmetria (o “*dissimetria*”⁶⁶) tra i confini politici dello Stato e gli spazi geografici cui

Sulla concorrenza tra fonti normative, cfr. ADONNINO P., Concorrenza di fonti nel diritto tributario internazionale, in *Diritto e Pratica tributaria*, 1996, I, 3, 729-734 e CIPOLLINA S. (“I confini giuridici nel tempo presente”, Milano, 2003, p. 3), la quale sostiene che “le frontiere «sistemiche» diventano allora meno ermetiche e diminuisce l’autonomia dello Stato nella regolazione dei propri processi di scambio con l’esterno”.

⁶⁰ L’espressione è di ZOPPINI A., in AA.VV., “La concorrenza tra ordinamenti giuridici”, cit., p. 7.

⁶¹ “Su di uno e medesimo territorio soltanto un unico Stato può spiegare il proprio potere (...) potere sovrano dello Stato è, dunque, un potere, che non ne conosce altro superiore a sé: esso quindi è nel tempo stesso potere indipendente e supremo. La prima caratteristica si manifesta verso l’esterno, nei rapporti dello Stato sovrano con altre potenze; la seconda verso l’interno, nel confronto con le personalità in esso contenute. Ma entrambi questi caratteri sono tra loro inseparabilmente uniti” (JELLINEK G., *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 1949, p. 13 e 71).

⁶² La competitività consiste nell’attitudine a considerare la competizione come necessità e ad approntare il proprio comportamento ad una contrapposizione con gli altri Stati. La concorrenzialità invece deve essere intesa come la capacità di porsi in concorrenza con altri ordinamenti sul piano economico. Se la concorrenzialità è il risultato di un processo spontaneo che avviene per l’interazione di più soggetti sul piano economico, accelerato dalla tendenza a svolgere sempre più operazioni oltre confine, altrettanto non si può dire della competitività. Questa rappresenta un ulteriore stadio evolutivo rispetto alla concorrenzialità, dalla quale si distingue poiché è forzato, indotto dagli attori economici (gli Stati) e non è conseguenza naturale di processi economici globali. Secondo LIPARI N., (in AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 81) “l’uso del sintagma «concorrenza tra ordinamenti giuridici» contiene un’ambiguità o, per meglio dire, una contraddizione di fondo. Mentre, infatti, l’espressione ordinamento viene utilizzata nel suo significato (per così dire) tradizionale, che suppone il riferimento ad un sistema di regole (quale che ne debba essere il criterio di individuazione) vincolante ed esclusivo, il richiamo alla concorrenza suppone, invece, l’inquadramento dell’alternativa all’interno di un criterio ordinamentale diverso, che consenta agli utenti una scelta fra discipline alternative applicabili al medesimo rapporto”. Per MONASTERI P. G. (in AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 149), invece, “il tema della competizione fra ordinamenti deve essere visto in una diversa prospettiva, cioè nella prospettiva di una tensione antagonista fra diversi modi di regolare i diversi istituti giuridici, in un contesto di un possibile clash all’interno dello stesso Occidente”. Secondo ZOPPINI A., (in AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 7) “La concorrenza tra ordinamenti riflette una differente immagine dal prisma della globalizzazione e induce a ritenere che solo nel processo concorrenziale sia possibile selezionare la regola giuridica preferibile e, conseguentemente, promuovere l’efficienza degli scambi e del sistema economico nel suo complesso”.

⁶³ “Con la permeabilità dei confini, le sovranità – tradizionalmente intese – tendono a diventare solo «nominali, il potere anonimo, la sua sede vuota»” (CIPOLLINA S. *I confini giuridici nel tempo presente*, cit., p. 26).

⁶⁴ L’espressione è di ZOPPINI A., in AA.VV., “La concorrenza tra ordinamenti giuridici”, cit., p. 6.

⁶⁵ CASSESE S. parla di “mercattizzazione dello Stato, nel senso che i vari ordinamenti giuridici sono messi in competizione tra loro e può essere prescelto quello più favorevole. Sul mercato si può comprare anche il diritto più conveniente” (*La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 116).

⁶⁶ Cfr., GALGANO F., CASSESE S., TREMONTI G., TREU T., *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*,

il mercato è in grado di attingere.

Armonizzazione e competizione giuridica non rappresentano, tuttavia, scelte tra loro inconciliabili. Si tratta piuttosto di due momenti ugualmente coerenti con la creazione del mercato unico, in quanto è l'armonizzazione, indipendentemente dai diversi livelli di realizzazione, che consente di apprezzare i benefici competitivi offerti da un mercato delle regole coordinate. La concorrenza istituzionale “*sollecita processi di ricodificazione del diritto nazionale*”⁶⁷, che hanno un impatto su ruoli e responsabilità del legislatore nazionale.

Il panorama giuridico europeo produce dinamiche competitive tra istituzioni, per effetto di una certa “*indistinzione*” delle relative competenze. Un nuovo dinamismo giuridico interistituzionale caratterizza l'attuale situazione europea; esso deriva dalla dimensione sovranazionale che è tipica delle istituzioni comunitarie. La competizione giuridica si inserisce in una realtà caratterizzata dal dinamismo giuridico tipico dell'Europa contemporanea e che deriva non solo dall'alto del mondo istituzionale, ma anche dal basso della comunità civile⁶⁸.

La dimensione sovranazionale europea ha determinato un mutamento dei riferimenti normativi per tutti i soggetti coinvolti. Nel campo del diritto societario in particolare, il collegamento tra l'ordinamento giuridico della sede di costituzione di un'impresa e le possibilità operative di quest'ultima è stato oggetto di statuizione della Corte di giustizia che in più di un caso ne ha decretato il superamento in favore di esigenze di continuità della persona giuridica al di là e a prescindere dal luogo di costituzione⁶⁹.

Competizione fiscale – Anche in ambito fiscale, il fenomeno della concorrenza, così come la ricerca di competitività si inseriscono in un contesto di indipendenza della

Bologna, 1993, citati da AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 10.

⁶⁷ ZOPPINI A., in AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici* cit., p. 39.

⁶⁸ FERRARESE M. R., in AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 141.

⁶⁹ Nel caso *Centros* (C-212/97, sentenza del 9.3.1999), la Corte di giustizia ha statuito che la costituzione, da parte dei soci di Centros, di una società nel Regno Unito nell'intento di eludere la normativa danese che impone la liberazione di un capitale sociale minimo, rientra nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48 del Trattato. La questione dell'applicabilità di queste ultime disposizioni, infatti, va tenuta distinta dalla questione circa la possibilità, per lo Stato membro, di adottare misure atte ad impedire che, in presenza delle facoltà attribuite dal Trattato, i suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente e con successo all'autorità della propria legge nazionale. La lotta alle frodi non può giustificare una prassi di diniego della registrazione di una succursale di società con sede in uno Stato membro diverso. Secondo la Corte europea, infatti, i creditori possono ritenersi sufficientemente tutelati, nel rispetto del principio di proporzionalità su cui si basa la massima dell'“Home Country Control”, nel momento in cui vengono informati circa l'assoggettamento della società ad una normativa diversa da quella danese. La prassi delle autorità danesi, pertanto, nel costituire un'ingiustificata restrizione della libertà di stabilimento, è incompatibile con i principi sanciti dal Trattato.

Nel caso *Überseering BV* (C-208/00, sentenza del 5.11.2002), la Corte di giustizia ha dichiarato l'incompatibilità con gli artt. 43 e 48 del Trattato delle previsioni di cui all'art. 50 del Codice di procedura civile tedesco (in virtù delle quali, il giudice tedesco ha dichiarato l'inammissibilità dell'azione sulla base della considerazione di fatto e di diritto che la società *Überseering BV*, in quanto avente sede legale nei Paesi Bassi e non successivamente registrata anche in Germania, è priva di capacità legale secondo il diritto tedesco e, quindi, della legittimazione ad agire in giudizio), sulla base delle seguenti considerazioni:

- la società *Überseering BV*, regolarmente registrata e con sede legale nei Paesi Bassi, ha il diritto, riconosciuto dal Trattato, di stabilirsi in Germania, quale società di diritto olandese;
- il fatto che la partecipazione totalitaria della medesima sia stata successivamente acquisita da cittadini tedeschi, con conseguente trasferimento della sede amministrativa in Germania, non determina il venir meno della personalità giuridica e del relativo status nell'ambito dell'ordinamento olandese;
- il requisito della nuova registrazione richiesto dalla legislazione tedesca ai fini dell'acquisto della legittimazione ad agire in giudizio costituisce, pertanto, una ingiustificata negazione della libertà di stabilimento garantita dal Trattato.

sfera economica dallo spazio giuridico nazionale e di presa d'atto, rispettivamente da parte degli Stati e dei contribuenti, della crescente attitudine della variabile fiscale a condizionare comportamenti e azioni in ambito transnazionale⁷⁰.

Il dibattito che si è creato sul fronte internazionale ed in ambito comunitario in relazione alla competizione fiscale dannosa e alle misure volte a contrastarla è destinato a produrre cambiamenti profondi nelle modalità di conduzione delle operazioni transnazionali. L'ambito giuridico europeo si colloca in un contesto competitivo ampio nel quale si ritrovano e si esprimono nuovi soggetti produttori di regole e nel quale si afferma un nuovo modo di intendere i rapporti istituzionali e le loro interazioni⁷¹.

Se in ambito comunitario, la lotta alla concorrenza fiscale dannosa trova la sua più importante espressione nell'adozione del Codice di condotta sulla tassazione delle imprese, sul versante dei rapporti tra U.E. e Stati extra-U.E., essa si inserisce nell'ambito della delicata ed altrettanto importante questione della trasparenza e dello scambio di informazioni tra Amministrazioni finanziarie. Secondo quanto previsto dall'accordo con la Svizzera in materia di tassazione dei redditi da risparmio, il beneficiario effettivo degli interessi può sottrarsi al prelievo fiscale mediante ritenuta attraverso la concessione al proprio agente pagatore svizzero di espressa autorizzazione a notificare i pagamenti di interessi all'autorità competente dello Stato di residenza⁷². "*Misure equivalenti*" si ritrovano anche negli accordi conclusi con il Principato di Monaco, Andorra, San Marino e Liechtenstein. Il punto di equilibrio tra obblighi connessi allo scambio di informazioni e rispetto del segreto bancario non può non riflettersi sul livello di coesione ottenibile in materia di lotta alla concorrenza fiscale dannosa e paradisi finanziari/fiscali, su tutto il territorio europeo⁷³.

⁷⁰ Tra le espressioni coniate per rappresentare il fenomeno della concorrenza fiscale e della ricerca di competitività, due in particolare si distinguono per forza espressiva: "bidding for firms" e "fisco à la carte".

⁷¹ In ambito comunitario, la lotta alla concorrenza fiscale dannosa ha registrato un punto di svolta nel corso del Consiglio Ecofin del 3.6.2003, con l'adozione del Codice di condotta sulla tassazione delle imprese. In tale occasione, il Consiglio ha invitato il Gruppo Primarolo a continuare a monitorare lo svolgimento, da parte degli Stati membri, delle attività di rollback e standstill.

⁷² In virtù dell'accordo, la Svizzera si obbliga ad applicare misure equivalenti a quelle previste dalla direttiva sulla tassazione dei redditi da risparmio. Tali misure includono, in particolare:

- l'applicazione di una ritenuta alla fonte (secondo quanto previsto dall'art. 1, nella percentuale del 15% per i primi tre anni, del 20% per i seguenti tre anni, del 35% successivamente) sugli interessi corrisposti a soggetti residenti in uno degli Stati membri;
- la previsione di un meccanismo che consenta la ripartizione del gettito fiscale (cd. "revenue sharing") tra la Svizzera e lo Stato di residenza del soggetto percettore degli interessi, nella percentuale del 25% per la prima e del 75% per il secondo (art. 8);
- la divulgazione volontaria di informazioni, qualora il soggetto di imposta vi consenta (art. 2);
- lo scambio di informazioni su richiesta, in caso di "frode fiscale o simili";
- una clausola di riesame (art. 13).

⁷³ Il 7.12.2004, la Commissione europea ha annunciato la firma di tre accordi inerenti la tassazione dei redditi da risparmio, conclusi con il Liechtenstein, San Marino e il Principato di Monaco. L'accordo con Andorra è stato invece firmato in data 15.11.2004.

Gli accordi rappresentano una componente fondamentale del framework per la cooperazione nell'ambito della tassazione diretta, il quale include, altresì, la direttiva sulla tassazione dei redditi da risparmio e l'accordo concluso con la Confederazione svizzera.

Gli accordi si basano sui seguenti quattro principi fondamentali:

- Ritenuta alla fonte: i pagamenti degli agenti saranno soggetti a ritenuta sugli interessi, con aliquota pari al 15% nei primi tre anni, 20% nei seguenti tre anni, 35% successivamente e con l'obbligo di trasferire il 75% delle relative entrate alle autorità fiscali degli Stati membri di residenza.

Sempre con riferimento alla Confederazione svizzera, si rileva come la normativa elvetica consenta ai Cantoni di esentare, parzialmente o completamente, gli utili prodotti all'estero dall'imposta cantonale o municipale applicabile ai redditi delle società. Secondo la Commissione, tali agevolazioni fiscali si sono rivelate un "formidabile incentivo" per multinazionali che hanno concentrato le proprie sedi o centri di coordinamento nei Cantoni più fiscalmente favorevoli, con l'obiettivo di ridurre il carico fiscale⁷⁴.

In ambito OCSE, al Rapporto del 1998, diretto ad individuare le fattispecie riconducibili a forme di concorrenza fiscale dannosa nell'ottica di procedere al loro graduale smantellamento, ha fatto seguito quello del 2000, nel quale i principi stabiliti nel primo hanno trovato applicazione pratica mediante l'individuazione dei regimi fiscali preferenziali potenzialmente dannosi e l'elaborazione della *black list* dei paradisi fiscali. Nei successivi Rapporti del 2001 e del 2004, l'OCSE ha definito le linee di lotta alle pratiche fiscali dannose⁷⁵.

Le iniziative, comunitaria e in ambito OCSE, muovono da un approccio analogo e da premesse simili, sono ispirate ai medesimi principi e condividono il comune obiettivo di contenere il fenomeno della concorrenza fiscale dannosa, pur prevedendo ambiti di applicazione parzialmente diversi. I Rapporti OCSE, infatti, circoscrivono la propria analisi alle agevolazioni accordate alle attività geograficamente "mobili" (le attività finanziarie e di prestazione di servizi) ovvero alle attività suscettibili di essere trasferite da uno Stato all'altro più agevolmente di altre forme di investimento, ed affrontano, altresì, il tema dei paradisi fiscali, il quale risulta trascurato invece dal Codice di condotta comunitario⁷⁶.

- Volontaria divulgazione di informazioni: la ritenuta non verrà applicata nel caso in cui il contribuente autorizzi l'agente a rendere note le informazioni circa il pagamento degli interessi alle autorità fiscali competenti.
- Riesame: le clausole stabilite dalle parti dovranno essere riesaminate almeno ogni tre anni, od ogniqualvolta una delle parti contraenti ne faccia richiesta.
- Scambio di informazioni su richiesta: gli Stati si impegnano a garantire lo scambio di informazioni su richiesta, in caso di frode o simili.

⁷⁴ La Commissione europea ha messo in mora la Confederazione svizzera in merito a tale regime di agevolazioni fiscali applicato dai Cantoni elvetici, non tanto perché prevede esenzioni ed aliquote ridotte di per sé, ma in quanto "non può accettare sistemi che prevedano una differenziazione tra reddito interno ed esterno" (Comunicato stampa della Commissione europea del 13.02.2007, IP/07/176). In particolare, la Commissione ritiene che il regime fiscale applicabile alle "management, holding and mixed companies" nei Cantoni di Zug e Schwyz costituisce aiuto di stato e, in quanto tale, risulta incompatibile con l'Accordo tra la Comunità Europea e la Confederazione svizzera del 1972. Con la Decisione del 13.02.2007, essa ha, pertanto, invitato la Confederazione svizzera ad abolire siffatto regime fiscale di favore, riservandosi il diritto di proporre al Consiglio l'adozione di misure di salvaguardia.

⁷⁵ Nel Progress Report del 2004, si è evidenziato che, dei 47 regimi fiscali preferenziali dannosi accertati, 18 erano stati aboliti o erano in corso di abolizione, 14 erano stati modificati al fine di eliminarne le caratteristiche di dannosità, 13 erano stati ritenuti non più dannosi alla luce di successive ed ulteriori analisi.

⁷⁶ "Rispetto al Rapporto OCSE l'approccio della Commissione europea si caratterizza per un *quid pluris*: non solo infatti la concorrenza fiscale dannosa costituisce una seria minaccia all'instaurazione di regole di sana concorrenza fra i soggetti economici dell'Unione, ma impedisce anche la piena realizzazione del mercato unico, che è uno degli obiettivi primari del Trattato CE e che deve raggiungersi nel rispetto delle quattro libertà fondamentali ivi previste: di movimento e di stabilimento dei beni, delle persone (fisiche e giuridiche), dei servizi e dei capitali" (DI GREGORIO C., MAINOLFI G., SCAZZERI G., *L'imposta sulle società nell'Unione europea*, cit., p. 360). Si rileva, infine, che nonostante i Rapporti OCSE ed il Codice di condotta costituiscano documenti di natura meramente politica, che non vincolano giuridicamente gli Stati al rispetto di quanto in essi sancito, sono espressione di un intento comune e di uno sforzo congiunto contro il fenomeno della concorrenza fiscale dannosa, nelle sue diverse accezioni. Proprio questa base volontaria e consensuale, che deriva dalla natura intergovernativa dei documenti, fa sì che essi siano destinati ad assumere un crescente rilievo nel panorama della fiscalità internazionale.

8. La concorrenza fiscale in ambito comunitario

I fenomeni di concorrenza fiscale dannosa assumono particolare rilievo in ambito comunitario, dove “*scorrette*” politiche fiscali condotte dagli Stati membri possono incidere negativamente sui meccanismi che governano il funzionamento del mercato unico.

Per evitare che le decisioni degli Stati membri in materia fiscale possano ostacolare l’attuazione delle politiche comunitarie, la Commissione ha promosso il dibattito in materia, individuando le misure potenzialmente discriminatorie e promuovendone l’eliminazione⁷⁷.

Una delle principali iniziative comunitarie in materia di lotta alla concorrenza fiscale “*dannosa*” è rappresentata dal Codice di condotta, un codice deontologico in materia di tassazione delle imprese⁷⁸. Il codice elenca i criteri per l’individuazione delle misure fiscali potenzialmente dannose (par. B) e rivolge agli Stati membri una raccomandazione volta ad uniformare l’ordinamento interno ai principi espressi nel Codice medesimo, attraverso l’eliminazione delle disposizioni fiscali dannose in vigore (par. D, “*Rollback*”) e l’impegno a non introdurre in futuro altre norme simili (par. C, “*Standstill*”)⁷⁹.

In via generale, il Codice di condotta definisce “*potenzialmente dannose*” tutte le misure che incidono (o possono incidere) in modo significativo sulla scelta di localizzazione delle attività imprenditoriali nel territorio comunitario e che prevedono un livello d’imposizione effettivo decisamente inferiore rispetto a quello normalmente applicato nello Stato membro interessato. In particolare, come stabilito al par. B del Codice, sono considerate dannose le misure:

- applicabili, in via esclusiva, nei confronti di non residenti o alle transazioni concluse con soggetti non residenti;
- isolate totalmente dall’economia nazionale, tanto da non incidere sulla base imponibile nazionale;

⁷⁷ Il documento della Commissione “*Taxation in the European Union*” (SEC(96)487) ha dato avvio ad una nuova strategia operativa, tesa a promuovere un’impostazione globale in materia di politica fiscale. Il nuovo approccio e, in particolare, l’impegno assunto in materia di lotta alla concorrenza fiscale dannosa, sono stati formalizzati nella comunicazione “*A package to tackle harmful tax competition in the European Union*” (COM(97)564). Le proposte della Commissione sono state approvate dal Consiglio Ecofin del 1.12.1997; cfr. sul punto la Risoluzione del Consiglio, in cui viene adottato il “Codice di condotta” per la tassazione delle imprese. Per approfondimenti sulle problematiche connesse alla concorrenza fiscale, cfr. WILSON J. D., *Theories of Tax Competition*, in *National Tax Journal*, n. 52/1999, p. 269-304; WILDASINZ D.E., *Fiscal Competition: An Introduction*, in “*Forthcoming, Journal of Public Economic Theory*”, n. 11/2002; FUEST C., *Corporate Tax Coordination in the European Internal Market and the Problem of “Harmful” Tax Competition*, University of Cologne, dicembre 2002; DIAWA K.M., GORTER J., *The remedy may be worse than the disease. A critical account of The Code of Conduct*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, 14.2.2002; JANEBA E., SMART M., *Is targeted tax competition less harmful than its remedies?*, in <http://www.economics.utoronto.ca/msmart/wp/harmful.pdf>; DEVEREUX M.P., GRIFFITH R., KLEMM A., *Corporate income tax reforms and international tax competition*, in <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/faculty/devereux/publications/dgkep.pdf>; ALAN J. AUERBACH A.J., HINES J.R. Jr., *Perfect Taxation with Imperfect Competition*, in <http://emlab.berkeley.edu/users/auerbach/ftp/auerbach-hines.pdf>; WILSON J.D., WILDASIN D.E., *Tax competition: bane or boon?*, Tax Policy Research/Institute for Fiscal Studies Conference “*World Tax Competition*”, Londra, 24-25.5.2001.

⁷⁸ Si tratta di uno strumento di natura atipica, giuridicamente non vincolante, simile, per certi aspetti, alle raccomandazioni. Cfr. Risoluzione del Consiglio dell’1.12.1997, “*On a Code of Conduct for business taxation*”, in G.U.CE, 6.1.1998, C 2/2 ss.

⁷⁹ Sulle clausole “*rollback*” e “*standstill*” e sulla loro “*interrelazione*”, cfr. Council of the European Union, *Progress Report on the Code of Conduct*, 20.11.2000.

- applicabili anche in mancanza di un'attività economica reale ed in assenza di localizzazione effettiva dell'impresa nel territorio dello Stato;
- contrarie ai principi generalmente riconosciuti in ambito internazionale (con particolare riferimento alle linee guida promosse dall'OCSE);
- prive di trasparenza.

Il Codice di condotta rappresenta un passo determinante nella politica fiscale europea, in quanto, con la sua adozione, gli Stati membri assumono l'impegno a non introdurre nel proprio ordinamento interno misure potenzialmente dannose e, nel contempo, a provvedere all'eliminazione delle disposizioni in vigore considerate in contrasto con i principi di concorrenza fiscale "leale". Inoltre, il pieno recepimento del principio di trasparenza, che dovrebbe intensificare lo scambio di informazioni in merito alle misure fiscali suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione del Codice. Altrettanto rilevante è l'impegno assunto dagli Stati membri nel promuovere l'adozione del Codice anche presso Stati terzi, in modo da amplificarne la portata.

Muovendo dall'analisi della lista provvisoria e delle informazioni fornite dalle delegazioni nazionali al Gruppo Primarolo, la Commissione ha approntato una prima lista delle misure *potenzialmente dannose*, suddivisa in cinque macro-settori:

- servizi intragruppo;
- servizi finanziari e società *offshore*;
- altri regimi settoriali specifici;
- incentivi a carattere regionale;
- altre misure.

Identificati i settori su cui concentrare la propria attività, il Gruppo ha riconosciuto il carattere prioritario dei primi due ambiti, istituendo due sottogruppi con il compito di valutare, rispettivamente, le disposizioni in materia di servizi intragruppo e di servizi finanziari e società *offshore*. I sottogruppi hanno, in via preliminare, esaminato la correttezza e la completezza delle descrizioni relative alle misure fiscali potenzialmente dannose segnalate dai singoli Stati membri; successivamente, hanno verificato l'effettivo carattere dannoso di ciascuna, alla luce dei cinque criteri individuati al par. B del Codice⁸⁰.

Al termine dell'analisi ricognitiva, il Gruppo ha redatto una lista definitiva⁸¹, in cui vengono elencate le sessantasei misure considerate suscettibili di produrre effetti distorsivi nel mercato interno.

⁸⁰ Al termine dei lavori, è emerso che tutte le misure fiscali prese in considerazione (in materia di servizi intragruppo e servizi finanziari e società offshore) rispondevano ad almeno uno dei criteri stabiliti nel "Codice di condotta" per l'individuazione delle disposizioni (potenzialmente) dannose. Tali misure, pertanto, sono state incluse nella fase successiva del processo di valutazione. Il Gruppo ha inoltre sottolineato la necessità di condurre uno studio comparativo, da affidare a consulenti esterni, sulle procedure amministrative in vigore nei diversi Stati membri, nonché un'analisi delle disposizioni in vigore in ciascun Paese dell'U.E. in materia di società holding ed attività intragruppo. Il Gruppo ha riferito circa l'attività intrapresa in due rapporti provvisori, presentati al Consiglio Ecofin, rispettivamente, l'1.12.1998 e il 25.5.1999.

⁸¹ Sul punto cfr. GALLO F., Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale, in "Rassegna Tributaria", n. 3/2000, p. 725 ss.; VALENTE P., Concorrenza fiscale "dannosa": il rapporto provvisorio del Gruppo di lavoro "Codice di condotta" e le raccomandazioni OCSE, in "Il fisco", n. 23/1999, p. 7716 ss.; VALENTE P., Il Codice europeo di condotta fiscale, in "Corriere tributario", n. 50/1998, p. 3689 ss.; VALENTE P., "Fiscalità sovranazionale", Milano, 2006, p. 413 ss..

L'attività del Gruppo "Codice di condotta" ha permesso di giungere a rilevanti conclusioni, benché non definitive⁸². Il Rapporto finale del Gruppo, presentato al Consiglio Ecofin del 29.11.1999, è stato reso pubblico⁸³ nel 2000, ma è stato approvato solo nel corso del Consiglio Ecofin tenutosi a Lussemburgo il 3.6.2003. In occasione del *meeting*, il Consiglio ha preso atto dei progressi conseguiti dal Gruppo "Codice di condotta" ed ha invitato a proseguire con il monitoraggio delle attività di *rollback* e *standstill*, tese a verificare che gli Stati membri procedano con l'eliminazione delle disposizioni fiscali dannose e si astengano dall'introdurre di nuove.

Tale approvazione rappresenta un risultato significativo nel quadro delle iniziative tese a contrastare la concorrenza fiscale "sleale", sebbene la concreta attuazione del Codice di condotta e l'effettiva eliminazione delle disposizioni individuate dal Gruppo siano destinate ad essere attuate in futuro, successivamente alla presentazione ed analisi delle richieste dei diversi Stati membri (prime fra tutte quella presentata dal Belgio, relativa ai centri di coordinamento).

9. Note conclusive

L'U.E. è un genere di organizzazione internazionale e sovranazionale che sfugge in larga misura alle tradizionali classificazioni. Gli elementi di novità che la caratterizzano rendono talvolta complicata la sua progressiva realizzazione, tanto che, anche dopo cinquant'anni di esperienza comunitaria, continua ad essere definita come un "edificio in costruzione", nel quale permangono aree critiche particolarmente sensibili nell'ottica degli Stati membri, come è senz'altro la fiscalità.

D'altro lato, la creazione del mercato interno e la messa in comune di ampie quote di sovranità si stanno rivelando processi irreversibili, non regolamentabili con politiche elaborate su base nazionale e neppure lasciati liberi da ogni controllo. Sia l'U.E. sia gli Stati nazionali potranno accrescere la rispettiva autorità e capacità di gestione solo se riusciranno a cooperare e a coordinarsi. La sovranità non è "un quantum fisso" ed un aumento in termini di capacità di gestione da parte di uno Stato membro non implica la diminuzione della stessa da parte di un altro⁸⁴.

La riforma dell'imposizione fiscale delle imprese nell'U.E. è essenziale per conseguire l'obiettivo, definito al Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000, di far sì

⁸² Il Codice di condotta viene richiamato nelle Conclusioni del Consiglio Ecofin del 26-27.11.2000, dove viene confermato che le misure incompatibili con il Codice di condotta dovranno essere eliminate entro l'1.1.2003 e i relativi benefici potranno proseguire fino al 2005. Tuttavia, dietro indicazioni del Gruppo "Codice di condotta", il Consiglio potrà comunque decidere di estendere i benefici di alcune misure dannose oltre il termine ultimo fissato per il 2005 (tale prolungamento di termini viene tra l'altro confermato nelle Conclusioni del Consiglio Ecofin del 3.6.2003).

⁸³ Durante il *meeting* del 28.2.2000, il Consiglio ha infatti deciso di rendere pubblico il contenuto del Rapporto del Gruppo "Codice di condotta", presentato al Consiglio Ecofin il 29.11.1999, senza però prendere alcuna posizione in merito ai contenuti ivi espressi.

⁸⁴ Cfr, sul punto, CIPOLLINA S., I confini giuridici nel tempo presente, cit., p. 25, la quale precisa che "la cessione di quote di potere non è, per gli Stati, un'operazione di per sé in perdita, perché è controbilanciata dall'acquisizione di un ruolo di proposta, legittimazione e controllo delle forme di gestione sovranazionali e subnazionali, create proprio con tale cessione (...)".

Soltanto attraverso una gestione comune e cooperativa da parte di tutti gli Stati membri l'U.E. sarà in grado di attingere la propria forza dal convergere di diverse dinamiche fondamentali: la moneta unica, nuovi sbocchi di mercato a livello paneuropeo e il recente ampliamento dell'U.E. stessa verso le nuove frontiere dell'est europeo. E se il mercato unico sarà il riflesso dell'economia aperta dell'Europa, i suoi principi potranno rappresentare un modello di riferimento sulla scena internazionale, per una rinnovata solidarietà ed una più intensa coesione economica e sociale fra Stati.

che l'economia dell'U.E., fondata sulla conoscenza, sia la più competitiva e dinamica a livello mondiale entro il 2010. Il contesto economico è notevolmente mutato negli ultimi quindici anni, per effetto della serie di fusioni e acquisizioni a livello internazionale, la nascita e lo sviluppo del commercio elettronico, la crescente mobilità dei fattori economici. Più volte si è evidenziato come le imprese con attività transfrontaliera siano costrette al rispetto degli obblighi previsti dalle diverse legislazioni fiscali vigenti con notevoli costi di adeguamento.

In tale contesto, la disparità tra le aliquote fiscali effettive applicate dagli Stati membri costituisce variabile di rilievo nelle scelte di investimento delle imprese. Nello studio del 2001⁸⁵, la Commissione ha illustrato i risultati di un'analisi delle aliquote fiscali effettive, stimate sulla base di un metodo econometrico⁸⁶, il quale, però, non tiene conto di tutte le pertinenti peculiarità dei diversi regimi fiscali considerati. Ciò non ha impedito alla Commissione di poter trarre alcune conclusioni di carattere generale.

Sebbene l'imposizione fiscale sia solamente uno degli elementi determinanti nelle decisioni di investimento delle imprese, la disomogeneità delle aliquote fiscali effettive in vigore negli Stati membri dell'U.E. richiede nondimeno un'attenta analisi. La Commissione ha constatato la notevole disparità del carico fiscale effettivo cui devono far fronte gli investitori che risiedono nei vari Stati membri, nonché la diversità di trattamento che ciascuno Stato riserva agli investimenti all'estero o a quelli provenienti da altri Paesi. La forbice entro cui sono comprese tali variazioni può arrivare fino a oltre 30 punti percentuali⁸⁷.

Lo studio della Commissione non ha esaminato, invece, l'andamento delle aliquote fiscali effettive nel corso del tempo, gli effetti della concorrenza fiscale o dei differenziali delle aliquote fiscali sull'efficienza economica. A livello comunitario, è ancora oggi opinione condivisa quella per cui il livello di imposizione, e nella fattispecie le aliquote fiscali, debba essere deciso dai singoli Stati membri, e che, pertanto, un'azione comunitaria specifica in materia non sia auspicabile.

Nonostante la mancanza di un intervento comunitario mirato, gli ultimi anni hanno registrato una tendenza naturale generale alla diminuzione delle aliquote fiscali nell'area dell'Unione Europea. Tra gli Stati membri, l'Irlanda è il Paese che ha registrato la riduzione più consistente, con una riduzione dell'aliquota nominale dal 40% (nel 1995) al 12,50% nel 2005 (-27,50%). Sempre in ambito U.E., la Germania si conferma il Paese con l'aliquota più alta (38,60%), nonostante abbia registrato una riduzione, nel decennio 1995-2005, di 18,20 punti percentuali⁸⁸.

⁸⁵ SEC(2001)1681.

⁸⁶ Un'analisi econometrica è, nella più immediata delle definizioni, un confronto tra un modello economico e l'evidenza empirica. Un modello economico rappresenta un'affermazione sulla(e) relazione(i) tra diverse variabili (economiche).

⁸⁷ Trattasi delle variazioni tra le aliquote fiscali effettive per le imprese nell'insieme degli Stati membri. I modelli econometrici indicano che tale disparità tra le aliquote fiscali effettive è da attribuire alla disomogeneità delle aliquote nominali dei vari Stati membri piuttosto che a una differenza in termini di dimensioni delle basi imponibili.

⁸⁸ Commissione europea, "Structures of the taxation systems in the European Union", 2005. Nel decennio 1995-2005, l'andamento generale delle aliquote fiscali applicate dagli Stati membri ha registrato una sensibile riduzione. Tra i Paesi dell'Europa dell'Est, la Polonia e la Slovacchia hanno subito, ciascuna, una riduzione pari al 21%, essendo l'aliquota passata dal 40% nel 1995, al 19% nel 2005. Tra i Paesi dell'Europa occidentale, Svezia e Spagna non hanno registrato alcuna variazione, essendo l'aliquota rimasta, nel corso del decennio, rispettivamente al 28% e al 35%. Tra i Paesi dell'Europa orientale, Malta e la Slovenia hanno mantenuto invariata l'aliquota fiscale, rispettivamente del 35% e del 25%. Soltanto in Finlandia l'aliquota fiscale è stata interessata da un progressivo aumento dal 25% nel 1995 al 29% nel 2004, con riduzione al 26% nel 2005.

Sull'aliquota media dell'U.E. dei quindici (31.4% nel 2004) ha avuto un impatto significativo l'ingresso, nel 2004, dei 10 nuovi Stati membri⁸⁹ e, a partire dal 1 gennaio 2007, di Romania e Bulgaria⁹⁰.

Se la tendenza alla riduzione delle aliquote costituisce dato dimostrabile, si auspica che l'introduzione di una base imponibile unica e consolidata a livello comunitario porti naturalmente ad una convergenza delle diverse aliquote fiscali applicate da ciascuno Stato membro⁹¹.

Dal canto suo, ogni tentativo di riforma dei sistemi fiscali comunitari non può prescindere da considerazioni secondo cui:

- un maggiore coordinamento a livello europeo, scevro da tentazioni di stampo dirigista, deve essere coerente con l'obiettivo di ridurre gli oneri fiscali e parafiscali sul lavoro, ottimizzare l'imposizione in modo da stimolare crescita economica non inflazionistica ed occupazione e mantenere l'integrità dell'attuale modello sociale europeo;
- l'individuazione di forme di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri potrà stimolare le forze del mercato ad agire attraverso una "competizione di origine controllata", favorendo il ravvicinamento spontaneo delle legislazioni mediante la rimozione degli ostacoli che impediscono un compiuto processo di integrazione, analogamente a quanto verificatosi, con l'introduzione dell'euro, sul fronte dei mercati finanziari e monetari;
- un certo grado di compressione della libertà in materia impositiva è giustificato dall'accettazione di una soluzione conciliativa con funzione di prevenire una rincorsa alla defiscalizzazione competitiva, espressione di una spirale ascendente della concorrenza fiscale fra gli Stati membri;
- la definizione di macro-strategie a livello comunitario impone ai singoli Stati di delineare micro-strategie di posizionamento; ogni Paese è così obbligato a rielaborare le proprie regole di "condotta tributaria", novellare i propri principi d'intervento nell'economia nazionale, (re)impostarne metodi e ridefinirne priorità.

Bibliografia

- AA.VV., "L'Europe en chantier", Parigi, 1993
 AA.VV., "Manuale di diritto comunitario", Torino, I, 1983
 AA.VV., "La concorrenza tra ordinamenti giuridici", a cura di Zoppini A., Roma-Bari, 2004
 ADONNINO P., *Concorrenza di fonti nel diritto tributario internazionale*, in "Diritto e Pratica tributaria", 1996, I, 3
 ALAN J. AUERBACH A.J., HINES J.R. Jr., *Perfect Taxation with Imperfect Competition*, in <http://emlab.berkeley.edu/users/auerbach/ftp/auerbach-hines.pdf>

⁸⁹ Nel 2004, l'aliquota media dei 10 nuovi Stati membri era pari a 21,50% (Commissione europea, "Structures of the taxation systems in the European Union", cit.); nel 2005 si è ridotta al 20,6%.

⁹⁰ L'aliquota fiscale della Romania è del 16%, quella della Bulgaria è del 15%.

⁹¹ Di opinione contraria, GENSCHEL P., RIXEN T. ("The Institutional Foundations of Tax Competition", settembre 2006), i quali sostengono che "tax competition does not follow 'naturally' from increased cross-border mobility but is shaped and constrained by the tax rules applicable to cross-border movements. These rules are set by the international double tax treaty regime".

- ANDERSSON K., "Paper to be presented at a the Swedish Network for European Studies in Economics and Business Conference", in "Mölle", 20-23.5.2003
- BRAUNER Y. "An International Tax Regime in Crystallization – Realities, Experiences, and Opportunities", 2002
- CASSESE S., "La crisi dello Stato", Roma-Bari, 2002
- CFE, *European Tax Report*, 15 gennaio 2007
- CIPOLLINA S., "I confini giuridici nel tempo presente", Milano, 2003
- DEVEREUX M.P., GRIFFITH R., KLEMM A., *Corporate income tax reforms and international tax competition*, in <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/faculty/devereux/publications/dgkep.pdf>
- DIAWA K.M., GORTER J., *The remedy may be worse than the disease. A critical account of The Code of Conduct*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, 14.2.2002
- DI GREGORIO C., MAINOLFI G., SCAZZERI G., "L'imposta sulle società nell'Unione europea", Milano, 2005
- FUEST C., *Corporate Tax Coordination in the European Internal Market and the Problem of "Harmful" Tax Competition*, University of Cologne, dicembre 2002
- GALGANO F., CASSESE S., TREMONTI G., TREU T., "Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione", Bologna, 1993
- GALLO F., *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in "Rassegna tributaria", n. 3/2000
- GENSCHEL P., RIXEN T., "The Institutional Foundations of Tax Competition", settembre 2006
- HELLERSTEIN W., McLURE JR. C.E., *The European Commission's Report on Company Income Taxation: What the EU can learn from the Experience of the US States*, in "International Tax and Public Finance", 2003
- LODIN S. O., GAMMIE M., "Home State Taxation", Amsterdam, 2001
- JANEBA E., SMART M., *Is targeted tax competition less harmful than its remedies?*, in <http://www.economics.utoronto.ca/msmart/wp/harmful.pdf>
- JELLINEK G., "Dottrina generale dello Stato", Milano, 1949
- OLIVI B., "L'Europa difficile", Bologna, 1953
- STEVANATO D., *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato mondiale*, in "Rassegna Tributaria", n. 4 di luglio-agosto 2003
- TERRA B.J.M., WATTEL P.J., "European Tax Law", Deventer, 2001
- UNICE, *Draft Position Paper, "Comments on document CCCTB/WP/039 - Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group - Issues related to Business Reorganisations"*, ottobre 2006
- VALENTE P., *Concorrenza fiscale "dannosa": il rapporto provvisorio del Gruppo di lavoro "Codice di condotta" e le raccomandazioni OCSE*, in "Il fisco", n. 23/1999
- VALENTE P., *Il Codice europeo di condotta fiscale*, in "Corriere tributario", n. 50/1998
- VALENTE P., *Fiscalità sovranazionale*, Milano, 2006
- WILSON J. D., *Theories of Tax Competition*, in "National Tax Journal", n. 52/1999

WILDASINZ D.E., *Fiscal Competition: An Introduction*, in "Forthcoming, Journal of Public Economic Theory", n. 11/2002

WILSON J.D., WILDASIN D.E., *Tax competition: bane or boon?*, Tax Policy Research/Institute for Fiscal Studies Conference "World Tax Competition", Londra, 24-25.5.2001.

Documenti della Commissione europea

Comunicazione "Trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere", n. 824 del 19.12.2006

Comunicazione "Implementing the Community Lisbon Programme: Progress to date and next steps towards a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)", n. 157 del 5.4.2006

Comunicazione "Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società. Risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere", n. 726 del 25.11.2003

Comunicazione "La politica fiscale dell'Unione europea - Priorità per gli anni a venire", n. 260 del 23.05.2001

Comunicazione "Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali - Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione U.E. delle società", n. 582 del 23.10.2001

Comunicazione "A package to tackle harmful tax competition in the European Union", n. 564 del 5.11.1997

Commission Staff Working Paper, "Company Taxation in the Internal Market" – SEC(2001)1681 del 23.10.2001

Commission Staff Working Paper, "Taxation in the European Union" - SEC(96)487 del 20.03.1996

Commission Non-Paper "A Common Consolidated EU Corporate Tax Base" del 7 luglio 2004

Working Document, "International aspects in the CCCTB" - CCCTB/WP/019 del 18.11.2005

Working Document, "An overview of the main issues that emerged at the third meeting of the subgroup [SG3 – 3 May 2006] on taxable income" - CCCTB/WP/034 del 19.5.2006

Working Document, "Progress to date and future plans for the CCCTB" - CCCTB/WP/020 del 15.11.2005

Working Document, "An overview of the main issues that emerged at the first meeting of the subgroup on International aspects" - CCCTB/WP/029 del 2.3.2006.

Working Document, "An overview of the main issues that emerged at the third meeting of the subgroup on International aspects" - CCCTB/WP/049 del 23.11.2006

Working Document, "Progress to date and future plans for the CCCTB" - CCCTB/WP/046 del 20.11.2006

Working Document, "Issues related to group taxation" - CCCTB/WP/035 del 5.5.2006

Working Document, "Dividends" - CCCTB/WP/042 del 28.7.2006

Working Paper n. 9/2006, “*The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*”, di Ana Agúndez García, ottobre 2006

Working Document, “*The mechanism for sharing the CCCTB*” - CCCTB/WP/047 del 17.11.2006

Working Document, “*An overview of the main issues that emerged at the second meeting of the subgroup on group taxation*” - CCCTB/WP/048 del 23.11.2006

Working document, “*Structures of the taxation systems in the European Union*”, 2005.

SEZIONE II

DOCUMENTI COMMENTATI
Commented documents

Italy – Agenzia delle Entrate (Revenue Agency) – Resolution no. 9/E of 17 January 2006

Request for a ruling under Article 11 of Law no. 212 of 27 July 2000 - IRES (Corporation tax) - Taxable Persons - Transfer of the registered office of a company incorporated under foreign law to Italy - When a company is deemed to be resident in Italy for tax purposes - Article 73, paragraph 3 and 76, paragraph 2 of Presidential Decree no. 917 of 22 December 1986.

Where a company incorporated under the national law of one Member State transfers its registered office to Italy without being wound up, there exists the legal continuity of the company.

Therefore, if the registered office is transferred in accordance with the principle of legal continuity, the date of transfer of company to Italy will coincide with the date of its striking off from the Register of Companies in the State of origin, in order to avoid disruptions in relevant tax period.

The foreign company will be considered resident in Italy for the whole tax period under ordinary rules, if it has established its own registered office in Italy for the longest period of the tax year, under Article 73 of TUIR (Italian Consolidated Act on Income Taxation).

The transfer of registered office to Italy and taking up of tax residence*

by Carla Lollo

CONTENTS: *Premise. 1. Facts – 2. Rules to apply to the transfer of registered office abroad and relevant issues: A) Italian civil and company law on the transfer of registered office abroad (outline). B) The European Court of Justice on the transfer of registered office abroad (outline). C) Tax provisions – 3. Some comments on the Revenue Agency's ruling.*

* Translation by Claudia Calogero

Premise

Many scholars have commented on the issue of the transfer of registered office and the problems connected to the introduction of the so-called exit tax into the Italian system (Article 166 of *TUIR* no. 917 of 22 December 1986)¹.

However, Resolution no. 9 of 17 January 2006 deals with the opposite case to the above provision of Consolidated Act no. 917, which scholars have analyzed so far: that is, the transfer of the registered office of a foreign company to Italy.

In replying to a request for a ruling under Article 11 of Law No. 212 of 27 July 2000, this Resolution deals with the issue of a foreign company taking up the tax residence in Italy after the transfer of its registered office.

The ruling is particularly worth of attention, because – as far as it is known – it is the first one dealing with this specific issue, which so far does not seem to have been of particular interest for scholars².

The Italian Revenue Agency, first, identifies the law to be applied to the transfer of the registered office of a company from one Member State to another Member State and, secondly, delineates the cases where this law requires the winding-up of the company and, conversely, the cases where the transfer of the company is made under the principle of legal continuity.

In this second case, according to the Revenue Agency, the taking up of tax residence in Italy depends on a time factor only: the company is considered to be tax resident in Italy for the whole tax year, if its registered office was established in Italy for the longest period of relevant tax year (calendar year: 1 January -31 December).

In the ruling, the Revenue Agency traces back the effects of the transfer to the striking off from the Spanish Register of Companies. Since this occurred in the first quarter of the year 2004, the company is considered to be tax resident in Italy for the whole tax period.

1. Facts

On in 2004 the extraordinary general meeting of a Spanish company passed a resolution, which established the transfer of the registered office of the company from

¹ As an example, without being exhaustive, see N. MONTUOSI, P. PALMA, *Il trasferimento di residenza all'estero tra presunte restrizioni alla libertà di stabilimento ed effettive esigenze di chiusura del sistema*, in "Il fisco", 2005, 4700; with reference to Article 20 bis, introduced by Law Decree D.L. no. 41 of 23 February 1995, see F. VARAZI, *Reddito di impresa e trasferimento di sede all'estero*, in "Rassegna tributaria", 1995, 687; G. CERVINO, *Fusioni internazionali e trasferimento all'estero della sede di impresa. Profili civilistici e fiscali comparati a confronto e problematiche legate alle libertà fondamentali dell'Unione Europea. L'esempio granducato di Lussemburgo-Italia*, in "Rassegna tributaria", 2000, 1873; M. NUSSI, *Trasferimento della sede e mutamento della residenza "fiscale": spunti in tema di stabile organizzazione e regime dei beni di impresa*, in "Rassegna tributaria", 1996, 1341; G. MARINO, *La residenza delle persone giuridiche nel diritto tributario italiano e convenzionale*, in "Diritto e pratica tributaria", 1995, I, 1467; L. MONTECAMOZZO, *Trasferimento della residenza all'estero: la manovra risolve i dubbi in merito alla sua rilevanza fiscale*, "Bollettino tributario", 1995, 335. Before the introduction of Article 20 bis, see G. MARINO, *Brevi note sul trasferimento di sede all'estero*, in "Diritto e pratica tributaria", 1993, I, 1028; ID., *Ancora sul trasferimento di sede all'estero*, in "Diritto e pratica tributaria", 1994, II, 301. For recent analysis of the exit tax issues, with reference to foreign tax systems, see C. DE PIETRO, *Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti*, and S. BOERS, *Attualità ed esperienze nella exit tax olandese*, in "Rassegna tributaria", 2006, respectively, 1377 and 1401.

² In this connection, it is however to recall F. GALLIO, *Il trasferimento della residenza fiscale in Italia secondo l'Agenzia delle Entrate. Alcuni dubbi*, in "Il fisco", 2006, 1022.

Spain to Italy and contemporaneously the incorporation of the company under the Italian law as a “società per azioni” (share company).

On in 2004 a Spanish notary executed the relevant public document and ordered the striking off of the company from the Spanish Register of Companies.

On in 2004, following up the transfer of the registered office of the company abroad, the Spanish Register of Companies deleted temporarily relevant page, to be finally deleted within six months from the registration of the company in the Italian Register of Companies.

By notarial act no., index no., register no. of Deposit of documents executed in the territory of another State concerning the transfer of the registered office of a foreign company to Italy on ... in 2004, the Italian system acknowledged the public documents relevant to the transfer of the registered office of the Spanish company, its incorporation in “società per azioni” under the Italian law and relevant changes of the instrument of incorporation and the statutes.

This Italian notarial act was registered onin 2004 in the Italian Register of Companies.

Then, the Spanish company referred to the Italian Revenue Agency for a ruling under Article 11 of Law no. 212 of 27 July 2000 on the question whether the company should be considered tax resident in Italy for the tax period 1 January-31 December 2004 and thus subject to taxation on the whole income under the world wide taxation principle; or whether, for the same tax period, the company should be subject to taxation only on income produced in Italy, as it was a non resident entity without a permanent establishment in the territory of the State.

In absence of a specific rule contained in the Double Taxation Convention between Spain and Italy, the Revenue Agency applied Article 25 of Law no. 218 of 31 May 1995, concerning the reform of international private law, giving an autonomous interpretation³.

According to paragraph 1 of the above provision: “Companiesare governed by the law of the State under which they were formed”, however, “...the Italian law is applied if the company has the seat of its central administration or its main place of business in Italy...” and according to following paragraph 3: “the transfer of the registered office is validated only when it is in compliance with the laws of the State of origin and the State of destination”⁴.

The analysis of the Revenue Agency led to a two-fold conclusion: a) foreign companies whose central administration or main place of business is in Italy should be

³ On a comment of Article 25 of Law no. 218 of 31 May 1995, see *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, Studio n. 1185/3, as approved by *Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato* (Study Committee of the National Council of Public Notaries) on 15 October 1996, in *www.notariato.it*.

⁴ According to scholars, the reform of Article 25 testifies the law-maker's choice more towards the principle of the incorporation (*Grundungstheorie*) rather than towards the principle of the seat (*Sitzstheorie*). This choice is however to be re-evaluated in the light of the “real seat” criterion. See on the point, G. RAMONDELLI, *L'attuale diritto internazionale privato cit.*; C. ANGELICI, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, in AA.VV., *La Riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, “Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile” n. 1, Milano 1996, 112.

legally transformed in order to comply with the Italian law⁵ 6; b) the transfer of the registered office designated in the statutes is validated if it complies with the laws of the State of origin and of the State of destination.

Therefore, the legal continuity of the company depends on the fact that the transfer is validated under both legislations⁷.

After examining the Italian and Spanish law⁸, the Revenue Agency held that both legal systems provided for – and therefore recognized – the transfer of the registered office under the principle of legal continuity of the company. In the case in point the transfer had not disrupted this legal continuity, as a consequence the Revenue Agency held that the date of transfer of the registered office should be the same in both legal systems: that is, the date of striking off of the company from the Spanish Register of Companies.

In the case under examination, the striking off of the company from the Spanish Register of Companies occurred in the first half of the tax year 2004. Thus, according to the Revenue Agency, the company was fiscally resident for the whole tax year 2004.

This is in compliance with Article 73, paragraph 3 of *TUIR*, under which a company that transfers its registered office to Italy is considered to be resident therein for the whole tax period, when it is resident in the territory of the State for the longest period of the tax year.

Conversely, when the transfer to Italy involves the winding-up of the company, according to the Revenue Agency, the company is formed *ex novo* under the Italian law and is considered resident from the date of formation, as it were a newly formed domestic company.

2. Rules to apply to the transfer of registered office abroad and relevant issues

A) Italian civil and company law on the transfer of registered office abroad (outline)

The Italian Civil Code does not include any provision concerning the transfer of the registered office of a foreign company to Italy, but it deals with the opposite

⁵ On the necessity for foreign companies to be transformed or changed when following requirements are satisfied: seat of the administration or main place of business located in Italy, see E. SIMONETTO, *Delle Società, Commentario del Codice Civile* edited by A. SCIALOJA-G. BRANCA, Articles 2498-2510, Bologna-Roma 1976, 370; F. CAPOTORTI, *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all'altro*, in "Foro it.", 1958, IV, 209; L. MILONE, *Il nuovo Diritto Internazionale Privato ed il Notaio*, in "Vita notarile", 1996, 660; P. PICCOLI, G. ZANOLINI, *Le persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in "Rivista del notariato", 1996, 176.

⁶ On how to perform this legal transformation, see *Studio n. 3310 "Trasferimento all'estero della sede sociale"*, as approved by the Study Committee on 2 May 2001, p. 2, on www.notariato.it.

⁷ In fact, the Revenue Agency points out that according to legislations in force in some States, a company formed under national law is allowed to transfer its registered office abroad only on the winding-up of the company itself.

⁸ The Revenue Agency refers to Article 2437 of the Italian Civil Code. This provision considers the transfer of the registered office abroad as a change to the instrument of incorporation of a company. According to the Revenue Agency, the provision considers this amendment to the instrument of incorporation and the statutes as a ground for withdrawal from the company, and thus implicitly recognizes that the transfer does not involve a winding-up.

case, that is the transfer of the registered office of Italian companies to another State.

The provisions in point are Articles 2369 and 2437 of Civil Code. Under Article 2369, concerning the quorum required for the decisions of the company, some resolutions amending the instrument of incorporation and the statutes, like in case of the transfer of the registered office of a company abroad, require for their adoption— also in second call – the votes in favour cast “by so many shareholders representing more than one third of the share capital”.

The transfer of the registered office abroad implies an essential modification of instrument of incorporation and the statutes, and therefore it is required a higher quorum for the resolution to be passed. In fact, the transfer of the registered office realizes a radical change in the organization of the company under the law of a different legal system, that of the State of destination⁹.

Article 2347 provides that dissenting shareholders are allowed to withdraw from the company in case of resolutions concerning the transformation of the business purpose or of the company form, or the transfer of the registered office abroad.¹⁰

In addition to above provisions, Article 2508 (former Article 2506) of Civil Code deals with foreign companies with a secondary establishment in Italy.

The provision is meant to apply the Italian commercial law to foreign companies, formed and governed under different principles.

In fact, Article 2508 provides that “Foreign companies, which set up one or more secondary establishments with a permanent representative in the territory of the State, are subject to the Italian law on disclosure of the company deeds with respect to each establishment”, and “...are also subject to provisions concerning the carrying on of the enterprise or particular conditions under which it must be carried on”.¹¹

Therefore, the Italian law governs the activity and organization as well as the procedures concerning the setting up and the winding up of foreign companies, which essentially carry on their business activity in Italy, where the seat of their central administration or main place of business is located.

According to Article 2509 (former Article 2507), when foreign companies, whose form is different from national companies, carry on their business activity also in Italy

⁹ In this sense, among others, F. DI SABATO, *Manuale delle società*, 1999, Torino, 359; F. GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna 2001, 337; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino 1998, 443. The reform of company law amended the rules concerning the withdrawal of shareholders and extended the scope of former limitations. Currently, there are three different categories of withdrawal (withdrawal that cannot be cancelled, withdrawal that can be cancelled by the statutes, withdrawal that can be determined by the statutes). The transfer of the registered office can be categorized as a withdrawal that cannot be cancelled, see B. IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, 2003, 138; on the new rules concerning the withdrawal of shareholders, see, among others, C. GRANELLI, *Il recesso del socio nelle società di capitali alla luce della riforma del diritto societario*, *Società*, 2004, 143 e R. RORDORF, *Il recesso del socio nelle società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, *Società* 2003, 924.

¹⁰ On the necessity for foreign companies to conform to domestic law, refer to the Dutch legal system, which is particularly open to acknowledge the establishment of companies incorporated in other Member States, and specifically to Law of 17 December 1997 (so-called WFBV). This includes a specific provision for formally foreign companies, which must comply with the same legal requirements as provided by the 1997 Law for Dutch companies.

¹¹ For an interesting contribution on foreign companies, before the company law reform, see T. BALLARINO, *Le società costituite all'estero*, in “Trattato di diritto privato”, XVII, 1991, 387. On the scope of Civil Code provisions after the amended Eleventh Directive, see R. RORDORF, *L'omologazione degli atti societari*, in “Trattato di diritto privato” directed by M. BESSONE, Torino 1998, volume XVIII, 41-42.

through a secondary establishment, they must follow the same rules on registration and disclosure procedures and on directors' responsibility as the Italian "società per azioni" do.

Courts' decisions are scanty on the matter.

In this connection, it is interesting to recall two dated decisions of trial courts, which dealt with the transfer of the registered office of a foreign company to Italy with respect to the abrogated institution of recognition: in the first decision¹², the court clarified that when a company sets up its registered office in the territory of the State, it must submit the instrument of incorporation and the statutes to the Tribunal for recognition; while in the second decision¹³, the court held that a resolution on the transfer of registered office to Italy is accepted for recognition only when the statutes of the company conform to the Italian law.

B) The European Court of Justice on the transfer of registered office abroad (outline)

In the ruling under examination, the Revenue Agency was not requested to deal with – and it did not do so accordingly – the issues on freedom of establishment, which the European Court of Justice has analyzed on many occasions.

The case referred to the tax administration, in fact, does not involve alleged infringements of the freedom of establishment, as set out in Articles 43 (former Article 52) and 48 (former Article 58) of the Treaty of Rome, which may derive from imposing restrictions on the transfer of registered office.

The European Court of Justice dealt with these issues in the past and ruled, among other things, on primary establishment¹⁴ in Case C-81/87 "Daily Mail". Essentially, it held that¹⁵ Article 43 of the EC Treaty does not confer on a company any right of free establishment from one Member State to another without this resulting in any consequence. According to the Court, "Articles 52 and 58 (today 43 and 48) of the Treaty cannot be interpreted as conferring on companies incorporated under the law of a Member state a right to transfer their central management and control and their central administration to another Member State while retaining their status as companies incorporated under the legislation of the first Member State".

In the recent "Uberseering" case,¹⁶ the European Court of Justice ruled that companies are entitled to exercise their right to primary establishment, provided that exit tax rules are compatible with the Treaty provisions on freedom of establishment, also in the case of transfer of companies.

In its judgement in Case C-212/97 "Centros"¹⁷, concerning the right to secondary establishment, the European Court of Justice has ruled that companies are entitled to choose the legal system of incorporation, while pointing out that the fact a Member

¹² Tribunal of Rome, 10 July 1987, "Foro italiano", 1987, 2592.

¹³ Tribunal of Pordenone, 28 September 1990, "Foro padano", 1991, 188.

¹⁴ Right of primary establishment means the right to set up or transfer the centre of an economic activity or a profession, also through the setting up of a company. Right of secondary establishment means the right to set up agencies, branches and subsidiaries in another Member State.

¹⁵ In "Racc." 1988, 5483.

¹⁶ In "Racc." 2002, I-9919.

¹⁷ In "Foro italiano", 2000, IV, 317, note by S. FORTUNATO.

State may not refuse to register a branch of a company formed in accordance with the law of another Member State does not preclude that first State from adopting any appropriate measure for preventing or penalising fraud, either in relation to the company itself, or in relation to third parties.

In its judgement in Case C-9/02 “*Lasteyrie du Saillant*”¹⁸, still with reference to the infringement of the right of establishment, the European Court of Justice outlawed French exit tax regime on grounds of infringement of the right of establishment. Under this regime the levy was connected to the exercise of one of the fundamental freedoms as guaranteed by the Treaty, while no tax was levied on French citizens when transferring their residence.

Finally, as regards with the very recent judgement in Case C-167/01 “*In spire Art. LTD*”¹⁹, the conclusions of the Advocate General Alber appear to be in line with the case-law of the European Court of Justice, as expressed in the emblematic case “*Centros*”.

C) Tax provisions

Like the civil and commercial law, the tax law provides for the opposite case to that contained in the Revenue Agency’s ruling.

In fact, Article 166 of *TUIR* deals with the transfer of residence of a company formed under the Italian law to another State, which is subject to an exit taxation regime.

Article 73, paragraph 3 of *TUIR* identifies the tax residence for companies, and provides that – for the purposes of direct taxation – companies and legal persons are deemed to be resident of the State if their registered office, central administration or main place of business is located in the territory of the State for the longest period of relevant tax year.

With regard to the notion of tax period, Article 76, paragraph 2 of *TUIR* provides that the tax period coincides with the financial year of the company or legal persons, as is established by law or relevant instrument of incorporation; however, if the duration of the financial year is not established by law or relevant instrument of incorporation or if it is two years or more, the tax period coincides with the calendar year.

3. Some comments on the Revenue Agency’s ruling

After this short outline of the rules in force, let us examine more thoroughly the tax administration’s conclusions.

A first observation is to be made on the emphasis the Revenue Agency puts on the fact that foreign companies – which transfer their seats to Italy – are subject to a sort of “legal transformation”, or however they must conform to the legal forms of business as prescribed under the Italian law.

¹⁸ In “*Rassegna tributaria*”, 2004, 2146.

¹⁹ In “*Rivista di diritto fallimentare e delle società commerciali*”, 2002, II, 425, comments by M. MACERONI, *La società straniera ed il principio di libero stabilimento*, “*Rivista di diritto fallimentare e delle società commerciali*”, 2002, II, 425 and 2003, II, 621.

The Spanish company does conform to it by transforming itself into a “società per azioni”.

The requested transformation would be compulsory under the principle of “closed categorization” of companies in force within the Italian legal system²⁰, as supported by a rather dated case-law as well as by the conclusions of an authoritative study²¹, which I agree with but not without reservation.

In fact, according to Article 2509 (former Article 2507) “Foreign companies whose legal form is not provided for under national law” – which survived the recent company law reform –, companies formed under foreign law can be recognized by the national law, even if their legal form of business is different from those prescribed by the Italian law.

It is also to remember that even though the judgement of the European Court of Justice in case *Centros* deals with the right of secondary establishment, it has led to a significant mitigation of the conclusions in case *Daily Mail* on the right of primary establishment. The European Court of Justice seems to tend now towards a wider protection of the right of establishment.

Some more careful comments actually emphasized that the judgement in case *Centros* could mark the beginning of a new chapter in the mutual recognition between Member States of commercial enterprises, having effects on company law and indirectly on relevant conflict of law²².

As a matter of fact, in case C-167/01 *In spire Art. LTD*²³ the European Court of Justice outlawed certain conditions imposed by a Member State (the Netherlands) on a foreign company, which was already subject to the law in force in the country of origin.

Another observation concerns how the Revenue Agency construed relevant tax provisions.

The analysis of above Articles 73, paragraph 3, and 76 paragraph 2 of *TUIR* enables us to arrive at some conclusions: a) in Italy, companies are deemed to be resident of the State if they set up – alternatively – their registered office, central administration, main place of business in Italy for the longest period of relevant tax year; b) as a rule, the relevant tax period for non resident companies that do not carry on a commercial activity in Italy, or did not set up a permanent establishment in Italy, coincides with the financial year, as established by law or relevant instrument of incorporation.

It is clear, even from a slight examination of Article 76, paragraph 2, that the reference period is the calendar year but only if the law or relevant instrument of incorporation has established the duration of the financial year, or if the financial year lasts two years or more: unlike Article 7 of *TUIR* concerning individuals²⁴, it

²⁰ In fact, the theory underlying Article 2508 (former 2506) of the Italian Civil Code, concerning limitations on foreign companies, whose main place of business is in Italy, is further confirmed by the principle of ‘closed categorization’ of companies in force within the Italian legal system, G. FERRI, *op.cit.*, 260.

²¹ See *Studio n. 3310 op. cit.* in note 6

²² MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamento societari*, in “Giurisprudenza commerciale”, 2000, II, 559; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionale e frode alla legge: il caso Centros*, in “Rivista di diritto internazionale”, 2000, 71.

²³ See note 18.

²⁴ Actually, *Il diritto tributario*, by A. FANTOZZI, 800, Torino, 2003, properly emphasizes that the tax year for individuals is the calendar year, while for companies reference is made to the financial year.

is not the general rule that the reference period for companies is the calendar year. Article 76 actually provides that reference must be made first to the law or relevant instrument of incorporation and only in the second place to the calendar year, if the duration of the financial year cannot be inferred from the law or relevant instrument of incorporation.

Now, the Revenue Agency reverses the dictates of the provision and – as the first consideration – refers to the calendar year as the tax year for non-resident companies without a permanent establishment in Italy.

The argument, in line with a dated Ministerial resolution²⁵, is not convincing.

In fact, it is not a dogma laid down by imperative rules that the instrument of incorporation is not adequate to determine the financial year for the purposes of corporation tax, all the more that the Spanish company makes a “legal adjustment” and changes into a “società per azioni”, one of the most important typologies of Italian corporate governance, where the role of capital is essential.

It would have been appropriate to follow the rule under Article 76 of *TUIR*: in the first place, to examine the instrument of incorporation and only in the second place, if the duration of the financial year could not be determined, to refer to the calendar year.

Finally, a third observation concerns the day on which the Revenue Agency gives effects to the transfer to Italy.

According to the tax administration, the transfer coincides with the striking off of the company from the Spanish Register of Companies, otherwise there would be a very dangerous case of double non-residency. Also this conclusion raises significant doubts and brings some thoughts.

In order to determine when the company takes up its tax residence in Italy, the Revenue Agency refers to a foreign public document governed by foreign rules.

This interpretation is rather perplexing.

Given the autonomous relationship between the legal systems of two States, the first question concerns the effects of a foreign procedure within the Italian legal system: the foreign procedure is carried out under a foreign law and results in a public document that has no significance in another State.

The second question is then whether the taking up of tax residence can depend on a foreign public document, which has no significance in the Italian legal system.

The above doubts are confirmed also by the fact that the Italian law limits the validity of foreign public documents within domestic legal system.

In fact, according to some provisions, foreign public documents (public deed – “atto pubblico” – or legalized private deed – “scrittura privata autenticata”), which are drawn up in compliance with principles that are sometimes alien to the Italian legal system, must be deposited in the notarial archives or with the notary office²⁶.

²⁵ Resolution 12 May 1984, no. 1037 in *www.agenziaentrate.it*

²⁶ Reference provisions are Article 106(4) of Notarial Law and Articles 68 and 146 of Notarial Regulation; in particular, the latter articles respectively contain the rules concerning the translation into Italian and the authentication of a foreign public document, as well as the form under which the document is filed (record of deposit). As pointed out by EBNER in *Gli archivi notarili*, 1999, Roma, note 77, the obligation of depositing foreign public documents into the archives traces back to a law of 11 April 1570 issued by Cosimo I de' Medici.

According to these provisions, the notary and the keeper of the notarial records control the legality of the foreign public document, in that serving as a sort of filter²⁷.

The rationale for depositing foreign public documents with the local notary office or in the notarial archive is twofold. From the one hand, in fact, it aims to preserve and promptly retrieve public documents, on the other hand it allows to control the legality of foreign public documents drawn up by a foreign public authority, in order to prevent substantially illegal documents to circulating within the domestic legal system²⁸.

I think there is a third reason- at least in the current situation²⁹ -, which is grounded on the legal recognition of foreign public documents: that is, the formal “transposition” of a foreign public document into a domestic public document is the “dress” that a foreign deed must put on in order to have legal effects within the Italian legal system³⁰.

In fact, it is not a case that the Spanish resolution on the transfer of the registered office of a company to Italy, its transformation into a “società per azioni” and relevant changes of its statutes was transposed into the Italian legal system through a record on the deposit of a foreign public document received by a notary.

However, regardless of that, it is difficult to understand why the Revenue Agency gives legal effects to a foreign public document. In fact, the line of reasoning of the tax administration is wrong also in that it gives legal effects to a Spanish legal procedure: the company registration. Moreover, this registration concerns a Spanish jural act – the company resolution filed to the notary office.

As a matter of fact, no legal effect can be given to the procedure of registration of a company – which is legally valid only in the country where it was carried out – or to the relevant public document issued in a foreign country.

Besides, the striking off of a company from the Spanish Register of Companies has effects of a temporary nature, which will terminate if the company does not register in Italy (condition subsequent), as will be pointed out later.

I think that the tax administration should have solved the problem taking into consideration the legal existence of facts or acts that are significant within the Italian legal order, that is the registration in Italy as authenticated by an Italian notary.

²⁷ In the broad sense, a foreign public document is any legal document that is usually written in a foreign language, or also in Italian and drawn up abroad by a foreign public authority or a private person. In the strictest sense, a foreign public document is any document received or authenticated also in Italian by a foreign public authority, including foreign diplomatic and consular representatives accredited to Italy, on the point see *Studio n. 5521*, as approved by, as approved by *Commissione Studi Civilistici* (Study Committee on Civil Matters) on 22 January 2005, in www.notariato.it.

²⁸ S. TONDO, *Deposito di atti esteri*, Vita notarile, 1980, 1054, the author emphasizes that the control of legality of a record of deposit is made for purposes similar to the recognition of foreign judgments, as provided in former Article 804 of Civil Procedure Code, in *Studio n. 5521/C* cit, 3, where it is specifically pointed out that, the notary should control the legality of foreign public documents only under Articles 16 and 17 of Law no. 218/1995, that is with respect only to public policy and relevant provisions of application. See also G. GRASSO, *Il deposito di atti esteri*, in *Esperienze e contributi*, published by the *Amministrazione degli archivi notarili*, Roma 2002, 19.

²⁹ It is possible (in fact, highly probable) that the European integration will lead in the near future to the application of the principle of mutual recognition also of jural acts (“atto giuridico”), which are validated by competent authorities.

³⁰ In truth, in connection with legal facts/jural acts, it should be not a question of recognizing them but of verifying their legal existence, so that they can produce the desired effects.

This conclusion is also in accordance with the above provisions of the Italian law, which are intended to prevent the illegal introduction of foreign documents contrary to public policy (“*ordre public*”) and to the fundamental principles of the Italian legal order.

In fact, the company registration and relevant legal effects on disclosure presuppose that public authorities competent to draw up the document carried out the controls for which they are responsible under the law in force.

Moreover, no other conclusion can be drawn from analyzing the different steps of the striking off of the company from the Spanish Register of Companies of the procedure.

As above mentioned, the preliminary striking off from the Spanish Register of Companies has a temporary nature and it is treated as if it never occurred when there is no subsequent registration in Italy. The striking off procedure is definitive and final only when the Spanish company registers in the Italian Register of Companies.

It is further to point out that the transfer of the registered office subjects the Spanish company to the Italian legal system, where companies come into existence as legal persons only if they comply with the disclosure regime of registration³¹.

According to Article 2331 of Civil Code, therefore, also the Spanish company, which in the meantime transformed itself into an Italian “*società per azioni*”, becomes a legal person once registered in the Register of Companies.

It is only from that moment that the Spanish company comes into existence and is recognized as a legal person within the Italian legal system. Therefore, it is necessary to refer to that moment to verify whether the Spanish company has become resident in the territory of the State.

Therefore, in the case in point, the Spanish company would have been considered to be resident in Italy for the whole 2004 tax year only where the company had been registered in Italy within the first half of the year 2004.

Conversely, where the company – without a permanent establishment in Italy – had been registered in the second half of the year 2004, it should not have been considered to be resident in Italy and would have been taxed only on income produced in Italy, under Article 151 of *TUIR*.

Comparing the Italian and Spanish systems could lead to hypothesize non-residency in both countries in the period preceding the registration in the Italian Register of Companies.

³¹ According to dominant jurisprudence and consolidated case law, a company is a legal person only when it is registered into the Register of Companies: G. FERRI, *Le società*, in Trattato Vassalli, Torino 1987, 822; F. FERRARA – I F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, 387; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, in “Le società”, Bologna, 1984, 230; PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, 333; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1990, 267; C. ANGELICI, *Le disposizioni generali sulle spa*, in Trattato Rescigno, v. 16, Torino, 1985, 265; COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I (II), Padova, 1987, 542; FRÈ, *Società per azioni*, in Commentario Scialoja-Branca, libro V, Del lavoro, Bologna-Roma, artt. 2448-2457, 1972; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1992, 168, as well as Italian Supreme Court, judgement of 16 June 1990, no. 6080, “Giurisprudenza commerciale”, 1992, II, 206; Id. 18 April 1984 no. 2515, Id. 2 August 1973 no. 2231, “Rivista del notariato”, 1975, 107; Id. 15 February 1971, no. 495, “Rivista del notariato” 1972, 281; Id. 27 May 1960, n. 1371, “Diritto Fallimentare” 1960, II, 469; Id. 28 July 1956, n. 2940, “Foro italiano”, I, 1956, 1804; Id. 24 September 1956, no. 3254, *ibidem*, I, 1800.

To dispel the doubt, it would be necessary to inquire well into the effects given by the Spanish legal system to the striking off of a company from the Spanish Register of Companies in the two cases concerned: before the registration in the destination country; and after six months from the registration in Spain if the company is not registered in Italy.

In particular, in the first case, it would be necessary to assess whether or not the temporary striking from the Spanish Register of Companies implies the loss of residence in Spain, pending the registration in Italy. If it is not the case, there is no question about that. On the contrary, if that is the case, there are legitimate doubts and the question to answer is: what effects does the Spanish legal system give to a fact established abroad, that is the registration in Italy?

In the second case, the question is: what happens to the Spanish company if it is not registered within six months or is not registered at all?

Would the company acquire the tax residence in Spain retrospectively? Or, would it have maintained the tax residence in Spain in any case?

I will not dwell upon these problems, as they deal with a foreign legal system. In fact, going back to the issues in point, above remarks are absolutely not relevant to establish the day on which the company acquires the tax residence in Italy.

It may be of interest to point out that possible double taxation issues can be solved according to Law no. 663 of 29 September 1980³² (Convention against double taxation between Italy and Spain); conversely, possible issues related to non-residency status in Spain cannot be taken into account to justify the anticipated acquisition of residence in Italy, as the fact (temporary striking off from the Spanish Register of Companies) is not relevant to the Italian legal order.

³² In Suppl. Ord. G.U. (Official Journal) no. 292 of 23 October 1980.

Italia – Agenzia delle Entrate – Risoluzione n. 9/e del 17 gennaio 2006

Istanza di interpello *ex art.* 11 della legge 27 luglio 2000 n. 212 – IRES – Soggetti Passivi – Trasferimento della sede legale in Italia da parte di società costituita all'estero – Periodo di imposta in cui la società è da considerarsi fiscalmente residente in Italia – Art. 73, comma 3 e 76, comma 2, del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917.

Il trasferimento di sede in Italia non pregiudica la continuità giuridica di una società costituita all'estero nel caso in cui non compori la sua estinzione.

Pertanto, se l'operazione di trasferimento di sede avviene in regime di continuità giuridica, la data del trasferimento in Italia coinciderà con quella di cancellazione della società dal registro delle imprese del paese di origine per evitare soluzioni di continuità nel periodo di imposta.

La società straniera sarà considerata residente in Italia per l'intero periodo di imposta, secondo le regole ordinarie, qualora abbia stabilito nel territorio dello Stato la propria sede legale per la maggior parte del periodo di imposta, ai sensi dell'art. 73 del T.U.I.R..

Riflessioni sul trasferimento della sede legale di società in Italia e sull'acquisto di residenza fiscale

Carla Lollo

SOMMARIO: *Premessa. 1. Il fatto – 2. Normativa applicabile e problematiche connesse al trasferimento di sede all'estero : A) La normativa civilistica italiana sul trasferimento di sede all'estero (cenni). B) Gli interventi della giurisprudenza comunitaria in materia di trasferimento di sede all'estero (cenni). C) La normativa fiscale – 3. Alcune osservazioni sulle conclusioni dell'Agenzia delle Entrate.*

Premessa

Svariati sono stati i contributi sulla tematica del trasferimento di sede e sulle problematiche connesse all'introduzione nel nostro ordinamento della cosiddet-

ta *exit tax*, attualmente disciplinata dall'art. 166 del T.U.I.R. 22 dicembre 1986 n. 917¹.

La risoluzione n. 9 del 17 gennaio 2006 tuttavia si occupa dell'ipotesi inversa rispetto a quella disciplinata dalla citata norma del testo unico n. 917 che è stata analizzata fino ad adesso dagli autori: vale a dire il trasferimento in Italia della sede di una società costituita all'estero.

In risposta ad una istanza di interpello, inoltrata ai sensi dell'art. 11 della legge 27 luglio 2000 n. 212, la risoluzione qui in commento concerne le problematiche relative all'acquisto della residenza fiscale in Italia di una società estera a seguito del trasferimento della propria sede legale.

L'intervento che ci occupa è particolarmente degno di nota poiché, a quanto consta, è il primo su questa specifica problematica che fino a questo momento, non sembra aver suscitato particolare interesse in dottrina².

L'Agenzia delle Entrate, dopo la preliminare individuazione della legge applicabile al caso di trasferimento in altro Stato della sede legale di una società, distingue le ipotesi in cui la normativa in questione subordina l'operazione alla cessazione ed alla liquidazione dell'Ente, dall'ipotesi in cui, viceversa, il trasferimento non pregiudica la continuità giuridica dello stesso.

In questo secondo caso, a parere dell'Agenzia, l'acquisto della residenza fiscale in Italia per l'intero periodo di imposta dipenderà unicamente da un fattore di carattere cronologico: la società infatti risulterà residente in Italia per l'intero periodo di imposta se avrà stabilito la sede legale per la maggior parte del periodo stesso con specifico riferimento all'anno solare (1° gennaio -31 dicembre).

Nel caso sottopostole l'Agenzia fa risalire gli effetti del trasferimento alla data di cancellazione risultante dal registro delle imprese spagnolo, e poiché tale evento è avvenuto nel primo semestre del 2004 la società viene considerata fiscalmente residente in Italia per l'intero periodo di imposta.

1. Il fatto

In data2004 l'assemblea generale straordinaria di una società costituita in Spagna deliberava il trasferimento della sede sociale in Italia e, contestualmente

¹ Per segnalare qualcuno, senza alcuna presunzione di esaustività: si veda N. MONTUOSI, P. PALMA, *Il trasferimento di residenza all'estero tra presunte restrizioni alla libertà di stabilimento ed effettive esigenze di chiusura del sistema*, "Il fisco", 2005, 4700; con riferimento all'art. 20 bis, introdotto dall'art. 30 del D.L. 23 febbraio 1995, n. 41, ricordiamo poi, F. VARAZI, *Reddito di impresa e trasferimento di sede all'estero*, "Rassegna tributaria", 1995, 687; G. CERVINO, *Fusioni internazionali e trasferimento all'estero della sede di impresa. Profili civilistici e fiscali comparati a confronto e problematiche legate alle libertà fondamentali dell'Unione Europea. L'esempio granducato di Lussemburgo-Italia*, "Rassegna tributaria", 2000, 1873; M. NUSSI, *Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale: spunti in tema di stabile organizzazione e regime dei beni di impresa*, "Rassegna tributaria", 1996, 1341; G. MARINO, *La residenza delle persone giuridiche nel diritto tributario italiano e convenzionale*, "Diritto e pratica tributaria", 1995, I, 1467; L. MONTECAMOZZO, *Trasferimento della residenza all'estero: la manovra risolve i dubbi in merito alla sua rilevanza fiscale*, Bollettino tributario, 1995, 335. Anteriormente all'introduzione dell'art. 20 bis cfr. G. MARINO, *Brevi note sul trasferimento di sede all'estero*, "Diritto e pratica tributaria", 1993, I, 1028; Id., *Ancora sul trasferimento di sede all'estero*, "Diritto e pratica tributaria", 1994, II, 301. Analizzano, recentemente, problematiche connesse alla *exit tax*, con riferimento ad ordinamenti fiscali diversi da quello italiano, C. DE PIETRO, *Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti*, e S. BOERS, *Attualità ed esperienze nella exit tax olandese*, in "Rassegna tributaria" 2006, rispettivamente, 1377 e 1401.

² A questo proposito è tuttavia doveroso segnalare il contributo di F. GALLIO, *Il trasferimento della residenza fiscale in Italia secondo l'Agenzia delle Entrate. Alcuni dubbi*, "Il fisco", 2006, 1022.

la trasformazione dell'Ente in una società per azioni secondo l'ordinamento italiano.

In data2004 un notaio spagnolo formalizzava in atto pubblico il trasferimento e ne disponeva la conseguente iscrizione nel registro delle imprese spagnolo.

In data2004, come conseguenza del trasferimento della sede della società all'estero, il registro delle imprese spagnolo provvedeva alla chiusura provvisoria della relativa pagina del registro, subordinando la chiusura definitiva all'accREDITAMENTO entro sei mesi dell'iscrizione della società nell'organismo competente in Italia.

Con atto notarile n., repertorio n., raccolta n. di "Deposito di atti esteri portanti delibera di trasferimento di sede sociale in Italia di società estera del2004, veniva recepito nel nostro ordinamento l'atto di trasferimento della sede sociale, la trasformazione in società per azioni e le modifiche di adeguamento allo statuto sociale della società di origine spagnola.

Il detto atto notarile italiano in data2004 veniva iscritto nel registro delle imprese italiano.

La società spagnola si rivolgeva quindi all'Agenzia delle Entrate, ai sensi dell'art. 11 della legge 27 luglio 2000 n. 212, e chiedeva di conoscere se per l'intero periodo di imposta 1° gennaio/31 dicembre 2004 dovesse o meno essere considerata fiscalmente residente in Italia e, conseguentemente, tassata per i redditi ovunque prodotti in base al principio del *world wide taxation*, ovvero se, per il medesimo periodo di imposta, dovesse essere assoggettata al differente regime di imposizione basato unicamente sui redditi prodotti in Italia, e ciò in quanto soggetto non residente, privo di stabile organizzazione.

In mancanza di una disciplina contemplata in uno specifico accordo internazionale Italia-Spagna relativa alla fattispecie sottopostale, l'Agenzia delle Entrate in base ad una autonoma interpretazione, riteneva di poter applicare l'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218, relativa alla riforma del diritto internazionale privato³.

Il comma 1 della citata norma recita che: "Le società....sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione", tuttavia, "...si applica la legge italiana se la sede dell'Amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale..." ed il successivo comma 3: "il trasferimento di sede legale è efficace solo se posto in essere conformemente agli ordinamenti dello Stato di provenienza e dello Stato di destinazione"⁴.

Analizzando la normativa presa in considerazione l'Agenzia perveniva ad un duplice ordine di conclusioni: a) le società straniere che hanno la sede dell'amministrazione in Italia ovvero l'oggetto principale devono comunque sottoporsi ad una sorta

³ Per un commento all'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218, cfr. *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, Studio n. 1185/3, approvato dalla Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato il 15 ottobre 1996, in www.notariato.it.

⁴ Secondo la dottrina la riforma dell'art. 25 testimonia una scelta del legislatore orientata verso un principio che prenda in considerazione la costituzione della società piuttosto (*Grundunstheorie*) che quello della sede (*Sitzstheorie*). Scelta tuttavia che viene immediatamente ridimensionata, con il criterio della "sede effettiva". Cfr. sul punto, G. RAMONDELLI, *L'attuale diritto internazionale privato cit.*; C. ANGELICI, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, in AA.VV., *La Riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, in "Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile" n. 1, Milano 1996, 112.

di “trasformazione giuridica” per conformarsi al nostro ordinamento⁵ 6; b) l’efficacia del trasferimento della sede statutaria è in ogni caso subordinato al rispetto sia delle norme vigenti nel paese di provenienza, sia di quelle del paese di destinazione.

Pertanto la continuità giuridica della società è subordinata all’ammissibilità del trasferimento in ambedue gli ordinamenti⁷.

L’Agenzia delle Entrate, dopo aver esaminato la normativa italiana e quella spagnola⁸ giungeva alla conclusione che in entrambi gli ordinamenti era previsto, e pertanto ammesso, il trasferimento della sede in condizioni di continuità giuridica dell’Ente. Poiché nel caso sottoposte l’operazione non aveva precluso la detta la continuità, a suo giudizio, la data del trasferimento della sede statutaria non poteva che essere la stessa in entrambi gli ordinamenti: e cioè la data di cancellazione dal registro delle imprese spagnolo.

Poiché nel caso in esame la cancellazione della società dal registro delle imprese spagnolo era avvenuta nella prima metà del periodo di imposta 2004 la società, secondo l’Agenzia, risultava fiscalmente residente per l’intero periodo di imposta 2004.

Ciò in applicazione dell’art. 73, comma 3, del T.U.I.R., per il quale l’Ente che trasferisce la propria sede in Italia risulta ivi residente per l’intero esercizio se per la maggior parte del periodo di imposta la sede legale risulta stabilita nel territorio dello Stato.

Diversamente da quanto accade per l’ipotesi di trasferimento in Italia con relativa estinzione dell’Ente, nel qual caso a giudizio dell’Agenzia la società risulta costituita *ex novo* secondo l’ordinamento italiano e, pertanto, alla stregua della società interne neocostituite è considerata residente dalla data di costituzione.

2. Normativa applicabile e problematiche connesse al trasferimento di sede all’estero

A) La normativa civilistica italiana sul trasferimento di sede all’estero (cenni)

Il Codice Civile italiano non si occupa del trasferimento in Italia della sede di una società estera, ma disciplina invece il caso inverso e cioè il trasferimento di sede all’estero da parte di società costituite nello Stato.

⁵ Sulla necessaria trasformazione giuridica o adeguamento necessario per le società straniere che rispondano a queste caratteristiche (sede dell’amministrazione o oggetto principale situati in Italia) v. E. SIMONETTO, *Delle Società*, Commentario del Codice Civile a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, artt.2498-2510, Bologna-Roma 1976, 370; F. CAPOTORTI, *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all’altro*, in “Foro it.”, 1958, IV, 209; L. MILONE, *Il nuovo Diritto Internazionale Privato ed il Notaio*, in “Vita notarile”, 1996, 660; P. PICCOLI, G. ZANOLINI, *Le persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in “Rivista del notariato”, 1996, 176.

⁶ Sulle modalità per l’attuazione di tale trasformazione giuridica v. *Studio n. 3310 “Trasferimento all’estero della sede sociale”*, approvato dalla Commissione Studi il 2 maggio 2001, p. 2, su www.notariato.it.

⁷ L’Agenzia sottolinea infatti che, al contrario, la normativa vigente in alcuni paesi non consente che una società costituita secondo il diritto nazionale possa trasferire all’estero la propria sede sociale se non a prezzo dell’estinzione dell’ente stesso.

⁸ Per quanto concerne l’ordinamento nazionale l’Agenzia delle Entrate considera l’art. 2437 del codice civile. Tale norma, fra le modifiche dell’atto costitutivo indica anche il caso del trasferimento all’estero della sede della società. A parere dell’Agenzia, l’articolo in questione, nel considerare siffatta modifica dell’atto sociale come eventuale causa di recesso da parte dei soci, implicitamente riconosce che tale operazione non abbia natura dissolutiva.

Le norme interessate sono gli articoli 2369 e 2437 del Codice Civile: il primo, in tema di quorum assembleari, subordina anche in seconda convocazione la validità di alcune delibere modificative dell'atto costitutivo, fra cui anche quella avente ad oggetto il trasferimento di sede all'estero di società di capitali, alla espressione del voto favorevole "...di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale".

Poiché il trasferimento della sede all'estero determina la modifica di una clausola essenziale dell'atto costitutivo, l'ordinamento richiede una soglia deliberativa più elevata al fine di sottoporre all'assemblea l'importanza che tale deliberazione comporta per le società. Invero con l'operazione in questione si realizza un radicale mutamento della struttura organizzativa che viene sottoposta al regime di un diverso ordinamento giuridico: quello dello Stato di destinazione⁹.

L'art. 2347, invece, accorda ai soci dissenzienti il diritto di recesso per le ipotesi di deliberazioni riguardanti: " il cambiamento dell'oggetto o del tipo di società, o il trasferimento della sede sociale all'estero"¹⁰.

Alle norme in questione si aggiunge poi l'art. 2508 (ex art. 2506) del Codice Civile che si occupa invece delle società estere con sedi secondarie in Italia.

La norma tende ad uniformare alle vigenti disposizioni di diritto commerciale società estere, costituite e disciplinate da principi differenti da quelli contemplati dalla normativa italiana.

Infatti l'art. 2508 dispone, tra l'altro che " 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", nonché "...alle disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o che la subordinano all'osservanza di particolari condizioni"¹¹.

La legge assoggetta quindi integralmente alle legge italiana l'attività sociale, le modalità organizzative ed i procedimenti di costituzione ed estinzione delle società costituite all'estero che svolgono essenzialmente in Italia la propria attività sociale, ove è posta la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale.

L'art. 2509 (ex art. 2507) invece prevede per le società costituite all'estero di tipo differente da quelle nazionali, che svolgono l'attività sociale anche in Italia mediante una sede secondaria, l'obbligo di conformarsi alle società per azioni italiane per

⁹ Così, fra gli altri, F. DI SABATO, *Manuale delle società*, 1999, Torino, 359; F. GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna 2001, 337; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino 1998, 443. Con la riforma del diritto societario la disciplina del recesso dei soci è stata modificata ed i preesistenti limiti sono stati molto ampliati. Attualmente è possibile raggruppare le cause di recesso in tre categorie (cause necessarie ed ineliminabili, cause legali eliminabili in sede di statuto, cause di recesso determinabili dallo statuto). Il trasferimento della sede sociale all'estero può essere annoverata fra le cause di recesso necessarie ed ineliminabili cfr. B. IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, 2003, 138; sulla nuova disciplina del recesso cfr., tra gli altri, C. GRANELLI, *Il recesso del socio nelle società di capitali alla luce della riforma del diritto societario*, in "Società", 2004, 143 e R. RORDORF, *Il recesso del socio nelle società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in "Società", 2003, 924.

¹⁰ A proposito della necessità di uniformare le società costituite all'estero alla normativa di diritto interno, rammentiamo che il diritto olandese, peraltro particolarmente aperto al riconoscimento e stabilimento nel suo nazionale di imprese costituite in altri paesi europei, prevede nella legge 17 dicembre 1997 (cd WFBV) una specifica disposizione per le "società straniere dal punto di vista formale", per effetto della quale le stesse devono adempiere alle formalità previste dalla citata legge del 1997 per le società di diritto olandese.

¹¹ Sulle società estere, ante riforma del diritto societario, interessante è il contributo di T. BALLARINO, *Le società costituite all'estero*, in "Trattato di diritto privato", XVII, 1991, 387. Sulla portata delle disposizioni codicistiche a seguito delle modifiche introdotte dalla undicesima direttiva cfr. R. RORDORF, *L'omologazione degli atti societari*, in "Trattato di diritto privato" diretto da M. BESSONE, Torino 1998, v. XVIII, 41-42.

quanto attiene alla pubblicità del registro delle imprese ed alla responsabilità degli amministratori.

In materia scarsi sono stati i contributi giurisprudenziali.

Ricordiamo a questo proposito due datati interventi della giurisprudenza di merito che si sono direttamente occupati di ipotesi trasferimento di sede in Italia di società estera con riferimento alla ormai abrogata omologazione: nel primo¹² il giudice ha chiarito che la società costituita all'estero che stabilisce la propria sede nel territorio dello Stato "deve sottoporre l'atto costitutivo e lo statuto al controllo del Tribunale in sede di omologazione" e nel secondo¹³ invece condiziona l'omologazione di una delibera di trasferimento della sede legale in Italia alla conformità dello statuto sociale alla normativa italiana.

B) Gli interventi della giurisprudenza comunitaria in materia di trasferimento di sede all'estero (cenni)

L'Agenzia delle Entrate nelle risoluzione in commento, non richiesta in tal senso, non si occupa delle problematiche analizzate in più occasioni dalla giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di stabilimento.

Infatti il caso su cui l'Amministrazione finanziaria è chiamata a pronunciarsi non involge presunte violazioni della libertà di stabilimento di cui all'art. 43 del Trattato di Roma (*ex art. 52*), in combinazione con l'art. 48 (*ex art. 58*) determinate dalla vigenza nell'ordinamento interessato di misure comunque restrittive, collegate all'operazione di trasferimento di sede.

Si rammenta che la Corte di Giustizia è intervenuta su queste tematiche pronunciandosi, tra l'altro nella sentenza "*Daily Mail*", (causa C- 81-87), in materia di diritto di stabilimento primario¹⁴. Essa ha sostanzialmente affermato¹⁵ che l'art. 43 del Trattato CE non riconosce alle società il diritto di libero trasferimento da uno Stato membro all'altro senza che ciò comporti conseguenza alcuna. Infatti, a giudizio della Corte: "dall'interpretazione degli artt. 52 e 58 del trattato (oggi 43 e 48) non può evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in altro Stato membro che permetta al contempo di conservare il tipo e le caratteristiche societarie valevoli e vigenti pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite".

Nella più recente sentenza "*Uberseering*",¹⁶ la Corte ha chiarito invece che il diritto di stabilimento primario deve essere riconosciuto alle società ma ciò comporta necessariamente una verifica della compatibilità della *exit taxation* con le norme del Trattato relative alla libertà di stabilimento, anche quando è relativa all'ipotesi di trasferimento delle persone giuridiche.

¹² Tribunale di Roma, decreto 10 luglio 1987, in "Foro italiano", 1987, 2592.

¹³ Tribunale di Pordenone, 28 settembre 1990, in "Foro padano", 1991, 188.

¹⁴ Si definisce diritto di stabilimento a titolo principale il diritto di creare o di trasferire un centro di attività economica o professionale, anche attraverso la costituzione di una società. L'ipotesi di stabilimento secondario si realizza, invece, con la istituzione in un paese diverso da quello di origine di agenzie, succursali e filiali.

¹⁵ In Racc. 1988, 5483.

¹⁶ In "Racc." 2002, I-9919.

Con la sentenza “Centros” (causa C-212/97)¹⁷, in materia di diritto di stabilimento secondario, la Corte ha invece riconosciuto il diritto di scegliere in quale ordinamento incardinare giuridicamente una società, puntualizzando che uno Stato membro non può esimersi dalla registrazione di una succursale di società costituita in un altro Stato membro, anche se questo ultimo può tuttavia adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi nei confronti sia della società, che dei terzi.

Sempre con riferimento alla violazione del diritto di stabilimento va ricordata la sentenza “*Lasteyrie du Saillant*”¹⁸ (causa C-9/02), con la quale la Corte ha censurato il regime *exit taxation* francese in quanto lesivo della libertà di stabilimento. Tale regime riconnetteva l'applicazione dell'imposta all'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato, laddove nessuna imposta era applicata nei confronti dei cittadini francesi che mutassero la loro residenza.

Infine va ricordata la recentissima sentenza *In spire Art. LTD* (causa C-167/01)¹⁹, nella quale le conclusioni dell'Avvocato generale Alber appaiono in linea con la precedente giurisprudenza della Corte, espressa nell'emblematico caso “Centros”.

C) *La normativa fiscale*

Anche il legislatore fiscale, così come quello civile, disciplina l'ipotesi inversa rispetto a quella su cui invece si è pronunciata l'Agenzia delle Entrate.

Infatti l'art. 166 del T.U.I.R. contempla il caso di trasferimento di residenza all'estero da parte di società costituita in Italia, subordinandolo ad un regime di *exit taxation*.

La disciplina fiscale della residenza delle società è invece prevista nell'art. 73, comma 3, del T.U.I.R. il quale stabilisce che: “Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato”.

Per quanto concerne invece il concetto di periodo di imposta, l'art. 76, comma 2 del T.U.I.R., stabilisce che: “il periodo di imposta è costituito dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'Ente, determinato dalla legge o dall'atto costitutivo”, se tuttavia “... la durata dell'esercizio o del periodo di gestione non è determinata dalla legge o dall'atto costitutivo, o è determinata in due o più anni il periodo di imposta è costituito dall'anno solare”.

3. Alcune osservazioni sulle conclusioni dell'Agenzia delle Entrate

Fatta questa breve panoramica normativa analizziamo ora, più da vicino, le conclusioni cui perviene l'Amministrazione finanziaria.

¹⁷ In “Foro italiano”, 2000, IV, 317, con nota di S. FORTUNATO.

¹⁸ In “Rassegna tributaria”, 2004, 2146.

¹⁹ In “Rivista di diritto fallimentare e delle società commerciali”, 2002, II, 425, con commenti di M. MACERONI, *La società straniera ed il principio di libero stabilimento*, in “Rivista di diritto fallimentare e delle società commerciali”, 2002, II, 425 e 2003, II, 621.

Una prima osservazione scaturisce dall'accento che l'Agenzia pone sull'obbligo di sottoporsi ad una sorta di "trasformazione giuridica", o comunque di adeguamento alle tipologie societarie previste dal nostro ordinamento interno, da parte dell'Ente straniero che trasferisce nel nostro paese la propria sede.

Adeguamento, cui la società spagnola dà corso, con la delibera di la trasformazione in società per azioni.

La necessità di adeguamento, in ossequio al principio di tipicità vigente nel nostro ordinamento,²⁰ suffragata da una alquanto datata giurisprudenza nonché dalle conclusioni in cui si perviene in un illustre studio²¹, a giudizio di chi scrive, può essere condivisa ma non senza riserve.

Invero l'art. 2509 (ex art. 2507), sopravvissuto alla recente riforma del diritto societario, rubricato "Società estere di tipo diverso da quelle nazionali" permette il riconoscimento nel territorio dello Stato anche di tipologie societarie, costituite secondo legge straniera ed anche diverse da quelle previste dal Codice stesso.

Ricordiamo, inoltre, che la giurisprudenza comunitaria con la citata sentenza *Centros*, ancorché in tema di diritto di stabilimento a titolo secondario, ha alquanto mitigato, le conclusioni cui era pervenuta con la sentenza *Daily Mail* sia pure in tema di diritto di stabilimento a titolo principale. Essa sembra oggi orientata per il riconoscimento di una tutela più ampia del diritto di stabilimento.

I più attenti commentatori della sentenza *Centros* avevano infatti sottolineato che la pronuncia avrebbe potuto aprire "un capitolo nuovo in materia di reciproco riconoscimento delle società commerciali tra gli Stati membri incidendo sul diritto societario nonché, indirettamente, sulle relative norme di conflitto"²².

Non a caso nella successiva sentenza *In spire Art. LTD* (causa C- 167/01),²³ la Corte ha censurato i vincoli imposti dall'ordinamento di un paese dell'Unione (l'Olanda) ad un soggetto già sottoposto all'ordinamento giuridico del paese di provenienza.

Una seconda osservazione riguarda invece l'interpretazione delle norme fiscali fornita dall'Agenzia.

Da un esame dei citati articoli 73, comma 3, e 76 comma 2 del T.U.I.R. si può infatti giungere ad alcune conclusioni: a) la sussistenza della residenza fiscale in Italia è subordinata alla circostanza che l'Ente abbia stabilito in Italia, per il maggior periodo di imposta, alternativamente uno dei seguenti elementi: la sede legale, la sede dell'amministrazione l'oggetto principale; b) normalmente il periodo di imposta rilevante per l'ordinamento fiscale italiano delle società non residenti che non esercitano nello Stato un'attività commerciale o che non abbia fissato nel territorio italiano una stabile organizzazione, è costituito dall'esercizio o periodo di gestione così come determinato dalla legge o dall'atto costitutivo.

²⁰ Ricordiamo infatti che la dottrina nei vincoli posti dall'art. 2506 (oggi 2508) del Codice Civile alle società costituite all'estero la cui attività si svolge essenzialmente in Italia, trova una ulteriore conferma della vigenza nel nostro ordinamento del principio di tipicità delle società, G. FERRI, cit., 260.

²¹ Cfr. Studio n. 3310 cit. in nota n. 6.

²² MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamento societari*, in "Giurisprudenza commerciale", 2000, II, 559; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionale e frode alla legge: il caso Centros*, in "Rivista di diritto internazionale", 2000, 71.

²³ Per i riferimenti di pubblicazione cfr. nota 18.

Da una lettura anche non troppo approfondita dell'art. 76, comma 2 appare chiaro che si assume come periodo di riferimento l'anno solare soltanto nel caso in cui la durata del predetto esercizio o periodo non sia determinata dall'atto costitutivo o dalla legge, ovvero sia stata stabilita in due o più anni, a differenza di quanto previsto per le persone fisiche dall'art. 7 del T.U.I.R.,²⁴ per le società il ricorso all'anno solare come periodo di riferimento non rappresenta la regola generale. L'art. 76 infatti prescrive *in primis* di far riferimento alla legge o all'atto costitutivo consentendo poi di assumere come riferimento l'anno solare soltanto in via subordinata, nel caso in cui non sia possibile evincere la durata dell'esercizio sociale dai primi.

Orbene l'Agenzia delle Entrate capovolge l'ordine del dettato della norma e prende in considerazione sin da subito l'anno solare come periodo di imposta di riferimento per le società non residenti, prive di stabile organizzazione nel territorio nazionale.

Tale soluzione, in linea con una risalente risoluzione ministeriale²⁵, non convince.

Infatti la inidoneità dell'atto costitutivo alla determinazione dell'esercizio cui commisurare l'imponibile IRES e la indisponibilità dell'atto costitutivo stesso ad una eventuale verifica in tal senso non sono statuizioni dogmatiche prescritte da norme imperative, ancor di più se si considera che l'Ente spagnolo si sottopone ad un "adeguamento giuridico" dovuto alla sua trasformazione in una delle tipologie societarie organizzate su base capitalistica più importanti e paradigmatiche disciplinate dal nostro diritto commerciale: la società per azioni.

A giudizio di chi scrive, sarebbe stato opportuno procedere secondo l'ordine sequenziale prescritto dalla normativa (art. 76 T.U.I.R.) per il quale si sarebbe dovuto procedere in prima battuta alla verifica dell'atto costitutivo della società e, successivamente, soltanto nel caso in cui da ciò non fosse stato possibile identificare la durata dell'esercizio sociale, adottare l'anno solare come periodo di riferimento.

Infine una terza ed ultima osservazione riguarda il *dies a quo* in cui l'Agenzia considera avvenuto il trasferimento in Italia.

L'Amministrazione finanziaria fa infatti coincidere tale data del trasferimento con quella di cancellazione della società dal registro delle imprese spagnolo, ipotizzando, in caso contrario, una assai pericolosa situazione di doppia "non residenza".

Anche questa conclusione solleva perplessità e si presta ad alcune riflessioni.

Per l'acquisto della residenza fiscale in Italia, l'Agenzia assume come *dies a quo*, la data di un atto estero, disciplinato da un ordinamento straniero.

Questa interpretazione genera qualche perplessità.

In primo luogo stante il rapporto di autonomia ed indipendenza tra due ordinamenti nazionali, ci si domanda quale valore può assumere nel nostro ordinamento un procedimento estero che, realizzatosi sotto l'imperio di una legge straniera, si concretizza in un atto irrilevante per qualunque Stato diverso da quello in cui si è formato.

Conseguentemente ci si chiede, quindi, come sia possibile assumere come determinante per l'acquisto della residenza fiscale interna un atto estero, estraneo ed irrilevante per il nostro ordinamento.

²⁴ Non a caso ne *Il diritto tributario*, di A. FANTOZZI, 800, Torino, 2003 opportunamente si evidenzia che mentre per le persone fisiche la determinazione del periodo di imposta avviene in base all'anno solare, per le società si fa riferimento, invece, all'anno sociale.

²⁵ Risoluzione 12 maggio 1984, n. 1037 in www.agenziaentrate.it

Le perplessità fin qui esposte trovano una conferma anche nei limiti che l'ordinamento italiano pone all'efficacia interna di atti formati in paesi stranieri.

Alcune disposizioni nel nostro ordinamento subordinano infatti l'utilizzo degli atti pubblici o delle scritture private autenticate all'estero, redatti quindi in base principi talvolta estranei al nostro ordinamento, al previo deposito presso l'archivio notarile distrettuale o presso un notaio esercente²⁶.

In base a queste norme il notaio ed il conservatore dell'Archivio notarile eseguono un controllo di legalità sull'atto estero, svolgendo, pertanto, una funzione per così dire di filtro nei confronti dello stesso²⁷.

La *ratio* del deposito di atti esteri presso il notaio o presso l'Archivio notarile è duplice. Da un lato, infatti, risponde a finalità conservative e di pronto reperimento degli atti, dall'altro consente anche il controllo di legalità di atti provenienti dall'estero da parte di una autorità istituzionale dello Stato, onde evitare la circolazione all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale di atti sostanzialmente illegittimi²⁸.

A parere di chi scrive vi sarebbe, almeno ancora per la situazione attuale²⁹, una terza motivazione la quale trova il proprio fondamento nel riconoscimento giuridico interno attribuito ad atti stranieri. Vale a dire che il "passaggio" formale da atto estero ad atto interno altro non è che il "vestito" necessario che un provvedimento straniero deve indossare per trovare riconoscimento nel nostro ordinamento³⁰.

Non a caso infatti la delibera spagnola avente ad oggetto il trasferimento di sede sociale in Italia, la trasformazione in società per azioni e le modifiche allo statuto sociale è stata recepita nel nostro ordinamento attraverso proprio un verbale di deposito di atto estero ricevuto da notaio.

Alla luce di quanto detto e comunque anche a prescindere da ciò, non si comprende dunque come l'Agenzia delle Entrate riconosca effetti giuridici interni ad un atto estero. Invero l'errore commesso dall'Amministrazione finanziaria va oltre sin qui esposto. Essa, infatti, attribuisce effetti giuridici interni ad un procedimento

²⁶ Le norme di riferimento sono l'art. 106 n. 4 della Legge notarile, nonché gli articoli 68 e 146 del Regolamento notarile, questi ultimi due articoli in particolare stabiliscono, rispettivamente, le previe traduzioni in lingua italiana e legalizzazione dell'atto estero, nonché la forma dell'atto di deposito che è il verbale. L'obbligo del deposito in archivio di atti rogati all'estero come sottolinea F. EBNER ne *Gli archivi notarili*, 1999, Roma, nota 77, risale ad una disposizione dell'11 aprile 1570 di Cosimo I de' Medici.

²⁷ Per atto estero si deve intendere in senso lato qualunque atto giuridico scritto di norma in lingua straniera, ma anche in lingua italiana e redatto all'estero sia da pubbliche autorità straniere che da privati. In senso stretto per atto estero si intende invece un atto ricevuto o autenticato anche in lingua italiana da pubbliche autorità straniere, compresi i rappresentanti diplomatici e consolari stranieri accreditati in Italia, cfr. sul punto Studio n. 5521, approvato dalla Commissione studi civilistici il 22 gennaio 2005, in *www.notariato.it*.

²⁸ S. TONDO, *Deposito di atti esteri*, in "Vita notarile", 1980, 1054, l'autore evidenzia nel suo scritto che il controllo di legalità in sede di deposito risponde ad una finalità analoga a quella delle delibazioni delle sentenze straniere, originariamente prevista dall'ora abrogato art. 804 c.p.c.; Studio n. 5521/C cit, 3, in particolare in questo ultimo studio si sottolinea che, trattandosi di atti esteri, il controllo di legalità da parte del notaio deve essere circoscritto agli articoli 16 e 17 della legge n. 218/1995 e cioè alla mancata violazione dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria. Cfr anche G. GRASSO, *Il deposito di atti esteri*, in "Esperienze e contributi", pubblicazione a cura dell'Amministrazione degli archivi notarili, Roma 2002, 19.

²⁹ Non si può escludere, anzi è probabile, che in considerazione della integrazione degli ordinamenti tra Stati membri in seno alla U.E., in un prossimo futuro possa trovare applicazione il principio di mutuo riconoscimento anche con riferimento agli atti giuridici che abbiano in qualche modo passato il vaglio di legalità da parte di organi istituzionali a ciò preposti.

³⁰ Per amor del vero trattandosi di atti/fatti giuridici più che di riconoscimento si dovrebbe parlare di vera e propria esistenza giuridica onde farne discendere gli effetti legali desiderati.

giuridico spagnolo: l'iscrizione nel registro delle imprese. Iscrizione che riguarda un atto –la delibera ricevuta da notaio- anch'esso spagnolo. Infatti giammai può riconoscersi qualsivoglia effetto giuridico né all'iscrizione – valida nel solo paese in cui è eseguita – né all'atto iscritto originario anch'esso di un ordinamento terzo rispetto a quello italiano.

Ma vi è di più. Gli effetti di cancellazione dal registro delle imprese spagnolo sono affetti da una nota di "provvisorietà" la cui stabilità è invece condizionata risolutivamente alla mancata iscrizione nel registro delle imprese italiano come si evidenzierà nel prosieguo del presente commento.

A giudizio di chi scrive, per la risoluzione della questione, l'Amministrazione finanziaria avrebbe dovuto, in ogni caso, prendere in considerazione atti o fatti giuridici esistenti e quindi rilevanti per il nostro ordinamento e cioè l'iscrizione nel registro delle imprese ad opera del notaio italiano di un atto italiano.

Questa conclusione risulta anche conforme ed in linea con le norme, più sopra ricordate predisposte dall'ordinamento italiano per impedire eventuali immissioni estere illegittime, contrarie all'ordine pubblico ed ai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

L'iscrizione nel registro delle imprese ed il conseguente effetto pubblicitario previsto presuppongono infatti che il pubblico ufficiale rogante abbia comunque compiuto i controlli della cui responsabilità l'ordinamento lo investe.

Se analizziamo le varie fasi del procedimento di cancellazione dal registro delle imprese spagnolo, non si può inoltre pervenire ad una diversa conclusione.

Come più sopra accennato, la cancellazione che viene disposta in Spagna in via preliminare ha infatti una efficacia provvisoria e, nell'ipotesi in cui non avvenga alcuna iscrizione in Italia, la cancellazione si considera mai avvenuta. Il procedimento di cancellazione diviene definitivo e concluso soltanto con la iscrizione della società spagnola nel registro delle imprese italiano.

Un'ulteriore riflessione di non poco conto è di obbligo. Con il trasferimento, la società spagnola si inserisce e si assoggetta all'ordinamento italiano nel quale, in materia societaria, vige un sistema di pubblicità costitutiva in base al quale soltanto con la iscrizione nel registro delle imprese si acquista la personalità giuridica³¹.

In base all'art. 2331 c.c., a seguito della iscrizione nel registro delle imprese, dunque, anche la società spagnola, trasformatasi nel frattempo in società per azioni italiana, acquista la personalità giuridica.

È soltanto da questo momento perciò che la società spagnola diventa rilevante per il nostro ordinamento e diventa un soggetto di diritto per il sistema giuridico italiano.

³¹ Tra l'altro la dottrina prevalente ed un consolidato indirizzo giurisprudenziale, ritengono che prima della iscrizione nel registro delle imprese la società debba essere considerata inesistente: G. FERRI, *Le società*, in Trattato Vassalli, Torino 1987, 822; F. FERRARA – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, 387; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, in "Le società", Bologna, 1984, 230; PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, 333; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1990, 267; C. ANGELICI, *Le disposizioni generali sulle spa*, in Trattato Rescigno, v. 16, Torino, 1985, 265; COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, tomo II, Padova, 1987, 542; FRÈ, *Società per azioni*, in Commentario Scialoja-Branca, libro V, Del lavoro, Bologna-Roma, artt. 2448-2457, 1972; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1992, 168, nonché Cass. 16 giugno 1990, n. 6080, "Giurisprudenza commerciale", 1992, II, 206; Id. 18 aprile 1984 n. 2515, Id. 2 agosto 1973 n. 2231, "Rivista del notariato", 1975, 107; Id. 15 febbraio 1971, n. 495, "Rivista del notariato" 1972, 281; Id. 27 maggio 1960, n. 1371, "Diritto Fallimentare" 1960, II, 469; Id. 28 luglio 1956, n. 2940, "Foro italiano", I, 1956, 1804; Id. 24 settembre 1956, n. 3254, *Ibidem*, I, 1800.

Ed è pertanto a tale momento che bisogna fare riferimento per verificare l'eventuale acquisto della residenza fiscale in Italia.

Nel caso in esame, dunque, soltanto qualora l'iscrizione nel registro delle imprese italiane fosse avvenuta nel primo semestre dell'anno 2004 la società spagnola avrebbe potuto considerarsi residente in Italia per l'intero periodo di imposta 2004.

Nel caso in cui, invece, l'iscrizione fosse avvenuta nel secondo semestre dell'anno 2004 la società, priva di stabile organizzazione in Italia, non avrebbe dovuto essere considerata residente in Italia ed in applicazione dell'art. 151 del T.U.I.R. sarebbe perciò stata tassata soltanto in relazione ai redditi prodotti in Italia.

Dall'analisi comparata dei due sistemi –quello italiano e quello spagnolo– potrebbe illazionarsi il verificarsi di una ipotesi di non residenza in entrambi i paesi nel periodo antecedente l'iscrizione nel registro delle imprese italiano.

Per sciogliere il dubbio bisognerebbe interrogarsi più approfonditamente sul valore che il sistema giuridico spagnolo attribuisce alla cancellazione dal proprio registro delle imprese prima delle iscrizione nel paese di destinazione e nel caso di mancata iscrizione entro il termine di sei mesi.

In particolare, nella prima eventualità, bisognerebbe verificare se la cancellazione provvisoria dal registro delle imprese spagnolo nel periodo in cui non è ancora avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese italiano determina o meno la perdita di residenza per la società in Spagna. In caso negativo *nulla quaestio*. In caso affermativo, invece, qualche perplessità è lecita e la domanda cui trovare risposta sarebbe quella di interrogarsi sul valore che l'ordinamento spagnolo attribuisce ad un fatto giuridico esterno: vale a dire il riconoscimento della iscrizione nel registro delle imprese italiano.

Nella seconda eventualità invece qual è la sorte della società spagnola nel caso in cui non riuscisse ad iscriversi nei termini (sei mesi) o a non iscriversi affatto?

Riacquisterebbe forse retroattivamente la residenza fiscale in Spagna o non l'avrebbe mai persa?

In ogni caso le problematiche testè sollevate non riguardano il nostro ordinamento, pertanto tralasciamo, in questa sede, gli eventuali approfondimenti al riguardo.

Tornando alla questione che ci interessa possiamo rilevare che le valutazioni esposte, poiché riguardano, come detto, un ordinamento terzo rispetto a quello italiano, risultano del tutto ininfluenti per la individuazione del *dies a quo* cui far risalire l'acquisto della residenza fiscale in Italia.

Per quel che qua può interessare può rilevarsi che eventuali profili di doppia imposizione potranno essere risolti in base alla legge 29 settembre 1980 n. 663³² (Convenzione contro la doppia imposizione tra Italia e Spagna) ed eventuali questioni, invece, di non residenza in Spagna non possono essere considerati determinanti né tantomeno pertinenti per giustificare l'acquisto anticipato della residenza fiscale in Italia nel momento in cui si verifica un fatto (la cancellazione provvisoria dal registro delle imprese spagnolo) non rilevante per il nostro ordinamento giuridico.

³² In Suppl. Ord. Alla G.U. n. 292 del 23 ottobre 1980.

Italy – Agenzia delle Dogane (Customs Agency) – Circular 28 April 2006 n. 16/D

Customs warehousing procedure for the purposes of VAT and excise duties – Provisions concerning the granting of authorization and the operation of warehouses – Type E warehouse – Intended for the warehousing of bonded goods in storage facilities belonging to the holder of the authorization.

Type E warehouse – Obligation of giving prior information on the location of storage facilities – Not relevant – Obligation of giving information on the exact location of goods – Relevant – Obligation of keeping stock records – Relevant.

Type E warehouse – It is possible to use several warehouses, even if they are not adjoining to each other – Relevant.

Bonded goods are allowed to be stored in locations approved as customs warehouses of type E.

The customs warehousing procedure is supervised on the basis of relevant accounting records, which must be approved by the competent regional office of the Customs Agency under Articles 516, 528, 529, 530 CCIP and enable to carry on the verification, also physically. No prior indication of the premises is requested.

In Type E warehouses, the customs warehousing procedure applies to the whole of storage facilities that belong to the holder of the authorization, even if they are not adjoining.

Customs planning: the pan-european customs warehouse and circular no. 16/D issued by Customs Agency*

by Massimo Fabio

Premise

In the framework of a continuous development of international trade and a constant impetus towards delocalization – inspired to reduce the overall production costs –,

* Translation by Claudia Calogero

domestic enterprises are moving towards other markets for the procurement of raw materials, finished and semi-finished products.

This notwithstanding, a very large number of Italian enterprises have not changed the structure of their supply chain, under which all goods must transit in the Community territory.

In practice, therefore, also the finished products that are obtained out of the Community and are intended for extra-EU markets must transit in the Community customs territory for many purposes, such as the preparation for sale or the sorting of goods by purchaser in the market of destination.

All that being said, it is evident that when a firm imports a product that will certainly be re-exported, it shall necessarily contemplate using a customs warehouse.

In fact, the entry for a customs warehouse suspends the application of import duties and any indirect tax (also VAT and excise duties) for all products intended for extra-EU markets, which were never released in free circulation; it also suspends the application of domestic commercial policy measures, as the goods are stored in the foreign state.

Therefore, one may wonder why in our country “internationalized” enterprises use customs warehousing as an exception to the rule of definitive import and subsequent re-export (implying the payment of duties, which would not be due, and the advance payment of VAT at the customs office).

Certainly, it is a gap due to a lack of understanding of opportunities given by the Community Customs Code (Regulation EEC no. 2913/92 – CC). In addition, there is a certain mistrust of the procedure with regard to the time limits for obtaining the authorization and methods of operation. These aspects directly involve the relationship between enterprises and the customs administration.

The Italian Customs Agency took its position on the matter in Circular no. 16/D of 28 April 2006, where traders can find the provisions concerning the granting of authorization and the operation of customs warehouses.

While observing that the Circular limits itself to summarize the application of reference rules (Articles 98 to 113 CC and 496 to 535 of Regulation EEC no. 2454/93 – CCIP), without giving the domestic business community any specific operational indication for a complete exploitation of this customs regime, it is to point out that eventually type E warehouse appears more in line with harmonized provisions of Community law.

Type E warehouse is the most interesting category of warehouses for enterprises performing EU-wide activities. Certainly, using a type E warehouse, in its most advanced form as provided for by the Community Customs Code, is a modern application of customs planning.

Multinational dimension of the market: type E warehouse in the whole EU territory

First, it is to point out that Circular no. 16/D deals with above issues in a domestic perspective only. In particular, it does not refer to the pan-European use of customs

warehouses, of type E specifically, as provided for by the Customs Community Code with respect to the “Single European Authorization” (SEA) under Articles 500 and 501 CCIP.

It is just the case of specifying that Single Authorization/SEA involves the use of economic customs arrangements in different Member States by way of a single customs authorization, issued by a single authority defined “Leader” and designated for the place where the trader’s main accounts are held.

This special authorization allows enterprises with facilities in more than one Member State to interact - also when using the customs warehousing procedure - with a single customs office, which is the only one to bear the burdens of supervising the customs arrangements¹.

With particular regard to type E customs warehouse, various storage “facilities” can be managed by way of a single authorization, which indicates a single customs office as the “supervising office”², designated for the local office in whose jurisdiction the applicant’s main accounts are held.

It is proper to recall the characteristics of type E warehouse, under which it can be classified as “virtual”, without any doubt.

The term “virtual”, which almost all Member States conventionally recognize, is intended to cover the features of type E warehouse as laid down in Articles 525(2)(b) CCIP. In fact, this provision specifies that the goods need not “be stored in a place approved as a customs warehouse”, unlike a traditional private warehouse³. In other words, type E warehouse is “virtual” because it does not cover a physical location of storage, but the system of accounting, which is usually kept on IT format.

As regards the operational aspects, it is to emphasize that “where goods are entered for the type E warehouse arrangements, the entry in the stock records shall take place when they arrive at the holder’s storage facilities”⁴.

The uncontroversial term “virtual” – it is proper to point out – refers only to the fact that the goods “need not be stored in a place approved as a customs warehouse”⁵. Given the physical nature of the storage facilities, it follows that accounting records represent the warehouse, as they show the stock of various storage facilities in order to track down all the goods.

According to Community customs law and practices applied by traders in other EU Member States (which the Italian traders have not started up yet), the holder of a SEA for type E warehouse designates his own storage facilities and can therefore operate the warehouse with respect to all the goods within the whole EU territory.

For example, if a company sets a number of European storage and distribution sites under the “virtual” type E warehousing arrangement, based on the Italian accounting records, it may:

¹ According to Article 496 CCIP, the supervising office is the customs office indicated in the authorization as empowered to supervise the arrangements.

² Article 496(e) CCIP.

³ Type C customs warehouse under Article 525(2)(c).

⁴ Article 530(1) CCIP.

⁵ Article 525(2)(b) CCIP.

- defer the payment of VAT and customs duties until the products are entered into home use;
- save customs duties on those goods that may be re-exported;
- centralize the management of customs operations at the supervising office;
- reduce any possible delay in clearance;
- minimize customs expenses thanks to the centralized management of classification and evaluation of the products;
- pay customs duties due for the release into free circulation of the goods (wherever it happens within countries concerned) in the place where the warehouse keeper's main accounts are held.

With reference to the “facilities” of type E warehouse, which CCIP considers a special feature of this warehouse, Circular no. 16/D⁶ specifies that the customs warehousing procedure applies to the whole of storage facilities that belong to the holder of the authorization, even if they are not adjoining

And then also implementation provisions reaffirm that the facilities may be not adjoining, without restricting the options of their location any longer.

In fact, in the past type E warehouse could be operated in Italy only through the facilities located in a single region. This construction appeared “*contra legem*” with respect to Community law, which provides for a cross-border operation in different Member States.

It follows that although this new rule has not been emphasized or coordinated with the SEA, it must be seen as a step forward for the full operation of type E warehouse to the advantage of Italian traders. Therefore, also in our country, it will be possible to operate type E warehouses through facilities located everywhere, from the Alps to Etna, or still better from the North Sea to the Mediterranean, under the Leader Authority of the Italian Customs Agency.

Another streamlining procedure is enshrined in the provision under which the application must be submitted to the competent regional office of the Customs Agency, for all types of warehouses, including type E. In the past, the granting of authorizations was managed by the Central Office.

In line with the CCIP provisions, where a national operator wants to use a type E warehouse including facilities located in various regions of our country, the competent regional office should be the office in whose jurisdiction the applicant's main accounts are held.

In conclusion, also in the light of a more modern approach that the national customs administration should take in order not to discriminate against residents by applying formalities with the Community standard, it seems time now for national enterprises to confront customs planning, to minimize cross-border inefficiencies, avoid unnecessary customs and simplify the relationship with the reference authority.

⁶ Page 4.

Italia – Agenzia delle Dogane – Circolare 28 aprile 2006 n. 16/D

Regime del deposito doganale, fiscale ai fini accise e ai fini IVA – Modalità operative per il rilascio di autorizzazioni e per la gestione dei depositi – Deposito doganale Tipo E – È destinato all’immagazzinamento di merci soggette a vincolo doganale in impianti di stoccaggio del titolare dell’autorizzazione.

Deposito doganale Tipo E – Obbligo di preventiva indicazione dei locali di stoccaggio – Non sussiste – Obbligo di indicazione dell’esatta ubicazione della merce – Sussiste – Obbligo di tenuta delle scritture di magazzino – Sussiste.

Deposito doganale Tipo E – Possibilità di utilizzare più magazzini, anche se non contigui – Sussiste.

Nei depositi doganali muniti di autorizzazione di Tipo E è permesso l’immagazzinamento delle merci soggette a vincolo doganale.

Il controllo delle operazioni in regime di deposito doganale si svolge attraverso l’esame di una contabilità, approvata dalla Direzione regionale competente, conforme alle disposizioni contenute negli artt. 516, 528, 529, 530 del DAC e che consenta i dovuti riscontri, anche fisici. Non è richiesta la preventiva indicazione dei locali.

Nei depositi doganali muniti di autorizzazione Tipo E è soggetto a vincolo doganale l’insieme delle installazioni, costituito da magazzini, anche non confinanti, dell’impresa del titolare dell’autorizzazione.

Pianificazione doganale: il deposito doganale paneuropeo e la circolare n. 16/D dell’agenzia delle dogane

Massimo Fabio

Premessa

Il continuo divenire dei traffici internazionali e la costante spinta alla delocalizzazione, ispirata da una necessaria determinazione a ridurre i costi complessivi di produzione, stanno spostando il baricentro degli interessi delle imprese nazionali

verso altri mercati per l'approvvigionamento di prodotti finiti, di semilavorati e materie prime.

Tale spostamento di interessi ha, comunque, per moltissime realtà aziendali italiane, lasciata invariata la struttura della *supply chain* che prevede, in ogni caso, un passaggio obbligato di tutte le merci nel territorio comunitario.

In concreto, quindi, anche per prodotti finiti che – realizzati in un paese extra U.E. – saranno destinati a mercati non comunitari, si impone un passaggio all'interno del territorio doganale comunitario finalizzato a soddisfare molteplici esigenze tra le quali, ad esempio, la predisposizione per la vendita o la mera suddivisione della merce in ragione dei singoli destinatari nel mercato di destinazione finale.

Tutto ciò premesso, è evidente che un'azienda, che si trovi nella condizione di importare un prodotto che verrà sicuramente riesportato, dovrà necessariamente considerare l'adozione di un deposito doganale.

Il deposito, infatti, consente di sospendere l'applicazione del dazio e di neutralizzare ogni imposizione indiretta (anche IVA e accise) per tutta la merce che – mai immessa in libera pratica – ripartirà per destinazioni extraUE; inoltre, consente di superare ogni misura nazionale di politica commerciale, permanendo la merce nello stato estero per tutta la durata dello stoccaggio.

Partendo da questa premessa, ci si chiede come mai nel nostro paese l'impiego di un deposito da parte delle aziende "internazionalizzate" sia l'eccezione e la procedura di importazione definitiva e successiva riesportazione la regola (con pagamento di dazi che non sarebbero dovuti con il conseguente anticipo in dogana dell'Iva relativa).

Si tratta certamente di un *gap* che il nostro "sistema paese" paga alla mancanza di cultura specifica rispetto alle opportunità concesse dal Codice Doganale Comunitario (Reg. CEE n. 2913/92 – CDC). A ciò si aggiunge anche una certa diffidenza sui tempi di ottenimento dell'autorizzazione e le modalità di gestione. Tali aspetti, riguardano direttamente il rapporto che le aziende nazionali devono instaurare con l'amministrazione doganale.

Su questi problemi ha preso posizione la Circolare n. 16/D del 28 aprile 2006, con la quale l'amministrazione centrale, per il beneficio degli operatori, ha descritto le modalità operative per il rilascio dell'autorizzazione e per la gestione dei depositi.

Nel prendere atto che la circolare si limita a riepilogare la portata delle norme di riferimento (artt. da 98 a 113 del CDC e da 496 a 535 del Reg. CEE n. 2454/93 – DAC), senza offrire alla comunità commerciale nazionale particolari spunti operativi per la più completa applicazione delle significative potenzialità del regime, si deve di contro registrare che l'esercizio del deposito di Tipo E appare finalmente più in linea con le disposizioni comunitarie armonizzate.

Il Tipo E esprime la configurazione di deposito più interessante per le aziende che abbiano un'attività con respiro comunitario ed il suo impiego, nella più avanzata delle configurazioni ammesse dal Codice, rappresenta certamente una moderna ipotesi di pianificazione doganale.

La dimensione multinazionale del mercato: il deposito di Tipo E su tutto il territorio della U.E.

Si deve, innanzitutto, rilevare che la Circolare sopra richiamata affronta i temi di cui sopra in una prospettiva esclusivamente nazionale. Essa non contempla, in particolare, la possibilità prevista dal CDC di esercitare il Deposito, segnatamente quello di Tipo E, nella configurazione paneuropea, nell'ambito della "Autorizzazione Unica" (*Single European Authorization – SEA*), così come disciplinata dagli artt. 500 e 501 del DAC.

È appena il caso di precisare che per Autorizzazione Unica/SEA si intende la possibilità di esercitare i regimi doganali economici in diversi paesi comunitari per effetto di un'unica autorizzazione doganale, rilasciata da una sola Autorità definita "Leader", individuata in ragione del Paese ove l'operatore commerciale tiene la contabilità principale.

La peculiarità di tale forma autorizzativa consente alle imprese aventi installazioni in più di uno Stato membro di poter colloquiare, anche nell'esercizio del regime di cui sopra, con un solo Ufficio comunitario rinviando a quest'ultimo e solo ad esso tutti gli oneri connessi al controllo della procedura esercitata¹.

Per quanto in particolare attiene al deposito doganale di Tipo E, la SEA consente di gestire le diverse "installazioni" usate per lo stoccaggio, tutte riconducibili ad un'unica autorizzazione, qualificando una sola autorità comunitaria come "Ufficio di Controllo"², nella sua articolazione periferica competente rispetto al luogo del paese ove è tenuta la medesima contabilità principale.

È opportuno richiamare le peculiarità del deposito in esame, quello appunto di Tipo E che, per le sue caratteristiche, può senza alcun dubbio essere definito "virtuale".

L'accezione di "virtuale", peraltro riconosciuta per convenzione in pressoché tutti i paesi comunitari, vuole definire la peculiarità individuata dall'art. 525 del DAC, comma 2, lett. b). Tale norma, infatti, precisa che, diversamente da quanto avviene per il deposito privato tradizionale³, le merci non devono "essere immagazzinate in un locale riconosciuto come deposito doganale". In altre parole, la "virtualità" coincide con la circostanza che il deposito di Tipo E non identifica un luogo fisico di stoccaggio, ma un sistema di contabilità, preferibilmente tenuta su supporto informatico.

Quanto ai profili operativi, si deve evidenziare che "se le merci sono vincolate al regime del deposito doganale di tipo E, l'iscrizione nella contabilità di magazzino viene effettuata quando le merci raggiungono le installazioni di stoccaggio del titolare".⁴

La indiscutibile, nozione di "virtuale", si riferisce – è bene sottolinearlo – solo al fatto che le merci "non debbano essere immagazzinate in un locale riconosciuto come deposito doganale"⁵. Ne deriva che, restando impregiudicata la fisicità dello stoccag-

¹ L'Ufficio di controllo, così come concepito dall'art. 496 del DAC, è quello abilitato dall'autorizzazione a controllare il regime.

² Art. 496, lett. m), del DAC:

³ Il deposito doganale di Tipo C di cui all'art. 525, comma 2, lett. c).

⁴ Art. 530, comma 1, DAC.

⁵ Art. 525, comma 2, lett. b), DAC:

gio, il deposito viene espresso dalla contabilità che annovera tutto il carico delle diverse installazioni per la più completa tracciabilità delle merci.

In termini pratici, peraltro desunti in punto di diritto doganale comunitario e già applicati da diversi operatori comunitari in altri paesi U.E. (ma non ancora attivati da operatori italiani), qualificando le proprie “installazioni” di stoccaggio come tutte appartenenti all’unico deposito di Tipo E, autorizzato nell’ambito di una SEA, il depositario può gestire le peculiarità proprie del deposito doganale con riferimento ai beni esistenti sull’intero territorio della Comunità europea.

A titolo di esempio, se una Società costituisse “n” siti europei di stoccaggio e distribuzione vincolati al regime del deposito “virtuale” e controllati dalla contabilità italiana potrebbe ottenere:

- un differimento dei dazi e dell’IVA sino al momento di immissione in consumo dei prodotti;
- un risparmio degli oneri doganali per quelle merci che, eventualmente, vengano riesportate;
- la centralizzazione dei sistemi di gestione delle operazioni doganali presso l’ufficio di controllo;
- la riduzione di ogni possibile ritardo nello sdoganamento delle merci presso differenti Uffici doganali impiegati;
- la minimizzazione dei costi doganali grazie alla gestione centralizzata di classificazione e valorizzazione delle merci;
- la liquidazione dei diritti doganali per l’immissione in libera pratica delle merci vincolate al regime (ovunque ciò avvenga nell’ambito dei paesi coinvolti) nel luogo ove è tenuta la contabilità principale.

Con riferimento alle “installazioni” che, come già rilevato, il DAC riferisce al Tipo E per descriverne la peculiarità principale, la Circolare n. 16/D⁶ precisa che “sono soggette a vincolo doganale, l’insieme delle installazioni, costituito da magazzini, anche non confinanti, dell’impresa del titolare dell’autorizzazione”.

Viene quindi ribadito, anche in punto di prassi, che le “installazioni” possono non essere confinanti, senza finalmente più recare alcun limite relativamente a dove queste debbano essere collocate.

In passate disposizioni, infatti, l’operatività del Tipo E nel nostro Paese era stata limitata a sole “installazioni” presenti in un’unica regione. Ciò appariva certamente *contra legem* rispetto alla previsione della disciplina comunitaria che ne prevede, invece, l’esercizio transfrontaliero nei diversi Stati membri.

Ne consegue, che sebbene non enfatizzata né, purtroppo, coordinata con un riferimento all’impiego congiunto con la SEA, la nuova indicazione deve essere interpretata come un passo avanti nella direzione della piena operatività del regime a tutto vantaggio dei nostri operatori. Pertanto, anche nel nostro paese, sarà possibile esercitare depositi di Tipo E con installazioni situate dalle Alpi all’Etna o, ancora meglio, dal Mare del Nord al Mediterraneo, individuando come *Leader Authority* la nostra Agenzia delle Dogane.

⁶ Pag. 4.

Altra semplificazione sembra risiedere nella previsione che l'istanza debba essere presentata per tutte le tipologie di deposito, e quindi anche per il Tipo E, alla Direzione Regionale competente. In passato, la competenza al rilascio dell'autorizzazione per il deposito in commento era dell'Area Centrale.

Alla luce delle disposizioni del DAC, laddove un operatore nazionale intenda configurare un deposito di Tipo E con installazioni collocate in diverse regioni del nostro Paese, la Direzione Regionale competente deve verosimilmente individuarsi in quella nel cui territorio sarà tenuta la contabilità principale.

In definitiva, anche alla luce del più moderno approccio dell'amministrazione nazionale che deve uniformarsi allo *standard* comunitario per non discriminare i soggetti residenti con formalità non previste dalla disciplina armonizzata, sembra ormai tempo per le imprese nazionali di confrontarsi con un'adeguata pianificazione doganale, per minimizzare inefficienze nelle transazioni internazionali, evitare oneri doganali complessivi non necessari e semplificare il rapporto con l'Autorità di riferimento.

SEZIONE III

APPUNTI E RASSEGNE
Notes and surveys

The Tax Regime of Cultural Patronage in Italy and in Spain. A Comparative Analysis (Abstract)*

Anna Rita Ciarcia**

Marina Aguilar Rubio***

The article compares Italian and Spanish rules concerning the cultural patronage with a special focus on the tax advantages related to the sponsorship.

The term patronage includes contributions and gift made to a person with a view to achieving a specific goal of social, cultural or educational nature. Cultural patronage represents a marketing tool finalized to promote enterprises' image (and indirectly their business activities).

The final aim is to make the recipients of the message aware of the efforts made by the contributing enterprise to support charitable activities and other appreciable initiatives, so as to be preferred to its competitors.

In Italy there are no specific rules concerning the tax advantages related to the patronage. The tax treatment of contributions is generally contained in Art. 15, Art. 100 and Art. 147 of the Italian tax law code respectively applicable for individuals, companies and non-profitable entities.

The deduction of contributions aimed at the realization of cultural and entertaining programs was introduced in Art. 100 (2) m) of the Italian tax code as modified by Art. 38 of Law n. 342 of 21 November 2000 concerning "Measures of fiscal nature" (Collegato Fiscale).

The deductions of contributions and gift is limited to individual and corporate income tax (Irap and Ires) whereas it is irrelevant for Regional tax on Business Activities (Irap) purposes.

In Spanish Law n. 49 of 23 December 2002 regulates the fiscal regime of non-profit entities as well as the tax advantages related to the patronage.

The special tax treatment provided therein has an optional nature and the beneficiaries are required to communicate the option to local and central tax authorities according to the procedure set out in specific regulations.

The option is relevant for Individual income tax purposes (IRPEF), Corporate income tax (IS), inheritance and gift tax (ITPyAJD) as well as local taxes.

As it regards the recipients of the Contributions, Art.1 (1) of Ministerial Decree of 3 October 2002 lists certain persons that are regarded as beneficiaries insofar as the following conditions are met: a) the beneficiaries are non-profit entities b) the

* The part concerning the Spanish law has been edited by Marina Aguilar Rubio; the part concerning the Italian law by Anna Rita Ciarcia. This abstract has been edited in English by Anna Rita Ciarcia.

** Dottore di ricerca in Istituzioni e politiche ambientali, finanziarie e tributarie, University Federico II – Naples – Italia.

*** Dottoranda di ricerca in Derecho financiero y tributario Universidad de Almeria – Spain.

beneficiaries' statute must pursue cultural and entertaining aims c) such aims must be actually pursued.

Entities regarded as beneficiaries are subject to certain formal obligations provided in the law. As it regards the contributors there are no quantitative restrictions for deduction purposes. In order to achieve the tax benefits provided in the law, it is required to make the contributions to certain persons listed by the Ministry for cultural activities.

In Art. 16 of Law n. 49/2002 limits the tax advantages to contributions made in favor of certain selected entities.

As for the contributors Spanish Law distinguish among individuals, entities with legal personality or non-residents taxpayers. The deduction is allowed insofar as certain obligations are satisfied.

In Italy the sponsorship agreement is not expressly regulated by law and no particular form is required. The agreement has a patrimonial and synallagmatic nature.

According to such agreement a person (sponsor) contributes in kind or in money to another person (sponsee) with a view to obtain marketing benefits. The sponsor intends to promote his/her/its brand, name or products through initiatives or events that take place sporadically or over a certain period of time.

In Italy there are various forms of sponsorship. Tax advantages must be analyzed both from the perspective of the sponsor and of the sponsee.

In Spain the sponsorship for marketing purposes is an agreement through which the sponsee, receives on one hand financial support – aimed at realizing his/her/its sportive, cultural or charitable activities – and on the other hand, contributes to the promotion of the sponsor activities. (Art. 24.1 of Law 34/1988, General Law on Marketing Activities).

Beside such forms of onerous contribution, Law 49/2002 provides two more forms of gratuitous sponsorship hereby analyzed: partnership agreements concerning activities of general interest as well as programs of support and events of exceptional public interest.

Il regime tributario comparato del mecenatismo nell'ordinamento giuridico italiano e spagnolo*

Anna Rita Ciarcia**

Marina Aguilar Rubio***

SOMMARIO: I. *Introduzione e precedenti normativi* - II. *Mecenatismo*: 1. *Gli enti beneficiari del mecenatismo* - 2. *Le donazioni* - 3. *I soggetti donanti* 4. *Gli adempimenti necessari* - III. *Sponsorizzazione*: 1. *Le forme di sponsorizzazione in Spagna ed Italia* - 2. *I benefici fiscali alla sponsorizzazione in Spagna* - 3. *Il trattamento fiscale delle sponsorizzazioni in Italia* - IV. *Conclusioni*.

I. Introduzione e precedenti normativi

In Italia, l'art. 38 della L. n. 342 del 21 novembre 2000 recante "Misure in materia fiscale" (meglio nota come "Collegato fiscale") ha aggiunto all'art. 100, co. 2°, del Tuir (recante "Oneri di utilità sociale") la lettera m)¹, che introduce un'ulteriore fattispecie di liberalità deducibile dal reddito di impresa: le erogazioni liberali per progetti culturali.

Si tratta di un sistema di agevolazioni fiscali dirette ad incentivare le erogazioni liberali per la realizzazione di iniziative di interesse culturale e favorire il cosiddetto "mecenatismo", così consentendo ai titolari di reddito d'impresa (individuale, società, enti commerciali, enti non commerciali con reddito d'impresa) di beneficiare della relativa detrazione fiscale, nel rispetto delle condizioni che individuano tassativamente i beneficiari.

La dottrina italiana ritiene che le donazioni o erogazioni consistono in contributi, normalmente in denaro che un soggetto elargisce a favore di un altro soggetto, affinché questo li destini ad una specifica finalità o funzione di tipo culturale, educativo o sociale. Tale fenomeno si definisce mecenatismo e viene utilizzato dalle imprese al fine di promuovere la propria immagine (e, indirettamente, la propria attività), con l'obiettivo di far percepire al destinatario del messaggio che quella società impiega le proprie risorse per fare del bene, per dare sostegno a iniziative apprezzabili, per cui merita di essere preferita rispetto alle imprese concorrenti².

* La parte relativa alla normativa spagnola è stata curata dalla dott.ssa Marina Aguilar Rubio; la parte relativa alla normativa italiana dalla dott.ssa Anna Rita Ciarcia

** Dottore di ricerca in Istituzioni e politiche ambientali, finanziarie e tributarie Università Federico II di Napoli – Italia.

*** Dottoranda di ricerca in Derecho financiero y tributario Universidad de Almeria – Spagna.

¹ Cfr. Nel testo in vigore dal 1° gennaio 2004, così come modificato dall'art. 1 del D. L. n. 344 del 12 dicembre 2003, precedentemente era l'art. 65, co. 2°, lettera c-nonies).

² Cfr. LUNELLI, *Sponsorizzazione o mecenatismo*, in "Il fisco", n. 17/2004, 2549.

Da quanto detto, è evidente che in Italia non troviamo una legge specifica che regoli i benefici fiscali applicabili al mecenatismo. Il trattamento tributario delle erogazioni liberali è regolato dal T.U. delle imposte sui redditi. In particolare dall' art. 15 per le persone fisiche (*ex art. 13-bis*, in vigore fino al 31 dicembre 2003), art. 100 per le imprese (*ex art. 65*) e art. 147 per gli enti non commerciali (*ex art. 110-bis*).

Quanto alla disciplina precedente alla legge del 2000, occorre precisare che fino a pochi anni orsono la legge teneva per lo più separati gli interventi in tema di "beni culturali" dagli interventi in tema di "spettacolo", alla luce non soltanto delle differenze concettuali tra i due ambiti, ma soprattutto del loro fare capo ad apparati amministrativi diversi: il primo al Ministero dei beni culturali ed ambientali, il secondo dapprima al Ministero del turismo e dello spettacolo e quindi al dipartimento per lo Spettacolo presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Il quadro è in parte cambiato negli ultimi anni, perché la nozione unitaria di "bene e attività culturale", comprensiva tanto degli aspetti materiali quanto dei profili immateriali delle espressioni di cultura, e quindi tendenzialmente in grado di includere nella propria portata anche lo spettacolo, sembra essersi ormai radicata nella terminologia legislativa, nella quale peraltro si era già affacciata in precedenza (principalmente negli artt. 47 – 49 del D.P.R. n. 616 del 24 luglio 1977, le cui disposizioni in realtà avevano per larga parte contenuto programmatico e non autoapplicativo, giacché rinviavano a future leggi di settore). È vero che non mancano elementi di segno diverso, poiché a volte il legislatore sembra ancora tenere distinti i concetti di "attività culturali" e di "spettacolo", ma la nozione unitaria trova ormai un decisivo riscontro nell'organizzazione degli apparati dello Stato, dopo il recente riordino, poiché il nuovo ministero per i beni e le attività culturali si caratterizza anche per la circostanza di aver assorbito le competenze già svolte dal dipartimento dello Spettacolo. Al riguardo, l'art. 38 della L. n. 342/2000 sembra ispirato ad un duplice criterio: dal punto di vista del lessico, si riferisce ai "settori dei beni culturali e dello spettacolo", visti come ambiti distinti, conformandosi in apparenza all'impostazione tradizionale; dal punto di vista dei contenuti, invece, disciplina congiuntamente i due settori, cui, dunque, risulta applicabile la stessa disciplina, mostrando di aderire all'orientamento più recente. Quanto alla nuova disciplina introdotta dall'art. 38 citato, sarebbe inesatto, continua l'Autore, ritenere che prima dell'entrata in vigore di tale disciplina il nostro ordinamento tributario non conoscesse alcuna fattispecie di agevolazione fiscale per le donazioni a favore della cultura, poiché, invece, da tempo si registrano interventi normativi nella materia. Occorre precisare, inoltre, che anche il legislatore tributario si era sempre mosso nel senso di regolamentare separatamente i due ambiti dei beni culturali e dello spettacolo. Relativamente ai beni culturali, l'ordinamento fiscale italiano conosce significative misure di incentivazione soltanto a partire dall'entrata in vigore della L. n. 512 del 2 agosto 1982. La legge presenta un contenuto piuttosto articolato, poiché prende in considerazione pressoché tutti i profili del trattamento fiscale dei beni culturali, e quindi interviene sulle diverse normative concernenti i singoli tributi. Le sue disposizioni sono per la maggior parte ancora applicabili, sebbene siano state oggetto di un certo numero di modifiche e risultino confluite nei testi unici successivamente approvati in corrispondenza dei vari settori dell'ordinamento tributario, tra cui, in relazione alla disciplina del mecenatismo, rileva soprattutto il T.U. delle Imposte sui Redditi. In materia di spettacolo, considerazioni simili valgono per la legge n. 163 del

30 aprile 1985, nota per aver istituito il Fondo Unico per lo spettacolo, ma cui si deve pure la previsione di un significativo corpus di agevolazioni fiscali³.

La deducibilità delle liberalità in cui consiste il mecenatismo, infine, è limitata alle sole Imposte sui Redditi (Irpef o Irpeg), essendo irrilevante ai fini dell'Imposta Regionale sulle Attività Produttive (Irap). Ai fini della imposta regionale, infatti, ai sensi dell'art. 11-bis del D.L.vo n. 546/1997, tutte le erogazioni liberali, comprese quelle previste dall'art. 65, co. 2°, sono indeducibili.

In Spagna, al contrario, è stata emanata una legge che regolamenta espressamente il cd. Mecenatismo culturale: la L. n. 49 del 23 dicembre 2002, sul Regime Fiscale degli Enti senza fine di lucro e sugli Incentivi fiscali al Mecenatismo.

Tale legge regola, da una parte, la fiscalità degli enti senza fini di lucro, cioè, delle fondazioni ed associazioni dichiarate di utilità pubblica che rispettino alcuni determinati requisiti e, dall'altra, gli incentivi fiscali al mecenatismo, cioè, i benefici fiscali che spettano ai movimenti di denaro che vanno dai singoli soggetti e dalle imprese agli enti senza fine di lucro.

Negli artt. dal 16 al 24 della citata Legge si regola il mecenatismo inteso come la protezione e promozione dell'attività di interesse generale che realizzano gli enti senza fini di lucro e gli enti pubblici che si segnalano in essa. In questo senso si stabiliscono, mediante un'enumerazione chiusa, gli enti che possono essere beneficiari del mecenatismo e si regolano le deduzioni in quota a favore di coloro che realizzino donazioni ed erogazioni a beneficio degli enti beneficiari.

Negli artt. dal 25 al 27 si indicano le altre ipotesi di mecenatismo, distinte dalle precedenti, con la deducibilità delle spese derivate dagli accordi di collaborazione imprenditoriale in attività di interesse generale e si crea la cornice giuridica alla quale devono adattarsi i programmi di sostegno ad avvenimenti di eccezionale interesse pubblico fissando il loro contenuto massimo, la loro durata e le loro regole basilari.

Relativamente alla fiscalità del mecenatismo, la L. n. 49/2002 introduce alcune novità significative rispetto alla precedente, la L. n. 30 del 24 novembre 1994, sulle Fondazioni e sugli Incentivi Fiscali alla partecipazione privata in attività di interesse generale. In alcuni casi le novità sono state unicamente di chiarificazione del regime, come quella di raccogliere espressamente la possibilità di realizzare donazioni di diritti o la creazione di una lista chiusa e sistematica di enti che possono beneficiare del mecenatismo. In altri casi, il miglioramento del regime è sostantivo: si ampliano le deduzioni e si eliminano gran parte dei limiti previsti dalla precedente Legge⁴.

Il regime fiscale speciale si articola come un regime volontario, dovendo i potenziali beneficiari optare per esso e comunicare detta opzione all'Amministrazione Tributaria sia statale che locale nel termine e nelle forme che regolamentariamente si stabiliscano. Questa opzione vincolerà l'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche (IRPEF), l'Imposta sulle Società (IS) ed l'Imposta sulle Trasmissioni Patrimoniali ed Atti Giuridici Documentati (ITPyAJD), in conformità con la terza disposizione addizionale della L. n. 49/2002, così come i tributi locali. Niente si disciplina, tuttavia,

³ Cfr. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato*, in Aedon, "Rivista di arti e diritto on line", n. 2/2001.

⁴ Cfr. M. GIL DEL CAMPO, *Fiscalidad de Fundaciones, Asociaciones y del Mecenazgo*, Valencia, CISS, 2003, 267.

in relazione all'Imposta sul Valore Aggiunto (IVA), pertanto, l'esenzione dell'art. 20 della Legge che regola detta imposta si impone come norma indipendente dall'opzione del regime fiscale speciale stabilito dalla L. n. 49/2002 ed esige un riconoscimento formale da parte dell'Amministrazione Tributaria alla quale dovranno attenersi nelle forme stabilite con regolamento. In qualsiasi caso, esercitata l'opzione, l'ente rimane vincolato a questo regime di forma indefinita durante i periodi impositivi seguenti mentre si realizzano i requisiti che la Legge stabilisce e finché non si rinuncia alla sua applicazione.

La L. n. 49/2002 rappresenta il culmine di un processo regolatore degli incentivi fiscali alle attività di interesse generale disciplinato in un primo momento dalla Costituzione Spagnola che regolava la promozione delle attività di questa specie, attraverso le sovvenzioni, cioè, attraverso la spesa pubblica e non come beneficio fiscale. Tale sistema permetteva di conoscere la capacità contributiva reale e, pertanto, di controllare le entrate del sistema fiscale ma era più interventista e provocava un circuito entrata-spesa più lungo. Il panorama che disegnava il testo costituzionale presentava due eccezioni: il Concordato con la Santa Sede del 1979 che stabiliva esenzioni e sgravi per questa istituzione e la L. n. 16 del 25 giugno 1985, sul Patrimonio Storico Spagnolo, che regolava un modello con esenzioni per determinati beni e sgravi per determinate persone. Ma questa situazione continua ad evolversi col tempo. L'arrivo della Legge Organica n. 7 del 5 Luglio 1980, sulla Libertà Religiosa, inizia un movimento per il quale le confessioni che si accordino con lo Stato possono godere degli stessi benefici della chiesa Cattolica. Il cambiamento fondamentale si produce con l'entrata in vigore della L. n. 30 del 24 novembre 1994, sulle Fondazioni ed sugli Incentivi Fiscali alla Partecipazione Privata in Attività di Interesse Generale, con la quale nasce una nuova regolamentazione degli enti senza fini di lucro che implica una modernizzazione delle loro attività e che possono iniziare a essere titolari di operazioni economiche e di partecipazioni ed azioni di società mercantili. In questo modo, si inizia a prendere coscienza dell'importanza economica del settore culturale che esige sistemi di impresa poiché non può gestirsi al margine dell'economia. Questo implica una nuova organizzazione delle fondazioni ed il riconoscimento della cultura come un settore economico degno di protezione e comincia così una normativa di protezione degli enti senza fini di lucro e del mecenatismo specificamente, protezione che si realizza attraverso esenzioni o benefici fiscali. Questa via concede una maggiore libertà alla società civile ma stabilisce la necessità di un presupposto di spese fiscali, che esulano dalla contabilità nazionale e distorcono il panorama globale del sistema. Questo processo legale culmina con la L. n. 49/2002 ma per gran parte della dottrina spagnola essa non introduce nessuna novità rispetto alla precedente.

II. Mecenatismo

1. Gli enti beneficiari del mecenatismo

La normativa italiana ha disposto, *ex art.* 38 della L. n. 342/2000, che l'individuazione dei soggetti e delle categorie di soggetti che possono beneficiare delle erogazioni

è attribuita al Ministro per i beni e le attività culturali, il quale provvede con proprio decreto, periodicamente, sentita la conferenza unificata di cui all'art. 8 del D.L.vo 28 agosto 1997, n. 281.

L'art. 1 del D.M. 11 aprile 2001 (emanato in attuazione della legge n. 342/2000) individua i soggetti e le categorie di soggetti beneficiari delle liberalità:

a) lo Stato, le regioni e gli enti locali, relativamente alle attività nei settori dei beni culturali e dello spettacolo;

b) le persone giuridiche costituite o partecipate dallo Stato o dalle regioni o dagli enti locali;

c) gli enti pubblici o persone giuridiche private costituite mediante leggi nazionali o leggi regionali;

d) i soggetti, aventi personalità giuridica pubblica o privata, che abbiano ricevuto, almeno in uno degli ultimi cinque anni antecedenti all'anno di imposta in cui avviene l'erogazione in loro favore, ausili finanziari a valere sul Fondo unico dello spettacolo di cui alla L. 30 aprile 1985, n. 163 ("Nuova disciplina degli interventi dello Stato a favore dello spettacolo"), e che non siano incorsi in cause di revoca o decadenza dai predetti benefici *ovvero che, pur non avendo ricevuto ausili finanziari, si trovino nella condizione di aver diritto a riceverli, anche se nel primo anno di attività;*

e) i soggetti, aventi personalità giuridica pubblica e privata che, almeno in uno degli ultimi cinque anni antecedenti all'anno di imposta in cui avviene l'erogazione in loro favore, abbiano ricevuto ausili finanziari ai sensi della L. 17 ottobre 1996, n. 534 ("Nuove norme per l'erogazione di contributi statali alle istituzioni culturali"), e che non siano incorsi nella revoca o decadenza dai predetti benefici *ovvero che, pur non avendo ricevuto ausili finanziari, si trovino nella condizione di aver diritto a riceverli, anche se nel primo anno di attività;*

f) i soggetti *aventi personalità giuridica pubblica o privata* che, non rientrando nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti, comunque abbiano ricevuto, almeno in uno degli ultimi cinque anni antecedenti all'anno di imposta in cui avviene l'erogazione in loro favore, ausili finanziari (direttamente) previsti da disposizioni di legge statale o regionale.

Le lettere d), e) ed f) sono state così modificate dal D.M. 3 ottobre 2002, in virtù di quanto proposto dalla Conferenza unificata che aveva espressamente raccomandato al Ministro per i beni e le attività culturali di verificare la possibilità di aggiornare periodicamente il decreto, al fine di valutare la possibilità e le modalità di identificazione di quei soggetti privati che, pur svolgendo meritoria attività nell'ambito dei beni culturali e dello spettacolo, essendo di recente costituzione, non percepiscono contributi dallo Stato, dalle regioni o dagli enti locali.

g) le associazioni, fondazioni e consorzi, che risultino costituiti sia tra enti locali e soggetti con personalità giuridica di diritto privato rientranti nelle categorie di cui alle lettere precedenti, sia esclusivamente tra tali ultimi soggetti;

h) le persone giuridiche private che sono titolari o gestori di musei, gallerie, pinacoteche, aree archeologiche o raccolte di altri beni culturali o universalità di beni mobili comunque soggetti ai vincoli e alle prescrizioni di cui al D.L.vo 29 ottobre 1999, n. 490 ("Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art. 1 della L. 8 ottobre 1997, n. 352") funzionalmente organizzati ed aperti al pubblico per almeno cinque giorni alla settimana con orario continuato o predeterminato.

i) le persone giuridiche private che esercitano attività dirette a formare e diffondere espressioni della cultura e dell'arte, così come definite dall'art. 148 e segg. del D.L.vo del 31 marzo 1998, n. 112.

La prassi⁵ ha chiarito, infine, che non possono essere beneficiari di tali erogazioni le parrocchie e gli altri enti ecclesiastici "in quanto non rientra tra i compiti istituzionali degli stessi lo svolgimento di attività e realizzazione di programmi nel settore dei beni culturali, come previsto dall'art. 1, co. 1°, del D.M. 3 ottobre 2002⁶.

L'essere ricompresi nell'elenco di cui all'art. 1 del decreto citato non è, però, condizione sufficiente per poter beneficiare delle erogazioni liberali in denaro. È, infatti, necessario, altresì, il rispetto, da parte degli stessi, delle seguenti condizioni: a) non perseguano fini di lucro; b) il proprio atto costitutivo o statuto preveda il perseguimento di finalità nei settori dei beni culturali e dello spettacolo; c) vi sia inoltre l'effettivo svolgimento della corrispondente attività (art. 3, D.M. 11 aprile 2001).

La legge italiana non stabilisce limiti all'importo deducibile dal reddito di impresa del soggetto che effettua l'elargizione. Dispone, al contrario, che i soggetti beneficiari della liberalità hanno l'obbligo di versare all'Erario, entro il 30 aprile di ogni anno, un importo pari al 37% della differenza tra le somme complessivamente ricevute e la quota assegnata dal Ministero (art. 38, c. 1, ultima parte, L. n. 343/2000). La *ratio* di questo meccanismo è apparentemente semplice ed intuitiva: l'erario, per esigenze di controllo della finanza pubblica, si fa carico del risparmio fiscale dei soggetti eroganti fino ad una certa soglia, al di là della quale si attiva presso i beneficiari per recuperare il minor gettito fiscale derivante dalle donazioni eccedenti⁷.

Tale obbligo sorge nel caso in cui l'ammontare complessivo delle erogazioni liberali superi un determinato importo convenzionalmente fissato dal Ministero della Economia e delle Finanze, di concerto col Ministero per i Beni e le Attività Culturali. Per il 2001, l'importo in lire fu di 270 miliardi (139.443.462,75 €); per il 2002, di 175 miliardi (90.379.957,34 €); e fino a 100 miliardi (51.645.689,91 €) a partire dal 2003 e rideterminabile annualmente mediante decreto (articolo 38.3). Il superamento di tale limite appare oggi come qualcosa di completamente improbabile, in virtù della scarsa diffusione che gli incentivi fiscali hanno avuto tra le imprese. Dai dati diffusi dal Ministero risulta che nel 2003, per l'esercizio 2002, sono stati donati un totale di 17,5 milioni di euro, mentre nel 2002 le donazioni totali furono di 15 milioni di euro e, nel 2001, in due mesi, si realizzarono donazioni per 17 milioni di euro⁸.

In Spagna, l'articolo 16 della L. n. 49/2002, stabilisce che gli incentivi fiscali al mecenatismo saranno applicabili alle donazioni ed erogazioni che si facciano a favore dei seguenti enti:

a) Gli enti senza fini di lucro ai quali si applichi il regime fiscale speciale stabilito dalla Legge, cioè, quegli enti a cui si riferisce l'art. 2 della Legge e le sue disposizioni addizionali 5^a, 6^a, 8^a, 9^a e 13^a.

⁵ Cfr. Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 198/E del 20 ottobre 2003, in "Il fisco", n. 40/2003, 6147.

⁶ Cfr. POSARELLI, *Le liberalità a favore di iniziative culturali*, in "Il fisco", n. 13/2004, 1977.

⁷ Cfr. GARCEA, *Il sostegno delle iniziative culturali nella riforma della tassazione dei redditi*, in "Riv. dir. trib.", n. 6/2004, 775.

⁸ Cfr. CHERCHI, *Aiuti alla cultura in lieve ripresa*, in "Il Sole 24 Ore", 9 marzo 2004, 25.

L'art. 2 descrive come potenziali beneficiari del regime tributario speciale, considerandoli senza fini di lucro, i seguenti enti: le fondazioni; le associazioni dichiarate di utilità pubblica; le organizzazioni non governative di sviluppo; le delegazioni di fondazioni straniere iscritte nel registro delle fondazioni e nelle federazioni sportive spagnole e le federazioni territoriali integrate in quelle, il Comitato Olimpico Spagnolo ed il Comitato Paraolimpico Spagnolo⁹.

Tuttavia, la qualificazione di ente senza fine di lucro non si produce in maniera automatica per il mero fatto che si tratti di un ente di quelli citati nella Legge. Affinché tali enti siano qualificati come enti senza fini di lucro e possano, pertanto, essere beneficiari del regime fiscale speciale, devono rispettare tutti i requisiti stabiliti nell'art. 3 della L. n. 49/2002. Questo implica che non tutti gli enti citati possono essere considerati enti senza fini di lucro e, pertanto, godere di un regime fiscale vantaggioso. In questo senso, distinguiamo tra requisiti sostantivi, o necessari per costituire valevolmente un ente tra quelli citati, ed requisiti stabiliti per potere godere di una fiscalità ridotta¹⁰.

Questi ultimi requisiti possono riassumersi nei seguenti:

- 1) perseguire fini non di lucro o fini di interesse generale;
- 2) destinare almeno a questi fini il 70% dei redditi netti in quattro anni;
- 3) l'insieme delle sue attività economiche non esenti non può superare il 40% dei redditi annuali;
- 4) essere iscritti nel Registro;
- 5) rispettare gli obblighi numerabili;
- 6) redigere annualmente la rendicontazione;
- 7) elaborare annualmente una memoria economica;
- 8) nel caso di fondazioni ed associazioni che ottengano la dichiarazione di utilità pubblica i soci non potranno essere i destinatari principali e gli incarichi di rappresentanti devono essere gratuiti;
- 9) nel caso di scioglimento, devolvere il proprio patrimonio ad enti simili.

Per alcuni questi requisiti costituiscono reiterazioni non necessarie poiché la stessa L. n. 50 del 26 dicembre 2002, sulle Fondazioni, dispone che sono requisiti necessari per la costituzione ed il funzionamento di una fondazione: il rispetto di fini di interesse generale (art. 2); l'esistenza di limiti nei beneficiari (art. 2.3); il rispetto degli obblighi contabili (art. 25); la destinazione del 70% dei suoi redditi ed entrate ai fini di interesse generale (art. 27); l'iscrizione nel Registro corrispondente (artt. 36 e seguenti). Tuttavia, ci sono autori che considerano positiva questa reiterazione. In tal senso si pronunciano alcuni, principalmente perché dopo la riforma si introduce un altro tipo di ente distinto dalle fondazioni e dalle associazioni di utilità pubblica che possa essere considerato come ente senza fini di lucro, in tal modo si stabiliscono requisiti fiscali che per alcuni di questi enti, non erano stati previsti dalle leggi sostantive¹¹.

⁹ Nell'ambito sportivo è criticabile che non si aggiungano i club basilari, i raggruppamenti sportivi o gli enti di promozione sportiva che, per le loro caratteristiche, neanche possono convertirsi in associazioni di utilità pubblica, ma che sono quelli che realmente devono finanziarsi attraverso apporti economici o donazioni. Questo non è il caso delle federazioni sportive e tanto meno dei Comitati Olimpico e Paraolimpico Spagnoli.

¹⁰ Cfr. T. GARCÍA LUIS, *Fiscalidad de fundaciones y asociaciones*, Valladolid, Lex Nova, 1995.

¹¹ Questo è il caso delle organizzazioni non governative di Cooperazione Internazionale per lo Sviluppo o delle Federazioni sportive.

Inoltre, perché la maggioranza delle Comunità Autonome ha approvato proprie Leggi in materia di Fondazioni e, pertanto, è naturale che il legislatore statale abbia voluto contare su una legislazione fiscale specifica di fronte ad una possibile disparità di criteri introdotti dalle Leggi sostantive autonomistiche¹².

Ma le critiche ai requisiti che doveva rispettare un ente senza fine di lucro per poter godere del regime fiscale speciale non sono nuove. In seguito alla L. n. 30/1994 si è ritenuto che i requisiti fiscali per le fondazioni non erano altro che una dimostrazione dell'abituale diffidenza manifestata dal legislatore fiscale verso la figura della fondazione dato che incrementavano la pressione fiscale indiretta sulle stesse producendo un aumento dei costi di gestione amministrativa di questi enti in modo ingiustificato poiché, se la ragione d'essere di una fiscalità vantaggiosa per le fondazioni si trova nel fine di interesse generale che seguono e nel risparmio di spesa pubblico che il loro lavoro implica per l'Amministrazione, tutte le fondazioni rispettavano tali premesse dalla loro costituzione¹³.

Agli enti precedentemente citati occorre sommare quelli che si indicano nelle disposizioni addizionali citate e che si concretano nella Croce Rossa spagnola; nell'Organizzazione Nazionale di Ciechi spagnoli; nell'Opera Pia dei Sacri Posti; nella Chiesa Cattolice e altre Chiese, confessioni e comunità che abbiano sottoscritto accordi di cooperazione con lo Stato spagnolo e le Fondazioni proprie di questi enti; e negli enti benefici di costruzione. Per alcuni di questi enti la Legge rende più flessibili i requisiti da rispettare per poter accedere al regime speciale del Titolo II e che abbiamo appena enumerato.

b) Lo Stato, le Comunità Autonome e gli enti locali, così come gli organismi autonomi dello Stato e gli enti autonomi di carattere analogo alle Comunità Autonome e agli Enti Locali.

c) Le università pubbliche e alcune determinate residenze per studenti universitari (es. Colegio Mayor).

d) L'Istituto Cervantes, l'Istituto Ramón Llull e le altre istituzioni con fini analoghi alle Comunità Autonome con lingua ufficiale propria.

2. Le donazioni

In Italia, secondo il tenore letterale dell'art. 38 della L. n. 342/2000, sono integralmente deducibili dal reddito di impresa le erogazioni liberali effettuate esclusivamente in denaro (ciò implica che rimarrebbero escluse quelle fatte in natura) a favore, tra l'altro, di enti o istituzioni pubbliche, di fondazioni e di associazioni legalmente riconosciute, per lo svolgimento dei loro compiti istituzionali e per la realizzazione di programmi culturali. Pertanto, la realizzazione di una donazione o erogazione in natura non dà diritto, in Italia, ad alcuna deduzione, ai sensi dell'art. 100 Tuir che, al

¹² Cfr. M. RUIZ GARIJO, *Aspectos críticos de los requisitos de las entidades sin fines lucrativos para la obtención del régimen de exención*, Jaén, 2003, 42 (sin publicar).

¹³ Cfr. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Régimen tributario de las fundaciones en la Ley 30/1994: condiciones para su obtención*, Pamplona, Aranzadi, 1998, 26.

co. 4°, stabilisce che “le erogazioni liberali diverse da quelle considerate nei commi precedenti non sono ammesse in deduzione¹⁴.”

Nel caso spagnolo, vi è, invece, una regolamentazione molto dettagliata.

L'art. 17 della L. n. 49/2002 stabilisce le ipotesi in cui le donazioni e le erogazioni daranno diritto ad una detrazione dalla quota integra¹⁵ che si calcolerà in funzione degli articoli seguenti.

Le ipotesi contemplate nella Legge sono le donazioni e le erogazioni irrevocabili, pure e semplici, realizzate a favore degli enti beneficiari e che consistono in:

a) Donazioni in denaro, di beni o di diritti: si riferisce a quelle regolate dal Codice civile, sebbene, l'espressione pura e semplice, esclude le donazioni onerose, remuneratorie e, perfino, i modali. Con riferimento al suo carattere irrevocabile, si intende che non possono condizionate dal donatore al compimento di determinati fini. Non possono considerarsi donazioni deducibili le mere cessioni di uso, non consistendo nel trasferimento lucroso di nessun bene o diritto.

b) Quote di adesione ad associazioni a cui non corrisponda il diritto a percepire una prestazione presente o futura.

c) Costituzione di un diritto reale di usufrutto su beni, diritti o valori realizzati senza controprestazione: la dottrina ha segnalato l'importanza di distinguere tra costituzione e cessione di un usufrutto, dato che questa ultima entrerebbe nelle cessioni di diritti che abbiamo esposto prima ed la cui base di detrazione si calcola in modo differente secondo quanto disposto dall'art. 18¹⁶.

d) Donazioni di beni che rientrino nel Patrimonio Storico Spagnolo: nonostante la dizione di questo comma, occorre chiarire che non sono escluse le donazioni di beni integranti del Patrimonio Storico delle Comunità Autonome, come bene si deduce dalla quarta disposizione addizionale.

e) Donazioni di beni culturali di garantita qualità.

Dette donazioni possono essere revocate da qualunque delle ipotesi regolate dal Codice civile – sopravvenienza di discendenza ed ingratitude del donatario –, nel qual caso, il donatore dovrà versare le quote corrispondenti alle deduzioni applicate, oltre agli interessi di ritardo che spettino, nel periodo impositivo in cui la revoca si produce. Tale regolarizzazione, inoltre, dovrà realizzarsi in caso di separazione volontaria dei soci di un'associazione quando questi abbiano diritto a recuperare la partecipazione patrimoniale iniziale o altri apporti economici realizzati.

¹⁴ Cfr. GIUA, *Il punto su mecenatismo e sponsorizzazioni culturali*, in “Corr. trib.”, n. 6/2001, 416, secondo il quale, qualora un'impresa voglia contribuire alla riuscita di una iniziativa culturale, organizzata dai soggetti individuati dal legislatore fiscale, mediante apporto di beni e/o servizi, la stessa non può dedurre dal reddito d'impresa i relativi costi, trattandosi di liberalità diverse da quelle indicate nel co. 2°, lett. *c-quater* (essendo in natura e non in denaro).

¹⁵ Per capire il concetto di quota integra occorre capire il meccanismo dell'IRPF spagnola. La base imponibile sarà data dalla somma delle 4 categorie di redditi: lavoro, capitale mobiliare, capitale immobiliare, profitti e perdite patrimoniali. Si sottraggono le deduzioni (Minimo personale e familiare) e si avrà la base liquidabile. A questa si applicherà l'aliquota e si avrà la quota integra da cui si sottraggono le detrazioni e avremo la quota liquida.

¹⁶ Cfr. L.M. MARCO SERRANO, *El régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, in CEF, “Revista de Contabilidad y Tributación”, n. 250, 45.

A seconda del tipo di donazione o erogazione, la base della detrazione cui avrà diritto il donatore si calcolerà con differenti regole stabilite dall'art. 18 della L. n. 49/2002.

a) Nel caso di donazioni:

a') Quando siano in denaro, la base consisterà nel suo importo. In questa ipotesi possiamo includere il pagamento di quote di adesione che non corrispondano col diritto a percepire una prestazione presente o futura, dato che essendo le quote in denaro, la detrazione della base sarà anche l'importo annuale delle quote soddisfatte.

b') Quando siano di beni o diritti, si guarderà al valore contabile che avranno al momento del loro trasferimento e, in caso di mancanza, al valore determinato secondo le norme dell'Imposta sul Patrimonio (IP). Da ciò, si deduce che per le donazioni effettuate da una persona giuridica, o fisica con attività economica, la base si determinerà in modo conforme al valore contabile di ciò che è stato donato, ciò, potrebbe disincentivare le donazioni di beni o diritti con valori contabili che si distacchino da quelli del mercato. Se a questo aggiungiamo che per la persona fisica senza attività economica e, pertanto, non tenuta agli obblighi di contabilità, la norma considera il valore stabilito in base all'IP, che cerca fundamentalmente valori reali, si produce una disuguaglianza carente di giustificazione.

b) Nel caso di costituzione di un diritto reale di usufrutto l'articolo distingue le seguenti ipotesi:

a') Costituzione di un diritto reale di usufrutto su beni immobili, la base della detrazione sarà l'importo annuale che risulti applicando, in ognuno dei periodi impositivi di durata dell'usufrutto, il 2% del valore catastale (si determina proporzionalmente al numero di giorni che corrisponde ad ogni periodo).

b') Costituzione di un diritto reale di usufrutto su titoli (ad es. azioni, obbligazioni), calcoleremo la base in funzione dell'importo annuale dei dividendi o interessi percepiti dall'usufruttuario in ognuno dei periodi impositivi di durata dell'usufrutto. Questa ipotesi è stata qualificata di "profilassi fiscale"¹⁷.

c') Costituzione di un diritto reale di usufrutto su altri beni e diritti, la base sarà l'importo annuale risultante dall'applicazione dell'interesse legale del denaro di ogni esercizio al valore dell'usufrutto determinato al momento della costituzione secondo le norme dell'Imposta di trasmissioni Patrimoniali ed Atti Giuridici Documentati¹⁸.

Nei casi in cui la L. n. 49/2002 ci rimette al concetto di valore reale si dovrà ponderare la convenienza di donare l'usufrutto invece della piena proprietà, sia di beni o di diritti, secondo il valore contabile che non concordi col valore attuale degli stessi sul mercato.

c) Nel caso di donazioni di beni culturali di qualità garantita e dei beni che facciano parte del Patrimonio Storico Spagnolo, la base della detrazione sarà la valutazione effettuata dalla Giunta di Qualificazione, Valutazione ed Esportazione¹⁹.

¹⁷ Cfr. L. M. MARCO SERRANO, *El régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, cit., 47.

¹⁸ Per gli usufrutti temporanei è il 2% per il numero di anni in cui si costituisce l'usufrutto, prendendo come base il valore reale del bene sul quale si costituisce.

¹⁹ In tal modo, la L. n. 49/2002 si allontana dalla norma di valutazione 6^a dell'Adattamento al Piano Generale di Contabilità per enti non di lucro, approvato dal Real Decreto 776/1998 che stabilisce che i beni del Patrimonio Storico Spagnolo si stimeranno in base al prezzo di acquisizione includendo nello stesso le spese di condizionamento e costituendo un anticipo di spesa per le riparazioni e la conservazione.

3. Soggetti donanti

La Legge italiana n. 342/2000 non stabilisce limiti all'importo deducibile nel reddito del soggetto che effettua la donazione. Secondo l'art. 100, co. 2°, lettera m, del Tuir, che è stato modificato dall'art. 38 della L. n. 342/2000, sono integralmente deducibili dal reddito di impresa le erogazioni liberali effettuate esclusivamente in denaro a favore, tra l'altro, di enti o istituzioni pubbliche, di fondazioni e di associazioni legalmente riconosciute, per lo svolgimento delle sue fini istituzionali e per la realizzazione di programmi culturali.

Per le imprese eroganti non vi è alcun limite quantitativo alla deducibilità di tali erogazioni, anche se, per il conseguimento dell'agevolazione occorre erogare le somme a taluni soggetti indicati tassativamente dal Ministero per i beni ambientali e le attività culturali ed effettuare alcuni adempimenti²⁰.

L'art. 38 sopracitato modifica solo l'art. 100, ma trascura di operare un'analoga modifica per quanto riguarda il reddito degli enti non commerciali e, soprattutto, il reddito delle persone fisiche, pertanto il nuovo regime degli incentivi, sebbene il legislatore non affermi esplicitamente di volerlo riferire all'una o all'altra categoria di contribuenti, in definitiva risulta applicabile soltanto ai soggetti imprenditoriali.

Non è possibile sapere se ciò sia dovuto ad una semplice svista degli estensori della norma o se, invece, corrisponda alla precisa intenzione di limitare l'area delle agevolazioni per attenuare l'impatto sul gettito fiscale²¹.

È certo, però, che l'area del mecenatismo non aziendale, e specificamente del mecenatismo dei privati cittadini, che in altri Paesi, ad es. l'America, costituisce l'asse portante del finanziamento filantropico alla cultura, nel nostro ordinamento rimane relegato ai margini del sistema²².

Per le persone fisiche rimane in vigore la disciplina prevista dall'articolo 15 del Tuir, così come modificato da ultimo dal D.L.vo 31 maggio 1994, n. 330 – convertito dalla L. 27 Luglio 1994, n. 473 – che ha mutato il regime agevolativo, spostandolo da quello della deducibilità a quello della detraibilità. L'ammontare concesso in detrazione era, inizialmente, pari al 27% dell'onere sostenuto; ma è stato progressivamente ridotto al 22% e infine all'attuale 19%²³.

Per gli enti non commerciali ed i non residenti, gli artt., rispettivamente, 147 e 24 Tuir, operano un rinvio a quanto previsto dall'art. 15, prevedendo, pertanto, una detrazione del 19%.

Quanto alle Società di persona ed enti equiparati, l'art. 5 del Tuir prevede che i redditi da essi prodotti sono direttamente imputabili a ciascun socio, indipendentemente dalla sua percezione, proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili. Allo stesso modo, anche le eventuali erogazioni liberali effettuate da queste

²⁰ Cfr. Circ. n. 207/E del 16 novembre 2000, punto 1.5.9

²¹ L'allora sottosegretario al Ministero del Tesoro, Pietro Giarda, uno degli ispiratori della nuova disciplina, criticò esplicitamente detta carenza ed espresse la necessità di porre rimedio, durante l'intervento al congresso "I percorsi della cultura tra pubblico e privato", celebrato a Milano il 22 gennaio di 2001.

²² Cfr. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato*, in *Aedon*, "Rivista di arti e diritto on line", n. 2/2001.

²³ Cfr. PASCALE-CAMMAROTO, *Le agevolazioni fiscali in materia di beni culturali*, in "Il fisco", n. 23/2002, 3640.

categorie di soggetti vanno direttamente imputati *pro quota* al singolo socio che può quindi porle in detrazione dall'imposta dovuta, nel rispetto dei limiti fissati dall'art. 15 del Tuir²⁴.

In Spagna, l'ordinamento giuridico distingue tra i donatori a seconda che siano persone fisiche, giuridiche o non residenti.

A. *Persone fisiche:*

I contribuenti dell'IRPF potranno detrarre dalla propria quota integra il 25% della base della detrazione calcolata così come espresso anteriormente ma purché questa quantità non superi il 10% della base liquidabile dal soggetto passivo. Ciò si deduce dal tenore dell'art. 19.2. che stabilisce l'operatività del limite introdotto dall'art. 56.1 della L. n. 40/1998, dell'IRPF (che ora deve intendersi regolato dall'art. 70 del Real Decreto Legislativo n. 3/2004, che ha sostituito la L. n. 40/1998). Inoltre, sono esenti da imposte i guadagni patrimoniali che si realizzino in caso di donazioni o erogazioni e dall'Imposta sull'Incremento di Valore dei Terreni di Natura Urbana, IIVTNU, per gli incrementi che si realizzino con il trasferimento di terreni o con la cessione di diritti reali sugli stessi (art. 23 della L. n. 49/2002).

B. *Persone giuridiche:*

Per il caso di persone giuridiche la detrazione dalla quota integra sarà del 35% della base della detrazione, con il limite dell'1% della base imponibile dell'ente per il corrispondente esercizio. Orbene, in questo caso, quando si produce un eccesso questo si può trasportare nei periodi impositivi che finiscano nei dieci anni immediati e successivi, possibilità che non è prevista dell'IRPF. Inoltre, saranno esenti i redditi positivi che si realizzino in conseguenza di donazioni o erogazioni. Nello stesso senso, saranno esenti dell'IIVTNU gli incrementi che si realizzino con il trasferimento di terreni o con la cessione di diritti reali sugli stessi (art. 23 della L. n. 49/2002).

C. *Non residenti:*

L'art. 21 distingue, per l'applicazione dei benefici fiscali ai non residenti, tra quelli che operano o non con stabile organizzazione nel territorio spagnolo. Nel caso che il non residente operi in territorio spagnolo senza stabile organizzazione, la detrazione a cui avrà diritto sarà la stessa che corrisponde alle donanti persone fisiche col limite del 10% dei redditi ottenuti nel termine di un anno dalla data della donazione o erogazione. Se il non residente opera in Spagna con stabile organizzazione, la Legge la assimila all'ipotesi di donanti persone giuridiche. Come per le persone fisiche, e giuridiche, saranno esenti i guadagni patrimoniali o i redditi positivi che affiorino in virtù delle donazioni realizzate e dell'IIVTNU.

Le percentuali di detrazione ed i limiti massimi di detrazione applicabili si alzeranno di cinque punti percentuali sia per le persone fisiche o giuridiche o per i non residenti, quando le donazioni o erogazioni siano destinate ad attività prioritarie di mecenatismo che ogni anno saranno stabilite, in virtù dell'art. 22, della Legge di Presupposti Generali dello Stato.

²⁴ Cfr. TOMASIN-ZANETTI, *Deducibilità delle erogazioni liberali*, in "Il fisco", n. 36/2000, 11051.

Occorre, a tal punto, sottolineare la discordanza di trattamento che ricevono le persone fisiche e le giuridiche, a nostro giudizio del tutto ingiustificato. E non ci riferiamo solo alla percentuale di detrazione che è obiettivamente inferiore per le persone fisiche, ma anche che questa risulti ancora più sfavorevole se teniamo conto la progressività dell'imposta, progressività che non si realizza nell'IS la cui aliquota è proporzionale. Inoltre, come già abbiamo espresso, la possibilità di compensare gli eccessi in altri esercizi impositivi è prevista solo per le persone giuridiche.

4. Gli adempimenti necessari

L'ordinamento giuridico italiano condiziona l'effettività delle deduzioni corrispondenti per le donazioni effettuate dai soggetti donanti al dovuto accredito delle stesse. Così, il D. M. 3 ottobre 2002, all'art. 4, dispone l'obbligo per i soggetti che effettuano donazioni di comunicare al Segretariato generale del Ministero per beni e le attività culturali nonché al sistema informatico dell'Agenzia delle Entrate, entro il 31 gennaio di ogni anno, i dati relativi alle donazioni effettuate nell'anno precedente, cioè l'ammontare delle donazioni ed erogazioni effettuate, le proprie generalità comprensive dei dati fiscali ed le generalità dei soggetti beneficiari.

Per quanto riguarda le modalità di pagamento delle donazioni, con la Circ. n. 107/E del 31 dicembre 2001 dell'Agenzia delle Entrate, e con la Circ. n. 141 del 31 dicembre 2001 del Ministero per beni e le attività culturali²⁵, si è ritenuto opportuno che siano effettuate mediante sistemi di pagamento che permettano lo svolgimento di controlli adeguati, come ad esempio conti correnti bancari, postali, vaglia postali, assegni non trasferibili intestati all'ente destinatario dei versamenti.

Se la donazione è effettuata a favore dello Stato, il versamento dovrà realizzarsi presso una delle sezioni della Tesoreria provinciale dello Stato, direttamente o mediante bollettino di conto corrente postale intestato alla medesima Tesoreria. Nel documento di versamento e nella relativa ricevuta rilasciata dal soggetto beneficiario deve essere fatto esplicito riferimento all'art. 38 della L. n. 342/2000 o, meglio, all'art. 100, co. 2°, lettera m, del Tuir.

Gli enti beneficiari, a loro volta, sono tenuti a comunicare al Segretariato generale del Ministero per beni e le attività culturali, entro il 31 gennaio dell'anno successivo a quello di riferimento, l'ammontare donazioni ricevute indicando le generalità del soggetto erogante, le finalità o attività per le quali le donazioni o erogazioni sono state elargite ovvero la riferibilità delle erogazioni stesse ai loro compiti istituzionali.

Le Circ. n. 107/E/2001 e n. 141/2001 stabiliscono anche che entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello dell'esercizio impositivo, il Ministero per i beni e le attività culturali, che controlla le donazioni, comunicherà la lista dei soggetti beneficiari e l'ammontare delle donazioni effettuate al sistema informativo dell'Agenzia delle Entrate secondo le modalità informatiche che si stabiliranno. I funzionari del Ministero che saranno incaricati della gestione delle donazioni, presenteranno annualmente, entro il 31 gennaio dell'anno successivo a quello dell'esercizio tributario, per il tramite

²⁵ Le due Circolari sono state emesse congiuntamente.

della Direzione Generale alla quale appartengono, il rendimento relativo all'impiego di dette donazione insieme alla relazione esplicativa²⁶.

Come in Italia, anche in Spagna per potere procedere all'applicazione delle deduzioni è necessaria la realizzazione di determinati adempimenti. In questo senso, l'art. 24 della L. n. 49/2002, condiziona l'effettività delle citate deduzioni al dovuto accreditamento delle stesse da parte dei donatori, mediante certificazione spedita dall'ente beneficiario nella quale, oltre alle generalità del donatore dell'ente beneficiario, occorre indicare i seguenti estremi:

1. menzione espressa che l'ente donatario sia compreso tra i beneficiari di donazioni deducibili come stabilito dall'art. 19 della L. n. 49/2002.
2. data ed importo delle donazioni in denaro
3. documento pubblico o un altro documento autentico che accrediti la consegna di donazioni non in denaro
4. fine che l'ente beneficiario darà all'oggetto donato nel rispetto del suo oggetto sociale o finalità.
5. menzione espressa del carattere irrevocabile della donazione.

Dall'altra parte, gli enti beneficiari non sono esenti da obblighi poiché dovranno presentare all'Amministrazione Tributaria le informazioni sulle certificazioni spedite nel mese di gennaio di ogni anno, in relazione alle donazioni dell'anno immediatamente precedente (art. 24.2 della L. 49/2002, emanato a seguito dell'art. 6.2 del Reale Decreto n.1270/2003)²⁷.

III. Sponsorizzazione

1. Forme di sponsorizzazione in Spagna ed Italia

In Italia, la sponsorizzazione²⁸ è un contratto atipico (art. 1322 c.c.), di forma libera (art. 1350), di natura patrimoniale (art. 1174), e sinallagmatico²⁹ per mezzo del

²⁶ Questa è una cautela per evitare l'utilizzo degli incentivi fiscali con una finalità di elusione di imposte.

²⁷ La citata dichiarazione informativa si realizza attraverso il modello 182, approvato dall'Ordine Ministeriale HAC/3219/2003, del 14 novembre 2003.

²⁸ Cfr. LUNELLI, *Fisco e beni culturali – Vantaggi tributari e agevolazioni degli interventi di salvaguardia e di valorizzazione*, in "Il fisco", n. 27/2006, fasc. 2, 4027, per il quale definisce la sponsorizzazione, definita come "l'arte di far parlare di sé parlando d'altro", ha trovato esplicito riconoscimento legislativo nell'art. 2 del D.L.vo. n. 30 del 22 gennaio 2004 (seppur limitatamente ai comuni) e, poi, nell'art. 120 del D.L.vo. n. 42/2004, secondo cui: E' sponsorizzazione di beni culturali ogni forma di contributo in beni e servizi da parte di soggetti privati alla progettazione o all'attuazione di iniziative del Ministero, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali, ovvero di soggetti privati, nel campo della tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività dei soggetti medesimi (comma 1); con la precisazione che la predetta promozione può avvenire attraverso l'associazione del nome, del marchio, dell'immagine, dell'attività o del prodotto all'iniziativa oggetto del contributo, in forme compatibili con il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare, da stabilirsi con il contratto di sponsorizzazione (comma 2); nel quale sono altresì definite le modalità di erogazione del contributo nonché le forme del controllo, da parte del soggetto erogante, sulla realizzazione dell'iniziativa cui il contributo si riferisce (comma 3).

²⁹ L'esistenza per lo sponsor e per il sovvenzionato di obblighi contrattuali correlativi è uno degli elementi che differenzia la sponsorizzazione dal mecenatismo.

quale un soggetto (lo sponsor o il patrocinatore) si impegna ad assicurare un beneficio in natura o in denaro all'altro contraente (lo sponsee o il sovvenzionato), perché questi dia visibilità al marchio, al nome o ai prodotti del primo in occasione di una iniziativa, di un evento, di una manifestazione che può svolgersi una tantum o in un periodo di tempo³⁰.

Nonostante le diverse figure di sponsorizzazione che la dottrina è stata capace di localizzare, il loro trattamento fiscale è uniforme. Le principali forme di sponsorizzazione sono:

- a. sponsorizzazione di un evento, quali grandi manifestazioni nelle quali lo sponsor acquista il diritto di comparire come sponsor ufficiale ed intitolare la manifestazione a proprio nome;
- b. sponsorizzazione dei clubs, nella quale un certo gruppo di persone si impegna a diventare veicolo personale di diffusione del nome e del marchio dello sponsor;
- c. sponsorizzazione di singole persone, in cui determinati personaggi pubblici appartenenti al mondo dello sport, dello spettacolo, della moda assumono l'obbligo contrattuale di utilizzare prodotti dello sponsor;
- d. sponsorizzazione radiotelevisiva, in cui l'emittente si obbliga, verso corrispettivo, a menzionare il nome dello sponsor o quello dei suoi prodotti nel corso del programma o dei programmi;
- e. sponsorizzazione tecnica, nella quale lo sponsor diventa fornitore ufficiale dello sponsee, obbligandosi a fornirgli, invece di denaro, prodotti e/o servizi secondo le sue esigenze.

Una tipologia particolare è, senza dubbio, quella delle sponsorizzazioni culturali, che si realizzano mediante erogazione di denaro o fornitura di beni e/o servizi, da parte dei grandi complessi industriali e creditizi, in occasione di importanti eventi socio-culturali, artistici, musicali, sportivi e di massa della realtà italiana, che si avvicinano a quelle che l'ordinamento spagnolo definisce come programmi di sostegno ad eventi di eccezionale interesse pubblico, ma che non hanno un trattamento fiscale simile.

Tali iniziative vengono promosse dalle grandi imprese per testimoniare la propria presenza non solo imprenditoriale, ma anche culturale e sociale nella realtà attuale, al fine di concorrere fattivamente al progresso civile del Paese ed alla relativa valorizzazione e divulgazione del patrimonio artistico nazionale³¹.

Le conseguenze fiscali derivanti da un contratto di sponsorizzazione vanno considerate nei confronti sia dello sponsor sia dello sponsee.

Si verifica spesso che gli aspetti formali conseguenti alla stipula di tale contratto vengano sottovalutati dalle parti, soprattutto quando lo sponsee è un ente non commerciale, con la conseguenza che, nel caso di controlli e verifiche tributarie, vengano eccepiti irregolarità e mosse contestazioni che finiscono con il dissuadere gli operatori economici dall'assumere in futuro iniziative del genere.

³⁰ Cfr. Comm. trib. prov. di Torino, sez. II, sent. n. 505 del 10 dicembre 1997, in *Bancadati Fiscovideo*, secondo cui al di là delle forme, che possono essere varie, tutti i contratti di sponsorizzazione si concretizzano in un rapporto di reciprocità tra sponsor che paga una somma e uno sponsorizzato che si presta a divenire il veicolo di propagazione del logo e dei segni distintivi dello sponsor.

³¹ Cfr. GIUA, *Un'esperienza operativa in tema di sponsorizzazioni*, in "Riv. Guardia di Finanza", n. 1/2001.

In Spagna la sponsorizzazione pubblicitaria è un contratto secondo il quale lo sponsee, in cambio di un aiuto economico, che percepisce per la realizzazione della propria attività sportiva, benefica, culturale, scientifica o di altra indole, si impegna a collaborare con la pubblicità dello sponsor (art. 24.1 della L. n. 34/1988, Legge Generale sulla Pubblicità). L'elemento caratteristico è la volontà del sponsor o degli sponsor rispetto all'attività dello sponsee, ma si vede come questo è un tipo di sponsorizzazione che potremmo definire onerosa, con controprestazione, poiché lo sponsor cerca un risultato economico attraverso la sponsorizzazione (maggiore distribuzione dei suoi prodotti per opera della pubblicità).

Oltre a questa sponsorizzazione onerosa, particolarmente diffusa specialmente nell'ambito sportivo, sotto la sigla "Altre forme di mecenatismo" la L. n. 49/2002 raggruppa due ipotesi di sponsorizzazione differenziate: gli accordi di collaborazione imprenditoriale in attività di interesse generale ed i programmi di sostegno ad avvenimenti di eccezionale interesse pubblico. Queste forme di sponsorizzazione si differenziano dalla precedente per essere gratuite, cioè, per non avere controprestazione ed si avvicinano, in tal modo, al mecenatismo.

2. I benefici fiscali alle sponsorizzazione in Spagna

A. Accordi di collaborazione imprenditoriale in attività di interesse generale

Tali accordi sono regolati dall'art. 25 della Legge che li definisce come quelli che determinano l'obbligo di diffondere la partecipazione economica del collaboratore negli enti beneficiari del mecenatismo in cambio di un aiuto economico per la realizzazione delle attività che queste effettuino in adempimento delle loro finalità.

Qualche autore è arrivato ad affermare che l'unico modo di difendere la sopravvivenza degli accordi di collaborazione in attività di interesse generale possa essere quello di considerarli come una figura di "mecenatismo imprenditoriale" distinta del contratto di sponsorizzazione pubblicitario che abbiamo definito prima e, benché entrambe le figure si siano avvicinate con la nuova legislazione, continuano a manifestare differenze³².

Si è biasimato anche l'imprecisione del termine aiuto economico e, in concreto, se con esso si faccia riferimento solo ad aiuti in denaro o si inglobano anche quelli realizzate in natura.

Per rispondere a questa domanda dobbiamo ricorrere alle agevolazioni fiscali stabilite per questi accordi. Il co. 2° dell'art. 25 stabilisce che le spese realizzate sono considerate deducibili dalla base imponibile dell'IS per le società collaboratrici; nell'IRNR, per quei contribuenti che operino con stabile organizzazione nel territorio spagnolo; e nella determinazione del rendimento netto dell'attività economica dei contribuenti che rientrino nel regime di stima diretta dell'IRPF.

³² J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *El régimen fiscal del sector no lucrativo y del mecenazgo*, Madrid, Thomson-Cvitas, 2003, 277. Il quale sottolinea le differenze: quanto alla finalità, il contratto di sponsorizzazione ricerca un beneficio imprenditoriale, cioè, la sua finalità commerciale, mentre l'accordo di collaborazione coopera solo al buon fine delle attività che realizza un ente non lucrativo; quanto al regime tributario dell'IVA: negli ultimi non si realizza il fatto imponibile dell'imposta poiché non c'è prestazione di servizi mentre, il contratto di sponsorizzazione sono soggetti a tale imposta.

Parlando di spese realizzate può ritenersi che la norma accolga l'aiuto in natura poiché ammette che, invece di dare una somma in denaro all'ente beneficiario del mecenatismo, si realizzi direttamente il pagamento di certe spese vincolate all'attività di interesse generale o, perfino, che si diano beni affinché si diffonda la collaborazione imprenditoriale³³.

Con riguardo all'IVA, la Legge stabilisce che le prestazioni di servizi realizzate in virtù di un accordo di collaborazione imprenditoriale non sono soggette all'imposta.

B. Programmi di sostegno ad avvenimenti di eccezionale interesse pubblico

Si definiscono come tali l'insieme degli incentivi fiscali specifici applicabili alle situazioni che si realizzano per assicurare l'adeguato sviluppo degli avvenimenti che, di volta in volta, sono determinati dalla Legge (art. 27).

Con tale esposizione di motivi della L. n. 49/2002, l'art. 27 crea una cornice giuridica unica alla quale dovranno adattarsi i programmi di sostegno ad avvenimenti di eccezionale interesse pubblico che possano programarsi, di qualsiasi genere siano. Questa cornice si concretizza in una Legge che stabilisce: a) la durata massima del programma (massimo tre anni); b) la creazione di un consorzio o la designazione di un organo amministrativo incaricato dell'esecuzione del programma e dell'adeguamento allo stesso delle spese di investimenti realizzati; c) le linee basilari di attuazione a sostegno dell'avvenimento; d) i benefici fiscali applicabili a dette attuazioni.

L'art. 27, co. 3°, inoltre, regola i benefici fiscali che può stabilire la Legge che aprovi il programma e sono i seguenti:

A) Detrazione dalla quota integra: i soggetti passivi dell'IS, dell'IRPF che realizzino attività economiche in regime di stima diretta ed i contribuenti dell'IRNR che operino mediante stabile organizzazione nel territorio spagnolo, possono detrarre dalla propria quota integra il 15% delle spese o investimenti che realizzino in questi casi:

a') Acquisizione di elementi dell'immobilizzo materiale nuovi, senza che si considerino come tali i terreni.

b') Riabilitazione di edifici ed altre costruzioni che contribuiscano a rialzare lo spazio fisico interessato per il rispettivo programma³⁴.

c') Realizzazione di spese per propaganda e pubblicità di durata pluriennale che servano direttamente alla promozione del corrispondente avvenimento. Quando il contenuto del supporto pubblicitario si riferisce in modo essenziale alla divulgazione dell'avvenimento, la base della detrazione sarà l'importo totale dell'investimento realizzato. In caso contrario, la base della detrazione si riduce al 25% di questo importo.

³³ In questo senso J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *El régimen fiscal del sector no lucrativo y del mecenazgo*, cit., 274 y L.M. MARCO SERRANO, *El régimen fiscal especial* (...) cit., 56.

³⁴ In entrambe le ipotesi, l'art. 8.1 del Regolamento di sviluppo della L. n. 49/2002 condiziona l'applicazione del beneficio fiscale a che i beni siano entrati in funzione prima dei sei mesi precedenti alla finalizzazione dell'avvenimento di eccezionale interesse pubblico ed abbiano ottenuto la corrispondente certificazione accreditante da parte del consorzio o del rispettivo organo amministrativo.

B) Deduzioni per donazioni ed erogazioni: i soggetti passivi dell'IS, dell'IRPF che realizzino attività economiche in regime di stima diretta ed i contribuenti di IRNR che operino mediante stabile organizzazione nel territorio spagnolo, possono applicarsi le deduzioni previste negli artt. 19, 20 e 21 della Legge, già commentati, per le donazioni ed erogazioni che si realizzino a beneficio del consorzio incaricato dell'esecuzione del programma. Allo stesso modo, alle attività collegate all'avvenimento sarà loro applicato il regime di mecenatismo prioritario dell'art. 22 della Legge, a condizione che siano approvate dal consorzio e sviluppate dal consorzio stesso o da un ente senza fini di lucro tra quelli regolati dall'art. 2, cioè, meritevoli del trattamento fiscale speciale che stabilisce la L. n. 49/2002.

C) Agevolazione per i trasferimenti soggetti all'ITPyAJD: detti trasferimenti godranno di un'agevolazione del 95% dalla quota quando i beni e diritti acquisiti vengano destinati, direttamente ed esclusivamente, alla realizzazione degli investimenti con diritto alla detrazione dalla quota integra dell'IS, dell'IRPF per gli soggetti che realizzino attività economiche in regime di stima diretta e dell'IRNR per i contribuenti che operino mediante stabile organizzazione nel territorio spagnolo.

D) Agevolazione per l'Imposta sulle Attività Economiche (IAE): si stabilisce il diritto ad un'agevolazione del 95% dalle quote e sovraccarichi corrispondenti alle attività di carattere artistico, culturale, scientifico o sportivo che debbano avere luogo durante la celebrazione del rispettivo avvenimento e che si incornicino nei programmi elaborati dal consorzio o dall'organo amministrativo corrispondente.

Le attività che possono essere oggetto di questo beneficio sono quelle comprese nel programma ufficiale dell'avvenimento, sempre che siano attività per le quali la legge obbliga a effettuare l'iscrizione in un Registro (Matricula).

E) Agevolazione per altre imposte e tassi locali: le imprese o enti che sviluppino gli obiettivi del programma di sostegno ad un avvenimento di eccezionale interesse, avranno diritto ad un'agevolazione del 95% per tutte le imposte e tassi locali che possano ricadere esclusivamente sulle operazioni collegate alla realizzazione di detto programma.

Il regolamento di sviluppo della L.n. 49/2002 – il già citato Decreto Reale n. 1270/2003 – stabilisce che non si intenderanno compresi in questo comma l'Imposta su Beni Immobili, l'Imposta su Veicoli a Trazione Meccanica ed altri che non ricadano sulle operazioni realizzate.

L'art. 27.3, inoltre, si trova sviluppato a livello regolamentare dagli artt. 9, 10 e 11 del Reale Decreto n. 1270/2003 che si dedicano a dettagliare il procedimento per il riconoscimento dei benefici fiscali dall'Amministrazione Tributaria, così come delle certificazioni realizzate dal consorzio.

Questo regime di benefici regolato dall'art. 27.3 citato è stato modificato dalla L. del 28 novembre 2006 n. 35, Legge sulle Imposte sul reddito delle persone fisiche e in parziale modifica delle Leggi delle imposte sulle Società, sul reddito dei non residenti e sul patrimonio. Questa nuova legge elimina le deduzioni per gli investimenti in adempimento dei programmi di sostegno ad avvenimenti di speciale interesse pubblico e modifica la detrazione delle spese di propaganda e pubblicità di detti avvenimenti, al fine di adeguarli al mecenatismo. La nuova disciplina sarà applicabile dal 1° gennaio 2007, fermo restando che si continuerà ad applicare

quando disciplinato in precedenza per gli avvenimenti approvati anteriormente a questa data³⁵.

Una volta esposte le due forme di sponsorizzazione che abbiamo chiamato gratuito o senza controprestazione e che sono considerate meritevoli di un trattamento fiscale differenziato, dobbiamo evidenziare che il trattamento che i Reali Decreti Legislativi n. 3/2004 dell'IRPF e n. 4/2004 dell'IS riservano al contratto di sponsorizzazione pubblicitario non sono inferiori rispetto a quelle che abbiamo appena recensito e neanche al mecenatismo regolato dall'art. 17 della L. n. 49/2002 già commentato. E ciò, perché queste Leggi permettono la detrazione dalla base imponibile dell'imposta delle spese generate in virtù del contratto di sponsorizzazione dalla base imponibile dell'imposta senza limite e neanche limitano gli enti che possono essere riceventi della sponsorizzazione, cosa che succede, come sappiamo, per il caso delle dette "altre forme di mecenatismo". Inoltre, essendo deducibile l'IVA sopportata, questa imposta risulta neutra.

3. Trattamento fiscale della sponsorizzazione in Italia

In Italia troviamo un trattamento fiscale uniforme delle sponsorizzazioni senza distinzione tra fini culturali o sociali e fini commerciali, cioè, senza differenziare tra quello che in Spagna abbiamo qualificato come sponsorizzazione gratuita, identificabile col mecenatismo, e come sponsorizzazione onerosa, nella quale lo sponsor cerca una controprestazione all'aiuto che concede. Dobbiamo distinguere le possibilità di detrazione dello sponsor e dell'ente sponsee.

A) Sponsor

a) Imposta sul reddito

Il corrispettivo versato dallo sponsor (normalmente una impresa) al soggetto sponsorizzato (di solito un ente) costituisce, per il primo, un costo di esercizio che, per essere fiscalmente deducibile, dovrà rispettare i principi generali sanciti (ora) dallo art. 109 (*ex art. 75*) del Tuir, come modificato ed integrato dal D.L.vo. 12 dicembre 2003, n. 344 (in vigore dal 1° gennaio 2004) e, pertanto, essere "inerente" alla attività della impresa, "di competenza" dell'esercizio, certo nell'an e determinabile (in modo obiettivo) nel *quantum*, oltre che previamente iscritto nel conto economico del bilancio d'esercizio.

³⁵ L'art. 27, co. 3°, n. 1, della L. n. 49/2002, dopo la riforma, afferma: I soggetti passivi dell'Imposta sulle Società, i contribuenti dell'Irpf che svolgono attività economiche in regime di stima diretta ed i contribuenti dell'IRNR che operano in territorio spagnolo mediante stabile organizzazione potranno dedurre dalla quota integra dell'imposta il 15% delle spese che, in esecuzione dei piani e programmi di attività stabilite dal consorzio o dall'organo amministrativo corrispondente, realizzano per propaganda e pubblicità in proiezione pluriennale per la diretta promozione dell'avvenimento. L'importo di questa deduzione non può superare il 90% delle deduzioni effettuate dal consorzio, da enti di proprietà pubblica o da enti a cui si riferisce l'articolo 2 di questa Legge, incaricati della realizzazione di programmi ed attività relazionate con l'avvenimento. Applicandosi questa deduzione, dette donazioni non potranno attribuirsi a qualunque degli incentivi fiscali previsti in questa Legge. Quando il contenuto del supporto pubblicitario si riferisce in modo essenziale alla divulgazione dell'avvenimento, la base della deduzione sarà l'importo delle spese totali realizzate. In caso contrario, la base della detrazione sarà il 25% di queste spese. Questa detrazione si calcolerà congiuntamente a quelle regolate nel Capitolo IV del titolo VI della Legge sulle Imposte delle Società.

Le spese di sponsorizzazione non sono specificatamente regolamentate sotto il profilo tributario, però, in base alle loro caratteristiche, le si possono inquadrare tra le spese di pubblicità o di rappresentanza, diversamente disciplinate dall'art. 108 (*ex art. 74*), co. 2°, Tuir.

L'inquadramento delle spese di sponsorizzazione tra le spese di pubblicità o tra quelle di rappresentanza ha un importante rilievo fiscale, perché nella determinazione del reddito imponibile dell'impresa, le prime sono deducibili per intero, nell'esercizio di competenza o, in quote costanti, nel periodo stesso e nei quattro successivi a scelta del contribuente, mentre le seconde sono deducibili solo per un terzo dell'onere sostenuto (ad eccezione dei beni "il cui valore unitario non supera" i 25,82 €, che sono deducibili per intero), in quote costanti nel periodo d'imposta di competenza e nei quattro successivi.

È importante, quindi, comprendere in quali delle due rientrano le spese di sponsorizzazioni.

In primo luogo occorre chiarire cosa si intende per spese di rappresentanza e spese di pubblicità o propaganda e per farlo, occorre richiamarsi alle diverse pronunce ministeriali. Prima fra tutte la risoluzione n. 9/204 del 17 giugno 1992³⁶, secondo la quale "per spese di rappresentanza si intendono quelle sostenute dall'impresa per offrire al pubblico una immagine positiva di se stessa e della propria attività in termini di floridezza, efficienza, ecc.. È questa la caratteristica principale di tali spese, alla quale si aggiunge di norma quella della loro gratuità, vale a dire della mancanza di un corrispettivo o di una specifica controprestazione da parte dei destinatari, cioè di un obbligo di dare o fare a carico dei destinatari".

Ulteriori elementi possono essere desunti dalla risoluzione ministeriale n. 148/E del 17 settembre 1998³⁷ per la quale "...mentre con la pubblicità si porta a conoscenza della generalità dei consumatori l'offerta del prodotto, stimolando la formazione o l'intensificazione della domanda (e, quindi, reclamizzandolo), con le spese di rappresentanza viene offerta al pubblico un'immagine positiva dell'impresa e della sua attività in termini di organizzazione e di efficienza".

Pertanto, secondo tale risoluzione, si è in presenza di spese di rappresentanza qualora manchi il corrispettivo o una specifica controprestazione da parte dei destinatari; per contro, si parla di spese di pubblicità in presenza di un contratto sinallagmatico tra due parti e di un conseguente corrispettivo per le prestazioni³⁸.

Per la dottrina, il criterio di differenziazione andrebbe individuato nel riferimento, oggettivo o soggettivo, del messaggio commerciale: mentre le spese di pubblicità tendono a diffondere il prodotto, illustrando ed elogiando le qualità, le spese di rappresentanza mettono in risalto il soggetto produttore e, quindi, solo indirettamente il prodotto³⁹.

In materia di pubblicità si è espressa anche la Corte di Giustizia europea la quale ha ribadito che per prestazione pubblicitaria debba intendersi ogni operazione che costituisca parte indissolubile di una più vasta campagna pubblicitaria e che, pertanto,

³⁶ Ris. n. 9/204 del 17 giugno 1992, in *Boll. trib.*, 1992, 1527.

³⁷ Ris. n. 148/E del 17 settembre 1998, in "Corr. trib.", n. 41/1998, 3075.

³⁸ Cfr. Cass., sez. civ., sent. n. 5086 del 21 maggio 1998.

³⁹ Cfr. MAFFEZZONI, *Il problema del trattamento fiscale delle sponsorizzazioni*, in "Boll. trib.", 1992, 494.

concorra alla diffusione del messaggio pubblicitario, anche mediante l'utilizzo di mezzi diversi da quelli usuali⁴⁰.

In materia di spese di rappresentanza, invece, occorre citare la definizione fornita dalla Corte di Cassazione, secondo la quale rientrano tra le spese di rappresentanza i costi sostenuti al fine di creare, mantenere o accrescere il prestigio della società e di migliorarne l'immagine, ma che non danno luogo ad aspettative di incremento nel processo di vendita, allo stesso modo, non vi rientrano tutti quei costi che, pur non essendo imputabili in modo diretto ai ricavi, vengono comunque sostenuti allo scopo di incrementare le vendite⁴¹.

Alla luce di quanto detto e, ritornando alle spese di sponsorizzazione, si può concludere ritenendo le stesse rientranti nella categoria delle spese di pubblicità. In tali termini si è espressa anche la Direzione generale imposte dirette con la risoluzione ministeriale del 5 novembre 1974, n. 2/1016⁴², che ha affermato che gli oneri derivanti da tali spese dovevano ritenersi, in linea di massima, spese pubblicitarie, a condizione che avessero come unico scopo quello di reclamizzare il prodotto commerciale per incrementare i ricavi e sempre che vi facesse riscontro una somma di obblighi contrattuali a carico delle società percepenti⁴³.

Questa tesi è stata confermata da due Risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate secondo le quali la presenza del contratto sinallagmatico porta a considerare le spese di sponsorizzazione come spese di pubblicità⁴⁴.

A tale conclusione è arrivata anche la dottrina⁴⁵ e la giurisprudenza⁴⁶.

La Corte di Cassazione ha chiarito, inoltre, che la sponsorizzazione, pur riconducibile al più ampio novero di pubblicità, nondimeno se ne distingue in quanto specifica forma contrattuale creata dall'autonomia privata⁴⁷. Ne consegue, quindi, che in relazione ad un evento si ha mera pubblicità se l'attività promozionale si colloca rispetto all'evento stesso in rapporto di semplice occasionalità, mentre si ha sponsorizzazione se fra la promozione di un nome o di un marchio e l'avvenimento viene istituito uno specifico abbinamento⁴⁸.

⁴⁰ Cfr. CGCE, sent. del 17 novembre 1993, in relazione alla Direttiva n. 77/388/CEE del 17 maggio 1977.

⁴¹ Cfr. Cass., sez. trib., sent. n. 7803 dell'8 giugno 2000, in "Il fisco", n. 36/2000, 11171.

⁴² Cfr. *Risoluzione Ministeriale* del 5 novembre 1974, n. 2/1016, *Bancadati fiscovideo*.

⁴³ Secondo tale orientamento, in assenza delle menzionate condizioni, le somme erogate, anche se nominalmente a titolo pubblicitario, dovranno essere considerate esclusivamente come erogazioni liberali.

⁴⁴ Cfr. *Risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate* n. 316/E del 2 ottobre 2002, in "Il fisco" n. 37/2002, 5385 e n. 356/E del 14 novembre 2002, in "Il fisco", n. 43/2002, 6219.

⁴⁵ Cfr. MENOTTI GATTO, *La qualificazione fiscale delle spese inerenti alla comunicazione d'impresa*, in "Boll. trib.", 1990, 585; NASI, *Spese di pubblicità e di sponsorizzazioni: quale deducibilità?*, in "Corr. trib.", n. 34/1991, 2510; SANTAMARIA, *Erosione d'imposta. Le spese di rappresentanza fra spese di pubblicità e propaganda*, in "Il fisco", n. 11/1989, 1525; LUNELLI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, *Op. cit.*, 6472; COCCHINI, *Prelievo leggero sulle sponsorizzazioni*, in "Il Sole 24 Ore", 23 febbraio 2004, 20.

⁴⁶ Cfr. Comm. trib. I grado di Livorno, sez. V, sent. n. 133 dell'8 giugno 1995, in "Boll. trib.", 1995, p. 1681; Comm. trib. I grado di Reggio Emilia, sez. VII, sent. n. 98 del 3 maggio 1995, in "Boll. trib." 1995, p. 1602; Comm. trib. regionale dell'Emilia Romagna, sent. n. 223 del 17 settembre 1999; Comm. trib. provinciale di Rovigo, sent. n. 210 del 7 aprile 2000 e n. 21 del 10 novembre 2000; Comm. trib. regionale della Sicilia, sent. n. 26 del 3 aprile 2000; Comm. trib. regionale dell'Emilia Romagna, sent. n. 74 del 5 aprile 2001; tutte in *Bancadati fiscovideo*.

⁴⁷ Cfr. Cass., sez. I civ., sent. n. 428 del 19 gennaio 1996, in *Bancadati fiscovideo*.

⁴⁸ Cfr. GIUA – ACCARDI, *La fiscalità nello sport dilettantistico – Sponsorizzazioni e pubblicità*, in "Il fisco", n. 21/2005, 3219; SACCARO, *Somme sempre deducibili fino a 200mila €*, in "Il Sole 24 Ore", del 12 marzo – 8 aprile 2004, secondo cui il contratto di sponsorizzazione si colloca nelle tecniche pubblicitarie ma si differenzia dal

Occorre, però, citare l'orientamento del Se.C.I.T. (servizio centrale degli ispettori tributari), secondo il quale sono spese di pubblicità e propaganda quelle in cui l'oggetto del messaggio è il prodotto (bene o servizio), mentre sono spese di rappresentanza quelle in cui l'oggetto del messaggio è la ditta (l'immagine o i segni distintivi dell'imprenditore: nome, ragione sociale, sigla o altro)⁴⁹, per cui quando la sponsorizzazione ha come finalità la valorizzazione dell'immagine (o del prestigio) dell'impresa (con effetti di medio-lungo periodo) e non del prodotto (che dovrebbe produrre effetti in tempi brevi), le relative spese non dovrebbero essere considerate spese di pubblicità.

Conformemente si è espresso il Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive in merito ad un'istanza avanzata da un contribuente, cui la Direzione regionale adita non aveva tempestivamente risposto. Con la propria istanza, il contribuente voleva sapere se la sponsorizzazione di una manifestazione sportiva e/o culturale rientrasse tra le spese di rappresentanza ovvero tra quelle di pubblicità e propaganda. La conclusione cui è prevenuto il Comitato consultivo è che in base al criterio per cui sono spese di rappresentanza quelle che comportano una particolare utilità o un particolare beneficio a favore di determinati soggetti, sono da qualificare come spese di rappresentanza le sponsorizzazioni di manifestazioni sportive e/o culturali⁵⁰.

In virtù di quanto detto, si può dunque ritenere che la sponsorizzazione di un intervento di restauro, di conservazione o di valorizzazione di un bene artistico o culturale comporta (sempre) un onere che rientra nella categoria delle spese di pubblicità: perché alla base sta un *contratto* e destinataria della utilità (cioè del quadro restaurato, dell'affresco conservato e tutelato, della chiesa valorizzata) è una *generalità* di soggetti, che non è possibile determinare preventivamente (dato che non è possibile individuare i soggetti che, in futuro, ammireranno l'opera d'arte restaurata o visiteranno l'interno o l'esterno della chiesa valorizzata). Si tratta, pertanto, di una vera e propria spesa di pubblicità, anche se definita sponsorizzazione. Viceversa, allorquando i beneficiari di una manifestazione, di una mostra, di un concerto siano preventivamente individuati, non si deve parlare di sponsorizzazione ma di spesa di rappresentanza: in quanto gli eventi citati presentano una connotazione di gratuità o di autoconsumo che induce

contratto di pubblicità tradizionale in quanto il primo si configura come atto negoziale da cui consegue un fatto comunicazionale mentre il secondo come attività comunicazionale che consegue ad un atto negoziale. In senso conforme, cfr. Trib. di Venezia, sent. n. 1144 del 24 maggio 1998, secondo cui in relazione ad un evento sportivo si ha mera pubblicità se l'attività promozionale è, rispetto all'evento, in rapporto di semplice occasionalità, mentre vi è sponsorizzazione se tra la promozione di un nome o di un marchio e l'evento agonistico viene istituito specifico abbinamento. Secondo i giudici, non esiste alcun tipo di reclame che, di per sé ontologicamente, rimandi alla pubblicità e non piuttosto al fenomeno della sponsorizzazione se lo striscione serve per riprendere in grande e ribadire all'attenzione degli spettatori un marchio sociale già applicato agli indumenti di gara. Anche il Trib. di Bologna, sent. n. 2181/1998, ha avuto modo di esprimersi nello specifico settore, ricordando che l'apposizione di cartelloni pubblicitari all'interno delle strutture sportive ove si svolgono gli incontri agonistici delle squadre costituisce solo uno dei comportamenti previsti per lo sfruttamento dell'attività sportiva del soggetto sponsorizzato al fine di propagandare al meglio il nome e l'attività dello *sponsor*. Come osservano i giudice bolognesi, tramite la sponsorizzazione un soggetto utilizza il beneficiario quale veicolo della propria immagine, traendone importanza e prestigio ... è dunque lo stabile abbinamento tra il nome dello *sponsor* e l'attività, la qualità e l'immagine del beneficiante che presuppone l'esistenza della suddetta connessione – marchio e atleta (o squadra) – rendendo superfluo procedere ad un accertamento analitico diretto a verificare quali attività del beneficiario presentino o meno tale carattere. La pubblicità presenta, invece, un carattere di occasionalità rispetto all'evento, nel senso che la stessa si inserisce nell'evento in modo avulso ed estraneo ai contenuti dello stesso.

⁴⁹ Cfr. Delibera Se.C.I.T. del 22 gennaio 1993, n. 7.

⁵⁰ Cfr. Parere del Comitato consultivo del 24 febbraio 2004, n. 1, in *Il Fisco*, n. 11/2004, fasc. 2, 1663.

a trattarli – fiscalmente – con maggiore rigore, consentendo una deduzione dei costi relativi, solo nella misura di un terzo⁵¹.

Come detto, secondo il Comitato consultivo le spese di sponsorizzazione di un evento sportivo rientrano nell'ambito delle spese di rappresentanza, in quanto mentre le spese di pubblicità possono determinare un incremento delle vendite, acquisendo nuova clientela o incrementando le vendite alla clientela già esistente, le spese di rappresentanza comportano una particolare utilità o un particolare beneficio a favore di determinati soggetti, tra i quali vengono fatti rientrare gli spettatori della manifestazione sportiva.

Tale visione non tiene in considerazione che con la costante e rilevante presenza dei media (soprattutto radiotelevisivi) l'evento sportivo viene veicolato verso una platea molto più ampia che, quindi, beneficia dell'evento.

Ne consegue che la sponsorizzazione della manifestazione sportiva dovrebbe rientrare nella categoria della pubblicità⁵².

A tal proposito occorre citare l'art. 90, co. 8°, della L. n. 289/2002 (Legge Pescante), il quale riconosce espressamente il regime fiscale di spese di pubblicità, volte alla promozione dell'immagine o dei prodotti del soggetto erogante mediante specifica attività del beneficiario, ai corrispettivi in denaro o in natura fino ad un importo annuo complessivamente non superiore a 200.000 €, erogati a favore di società, associazioni sportive dilettantistiche e fondazioni costituite da istituzioni scolastiche, nonché di associazioni sportive scolastiche che svolgono attività riconosciute dalle federazioni sportive nazionali o enti di promozione sportiva nei settori giovanili.

Questa interpretazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza⁵³.

b) Iva

A differenza di ciò che abbiamo visto nel caso spagnolo il cui ordinamento giuridico stabilisce che gli accordi di collaborazione non presuppongono una prestazione di servizi e, pertanto, non sono soggetti ad IVA, in Italia il soggetto sponsorizzato è (o diventa) soggetto passivo Iva per le prestazioni ricevute a titolo di sponsorizzazione benché né la dottrina né la giurisprudenza siano giunte ad una conclusione univoca con riguardo al fatto se debbano essere qualificate come spese di pubblicità, come spesso succede nel caso di sponsorizzazioni culturali, o considerate come spese di rappresentanza.

Lo sponsor riceverà, quindi, una fattura per la prestazione effettuata; ma la detraibilità dell'Iva relativa a tale costo varierà a seconda che si tratti di una fattispecie rientrante nella categoria delle spese di pubblicità o tra quelle di rappresentanza: nel

⁵¹ Cfr. LUNELLI, *Fisco e beni culturali – Vantaggi tributari e agevolazioni degli interventi di salvaguardia e di valorizzazione*, in "Il fisco", n. 27/2006, fasc. 2, 4034.

⁵² Cfr. GIUA – ACCARDI, *La fiscalità nello sport*, cit., 3219, il quale auspica, anche alla luce dei principi sanciti dallo Statuto dei diritti del contribuente in tema di certezza della norma tributaria, un intervento chiarificatore da parte degli organi competenti su una materia che si riteneva definita e che il parere del Comitato consultivo ha rimesso in discussione.

⁵³ Cfr. Comm. trib. reg. di Roma, sez. XXXVIII, sent. n. 126 del 5 settembre 2006, in *Bancadati Fiscovideo*, secondo cui la sponsorizzazione dello sport dilettantistico attraverso finanziamento di privati è favorita dalla legge (cfr. art. 90, co. 8°, L. n. 289/2002) e perciò deve essere riconosciuta l'integrale deducibilità dal reddito imponibile delle somme, anche ingenti (nel caso di specie oltre 350 milioni nel 1994), erogate ad una società sportiva dilettantistica da un'impresa.

primo caso, lo sponsor potrà detrarre integralmente l'Iva sul costo sostenuto, nel secondo, l'Iva sarà indetraibile (art. 19-bis1, lettera h) D.P.R. n. 633/1972).

In presenza di una sponsorizzazione tecnica, si configurerà un'operazione permutativa (art. 11 D.P.R. n. 633/1972), con obblighi per entrambe le parti: le prestazioni rese dai due contraenti sono soggette ad autonoma e reciproca fatturazione (lo sponsor dovrà emettere fattura di importo pari al "valore normale" dei beni ceduti o dei servizi prestati in dipendenza del contratto di sponsorizzazione; lo sponsee emetterà fattura di pari importo o, in caso di sponsorizzazione pagata in parte in natura e in parte in denaro, di importo pari alla somma del valore normale dei beni o dei servizi ricevuti e del corrispettivo versato in denaro) e ai conseguenti obblighi di registrazione; assumendo come base imponibile il "valore normale dei beni e dei servizi che formano oggetto di ciascuna di esse"⁵⁴.

B) Ente sponsorizzato o sponsee

a) Enti commerciali (o società) – Imposte sul reddito e Iva

Se lo sponsee riveste la qualifica di "ente commerciale", il trattamento tributario non presenta alcun problema, dato che permangono le considerazioni svolte per lo sponsor. Per cui:

a. per le imposte sui redditi, il provento conseguito (sia in natura che in denaro) costituisce, per la parte di competenza dell'esercizio, una componente positiva di reddito imponibile;

b. per l'Iva, lo sponsorizzato è tenuto a emettere regolare fattura relativa al corrispettivo ricevuto (in denaro o in natura) in dipendenza del contratto.

b) Enti non commerciali – Imposte sul reddito e Iva

Se il soggetto sponsorizzato non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività (per cui riveste la qualifica di "ente non commerciale", ai sensi dell'art. 73, c. 1 lettera c) Tuir), può sorgere qualche problema fiscale nel trattamento del corrispettivo della sponsorizzazione. In particolare:

a. quanto alle imposte sul reddito, viene generalmente ritenuto che la sponsorizzazione costituisce un'attività che rientra fra quelle che producono reddito d'impresa. I proventi costituiranno, pertanto, componenti positivi di reddito (imponibile) e, quindi, i costi sostenuti per eseguire la prestazione, in quanto inerenti, saranno deducibili; tutto ciò viene gestito attraverso una contabilità separata (art. 144, co. 2°) rispetto a quella complessiva dell'ente non commerciale;

b. quanto all'Iva, l'attività di sponsorizzazione determina *ex se* esercizio d'impresa, per cui l'ente non commerciale, a seguito della sponsorizzazione, assume la qualifica di soggetto passivo ed è tenuto a emettere fattura per il corrispettivo ricevuto in dipendenza del contratto. Nel co. 5° dell'art. 4 D.P.R. n. 633/1972 si rinviene infatti, un elenco di attività che devono considerarsi "commerciali" per presunzione assoluta: tra queste (lettera i)) sono indicate anche le prestazioni di "pubblicità commerciale".

⁵⁴ Cfr. GIUA, Il punto su mecenatismo, cit., 418. Secondo l'autore si parla di sponsorizzazione tecnica quando l'impresa patrocinatrice dona al sovvenzionato (soggetto che organizza qualunque tipo di manifestazione culturale) non una somma di denaro ma beni e/o servizi relativi all'attività che gli è propria. Il soggetto sovvenzionato, a titolo di controprestazione, annuncerà nel corso dell'avvenimento culturale la collaborazione dell'impresa patrocinatrice.

Occorre, infine, precisare che la stipula di un contratto di sponsorizzazione può comportare la perdita della qualifica, sia ai fini delle imposte sui redditi sia ai fini Iva, di ente non commerciale. L'art. 149 del Tuir stabilisce, infatti, che l'ente "indipendentemente dalle previsioni statutarie" perde la qualifica di non commerciale se "per un intero periodo d'imposta" esercita "prevalentemente" attività commerciali.

L'ente sponsorizzato dovrebbe, pertanto, stimare, in prospettiva, le entrate derivanti dalle attività commerciali (comprehensive delle sponsorizzazioni) e da quelle istituzionali, al fine di calcolare in anticipo la prevalenza delle une sulle altre, per rinunciare, se lo ritiene opportuno, ad alcune iniziative che gli comportassero la perdita della qualifica di ente non commerciale.

IV. Conclusioni

Da quanto esposto durante il nostro lavoro possiamo trarre le seguenti conclusioni:

Prima. – in quanto alla fiscalità del mecenatismo, la Legge spagnola n. 49/2002 introduce alcune novità rispetto alla precedente, L. n. 30/1994, del 24 novembre 1994, sulle Fondazioni e sugli Incentivi Fiscali alla partecipazione privata in attività di interesse generale che, benché significative, in maggioranza si limita a miglioramenti di tecnica giuridica, poiché entrambe le leggi condividono struttura ed obiettivi. Tuttavia, nel nostro studio rimane palese che tali miglioramenti non sono sufficienti poiché rifugiarsi al regime fiscale di esenzione non è sempre l'opzione più vantaggiosa per gli enti senza fini di lucro e, inoltre, non tutti gli enti senza fini di lucro possono accedere al citato regime.

Seconda. – Il regime fiscale speciale spagnolo si articola come un regime volontario, trattandosi di un'opzione alla quale gli enti senza fini di lucro potranno rifugiarsi. In altro modo, questi enti potranno rinunciare all'applicazione del regime fiscale della L. n. 49/2002, anche se si realizzino i requisiti richiesti, perché risulti loro più vantaggioso.

Terza. – La qualificazione di ente senza fini di lucro non si produce, in Spagna, in maniera automatica ma devono rispettare tutti i requisiti che si stabiliscono all'art. 3 della L. n. 49/2002. Questo implica che non tutti gli enti citati possono essere considerati enti senza fini di lucro e, pertanto, godere di un regime fiscale vantaggioso benché alcuni di questi requisiti siano requisiti necessari per la costituzione ed il funzionamento di una fondazione al rispetto dei fini di interesse generale. Nel caso dell'Italia, è il Ministero per i Beni ed le Attività Culturali quello che ha attribuita la facoltà di identificare i soggetti e le categorie di soggetti che possono beneficiare delle donazioni, attraverso l'approvazione periodica di un decreto. Secondo il vigente D. M., a beneficiare delle erogazioni saranno le persone fisiche o giuridiche che realizzano attività nell'ambito della cultura e lo spettacolo, purché rispettino una serie di requisiti. Perciò, come l'ordinamento spagnolo, l'italiano impone il rispetto di certi requisiti per poter avvantaggiarsi di apporti deducibili, e non basta che tali soggetti siano considerati in funzione delle loro finalità.

Quarto. – Come abbiamo evidenziato, la L. n. 49/2002 concede un trattamento diverso alle persone fisiche e alle giuridiche, a nostro giudizio del tutto ingiustificato.

E non consiste solo nel fatto che la percentuale di detrazione sia obiettivamente inferiore per le persone fisiche (25% di fronte al 35% per le persone giuridiche) ma anche che la situazione è ancora più sfavorevole se teniamo conto la progressività dell'imposta, progressività che non si realizza nell'IS, la cui aliquota è proporzionale. A ciò si aggiunge la possibilità di compensare gli eccessi in altri esercizi impositivi che solo si prevede per le persone giuridiche.

Nel caso italiano ci troviamo anche con un trattamento differenziato tra gli enti imprenditoriali e le persone fisiche. In concreto, per le imprese che donano non c'è limite quantitativo alla deducibilità delle donazioni, ma non succede la stessa cosa per gli enti non commerciali né per le persone fisiche, poiché l'art. 38 della L. n. 342/2000, come abbiamo espresso, non risulta loro applicabile. Per le persone fisiche, come per gli enti non commerciali e per non i residenti, per rinvio, rimane in vigore la disciplina prevista dall'articolo 15 del Tuir, essendo attualmente detraibile un 19%.

Quinta. – Nel caso degli accordi di collaborazione imprenditoriale in attività di interesse generale e dei programmi di sostegno ad avvenimenti di eccezionale interesse pubblico, abbiamo mostrato che il trattamento che, in Spagna, i Reali Decreti Legislative n. 3/2004 dell'IRPF e n. 4/2004 dell'IS (allo stesso modo delle precedenti Leggi n. 41/1998 dell'IRPF e n. 43/1995 dell'IS), riservano al contratto di sponsorizzazione pubblicitario non è inferiore rispetto al trattamento fiscale che la L. n. 49/2002 pretende di concedergli. E ciò, perché queste Leggi permettono la detrazione delle spese generate in virtù del contratto di sponsorizzazione sulla base imponibile dell'imposta senza limite e neanche limitano gli enti che possono essere riceventi della sponsorizzazione, oltre ad essere deducibile l'IVA sopportata, con quello che questa imposta risulta neutra. In Italia troviamo un trattamento fiscale uniforme della sponsorizzazione senza distinguere tra fini culturali o sociali e fini commerciali, cioè, senza differenziare tra quello che abbiamo qualificato come sponsorizzazione gratuita, identificabile col mecenatismo, e come sponsorizzazione onerosa, nella quale lo sponsor cerca una controprestazione all'aiuto che concede.

Sesta. – nonostante la dettagliata regolazione sulla natura delle donazioni ed erogazioni che fa l'ordinamento giuridico spagnolo, in Italia saranno solo deducibili dal reddito del soggetto le donazioni effettuate esclusivamente in denaro, quello che implica è che rimarrebbero escluse quelle erogazioni fatte in specie a favore, tra l'altro, di enti o istituzioni pubbliche, di fondazioni e di associazioni legalmente riconosciute, per lo svolgimento dei suoi fini istituzionali e per la realizzazione di programmi culturali.

Individuals and Tax Residence in Community Law: Recent Interventions of the European Court of Justice (Abstract)*

Olimpia Esposito De Falco

It is well known that tax residence plays a fundamental role in international tax law for determining the taxpayer's total income. Without taking into consideration companies, this work focuses on the tax residence of individuals as a connection link, particularly in Community law and in the light of recent interventions made by the European Court of Justice.

It deals with the delicate issue of the connection links between income taxation and national territory in international tax law.

For residents, personal residence-based taxation, taxing worldwide income, denies any importance to the territory; conversely, source-based taxation gives preference to the territory, in that non-residents' income is subject to the taxing powers of the State where it is earned.

In particular, the work considers the issue of tax harmonization and coordination in the European Union, and it dwells upon the principle of non-discrimination – which must be considered the bedrock of the EU – and its specific applications in Community law and in the Court of Justice's case law.

Apart from recognizing equal treatment to all production factors (goods, persons, services and capital) within the European Community and forbidding Member States to discriminate against other Member States, the principle of non-discrimination establishes that a non-resident must not be treated more unfavourably than a resident. Notwithstanding various problems and significant difficulties, the attempt to guarantee an equal treatment is particularly interesting, in that it eliminates the distinction between unlimited tax liability of residents and limited tax liability of non-residents, as provided by national and international tax law. Moreover, the subject has been dealt by way of comparing the position of residents and non-residents, also according to the fundamental freedoms in the light of the European Court of Justice's case-law (historic and more recent judgements), and of the coherence of the tax system, which is used as a justification for the different treatment applied to non-residents.

The conclusions examine the coherence of the tax system, according to which a Member State can justify the different treatment applied to residents and non-residents, and point out that – even though the European Court of Justice has tried to restrict its scope – the Court's efforts to eliminate the tax discrimination could be frustrated.

This means that different judgements contain different solutions, as the tax coherence within national systems has been considered the 'rule of reason'.

* Translation by Claudia Calogero

La residenza fiscale delle persone fisiche nella normativa comunitaria alla luce dei recenti interventi della Corte di giustizia

Olimpia Esposito De Falco

SOMMARIO: 1. Il principio di non discriminazione fiscale ed alcune sue specifiche applicazioni nella normativa comunitaria e nella giurisprudenza della Corte di giustizia - 2. La comparabilità delle situazioni dei residenti e dei non residenti - 3. La situazione dei residenti e non residenti nel rispetto delle libertà fondamentali alla luce della giurisprudenza comunitaria - 4. La coerenza del sistema fiscale quale motivazione del diverso trattamento dei non residenti.

1. Il principio di non discriminazione fiscale ed alcune sue specifiche applicazioni nella normativa comunitaria e nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Per i Paesi appartenenti all'Unione europea, in realtà, non si evince un'esplicita disposizione fiscale comunitaria in materia di imposte dirette. Ciò significa che ciascun Stato membro esercita, in modo autonomo, la propria capacità impositiva.

A tal uopo, la Corte di giustizia osserva: “se è vero che allo stato attuale del diritto comunitario la materia delle imposte dirette non rientra nella competenza della Comunità, ciò non toglie che gli Stati membri sono tenuti ad esercitare le competenze loro attribuite nel rispetto del diritto comunitario”¹.

Da parte degli Stati, d'altra parte, si è sempre manifestata una discreta resistenza in materia di imposizione diretta²: poiché attraverso questa forma di imposizione i Paesi membri reperiscono i mezzi economici per fronteggiare i fabbisogni nazionali, ciò giustifica il fatto che questi non consentano alcuna compromissione della propria sovranità in materia. Infatti, l'imposizione diretta dei singoli Stati incide costantemente sul reddito e patrimonio dei cittadini, condizionando scelte e limitando la libertà di azione, essendo diretta espressione della politica economica e redistributiva³.

¹ Si veda la sentenza del 4 ottobre 1991, causa C-246/89, *Commissione/Regno Unito*, (Racc. pag I-4585), punto 12. Il rispetto dei limiti posti dal diritto comunitario in materia di imposte dirette viene affrontato in materia di libera circolazione dei lavoratori, di cui all'art. 48 del Trattato CE, a partire dalla sentenza *Schumacker* (Corte di giustizia CE, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Finanzamt Köln-Astadt v. Roland Schumacker*). In particolare la Corte di giustizia intende stabilire se esso può limitare la potestà di uno Stato membro di imposizione del reddito prodotto nel suo territorio da un cittadino di un altro Stato membro. Si veda anche C-80/94 dell'11 agosto 1995 *Wielockx*; C-107/94 del 27 giugno 1996 *Asscher*; C-350/95 del 15 maggio 1995 *Futura*; C-118/96 del 28 aprile 1998, *Safir*, (Racc. 1998 I-1897).

² ROCCATAGLIATA F, *Corso di diritto tributario internazionale* (a cura di Uckmar V.), CEDAM, 1999, p. 658.

³ Cfr. DE MITA, *Diritto tributario interno e norma comunitaria*, in “Interesse fiscale e tutela del contribuente”, Milano, 1987, p. 261.

Si pone, pertanto, il problema della limitazione della sovranità fiscale, rivendicata dai singoli Paesi membri ogni volta che il diritto comunitario ostacola la potestà tributaria nazionale⁴. Va rilevato, però, che i modelli di Stato fiscale sono stati messi in crisi dai processi di globalizzazione; il che impone, analogamente a quanto verificatosi in tema di armonizzazione delle politiche di bilancio, anche un ampio processo di armonizzazione delle politiche tributarie.

Dal punto di vista giuridico-comunitario, inoltre, occorre distinguere, ai fini dell'interpretazione del concetto di armonizzazione fiscale e normativa, tra i concetti di *ravvicinamento* e *unificazione*. Sebbene parte della dottrina⁵ ritenga che il termine *armonizzazione* rappresenti la specifica applicazione in campo fiscale della nozione più ampia di *ravvicinamento*⁶, infatti, il trattato CE e la legislazione comunitaria utilizzano, per esprimere la stessa idea, indistintamente i termini "*armonizzazione*", "*ravvicinamento*" e "*coordinamento*" delle legislazioni degli Stati membri.

In realtà, l'*unificazione* si realizza attraverso regolamenti, atti legislativi comunitari, obbligatori e direttamente applicabili, che non lasciano alcun margine di discrezionalità al legislatore nazionale. Il *ravvicinamento*, invece, non presuppone l'unicità dei mezzi per ottenerlo, realizzandosi, invece, attraverso l'applicazione delle direttive, costituenti lo strumento principale per rendere affini le legislazioni fiscali⁷.

In tal modo, è già riscontrabile una notevole differenza nei mezzi giuridici che il Trattato mette a disposizione per raggiungere gli scopi istituzionali: mentre per il *ravvicinamento* si parla esclusivamente di direttive; l'*armonizzazione* fiscale, prevista dall'art. 93 (ex art. 99)⁸, dispone di un ventaglio di scelte più ampio. Occorre sottolineare, inoltre, che l'articolo in questione disciplina l'azione armonizzatrice delle imposte indirette. Al contrario, le imposte dirette⁹ appaiono estranee al processo di

⁴ AMATUCCI A., *Responsabilità fiscale limitata e libertà di stabilimento*, in "Rivista di diritto tributario internazionale", n. 2, 2001.

⁵ DE LA FLUENTE, *Diccionario juridico de la Unión Europea*, Barcellona, 1994, p. 55-57; WAELBROECK, *L'harmonisation des regles techniques dans la CEE*, Bruxelles, 1988, p. 250 ss. Di orientamento differente è UKMAR V., *Progetti e possibili soluzioni dell'armonizzazione fiscale dell'U. E.*, in "Dir. prat. trib.", 1995, p. 9.

⁶ Per ulteriori approfondimenti: RUSSO-CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, in "Rass. Trib.", 9, 1990, p. 629; CROXATTO, *Armonizzazione fiscale e mercato unico europeo*, in "Le società", 1, 1990, p. 105; MEDICI, *L'armonizzazione fiscale europea verso il traguardo del 1992*, in "Boll. Trib.", 13, 1988, p. 995; TREMONTI, *Completamento del mercato interno europeo e sistema fiscale italiano*, in "Riv. dir. Fin.", 1989, p. 419; BURGIO, *La politica fiscale*, in "Manuale di diritto comunitario", II, Torino, 1983.

⁷ Sugli effetti degli atti comunitari *self-executing* nei confronti dell'ordinamento statale ed il conflitto tra norme tributarie interne ed internazionali Vd. AMATUCCI A., *Corso di diritto tributario internazionale* (a cura di Uckmar V.), CEDAM, 1999, p. 722 ss.

⁸ L'art 93 (ex art 99) del Trattato CE dispone "Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno entro il termine previsto dall'articolo 14."

⁹ Il Comitato *Ruding* nell'aprile 1992 ha presentato un rapporto sullo stato di armonizzazione in materia di imposte dirette tra i Paesi membri dell'Unione Europea, rilevando l'esistenza di differenze significative nelle discipline fiscali delle società dei singoli Stati membri. Le differenze principali tra i sistemi tributari riguardano la definizione della base imponibile, le esenzioni, le ritenute alla fonte sui redditi verso l'estero ed i diversi metodi di attenuazione della doppia imposizione dei redditi di attività transfrontaliere. Cfr. RUSSO-CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, cit. p. 631; COSCIANI *L'armonizzazione fiscale nella CEE*, Milano, 1986.

armonizzazione¹⁰, trovando una regolamentazione eventuale soltanto nell'ambito del ravvicinamento previsto dall'art. 94 (*ex art.* 100)¹¹.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale, dunque, ha condotto all'emanazione di importanti norme comunitarie in materia di imposte dirette, fondate oltre che sull'art. 94 (*ex art.* 100) – riguardante l'emanazione di direttive – e 96 (*ex art.* 101)¹² anche sull'art. 90 (*ex art.* 95)¹³ – recante il principio di non discriminazione¹⁴ – da considerare il fondamento della “costruzione comunitaria”, che si risolve nel riconoscimento di una parità di trattamento concernente tutti i fattori della produzione (merci, persone, servizi e capitali) presenti all'interno della Comunità, e nel vietare, agli Stati comunitari, di porre in essere comportamenti discriminatori nei confronti di altri Paesi membri¹⁵.

Occorre segnalare, pertanto, il fondamentale ruolo svolto dalla Corte di giustizia, la quale ha estrapolato il divieto di normative discriminatorie dai seguenti

¹⁰ Ciò non toglie che siano stati fatti alcuni passi sulla via dell'armonizzazione in materia di imposte dirette: si pensi, ad esempio alle Direttive 90/434/CEE sulle fusioni e scissioni transfrontaliere e 90/435/CEE sulle società madri e figlie. Su tali direttive si veda DIBOUT-CASERTANO, *L'armonizzazione fiscale all'apertura del Mercato Unico*, in “Il Fisco”, 1993, p. 1137; DI TANO, *Le direttive comunitarie sulla fiscalità delle imprese: stato di emanazione e di attuazione*, in “Riv. Dir. Trib.”, 1993, I, p. 181; MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi di Società figlie alla luce della direttiva CEE*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, p. 519; MANZITTI-LUDOVICI, *Regime tributario dei dividendi comunitari*, in “Le società”, 1993, p. 1331.

¹¹ ROCCATAGLIATA F, *cit.*, p. 681. L'art. 94 (*ex art.* 100) del Trattato CE prevede testualmente “il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce 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”.

¹² L'art. 100 del Trattato CE attribuisce al Consiglio il potere di emanare direttive, deliberate all'unanimità e volte al ravvicinamento delle disposizioni nazionali che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione e sul funzionamento del Mercato interno; mentre l'art. 101 conferisce al Consiglio il potere di eliminare le disparità esistenti nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri. Cfr. AMATUCCI F, *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, in “Dir. Prat. Trib.”, II, n. 1, 1996, p. 241.

¹³ L'art. 90 (*ex art.* 95) del Trattato CE dispone: “Nessuno Stato membro applica direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari.

Inoltre, nessuno Stato membro applica ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni.”

¹⁴ Il principio di non discriminazione stabilito dal diritto comunitario si distingue dal principio di non discriminazione fiscale in Italia che si fonda principalmente sui principi di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost. Alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, il principio di non discriminazione in materia fiscale, determina l'eguale trattamento di situazioni analoghe e la diversa disciplina di differenti situazioni, purché non vi siano ragioni di politica economica e sociale che le giustifichino. Si vedano le sentenze della Corte cost. del 6 giugno 1972 n. 420 e del 14 luglio 1976 n. 167. In successive decisioni la Corte ha ritenuto operante il principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 Cost. esclusivamente nei confronti di questioni fiscali interne non riguardanti cittadini stranieri, si vedano le sentenze della Corte cost. del 23 febbraio 1980 n. 42 e del 15 ottobre 1990 n. 513. In effetti, pur vantando comune rilevanza, il principio di non discriminazione sancito dall'ordinamento comunitario è generalmente riferito, diversamente dal principio di uguaglianza, esclusivamente ai rapporti transfrontalieri tra i Paesi membri al fine di consentire l'esercizio delle libertà fondamentali riconosciute dal trattato CE e non è ritenuto idoneo ad estendersi alle situazioni puramente interne. In tal senso AMATUCCI F, *L'interpretazione e l'applicazione del principio di non discriminazione nell'ordinamento tributario italiano*, in “Riv. Dir. Trib.”, n. 1, 1999, p. 164 ss.

¹⁵ Per aversi violazione del principio di non discriminazione fiscale sancito dall'art. 90 (*ex art.* 95) occorre la contemporanea presenza di tre elementi. Il diverso trattamento fiscale non deve basarsi su un criterio obiettivo, la norma deve essere direttamente o indirettamente discriminatoria e deve proteggere produzioni nazionali concorrenti rispetto a quelle importate. In tal senso AMATUCCI F, *L'interpretazione e l'applicazione del principio di non discriminazione nell'ordinamento tributario italiano*, *cit.* p. 174 ss.

articoli: l'art. 12¹⁶ – che contiene un divieto di porre in essere discriminazioni fondate sulla nazionalità dei soggetti – l'art. 39 (*ex art. 48*)¹⁷ – il quale afferma la libera circolazione dei lavoratori – gli art. 43 (*ex art. 52*)¹⁸ e 48 (*ex art. 58*)¹⁹ – riguardanti la libertà di stabilimento – l'art. 49 (*ex art. 59*)²⁰ – che sancisce la libera prestazione dei servizi – e l'art. 56 (*ex art. 73 b*)²¹ – che sancisce la libera circolazione dei capitali.

In sostanza, la Corte legittima i suoi interventi nel campo della fiscalità diretta sulla base della considerazione che la normativa di uno Stato membro, che assoggetta le persone fisiche non residenti ad un trattamento fiscale meno vantaggioso rispetto a quello dei residenti, determina, in tal modo, un ostacolo – se non giustificato da

¹⁶ L'art. 12 (*ex art. 6*) del Trattato CE stabilisce che: “nel campo di applicazione del presente trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”.

¹⁷ L'art. 39 (*ex art. 48*) del Trattato CE dispone: “1. La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata.

2. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.

3. Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, essa importa il diritto:

a) di rispondere a offerte di lavoro effettive;
b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri;
c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali;
d) di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti di applicazione stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego.

4. Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione”.

¹⁸ L'art. 43 (*ex art. 52*) del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento stabilisce: “Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”.

¹⁹ L'art. 48 (*ex art. 58*) del Trattato CE dispone che: “Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.

Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”.

²⁰ L'art. 49 (*ex art. 59*) del Trattato CE disciplinante la libera prestazione di servizi dispone: “Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità”.

²¹ L'art. 56 (*ex art. 73 b*) del trattato CE stabilisce che: “1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi”.

idonee ragioni²² – alle libertà, riconosciute dal Trattato ai cittadini dell’U.E., di vivere, lavorare, svolgere un’attività economica e impiegare i propri risparmi in qualsiasi Stato membro²³.

Come osserva la Suprema Corte²⁴, la mancata previsione, nel Trattato, di un potere della Comunità di armonizzare le imposte dirette, non costituisce una giustificazione del diverso trattamento fiscale discriminatorio dei non residenti da parte degli Stati membri, in quanto le libertà fondamentali che garantiscono l’instaurazione ed il funzionamento del Mercato Unico non possono essere disattese dalle norme tributarie nazionali²⁵.

In effetti, la Corte ha applicato al settore fiscale le libertà comunitarie senza tralasciare, come già accennato, il criterio della residenza, interpretato nella sua funzione di collegamento tra i vari Stati per la determinazione delle imposte sui redditi.

In ogni caso, l’applicabilità della giurisprudenza comunitaria si distingue, a seconda che riguardi persone fisiche, oggetto del presente studio, o persone giuridiche.

In relazione alle persone fisiche, la Suprema Corte, a partire dalla sentenza *Schumaker*²⁶, ha affermato che le libertà fondamentali contenute nel Trattato non appaiono in contrasto con le legislazioni fiscali degli Stati membri, poiché quest’ultime attuano

²² Si tratta delle *rules of reason*, individuate dalla Corte di giustizia per contrastare fenomeni elusivi, oltre che per la necessità di salvaguardare l’efficacia dei controlli fiscali e preservare la coerenza fiscale. si veda in proposito la sentenza 3 settembre 1999, causa C – 212/97, *Centros*, in “Foro it.”, 2000, IV, col. 317-322, con nota N. FORTUNATO. Significativa appare anche la sentenza 28 gennaio 1992, Causa C-204/90, *Bachmann c. Stato belga*, in “Racc.”, 1992, I-249. La stessa Corte, invece, non ha ritenuto che possa costituire una ragione idonea a giustificare una normativa fiscale nazionale discriminatoria, l’esigenza di evitare diminuzioni nel gettito fiscale. Sentenza 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*, in “Dir. Prat. Trib.”, 2000, III, p. 323, con nota C. GARBARINI.

²³ Interessanti sono le pronunce della Corte tese ad evitare anche fenomeni di *discriminazione a rovescio*, cioè la concessione di trattamenti meno favorevoli per gli appartenenti alla comunità nazionale rispetto a quello riservato ai soggetti esterni. Cfr. PISTONE P., *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario*, in “Dir. Prat. Trib.”, III, 1998, p. 581 ss. Osserva l’Autore che gioca un ruolo fondamentale l’evoluzione del processo di integrazione economica comunitaria, dato che per effetto del primato del diritto comunitario su quello interno, si impongono all’interno degli Stati membri e nel nome della piena realizzazione del Mercato Unico trattamenti migliori rispetto a quelli originariamente previsti in ambito interno, determinandosi in tal modo conseguenze non neutrali, ma soprattutto inique e discriminatorie.

²⁴ Si veda la sentenza *Avoir fiscal* del 28 gennaio 1986, causa 270/83, Racc. CEE, I-273.

²⁵ È stato autorevolmente sostenuto che è opportuno esaminare se la non discriminazione sia alternativa all’armonizzazione. Alternatività vuol dire che nell’ipotesi dell’armonizzazione, la corretta applicazione delle norme armonizzate non dovrebbe più consentire situazioni di discriminazione. In tal senso ADONNINO P., *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità*, in “Riv. dir. fin. sc. Delle fin.”, LII, 1, I, p. 68 ss. Secondo l’Autore, ipotesi di discriminazione possono verificarsi anche in presenza di normative tributarie armonizzate. Pertanto, il principio che vieta dette discriminazioni deve permanere, la sua regolamentazione deve essere sempre più completa e la sua applicazione deve essere decisa.

²⁶ Si tratta di una pronuncia di rilievo storico, considerata come punto di partenza nel settore dell’armonizzazione delle imposte dirette all’interno del Mercato Unico Europeo e, allo stesso tempo, come punto di arrivo a favore delle libertà fondamentali del Trattato di Roma. Infatti, l’indirizzo della Corte in relazione al diritto di circolazione e di non discriminazione dei cittadini degli Stati membri in ragione della loro nazionalità ebbe inizio più di vent’anni fa nella sentenza relativa al caso *Sotgiu*, CGE, 12 febbraio 1974, C- 152/73, in “Raccolta”, 1974, p. 153. Tale sentenza, in materia di libertà fondamentali del Trattato di Roma, segna, nell’operato della Corte di giustizia delle Comunità Europee, il passaggio da una casistica incentrata sul divieto della discriminazione sulla base della nazionalità ad un più generale divieto delle misure che determinano effetti restrittivi alla libera circolazione all’interno della Comunità. In tal senso WOUTERS, *The case-law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in “Maastricht Journal of European and Comparative Law”, 1994, p. 185 ss. Tale filone ha poi trovato sbocco ed articolazioni in materia fiscale solo negli ultimi anni con le sentenze relative ai casi *Avoir fiscal*, *Biehl*, *Bachmann*, *Commerzbank* ed *Halliburton Services*.

l'imposizione sui redditi e sui patrimoni basandosi sul principio della residenza.²⁷ Tuttavia, ha ritenuto contrario ai principi comunitari la mancata concessione, al lavoratore comunitario non residente, delle agevolazioni fiscali di cui godono i lavoratori residenti²⁸. Nella fattispecie, il contribuente non residente, lavoratore dipendente o autonomo che percepisce la totalità o quasi dei propri redditi nello Stato in cui svolge l'attività lavorativa, dev'essere equiparato al residente, in quanto sono entrambi soggetti ad imposizioni in un unico Stato membro²⁹.

Il giudice comunitario, in tal modo, ha superato il dato formale della residenza, assumendo come presupposto impositivo delle imposte dirette l'effettiva localizzazione del reddito delle persone fisiche. La qual cosa si traduce in un superamento della rigida ripartizione tra residenti e non residenti, cosicché la loro posizione sostanziale, considerata nello svolgimento di una attività economica, diventa equivalente.

In altre parole, la Corte – considerando che il non residente produce la totalità, o la maggior parte del reddito, nello Stato estero – ha ritenuto contrastante, con la costruzione del mercato interno, una distinzione tra residenti e non residenti. Questa storica decisione ha condotto alla creazione di una terza categoria soggettiva (che si aggiunge ai residenti e non residenti), ovvero quella dei soggetti non residenti ma residenti in uno Stato membro³⁰.

2. La comparabilità delle situazioni dei residenti e dei non residenti

Con la sentenza *Schumacker*, la Corte di giustizia delle Comunità europee si è espressa nel senso che, in materia di imposte dirette, la situazione dei residenti, e

²⁷ *Schumacker* Corte di giustizia CE, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Finanzamt Köln-Astadt v. Roland Schumacker*. Il sig. Schumacker, cittadino Belga, residente con la sua famiglia in Belgio, svolgeva un lavoro subordinato in Germania. Il suo stipendio di fonte tedesca rappresentava la totalità del suo reddito familiare, ed era assoggettato all'imposta tedesca mediante ritenuta alla fonte, come stabilito dalla convenzione bilaterale belgo-tedesca contro le doppie imposizioni. Poiché, il sig. Schumacker e, la sua famiglia, non erano residenti ai fini fiscali in Germania, in base al codice fiscale tedesco, tale ritenuta era applicata integralmente, senza tenere conto, quindi, della situazione familiare. Il sig. Schumacker, ricorreva alla Commissione tributaria tedesca per ottenere una riliquidazione dell'imposta dovuta, ritenendo, tale trattamento, riservato esclusivamente ai lavoratori non residenti, discriminatorio ed ingiustificato, il tribunale amministrativo, rilevando un possibile contrasto con l'art. 48 del Trattato CE, rinviava alla Corte di giustizia della Comunità Europea. Si vedano i commenti di MUGURUZA A. J., e ROCCATAGLIATA F., *Discriminatorio Il regime fiscale riservato ai lavoratori non residenti dalle legislazioni fiscali nazionali*, in "Dir. Prat. Trib.", II, 1996, p. 3 ss.; AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, cit., p. 227; PISTONE P., *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, cit., I, 1995, p. 1470 ss; ACCILI B., *L'art. 48 del trattato di Roma e la fiscalità diretta: il caso Schumacker*, in "Riv. Dir. Trib.", 1996, II, 227.

²⁸ La Corte si è pronunciata in tal senso anche con successive sentenze. Si veda C-80/94 dell'11 agosto 1995 *Wielockx*; C-107/94 del 27 giugno 1996 *Asscher*.

²⁹ Il caso *Schumacker* è assimilabile ai cd. *lavoratori transfrontalieri*, trattasi di persone che prestano il loro lavoro dipendente in un Paese diverso da quello in cui risiedono ed in cui fanno regolarmente rientro ogni sera al termine della loro giornata di lavoro.

³⁰ Sul concetto di non residente, residente comunitario si veda MUGURUZA J. A., ROCCATAGLIATA F., *La Corte di giustizia CEE ci ripensa: "la coerenza" dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non-residenti*, in "Dir. Prat. Trib.", 1996, p. 697; PISTONE P., *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, in "Dir. prat. Trib.", I, 1995, p. 1501. L'Autore osserva in proposito che il caso *Schumacker* ha invitato ad un ripensamento della bipartizione classica del prelievo fiscale tra residenti e non residenti. Di recente, il legislatore tedesco ha previsto la modifica della normativa sui lavoratori transfrontalieri, prevedendo l'aggiunta di una terza categoria di soggetti non residenti, ma residenti in un altro Stato membro. Nei loro confronti il prelievo fiscale dovrebbe essere esercitato sulla base della territorialità tenendo presente sia la situazione personale del contribuente che la sua effettiva capacità contributiva.

quella dei non residenti, non sono in genere comparabili. Questo perché il reddito percepito nel territorio di uno Stato da un non residente costituisce solo una parte del suo reddito complessivo, concentrato nel suo luogo di residenza. Pertanto, la capacità contributiva di un non residente – ossia la determinazione dei suoi redditi e della sua situazione personale e familiare – può essere meglio valutata nel luogo in cui si localizza il centro dei suoi interessi personali ed economici, che solitamente corrisponde alla sua residenza abituale. Inoltre, lo stato di residenza, tenuto conto della situazione personale e familiare del contribuente, dispone in genere delle informazioni necessarie per valutare la sua capacità contributiva.

Tale orientamento della Corte è da condividere, in quanto la distinzione tra residenti e non residenti ha una sua coerenza ben precisa³¹.

Nell'ambito delle imposte dirette, si pone una distinzione fondamentale tra la soggettività tributaria dei residenti e quella dei non residenti che, come si è avuto modo di osservare, è indispensabile, per motivi sia economici che giuridici. Colui che sceglie di risiedere in uno Stato è tenuto al pagamento delle spese della Pubblica Amministrazione, nonché dei servizi pubblici che usufruisce, per cui viene tassato in quello stesso Stato su tutti i suoi redditi ovunque prodotti³². Invece, lo Stato della fonte assoggetta ad imposta il non residente per i soli redditi prodotti nel suo territorio in quanto questi, mantenendo la residenza nel Paese di origine, non ha nessun legame con lo Stato di occupazione, se non l'attività economica che vi svolge. Vanno considerate, altresì, le agevolazioni fiscali³³, non estese ai non residenti anche per evitare abusi, nel caso in cui manchino i requisiti previsti da norme interne o nel caso in cui hanno già beneficiato della stessa agevolazione nel Paese di residenza³⁴. La circostanza secondo la quale il non residente, soggetto parzialmente ad imposta, non gode degli stessi benefici riconosciuti al residente, non rappresenta un trattamento fiscale discriminatorio.

Invero, la situazione dei soggetti residenti e non residenti diventa comparabile, allorché la persona fisica non residente percepisce “la parte essenziale dei suoi redditi e la quasi totalità dei suoi redditi familiari” nello Stato di esercizio della sua attività economica.

³¹ Sentenza del 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann/Etat Belge*, (Racc. CEE, I-249, punto 28).

³² Si tratta del principio di imposizione in base al beneficio effettivo, secondo cui il tributo costituisce il corrispettivo per i servizi offerti dallo Stato. Per le difficoltà di attuazione rappresentate soprattutto dall'impossibilità di misurare i benefici effettivi a cui rapportare l'imposizione come corrispettivo, si veda GARBARINO *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, p. 82.

³³ Per un'analisi delle agevolazioni fiscali si veda FICHERA F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992; GIANNINI A. D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, p. 174 ss e p. 229 ss.; MICHELI G. A., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, p. 344 ss.; FANTOZZI A., *Diritto tributario*, 1998, p. 142 ss; BIZIOLI G., *Agevolazioni fiscali e libertà fondamentali* in “Riv. Dir. Trib. Int.” n. 2, 2001, p. 351 ss. Secondo l'Autore, il concetto di agevolazione fiscale si basa su elementi strutturali e funzionali. La qualificazione di norme agevolative presuppone il trattamento derogatorio rispetto a quello ordinario, ovvero un trattamento più favorevole rispetto a quello ordinario, senza tralasciare la funzione promozionale di siffatto trattamento. All'interno di questa categoria, dottrina e giurisprudenza distinguono tra agevolazioni fiscali soggettive ed oggettive sulla base di esigenze e finalità inerenti alle specifiche situazioni o ai soggetti agevolati.

³⁴ L'analisi dei casi in cui le agevolazioni fiscali sono estensibili ai non residenti presuppone l'esame del loro profilo strutturale e funzionale che consenta l'attività di comparazione. In tal senso LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie*, in “Trattato di diritto tributario”, vol. I, Padova 1994, p. 410. Secondo l'Autore è innanzitutto necessario stabilire se, in norme nazionali diverse, possono o meno individuarsi elementi comuni che ne giustificano qualificazioni unitarie.

Nel caso di specie, il sig. Schumacker produceva, nello Stato della fonte, cioè in Germania, la totalità, o quasi, dei suoi redditi personali e familiari. Ne consegue che, accertata la comparabilità ai fini impositivi, cioè l'eguale capacità contributiva di un soggetto residente e di un soggetto non residente, la mancata estensione delle agevolazioni personali costituisce un trattamento discriminatorio³⁵ e, quindi, una violazione della libera circolazione dei lavoratori³⁶.

Per quanto riguarda, invece, l'applicabilità della giurisprudenza comunitaria in materia di imposte sul patrimonio, la Corte ha affrontato la questione della comparabilità della situazione dei residenti e non residenti in una recente sentenza³⁷. Pronunciandosi sulla questione riguardante l'interpretazione del principio di libera circolazione di capitali, ha chiarito che "gli art. 56 e 58 del Trattato non ostano ad una regolamentazione in base alla quale uno Stato membro rifiuti ai contribuenti non residenti, che possiedono la maggior parte del loro patrimonio nello Stato in cui risiedono, la stessa esenzione di parte dell'imponibile accordato ai contribuenti residenti".

In effetti, la Corte, seguendo l'orientamento espresso nelle precedenti sentenze in materia di imposte sul reddito, ribadisce che tra residenti e non residenti si verificano situazioni diverse. Va rilevato che gli Stati membri possono determinare, nella loro legislazione tributaria, una diversa imposizione tra contribuenti residenti e quelli non residenti. Ovviamente, il diverso trattamento non deve consistere in una restrizione dissimulata alla libera circolazione dei capitali ovvero un mezzo di discriminazione.

³⁵ In Germania, la legge relativa all'imposta sul reddito prevede, per i coniugi il cd. regime dello *splitting*, istituito per attenuare la progressività dell'aliquota dell'imposta sul reddito. Esso consiste nel sommare il reddito complessivo dei coniugi per imputarlo poi fittiziamente a ciascun coniuge nella misura del 50% e tassarlo di conseguenza. Se il reddito di uno dei coniugi è elevato e quello dell'altro basso, lo *splitting* livella la base imponibile ed attenua pertanto la progressività.

³⁶ Il principio della libera circolazione dei lavoratori, trova chiara e diretta espressione in materia fiscale, negli ordinamenti degli Stati membri con il Regolamento n. 1612/68 del 15 ottobre 1968; G.U.C.E. I. 257 del 19 ottobre 1968, che obbliga detti Stati a non discriminare i lavoratori comunitari rispetto ai lavoratori nazionali, soprattutto nel campo sociale e fiscale, limitando pertanto la potestà impositiva degli Stati membri. I lavoratori sono altresì tutelati da eventuali discriminazioni fiscali con la Raccomandazione (Doc. C (93) 3702) del 21/12/1993 con la quale la Commissione sollecita gli Stati membri ad eliminare dalle proprie legislazioni i provvedimenti discriminatori riguardanti la tassazione del reddito dei non residenti e dei lavoratori transfrontalieri stranieri.

³⁷ Corte di giustizia CE, sentenza del 5 luglio 2005, causa C-376/03, *D c/Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondenemingen buitenland te Heerlen*. Con nota di BULGARELLI F., *Il principio di libera circolazione dei capitali e la comparabilità delle situazioni di residenti e non residenti e di non residenti di Stati membri diversi tra loro: il caso D*. in "Rass. Trib.", n. 6, 2005, p. 2027 ss. Il sig. D. era di nazionalità tedesca e viveva in Germania. Nel 1998, il sig. D. possedeva una casa di vacanze nei Paesi Bassi, che corrispondeva al 10% del suo patrimonio; mentre il 90% era situato nello Stato di residenza cioè in Germania. Per tale motivo era soggetto all'imposta olandese sul patrimonio, con un'aliquota del 0,8% sulla differenza tra il valore dei suoi beni immobili situati nei Paesi Bassi ed i debiti nello stesso Stato. Poiché non era residente, non godeva dell'abbattimento sino alla concorrenza di una data somma variabile in relazione allo stato civile del contribuente. Il sig. D. riceveva un trattamento differente sia ai residenti nei Paesi Bassi, sia a quelli in Belgio. Infatti, quelli che risiedevano nei Paesi Bassi, pur essendo soggetti a tale imposta patrimoniale, beneficiavano del predetto abbattimento sulla differenza tra il valore complessivo dei propri beni ovunque situati e le passività. I residenti in Belgio, al pari del sig. D, erano soggetti all'imposta patrimoniale sulla differenza tra il valore dei soli beni immobili situati nei Paesi Bassi e le passività aventi origine nello stesso Stato, però a differenza del sig. D, beneficiavano dell'abbattimento come i residenti nei Paesi Bassi. La giustificazione era da rinvenirsi nella clausola di non discriminazione della Convenzione contro le doppie imposizioni conclusa nel 1970 tra i Paesi Bassi ed il Belgio, che estendeva i vantaggi delle riduzioni di imponibile, concessi in ragione dello stato civile, ai residenti in Belgio. Il sig. D. sosteneva che il possesso di una casa o l'investimento in immobili in uno Stato membro, diverso da quello di residenza, si qualificasse come movimento di capitali e sulla base degli art. 56 e 58 del Trattato riteneva vietato ai Paesi Bassi di trattare un investimento transfrontaliero in entrata, in modo diverso rispetto ad un simile flusso di capitali domestico.

In genere, la Corte si è pronunciata sui lavoratori che si spostavano percependo una parte consistente del reddito in un altro Stato membro, pur mantenendo la residenza nel Paese di origine. Il caso di specie affronta l'ipotesi di un investitore, residente in Germania, che ha effettuato investimenti immobiliari – peraltro limitati al 10% del suo patrimonio – in Olanda. In base alla legislazione vigente nei Paesi Bassi, i contribuenti residenti usufruiscono di un abbattimento applicato al loro patrimonio mondiale; per contro, i non residenti sono esclusi da tale esenzione, qualora la quota del loro patrimonio complessivo, detenuto nei Paesi Bassi, sia inferiore al 90%.

Applicando il ragionamento di cui alla sentenza Schumacker, la Suprema Corte ha evidenziato che, nel caso delle imposte sui redditi, ha rilevanza il Paese della fonte, tenendo in particolare considerazione la situazione personale del contribuente. Per le imposte sul patrimonio, invece, si considera unicamente il patrimonio posseduto nello Stato impositore. La Corte di giustizia europea non ha ravvisato una discriminazione, non ritenendo comparabile la situazione del residente, che ivi possiede una quota consistente del patrimonio, pari al 90%, con quella del non residente.

Infatti, la maggior parte del patrimonio del sig. D era già stato esentato, per cui il contribuente aveva già usufruito degli abbattimenti personali, da parte del suo Paese di residenza. Di conseguenza, non occorre riconoscere alcun abbattimento nei Paesi Bassi.

A conclusioni diametralmente opposte è pervenuto l'avvocato Generale Colomer³⁸, il quale ha ritenuto discriminante il comportamento adottato, cioè considerare il possesso di un patrimonio immobiliare in Germania, ove non esiste alcuna imposta sul patrimonio.

Ha ritenuto quindi, che il sig. D si trovasse nella stessa situazione di un residente olandese con patrimonio equivalente, poiché *tutto il suo patrimonio imponibile* si rinveniva nei Paesi Bassi³⁹.

Attraverso una diversa analisi di quanto deciso dalla Corte nella causa *Wallentin e Riksskatteverket*⁴⁰, l'Avvocato generale ha ritenuto che anche nel caso di specie sussiste una discriminazione. In tale sentenza, la Corte di giustizia ha equiparato la situazione

³⁸ Si tratta delle conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz – Jarabo Colomer, presentate il 26 ottobre 2004.

³⁹ L'Avvocato generale nelle proprie conclusioni del 26 ottobre 2004 al punto 65 aggiunge che “ l'uguaglianza oggettiva e la differenza di trattamento appaiono evidenti se si paragona la situazione del sig. D con quella di un residente olandese che, come lui, ha nel suo Paese il 10% del patrimonio ed il resto in Germania; quest'ultimo non pagherebbe alcun tributo nella Repubblica federale di Germania e le sue proprietà nei paesi Bassi avrebbero diritto ad un beneficio fiscale”.

⁴⁰ Sentenza del 1 luglio 2004, *causa C-169/03, Wallentin e Riksskatteverket*. Il sig. Wallentin, cittadino tedesco, era residente in Belgio, dove stava completando gli studi. Riceveva dai suoi genitori un aiuto finanziario mensile e beneficiava di una borsa di studio dello stato tedesco, tali somme, secondo il diritto tributario tedesco non costituivano, per loro natura, redditi imponibili. Avendo svolto un'attività retribuita in Svezia, chiedeva di ottenere in tale Paese un trattamento fiscale simile a quello dei residenti. La Corte, pronunciandosi in data 1 luglio 1994, ha qualificato contraria alla libera circolazione dei lavoratori la normativa svedese che negava ai soggetti passivi senza domicilio fiscale nel suo territorio determinati benefici concessi ai suoi residenti. In particolare si è pronunciata nel senso che “ L'art. 39 CE osta ad una normativa di uno Stato membro secondo la quale le persone fisiche, che a fini fiscali non sono considerate residenti in detto Stato ma che vi percepiscano un reddito da lavoro,

– sono tassate con una ritenuta alla fonte di modo che non siano autorizzati l'abbattimento alla base o ogni altro abbattimento o deduzione relativi alla situazione personale del contribuente,

– nel caso in cui i contribuenti ivi domiciliati abbiano diritto a tali abbattimenti o deduzioni nell'ambito dell'imposizione generale dei loro redditi percepiti in tale Stato o all'estero,

– qualora le persone non residenti nello Stato dell'imposizione abbiano disposto nel proprio Stato di residenza unicamente di risorse che, per loro natura, non sono soggette all'imposta sul reddito.

del contribuente, che nel suo Stato membro di origine riscuote soltanto redditi non imponibili, a quella del contribuente privo di redditi.

Infatti, l'assegno per gli alimenti ottenuto dal sig. *Wallentin* dai propri genitori, nonché la borsa di sostentamento, ricevuta dallo Stato tedesco, non costituiscono, per la loro stessa natura, redditi imponibili in base al diritto tributario vigente. Pertanto, le somme ottenute dal sig. *Wallentin* in Germania, ed il patrimonio detenuto dal sig. D in questo stesso Stato, anch'esso non imponibile, rende le due situazioni analoghe, suscettibili dello stesso trattamento.

In conclusione, secondo l'Avvocato Generale, la differenza di trattamento dà luogo ad una discriminazione indiretta in base alla cittadinanza, in quanto, solitamente, chi risiede in uno Stato membro è cittadino di detto Stato. Inoltre, rappresenta un ostacolo alla libera circolazione dei capitali, poiché disincentiva chi vive in Germania ad investire i propri capitali nei Paesi Bassi. Quindi, uniformandosi alla giurisprudenza della causa *Wallentin*, conclude in senso opposto a quello della Corte nel caso del sig. D, ritenendo che l'esame quantitativo della localizzazione dei beni – giurisprudenza *Schumacker* – è superato dall'irilevanza degli immobili situati nello Stato di residenza, per la mancanza dell'imposta⁴¹.

3. La situazione dei residenti e non residenti nel rispetto delle libertà fondamentali alla luce della giurisprudenza comunitaria

La Corte di giustizia delle Comunità europee ha affrontato da tempo il problema delle libertà fondamentali del Trattato di Roma, ribadendo il diritto di circolazione e di non discriminazione in base alla cittadinanza.

Già con la sentenza *Sotgiu*, del 12 febbraio 1974⁴², si evidenzia che sono vietate, negli Stati membri, sia le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, sia quelle simulate che, basandosi su altri criteri di distinzione, pervengono allo stesso risultato⁴³.

⁴¹ Cfr. BULGARELLI F., cit., p. 2049 ss. In relazione alla seconda questione, il punto fondamentale, al fine di stabilire se sussista una violazione della libertà di circolazione dei capitali, riguarda il diverso trattamento applicato a due non residenti per effetto di una clausola contenuta in una Convenzione con lo Stato membro di residenza di uno dei due contraenti. Come è stato più volte affermato dalla Corte di giustizia "va riconosciuto che nulla osta a che, se l'applicazione di una norma convenzionale da parte di uno Stato membro ostacola la libera circolazione dei capitali stabilendo ingiustificatamente un trattamento diverso ai residenti in altri Stati membri, la situazione debba essere corretta dal diritto comunitario, facendo venir meno la disuguaglianza". In tal senso Cause riunite C-397/98 e C- 410/98 *Metallgesellschaft and Hoechst*, punto 37.

⁴² *Sotgiu*, CGE, 12 febbraio 1974, C- 152/73, cit. Tale principio della parità di trattamento, viene enunciato sia nel Trattato che nel regolamento n. 1612/68.

⁴³ Il concetto di discriminazione elaborato dalla Corte di giustizia si sostanzia in tre diverse qualificazioni. *Discriminazione diretta* che si verifica quando una norma dispone di un trattamento che discrimina sulla base della fattispecie espressamente prevista dal Trattato; si tratta della discriminazione per ragioni di nazionalità o cittadinanza delle persone fisiche oppure della sede per le persone giuridiche.

Discriminazione indiretta, invece, si verifica quando una norma nazionale prevede un trattamento discriminatorio sulla base di un criterio diverso da quello tutelato direttamente dal diritto comunitario e che, di conseguenza, comporta lo stesso risultato della discriminazione diretta. L'elaborazione del concetto di discriminazione indiretta ha consentito, il passaggio dalla discriminazione sulla base della nazionalità a quella sulla base della residenza. Un esempio in tal senso è rappresentato dal caso *Sotgiu*, CGE, 12 febbraio 1974, C- 152/73, cit.

Discriminazione a rovescio si verifica nell'ipotesi in cui ad essere discriminato è il cittadino dello Stato membro la cui normativa si assume discriminatoria. Nella discriminazione a rovescio la persona fisica agisce come cittadino che, risiedendo in un altro Stato membro, ricorre contro il proprio Stato di cittadinanza. Si vedano le sentenze relative ai casi *Werner e Asscher*. Cfr. LONGO C., MONDINI A., *Il principio comunitario di non discriminazione in materia di imposte dirette*, in "Diritto Tributario Europeo – Studi e ricerche", Università di Bologna, 2002, p. 5 ss.

Tale orientamento giurisprudenziale trova conferma in successive sentenze, quali, innanzitutto, *Avoir fiscal*⁴⁴ e *Biehl*⁴⁵.

Quest'ultima affronta un aspetto invero limitato della libera circolazione dei lavoratori. In base all'art. 48 del Trattato Ce (ora art. 39) – che proclama la libera circolazione dei lavoratori nel Mercato interno e si oppone ad ogni distinzione indebita a causa della cittadinanza – non è ammissibile un sistema tributario come quello vigente in Lussemburgo, che impedisce ai non residenti di ottenere i quantitativi addebitati versati in eccesso. In particolare, la Corte ha ritenuto la situazione come “discriminazione dissimulata”, determinante lo stesso risultato di quella manifesta, basata sulla cittadinanza.

Come si è avuto modo di osservare, con la sentenza *Schumaker* viene affrontato, in maniera sistematica, la delicata questione della parità di trattamento in materia impositiva tra residenti e non residenti da parte degli Stati membri.

A partire da tale sentenza, i casi esaminati dalla Corte di giustizia si raggruppano in due categorie:

1. la prima, comprendente le pronunce che censurano i sistemi tributari dei Paesi membri che applicano ai contribuenti un regime diverso e discriminatorio a secondo del luogo di residenza;
2. la seconda, comprendente le sentenze interpretative in cui la normativa assoggetta i contribuenti ad un sistema diverso, secondo l'origine dei redditi imponibili.

Pertanto, nella prima categoria, ed al fine di delimitare l'indagine secondo l'oggetto di studio, occorre restringere l'analisi alle sentenze più rappresentative in relazione alla residenza fiscale delle persone fisiche, mettendo da parte quelle che si riferiscono, invece, alle persone giuridiche, sebbene rispondono agli stessi principi.

In questa categoria rientra, anzitutto, la sentenza *Wielockx*⁴⁶, nella quale la Corte ha affermato che l'art 52 del Trattato CE (attualmente art 43 CE)⁴⁷ appare in contrasto con

⁴⁴ Sentenza *Avoir fiscal* del 28 gennaio 1986, causa 270/83, *cit.* Nel caso in questione, una disposizione tributaria francese è stata dichiarata incompatibile con il Trattato, in quanto prevedeva l'attribuzione di un credito d'imposta – appunto *l'avoir fiscal* – soltanto alle società con sede sociale in Francia negandolo alle società estere che avevano in Francia unicamente una succursale.

⁴⁵ Sentenza dell'8 maggio 1990, causa C-175/88, *Biehl/Administrations des contributions*, (Racc. CEE, I-1787)

⁴⁶ Sentenza 11 agosto 1995, causa C80/94, *Wielockx* (Racc. pag. I-2493). Con nota di ARRESE J. M., e ROCCATAGLIATA F., *La Corte di giustizia ci ripensa: "la coerenza" dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non residenti*, in “Dir. Prat. Trib.”, II, 1996, p. 677 ss. La Corte di giustizia Europea, con tale decisione, confermando l'orientamento già espresso con le sentenze *Scumacker* ed *Asscher*, ha introdotto il metodo della *comparazione fiscale complessiva*, per il riconoscimento dello stesso trattamento fiscale tra residenti e non residenti. In queste pronunce, la comparabilità delle situazioni è effettuata verificando la capacità contributiva del non residente, per giungere ad equiparare la situazione di una persona fisica residente a quella di un non residente che percepisce la quasi totalità dei propri redditi nello Stato della fonte. In altri termini, la Corte compara l'intera situazione del soggetto non residente in termini di capacità contributiva. Diverso è, invece, il metodo della *comparazione limitata* ad un singolo aspetto del rapporto giuridico del soggetto non residente rispetto al trattamento dei residenti. A quest'ultimo metodo è riconducibile il caso *Avoir fiscal*, *ICI* e *Commerzbank*. Nel caso *Commerzbank*, la comparazione è limitata alla norma sospettata come discriminatoria. Il confronto tra le due situazioni avviene attraverso l'analisi degli effetti, sul soggetto non residente, di una disposizione nazionale che attribuisce un rimborso maggiorato degli interessi solo alle società residenti nel Regno Unito. Vd Sentenza 13 luglio 1993, causa C-330/91, *Commerzbank* (Racc. pag. 4017). Cfr. BIZIOLI G., *Evoluzione del diritto di stabilimento nella giurisprudenza in materia fiscale della Corte di giustizia*, in “Riv. It. Dir. Pub. Com.”, 1999, p. 81.

⁴⁷ L'ambito di applicazione dell'art. 52 del Trattato CE riguarda, sia l'accesso all'esercizio di un'attività economicamente rilevante in uno Stato membro diverso da quello di origine (libertà di stabilimento a titolo principale), sia l'apertura di una sede secondaria per l'esercizio della propria attività economica in un Paese diverso da quello di residenza ed in cui è posta la sede sociale (libertà di stabilimento a titolo secondario). La libertà di stabilimento a titolo principale è configurabile per le sole persone fisiche; mentre quella secondaria si riferisce alle imprese ed alle società costituite ai sensi dell'art. 58 II comma Trattato CE.

la normativa di uno Stato membro che consente soltanto ai residenti di detrarre, dal loro reddito, gli introiti investiti in un fondo per la vecchiaia. Detto diritto è negato ai non residenti, anche se percepiscono la quasi totalità dei loro redditi nello Stato.

Con la sentenza *Werner*⁴⁸, è stato considerato non discriminatorio il diverso trattamento fiscale nei confronti di un cittadino tedesco che esercita la professione nella R.F.T. dove produce il proprio reddito, pur mantenendo la propria residenza nei Paesi Bassi. La Corte ha stabilito che l'art. 52 del Trattato non vieta ad uno Stato membro di gravare maggiormente i cittadini non residenti che esercitano l'attività professionale all'interno del loro territorio rispetto ai residenti. Inoltre, ha ritenuto non applicabile la disposizione in parola poiché il cittadino, per esercitare la professione nell'altro Stato membro, non aveva invocato la libertà di stabilimento. In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato che viene tutelato il diritto di stabilimento per ragioni economiche, come lo svolgimento della professione in uno Stato membro diverso da quello di origine e non per obiettivi puramente residenziali⁴⁹.

Successivamente, la sentenza *Asscher*⁵⁰ considera disatteso il principio della parità di trattamento a motivo della cittadinanza, allorché un sistema tributario – per i casi oggettivamente identici – assoggetta i redditi professionali dei contribuenti non residenti ad un'aliquota di imposta superiore.

Con la pronuncia del 14 settembre 1999 *Gschwind*⁵¹, è stato ritenuto compatibile, con la libera circolazione dei lavoratori, un regime tributario che, nella tassazione dei redditi, riconosca, alle coppie coniugate residenti, l'opzione per il sistema dello *splitting*. Per usufruire di tale beneficio i non residenti, invece, devono detenere il 90% dei loro redditi complessivi soggetto ad imposta nel Paese impositore o, in mancanza, i redditi di origine straniera non devono superare un determinato quantitativo.

Con la sentenza *Zurstrassen*⁵² la Suprema Corte ha ribadito che la libertà fondamentale, di cui all'art 48 Trattato CE (ora 39 CE), appare in contrasto con la normati-

⁴⁸ Sentenza 26 gennaio 1993, causa C112/91, *Werner* (Racc. pag. 429). Il sig. *Werner*, cittadino tedesco, residente nei Paesi Bassi, lavorava in Germania. Lo Stato tedesco gli applicava il sistema della "tassazione limitata" secondo cui i soggetti che non risiedevano abitualmente nella R.F.T. non avevano diritto ad una serie di detrazioni, né all'applicazione del c.d. *splitting*. Il sig. *Werner* chiedeva che, dal momento che tutti i suoi redditi venivano prodotti in Germania, la sua condizione fosse equiparata a quella di un residente. La Corte rilevava che nel caso in oggetto l'unico elemento che esulava dal contesto nazionale era la residenza del sig. *Werner* in uno Stato diverso da quello in cui svolgeva l'attività professionale e che la disparità di trattamento fiscale operata dalla normativa si fondava non sul criterio della cittadinanza delle persone fisiche, ma su quello del luogo di residenza.

⁴⁹ Cfr AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Cedam, Milano, 2003, p. 134. Secondo l'Autore, "la decisione non è molto convincente in quanto la Corte di giustizia sembra non aver considerato che il soggetto in questione, pur essendo cittadino tedesco e pur avendo conseguito la propria qualificazione professionale nella R.F.T., prima di ristabilirsi in tale Stato, aveva risieduto nei Paesi Bassi per circa venti anni e la scelta di conservare la residenza olandese non aveva carattere personale in quanto egli avrebbe potuto trasferire nuovamente la propria attività professionale nel suo Paese di residenza per ragioni economiche. In tal senso doveva considerarsi ostacolata la sua libertà di stabilimento."

⁵⁰ Sentenza 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher* (Racc. pag. I-3089).

⁵¹ Sentenza 14 settembre 1999, causa C-391/97, *Gschwind* (Racc. pag. I-5451).

⁵² Sentenza 16 maggio 2000, causa C-87/99, *Zurstrassen* (Racc. pag. I-3337). Si fa riferimento ancora una volta alle discriminazioni dissimulate se si paragona il caso dei coniugi *Zurstrassen* a qualunque coppia che risiede in Lussemburgo. Il sig. *Zurstrassen*, cittadino belga, era residente in Lussemburgo dove lavorava e produceva il 98% dei propri redditi; la moglie e i figli, invece, risiedevano in Belgio e non producevano reddito. L'Amministrazione finanziaria lussemburghese non accordava al sig. *Zurstrassen* il beneficio dell'imposizione congiunta, che la legge prevedeva per le coppie residenti in Lussemburgo ovvero entrambi non residenti, ma che producevano almeno il 50% del reddito in Lussemburgo, perché gli altri componenti della sua famiglia risiedevano in Belgio.

va nazionale del Lussemburgo, che subordina l'imposizione congiunta dei coniugi non separati, alla residenza di entrambi nel proprio territorio. Per contro, non usufruisce, di detto beneficio, un lavoratore che si stabilisce nel Paese dove percepisce la totalità dei redditi familiari, la cui moglie è rimasta nello Stato di origine.

L'orientamento espresso nella sentenza *Scumacker* viene confermato nel caso *Gilly*⁵³ riguardante il diritto di stabilimento a titolo principale nei confronti delle persone fisiche esercenti attività economica in un altro Paese. Viene ribadito il principio che il riconoscimento delle agevolazioni personali deve essere attuato nel Paese dove è localizzata la fonte principale del reddito cioè la maggior parte della ricchezza prodotta piuttosto che nel Paese di residenza.

Sulla stessa scia della sentenza *Schumacker*, nella sentenza *Gerritse* del 12 giugno 2003⁵⁴ viene affermato che appare in contrasto con il principio della libera prestazione dei servizi, di cui all'art 59 Trattato CE (attualmente art. 49 CE), la legislazione nazionale che considera i redditi lordi dei non residenti senza applicare la detrazione delle spese professionali. Per contro, i residenti sono tassati sulla base dei loro redditi netti, detraendo cioè le sudette spese.

Va rilevato che l'orientamento giurisprudenziale, emerso nel corso degli anni, ha trovato conferma anche nelle pronunce più recenti. Così, con la sentenza *Schilling e Fleck-Schilling*, del 13 novembre 2003⁵⁵, è stata giudicata contraria alla libera circolazione dei lavoratori la normativa che impedisce ai funzionari comunitari (originari della Germania che risiedono in Lussemburgo per motivi di lavoro) di detrarre dai loro redditi imponibili le spese sostenute per l'assunzione di collaboratori domestici. Senza tralasciare la recente causa del luglio 2004 *Wallentin e Riksskatteverket*, che, come si è avuto modo di osservare, ha ritenuto contraria alla libera circolazione dei lavoratori la normativa svedese che nega ai contribuenti non residenti determinati benefici concessi ai residenti.

Passando ad esaminare la seconda categoria (in cui la normativa assoggetta i contribuenti ad un sistema diverso, secondo l'origine dei redditi imponibili), occorre par-

⁵³ Sentenza 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Gilly* (Racc. C. Giust., pag. 2793). I coniugi *Gilly* risiedevano in Francia ed il sig. *Gilly* era cittadino francese che svolgeva la professione di insegnante in Francia, mentre la moglie aveva la doppia cittadinanza franco-tedesca e, svolgeva la sua attività di maestra in Germania. In base alla Convenzione franco-tedesca, i redditi da lavoro dipendente erano imponibili nello Stato della fonte. Per i lavoratori frontalieri residenti in uno Stato diverso da quello di occupazione, l'imposizione veniva esercitata dallo Stato di residenza. Tale principio non si applicava ai dipendenti pubblici che erano assoggettati solo nello Stato in cui percepivano il reddito (Germania) a meno che avessero la cittadinanza dello Stato di residenza (Francia) e non quello dello Stato di occupazione (Germania). Con riferimento alla doppia imposizione, la Convenzione prevedeva che il reddito percepito in Germania fosse lì imponibile, anche in Germania se il contribuente vi risiedeva. La Francia accordava un credito fiscale per l'imposta pagata in Germania, ma il calcolo dell'imposta secondo il sistema francese risultava maggiore rispetto a quello tedesco per un diverso sistema di progressività della legge tedesca. In tal modo il credito d'imposta era inferiore rispetto l'imposta pagata in Francia e di fatto la sig.ra *Gilly* subiva, ingiustificatamente, un'imposizione superiore a causa della doppia cittadinanza.

⁵⁴ Sentenza 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Gerritse* (Racc. pag. I-5933). Con commento di PIZZONI B, E., *Ancora in tema di trattamento impositivo differenziato tra soggetti residenti e non residenti*, in "Riv. Dir. Trib.", n. 10, 2004, p. 197 ss. Secondo l'autore la discriminazione si basava oltre che sul diniego delle deduzioni delle spese professionali anche sulla ritenuta a titolo di imposta in misura fissa invece che mediante l'applicazione delle aliquote progressive. L'imposizione in parola è lecita, secondo quanto ribadisce anche la Corte, "a condizione che l'aliquota fissa non sia superiore a quella che sarebbe effettivamente applicata all'interessato, secondo la tabella progressiva, per i redditi netti aumentati dell'importo corrispondente alla quota esente".

⁵⁵ Sentenza 13 novembre 2003, causa C-209/01, *Schilling e Fleck-Schilling*.

tire dalla sentenza *Baars*, nella quale viene affrontata la problematica riguardante l'art 52 del Trattato CE (ora art. 43 CE) che prevede la libertà di stabilimento.

In particolare, viene giudicata in contrasto con il principio comunitario la normativa tributaria di uno Stato Membro che, nel caso di una partecipazione pari al 100% del capitale di una società, conceda ai cittadini residenti un'esenzione totale o parziale dell'imposta sul patrimonio investito. Tuttavia, l'esenzione è subordinata al presupposto che la partecipazione sia detenuta in una società stabilita nel proprio territorio, negandola, invece, ai detentori di azioni per società localizzate in altri Stati membri. La normativa nazionale sancisce una disparità di trattamento tra i contribuenti basata sul criterio della localizzazione della società di cui i contribuenti sono azionisti; il che appare in contrasto con la normativa comunitaria e, non può essere giustificata dalla necessità di preservare la coerenza del regime fiscale.

Anche la sentenza *Verkooijen*⁵⁶ verte sul luogo di origine dei redditi imponibili e, pertanto, sulla libertà di circolazione dei capitali. Viene affermato che, in base all'art. 67⁵⁷ del Trattato CE, non è consentito ad uno Stato membro di esentare i dividendi versati agli azionisti solo per le società stabilite nel suo territorio.

Parimenti, la sentenza *Skandia e Ramstedt*⁵⁸ del 26 giugno 2003 tutela la libera prestazione dei servizi nei confronti della normativa svedese, che assoggettava ad un sistema tributario sfavorevole le assicurazioni sottoscritte con compagnie stabilite in altri Stati membri.

⁵⁶ Sentenza del 06 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen* (Racc.2000, I-4071). "L'art. 1, n. 1 della direttiva 88/361, per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato, osta ad una disposizione di legge di uno Stato membro che subordini la concessione di un'esenzione dall'imposta sul reddito alla quale sono soggetti i dividendi versati a persone fisiche in possesso di azioni alla condizione che tali dividendi siano versati da società aventi sede nel detto Stato membro. Infatti, una siffatta disposizione ha l'effetto di dissuadere i cittadini comunitari residenti nello Stato membro interessato dall'investire i loro capitali nelle società aventi sede in un altro Stato membro e produce anche un effetto restrittivo nei riguardi di tali società in quanto costituisce, nei loro confronti, un ostacolo alla raccolta di capitali nello Stato membro interessato, senza che la restrizione sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale quale la necessità di garantire la coerenza del regime fiscale. È ininfluenza su quanto precede il fatto che il contribuente che chiede di fruire dell'esenzione fiscale sia un normale azionista o un dipendente che detiene le azioni in base alle quali sono stati riscossi dividendi nel contesto di un piano aziendale di risparmio".

⁵⁷ L'art 67 del trattato CE (modificato dal trattato di Nizza) stabilisce che: "Per un periodo transitorio di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, il Consiglio delibera all'unanimità su proposta della Commissione o su iniziativa di uno Stato membro e previa consultazione del Parlamento europeo.

2. Trascorso tale periodo di cinque anni:

– il Consiglio delibera su proposta della Commissione; la Commissione esamina qualsiasi richiesta formulata da uno Stato membro affinché essa sottoponga una proposta al Consiglio,

– il Consiglio, deliberando all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, prende una decisione al fine di assoggettare tutti o parte dei settori contemplati dal presente titolo alla procedura di cui all'articolo 251 e di adattare le disposizioni relative alle competenze della Corte di giustizia.

3. In deroga ai paragrafi 1 e 2, le misure di cui all'articolo 62, punto 2, lettera b), punti i) e iii), successivamente all'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, sono adottate dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo;

4. In deroga al paragrafo 2, le misure di cui all'articolo 62, punto 2, lettera b), punti ii) e iv), trascorso un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, sono adottate dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251.

5. In deroga al paragrafo 1, il Consiglio adotta secondo la procedura di cui all'articolo 251:

– le misure previste all'articolo 63, punto 1) e punto 2), lettera a), purché il Consiglio abbia preliminarmente adottato, ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo, una normativa comunitaria che definisca le norme comuni e i principi essenziali che disciplinano tali materie,

– le misure previste all'articolo 65, ad esclusione degli aspetti connessi con il diritto di famiglia.

⁵⁸ Sentenza 26 giugno 2003, causa C-422/01, *Skandia e Ramstedt*.

Anche la sentenza *Lindman*⁵⁹, del 13 novembre 2003, ha considerato contraria alla libera prestazione dei servizi la legislazione finlandese, in quanto venivano tassati soltanto i premi ottenuti in lotterie organizzate in altri Stati membri, esentando quelli rivenienti sul proprio territorio.

Significativa appare la sentenza Commissione c/Francia⁶⁰ del 4 marzo 2004, nella quale si sono ritenuti inadempienti gli obblighi di cui agli art. 39 CE e 56 CE. Infatti, la Francia ha negato – a coloro che ottenevano da persone o enti stabiliti in altri Stati membri introiti provenienti da investimenti finanziari – l'opzione tra il pagamento dell'imposta sul reddito o l'assoggettamento ad un prelievo liberatorio.

Soluzioni simili sono state adottate nelle cause *Lenz e Weidert-Paulus*⁶¹. Gli art 56 e 58⁶² CE appaiono in contrasto con alcune normative nazionali, rispettivamente austriache e lussemburghesi, che sottopongono i redditi da capitale, provenienti da altri Stati membri, a condizioni più sfavorevoli di quelle applicate ai capitali originari dei propri territori. La censura di un peggior trattamento per i plus valori collegati con società stabilite all'estero era stata pronunciata già in precedenza, nella sentenza 21 novembre 2001, X e Y⁶³.

In materia di libera circolazione di capitali, appare interessante la recente sentenza *Manninen*⁶⁴ del 7 settembre 2004, che affronta, in forma decisiva, le disposizioni degli Stati membri relative alla tassazione dei capitali. A differenza di quanto stabilito per la libera circolazione delle persone e la libera prestazione dei servizi, il Trattato CE, nel disciplinare la libera circolazione dei capitali, dopo aver proibito ogni restrizione all'art 56, ammette una distinzione tra i contribuenti in funzione della loro residenza o del luogo in cui investono i capitali (art. 58, n. 1, lett. a).

Secondo la sentenza in esame, tale articolo va interpretato restrittivamente, in quanto limita la libera circolazione dei capitali. Infatti, lo stesso art 58, al punto 3, stabilisce che le differenze di trattamento consentite tra i contribuenti, a causa della residenza o del luogo dell'investimento, “non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti”. Quest'ultimo principio, come si è avuto modo di osserva-

⁵⁹ Sentenza 13 novembre 2003, *causa C-42/02, Lindman*.

⁶⁰ Sentenza 4 marzo 2004, *causa C-334/02, Commissione/Francia* (Racc. p. 51455) Con nota di PINTO C., *La libera prestazione di servizi tra restrizioni procedurali e giustificazioni*, in “Riv. Dir. Trib.”, 2000, III, p. 83.

⁶¹ Sentenze 15 luglio 2004, *causa C-315/02, Lenz*, e *causa C242/03, Weidert-Paulus*.

⁶² L'art 58 del Trattato CE dispone che “1. Le disposizioni dell'articolo 56 non pregiudicano il diritto degli Stati membri:

a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale;

b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

2. Le disposizioni del presente capo non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con il presente trattato.

3. Le misure e le procedure di cui ai paragrafi 1 e 2 non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 56.

⁶³ Sentenza 21 novembre 2001, *causa C-436/00, X e Y* (Racc. pag. I10829).

⁶⁴ Sentenza 7 settembre 2004, *causa C-319/02, Manninen*.

re, è riscontrabile in diverse pronunce della Corte di giustizia, sebbene “codificato” con la più volte citata sentenza *Schumacker* che, pur ammettendo la distinzione tra residenti e non residenti, vieta discriminazioni dirette o indirette a causa della cittadinanza.

Si rileva, quindi, che gli artt. 39 e seguenti del Trattato CE, in materia di libertà fondamentali, offrono spunti interessanti per un esame della compatibilità delle legislazioni fiscali nazionali con i principi del diritto comunitario.

Da queste considerazioni, emerge chiaramente il superiore prevalere di una delle competenze fondamentali dello Stato: la creazione e riscossione delle imposte, principale fonte di finanziamento e fondamento della sua stessa esistenza. Inoltre, a ciò si aggiunge che le imposte dirette, oltre a rappresentare la maggiore fonte impositiva degli Stati, costituiscono tradizionalmente anche lo strumento di cui i governi si avvalgono per realizzare le proprie politiche fiscali.

Se ne deduce, pertanto, che sebbene lo sforzo armonizzatore delle legislazioni interne abbia investito, in modo concreto, la fiscalità indiretta, non ha prodotto gli stessi risultati in materia di fiscalità diretta, per le resistenze interne attuate dagli Stati membri che, in tal modo, intendono difendere la propria sovranità in materia, giudicandola di un tale interesse nazionale da collocarsi in posizione sovraordinata anche rispetto al diritto comunitario.

Per tali motivi, al fine di un corretto esercizio della potestà tributaria, è ipotizzabile quantomeno una collaborazione amministrativa tributaria (tra gli Stati membri) volta ad uno scambio di informazioni. In tal senso, l'introduzione della moneta unica implica una maggiore integrazione delle politiche fiscali, con la conseguenza di rendere ancora più intensa la collaborazione in materia tributaria, fermo restando la singola sovranità fiscale.

Tale scambio di informazioni avviene, a livello internazionale, attraverso convenzioni contro la doppia imposizione⁶⁵ mentre, a livello nazionale, avviene attraverso direttive e regolamenti.

In materia di tassazione del risparmio transfrontaliero, la direttiva 2003/48/CE attraverso lo scambio di informazioni, elimina le ritenute alla fonte ed evita che gli interessi percepiti dal residente, beneficiario effettivo⁶⁶, sfuggano da imposizione nel proprio Paese. In tal modo si garantisce l'effettiva imposizione solo nel Paese di resi-

⁶⁵ L'art. 26 del Modello OCSE prevede lo scambio di informazioni tra le Amministrazioni finanziarie degli Stati contraenti per l'applicazione corretta delle disposizioni convenzionali.

In dottrina si discute ampiamente sul metodo da perseguire per eliminare le doppie imposizioni, compatibile con il diritto comunitario. Cfr VOGEL K., *Wich Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?* in “European Taxation”, 1, 2002, p. 4. Secondo l'Autore, l'obiettivo del Mercato Unico non permette di ritenere che la scelta del metodo per eliminare le doppie imposizioni sia rimesso esclusivamente agli Stati e all'applicazione che questi fanno del credito d'imposta o dell'esenzione, previsti dal Modello Ocse. Sebbene, la Corte ha ritenuto che le conseguenze sfavorevoli derivanti dal metodo del credito d'imposta discendessero dalla disparità delle aliquote d'imposizione diretta degli Stati membri, la cui fissazione compete esclusivamente a questi. In effetti, in dottrina si discute da tempo sull'opportunità di un modello europeo di convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni, che permetta di superare le difficoltà derivanti dalla non perfetta congruenza del modello OCSE rispetto agli scopi del Trattato.

⁶⁶ Il beneficiario effettivo è il soggetto passivo della direttiva, ossia la persona fisica che percepisce gli interessi. L'agente pagatore, invece, è riconducibile alla figura dell'intermediario bancario, essendo definito come l'operatore economico che paga gli interessi al beneficiario effettivo.

denza evitando la doppia imposizione⁶⁷. La normativa ha lo scopo di far conoscere al Paese di residenza i redditi pagati sotto forma di interessi da un altro Stato membro ad un proprio residente. Attraverso la creazione di un sistema di comunicazione tra i Paesi interessati vengono fornite le dovute informazioni e recuperate forme di evasione⁶⁸. Va evidenziato, che la direttiva n. 2003/48 – emanata in attuazione della libera circolazione dei capitali – limita la sovranità fiscale degli Stati membri, anche se l'ambito di applicazione riguarda solo il pagamento di interessi e non tutti i redditi di natura finanziaria. Inoltre, la direttiva inizialmente è rivolta solo a 12 su 25 Stati membri, con deroghe al sistema delle ritenute per Austria, Belgio e Lussemburgo. In sostanza, l'autolimitazione della sovranità nazionale dei Paesi membri viene attuata attraverso la rinuncia al potere impositivo nei confronti degli interessi percepiti dai non residenti. L'imposizione viene così effettuata nello Stato di residenza del beneficiario effettivo secondo la legislazione di quest'ultimo, senza disconoscere i benefici della direttiva attraverso la revoca come espressamente previsto, invece, dalla direttiva n. 2003/49 per le società consociate nei casi di frode ed abuso. Altro aspetto limitativo della sovranità fiscale, è rappresentato dall'obbligo posto a carico dell'Autorità competente che prevede uno scambio di informazioni obbligatorio ed automatico e dell'agente pagatore che li rende compartecipi negli accertamenti intracomunitari.⁶⁹

Nell'ordinamento italiano, in particolare, il DPR 1982 n. 506⁷⁰ ha recepito la direttiva 77/779/CEE, disciplinante lo scambio di informazioni per una corretta determinazione delle imposte sul reddito e patrimonio. Tale direttiva è stata successivamente modificata, al fine di includere altre imposte⁷¹.

⁶⁷ La direttiva n. 2003/48/CE all'art. 2 prevede l'onere dell'agente pagatore di identificare il beneficiario effettivo nel caso in cui dispone di informazioni secondo le quali il percettore non è il beneficiario effettivo. Gli artt. 3 e 8 dispongono degli adempimenti a carico degli agenti pagatori riguardanti l'identificazione del beneficiario effettivo e l'obbligo di comunicazione di tali informazioni alle autorità competenti dello Stato membro di stabilimento. L'art. 9 stabilisce l'obbligo delle informazioni da parte dell'autorità competente alle medesime autorità dello Stato di residenza del beneficiario effettivo. L'art. 11 prevede per Belgio, Lussemburgo e Austria la ritenuta alla fonte progressiva per i soli beneficiari effettivi non residenti nello Stato dell'agente pagatore, creando uno svantaggio rispetto ai residenti consentito solo dalle deroghe alla libera circolazione di capitali prevista dall'art. 58 del Trattato U.E. Infatti, tali Paesi sono autorizzati, per un periodo transitorio, ad applicare, invece dell'obbligo di scambio di informazioni, una ritenuta alla fonte nella misura del 15%, per il periodo 2005-2007, del 20% per il periodo 2008-2010 e del 35% a decorrere dal 2011, Il gettito della ritenuta applicata sarà trattenuto per il 25% nello Stato in cui viene operata la ritenuta e per il 75% verrà versato allo Stato di residenza del percettore. In tal senso AMATUCCI F., *Norme antielusive, libero accesso al mercato e tassazione dei capitali in ambito UE*, in "Riv. Dir. Trib.", n. 2, 2005, p. 103 ss.

⁶⁸ Ad esempio un contribuente italiano che riceve in Francia il pagamento di interessi su un conto corrente lì detenuto sarà oggetto di un'informazione automatica specifica da parte dell'Amministrazione finanziaria francese a quella italiana.

⁶⁹ La direttiva all'art. 8, I comma stabilisce che "Allorché il beneficiario effettivo degli interessi è residente in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito l'agente pagatore, le informazioni minime che l'agente pagatore è tenuto a comunicare sono costituite da identità e residenza del beneficiario effettivo, denominazione e indirizzo dell'agente pagatore, numero di conto del beneficiario effettivo, informazioni sul pagamento di interessi".

⁷⁰ Si tratta del D.P.R. del 5 giugno 1982 n. 506, pubblicato sulla G.U. 215 del 6 agosto 1982.

⁷¹ In principio la direttiva del Consiglio del 19/12/1977 n. 77/799 contemplava solo un obbligo in materia di imposte dirette, successivamente con la modifica apportata dalla direttiva n. 79/1070 del 6/12/1979, tale obbligo fu esteso anche all'IVA oltre che alle accise sui tabacchi, sugli oli minerali, sull'alcol e sulle bevande alcoliche. (In materia di accise, il 16 novembre 2004 il Consiglio ha modificato la direttiva n. 77/799 con il Regolamento 16 novembre 2004 n. 2073/04). Infine con la direttiva del 7 ottobre 2003 n. 93 la direttiva in materia di reciproca assistenza è stata estesa alle imposte sui premi assicurativi. In tal senso PALUMBO E., FIORE T., *Scambi internazionali di informazioni*, in *Codice delle ispezioni e verifiche tributarie*, a cura di UKMARV., e TUNDO F., Piacenza, 2005, p. 415.

In ogni caso, lo scambio di informazioni tra le Amministrazioni fiscali degli Stati membri è soggetto al principio di reciprocità, in base al quale ogni Amministrazione fornisce le informazioni all'altra solo se, e nella misura in cui, l'altra Amministrazione sia in grado di assicurare, a sua volta, un corrispondente flusso di informazioni in senso inverso⁷².

D'altra parte, tenuto conto che le disposizioni legislative che si riferiscono allo scambio di informazioni sono numerose, è auspicabile una crescita di questo tipo di cooperazione tra le Amministrazioni tributarie (reciprocità dello scambio di informazioni tra le Amministrazioni fiscali), al fine di perseguire un corretto esercizio della potestà tributaria, ovvero di garantire – attraverso la repressione internazionale di fenomeni evasivi ed elusivi, ottenibile soltanto con la cooperazione e lo scambio di informazioni – la vigenza del principio secondo cui tutti concorrono alle spese pubbliche dello Stato, in relazione alla propria capacità contributiva e secondo principi di equità⁷³.

4. La coerenza del sistema fiscale quale motivazione del diverso trattamento dei non residenti

La motivazione della salvaguardia della coerenza del sistema fiscale nazionale quale ragione imperativa di pubblico interesse è stata riconosciuta dalla Corte nel 1992 nella causa *Bachman*⁷⁴.

Nel caso in esame, la Corte ha considerato valido il comportamento dell'Amministrazione finanziaria belga che ha negato, al sig. *Bachmann*, cittadino tedesco impiegato in Belgio, la deducibilità fiscale dei premi pagati ad una compagnia di assicurazione non residente. Per contro, la legislazione fiscale belga consentiva la deducibilità per le somme versate a compagnie assicuratrici residenti.

La Corte ha ritenuto condivisibile la giustificazione dell'Amministrazione finanziaria, tesa a garantire la coerenza del sistema fiscale belga, mediante compensazione tra l'agevolazione e la successiva riscossione sul reddito. In altre parole, ammettendo la deducibilità per la fattispecie che ci occupa, lo Stato perde gettito dal contribuente,

⁷² Cfr. SACCHETTO C., *Tutela all'estero del credito tributario dello Stato*, Padova, 1978, p. 227. L'Autore osserva che il rispetto del principio di reciprocità, previsto dalla direttiva CEE 77/799 all'art. 8, garantisce ogni Stato membro nei confronti da possibili sperequazioni a danno o a vantaggio dell'altro, ma può tradursi facilmente in alibi per non aderire in qualche caso concreto alle richieste di informazioni sul presupposto che i criteri ed i metodi di confronto tra i due sistemi fiscali sono incerti ed incontrollabili.

⁷³ Si veda ADONNINO P., *Cooperazione amministrativa e modalità di scambio di informazioni tra Amministrazioni fiscali nazionali*, in "Quaderni del Ministero delle Finanze", 1995, p. 52. L'Autore ritiene che, nonostante l'importanza della cooperazione tra le Amministrazioni finanziarie, non si sono raggiunti fino ad oggi risultati soddisfacenti. Le informazioni scambiate sono relativamente poche e la loro qualità non è sempre tale da consentirne l'utilizzo. Ciò a causa degli ostacoli derivanti dalle differenze tra i vari ordinamenti giuridici, dalla mancanza di un adeguato coordinamento tra le diverse Amministrazioni e dall'inidonea organizzazione delle stesse.

⁷⁴ Sentenza del 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann/Etat Belge*, (Racc. CEE, I-249, punto 28). Il caso riguardava la situazione di un contribuente, cittadino tedesco che si era trasferito e lavorava in Belgio e che, avendo sottoscritto un contratto di assicurazione con una compagnia tedesca, aveva dedotto fiscalmente, dal reddito prodotto in Belgio, i premi versati a quella compagnia assicuratrice, tuttavia l'Amministrazione fiscale belga, in base all'art. 54 del codice delle imposte sul reddito aveva negato tale deducibilità.

ma lo recupera dalla compagnia di assicurazione “residente” sotto forma di reddito. Ne consegue che non sono deducibili i premi versati a compagnie di assicurazione residenti in un altro Stato membro. La Suprema Corte ha ritenuto la norma non discriminatoria e compatibile con la libera circolazione dei lavoratori, di cui all’art. 48 del Trattato, in quanto la mancata concessione di deducibilità fiscale appare necessaria, poiché non era possibile il recupero dell’imposta dalla compagnia di assicurazione residente in un altro Stato.

Nei giudizi davanti alla Corte in materia di restrizioni alla libertà del Trattato, le competenti autorità hanno sollevato la giustificazione della coerenza del sistema quale ragione tesa a giustificare il provvedimento “incriminato”, ma non senza critiche.

Nel caso di specie, la giustificazione della norma interna del sistema fiscale va individuata, più che nella coerenza del sistema fiscale, nello scopo di reprimere comportamenti evasivi da parte dei contribuenti residenti in Belgio, i quali stipulano contratti di assicurazione con compagnie straniere, al fine di evitare che tali soggetti, pur avendo usufruito della deducibilità, evadano l’imposta per la mancata conoscenza, da parte dell’Amministrazione finanziaria belga, del versamento dei premi da parte di una compagnia straniera⁷⁵.

La Corte ha preso in considerazione, come *rule of reason*, l’argomento della coerenza fiscale, all’interno dell’ordinamento nazionale, anche in altre occasioni, sebbene giungendo a soluzioni diverse. Mentre nel caso *Bachmann*, come si è avuto modo di osservare, aveva ritenuto ammissibile la discriminazione, suscitando, per tale motivo, dalla dottrina tributaria comunitaria, opinioni contrastanti, nel già noto caso *Asscher*⁷⁶ ha escluso l’esistenza di un collegamento diretto tra la discriminazione e la finalità che essa perseguiva nel contesto. In *Wielockx*⁷⁷ la Corte non ha ritenuto valide le avanzate motivazioni di coerenza fiscale circa la mancata deduzione, in Olanda, ad un residente in Belgio, di contributi versati ad un fondo pensione in quanto, successivamente, in

⁷⁵ AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell’ambito dell’Unione Europea*, cit., p. 255 ss. Osserva l’Autore che la disposizione in esame, oltre a non giustificare un diverso trattamento fiscale, rischia di essere sfavorevole soprattutto ai lavoratori residenti in altri Stati membri, che, solitamente, stipulano contratti di assicurazione sulla vecchiaia e sulla morte con assicuratori stabiliti nel proprio stato di residenza. Inoltre, la norma belga, non sempre garantisce la tassazione in Belgio delle somme dovute dalle compagnie assicurative di altri Paesi. Infatti, anche se i premi vengono corrisposti da un contribuente residente in Belgio ad una compagnia assicuratrice belga e pertanto viene riconosciuta la deducibilità fiscale, non si assicura in Belgio la tassazione della somma versata dalla compagnia di assicurazione nel caso di trasferimento di residenza del contribuente. Gli accordi contro la doppia imposizione internazionale stipulati dal Belgio dispongono la rinuncia all’imposizione sul capitale derivante da premi di assicurazione, nel caso in cui i beneficiari del reddito hanno la propria residenza in un altro Stato al momento in cui il versamento viene effettuato.

⁷⁶ Sentenza 27 giugno 1996, causa C107/94, *Asscher*, cit. Lo Stato membro non ha espressamente avanzato nessuna difesa basata sulla conservazione della coerenza fiscale. L’esigenza, però, di evitare che i residenti sfuggano alla regola della progressività della tassazione, potrebbe essere formulata in termini di mantenimento della coerenza del sistema fiscale. La Corte di giustizia ha affermato che non è lecito sottoporre i non residenti, che hanno un obbligo fiscale limitato, ad un’aliquota più elevata, al fine di parificare l’aliquota effettiva di residenti e non residenti. Ha considerato i contribuenti residenti e quelli non residenti in una situazione analoga circa la progressività dell’imposizione. Questo perché in base alla Convenzione bilaterale applicabile, lo Stato di residenza, anche se esenta il reddito da attività economica percepito nello Stato della fonte, ne tiene conto per calcolare l’aliquota da applicare sul restante reddito. “La Corte non ha tuttavia considerato che la differenza tra i criteri di determinazione della base imponibile dei residenti e non residenti rendono inevitabilmente le due categorie non comparabili, per quanto attiene la progressività dell’imposta”. In tal senso GARCÍA PRATS F. A., *Imposicion directa, no discriminacion y derecho comunitario*, Madrid, 1998.

⁷⁷ Sentenza 11 agosto 1995, causa C80/94, *Wielockx* cit.

base al regime convenzionale, sarebbe stata tassabile nel paese di residenza, cioè in Belgio.

Per la Corte la coerenza, ossia la correlazione che deve sussistere tra la deducibilità del contributo ed il recupero dell'imposta sulla pensione successivamente erogata, era spostata da un piano interno ad uno convenzionale, non ammettendo trattamenti discriminatori nei confronti dei non residenti⁷⁸.

Ad ogni modo, la coerenza del sistema fiscale, quale motivazione del diverso trattamento da parte di uno Stato membro, nonostante il tentativo della Corte di ridurne la portata, può vanificare gli sforzi compiuti dalla stessa Corte per eliminare il fenomeno della discriminazione fiscale tra residenti e non residenti.

Bibliografia

ACCILI B., *L'art. 48 del trattato di Roma e la fiscalità diretta: il caso Schumacker*, in "Rivista di diritto tributario", 1996, II, 227.

ADONNINO P., *Cooperazione amministrativa e modalità di scambio di informazioni tra Amministrazioni fiscali nazionali*, in "Quaderni del Ministero delle Finanze", 1995, p. 52.

ADONNINO P., *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità*, in "Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze", LII, 1, I, p. 68.

AMATUCCI A., *Responsabilità fiscale limitata e libertà di stabilimento*, in "Rivista di diritto tributario internazionale", n. 2, 2001.

AMATUCCI A., *Corso di diritto tributario internazionale* (a cura di Uckmar V.), CEDAM, 1999, p. 722.

AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione europea*, in "Diritto e pratica tributaria", II, n. 1, 1996, p. 241.

AMATUCCI F., *L'interpretazione e l'applicazione del principio di non discriminazione nell'ordinamento tributario italiano*, in "Rivista di diritto tributario", 1999 p. 184.

AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, CEDAM, Milano, 2003, p. 121.

AMATUCCI F., *Norme antielusive, libero accesso al mercato e tassazione dei capitali in ambito U.E.*, in "Rivista di diritto tributario" n. 2, 2005, p. 103.

ARRESE J. M., e ROCCATAGLIATA F., *La Corte di giustizia ci ripensa: "la coerenza" dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non residenti*, in "Diritto e pratica tributaria", II, 1996, p. 677.

BIZIOLI G., *Agevolazioni fiscali e libertà fondamentali* in "Rivista di diritto tributario internazionale" n. 2, 2001, p. 351.

BULGARELLI F., *Il principio di libera circolazione dei capitali e la comparabilità delle situazioni di residenti e non residenti e di non residenti di Stati membri diversi tra loro: il caso D.* in "Rassegna tributaria", n. 6, 2005, p. 2027.

⁷⁸ In questa pronuncia emerge concretamente anche l'applicazione del principio di proporzionalità. Infatti, l'esistenza di un fondo pensione cui il contribuente versava i contributi era sufficiente a garantire la coerenza ed era altresì la misura strettamente necessaria e meno onerosa in termini di impatto sulle libertà economiche fondamentali. Cfr. PISTONE P., *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario*, cit, p. 600 ss.

- BURGIO, *La politica fiscale*, in “Manuale di diritto comunitario”, II, Torino, 1983.
- COSCIANI C., *L'armonizzazione fiscale nella CEE*, Milano, 1986.
- CROXATTO, *Armonizzazione fiscale e mercato unico europeo*, in “Le società”, 1, 1990, p. 105.
- DE LA FLUENTE, *Diccionario juridico de la Unión Europea*, Barcellona, 1994, p. 55-57.
- DE MITA, *Diritto tributario interno e norma comunitaria*, in “Interesse fiscale e tutela del contribuente”, Milano, 1987, p. 261.
- DI TANO, *Le direttive comunitarie sulla fiscalità delle imprese: stato di emanazione e di attuazione*, in “Rivista di diritto tributario”, 1993, I, p. 181.
- DIBOUT-CASERTANO, *L'armonizzazione fiscale all'apertura del Mercato Unico*, in “Il Fisco”, 1993, p. 1137.
- FANTOZZI A., *Manuale di diritto tributario*, II ed., Utet, Torino, 1998, p. 122.
- FICHERA F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992.
- GARBARINO C., *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, CEDAM, 1955.
- GARCÍA PRATS F. A., *Imposicion directa, no discriminacion y derecho comunitario*, Madrid, 1998.
- GIANNINI A. D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, p. 174.
- LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie*, in “Trattato di diritto tributario”, vol. I, Padova 1994, p. 410.
- LONGO-MONDINI, *Il principio comunitario di non discriminazione in materia di imposte dirette*, in “Il diritto tributario Europeo – Studi e ricerche”, Università di Bologna, 2002, p. 9.
- MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi di Società figlie alla luce della direttiva CEE*, in “Rivista di diritto tributario”, 1992, I, p. 519.
- MANZITTI-LUDOVICI, *Regime tributario dei dividendi comunitari*, in “Le società”, 1993, p. 1331.
- MEDICI, *L'armonizzazione fiscale europea verso il traguardo del 1992*, in “Bollettino tributario”, 13, 1988, p. 995.
- MICHELI G. A., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, p. 68.
- MUGURUZA A. J., ROCCATAGLIATA F., *Discriminatorio Il regime fiscale riservato ai lavoratori non residenti dalle legislazioni fiscali nazionali*, in “Diritto e pratica tributaria”, II, 1996, p. 3.
- MUGURUZA A. J., ROCCATAGLIATA F., *La Corte di giustizia Cee ci ripensa: “la coerenza” dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non-residenti*, in “Diritto e Pratica Tributaria”, 1996, p. 697.
- PALUMBO E., FIORE T., *Scambi internazionali di informazioni*, in *Codice delle ispezioni e verifiche tributarie*, a cura di UCKMAR V., e TUNDO F., Piacenza, 2005, p. 415.
- PINTO C., *La libera prestazione di servizi tra restrizioni procedurali e giustificazioni*, in “Rivista di diritto tributario”, 2000, III, p. 83.
- PISTONE P., *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, in “Diritto e pratica tributaria”, I, 1995, p. 1501.
- PISTONE P., *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario*, in “Diritto e pratica tributaria”, III, 1998, p. 581.
- ROCCATAGLIATA F., *Corso di diritto tributario internazionale* (a cura di UCKMAR V.), CEDAM, 1999, p. 684.
- RUSSO-CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, in

“Rassegna tributaria”, 9, 1990, p. 629.

TREMONTI, *Completamento del mercato interno europeo e sistema fiscale italiano*, in “Rivista di diritto finanziario”, 1989, p. 419.

UCKMAR V., *Progetti e possibili soluzioni dell’armonizzazione fiscale dell’U.E.*, in “Diritto e pratica tributaria”, 1995, p. 9.

SACCHETTO C., *Tutela all’estero del credito tributario dello Stato*, Padova, 1978, p. 227.

VOGEL K., *Wich Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?* in “European Taxation”, 1, 2002, p. 4.

WAELEBROECK, *L’harmonisation des règles techniques dans la CEE*, Bruxelles, 1988, p. 250.

WOUTERS, *The case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in “Maastricht Journal of European and Comparative Law”, 1994, p. 185.

Sentenze

06.06.1972, Corte Cost. n. 420.

12.02.1974, causa C-152/73, *Sotgiu* in “Racc. C. Giust.”, pag. 153.

14.07.1976, Corte Cost. n. 167.

23.02.1980, Corte Cost. n. 42.

28.01.1986, causa 270/83, *Avoir fiscal* in “Racc. CEE”, I-273.

08.05.1990, causa C-175/88, *Biehl/Administrations des contributions*, in “Racc. CEE”, I-87.

15.10.1990, Corte Cost. n. 513.

04.10.1991, causa C-246/89, *Commissione/Regno Unito*, in “Racc.”. pag. I-4585, punto 12.

28.01.1992, causa C-204/90, *Bachmann/Etat Belge*, in “Racc. CEE”, I-249, punto 28.

26.01.2003, causa C-112/91, *Werner*, in “Racc. CEE”, p. 429.

13.07.1993, causa C-330/91, *Commerzbank* in “Racc.”. p. 4017.

14.02.1995, causa C-279/93, *Finanzamt Köln-Astadt v. Roland Schumacker*.

15.05.1995, causa C-350/95, *Futura*.

11.08.1995, causa C-80/94, *Wielockx* in “Racc.”, I-2493.

27.06.1996, causa C-107/94, *Asscher* in “Racc.”, I-3089.

28.04.1998, causa C-118/96, *Safir*, in “Racc.”, 1998 I-1897.

12.05.1998, causa C-336/96, *Gilly* “Racc. C. Giust.”, p. 2793.

03.09.1999, causa C-212/97, *Centros*, in “Foro it.”, 2000, IV, col. 317-322.

14.09.1999, causa C-391/97, *Gschwind* in “Racc.”, I-5451.

21.09.1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*, in “Diritto e pratica tributaria”, 2000, III, 323.

16.05.2000, causa C-87/99, *Zurstrassen* in “Racc.”, I-3337.

06.06.2000, causa C-35/98, *Verkooijen* in “Racc.”, 2000, I-4071.

21.11.2001, causa C-436/00, *X e Y* in “Racc.”, I-10829.

12.06.2003, causa C-234/01, *Gerritse* in “Racc.”, I-5933.

26.06.2003, causa C-422/01, *Skandia e Ramstedt*.

13.11.2003, causa C-209/01, *Schilling e Fleck-Schilling*.

13.11.2003, causa C-42/02, *Lindman*.

04.03.2004, causa C-334/02, *Commissione/Francia* in *Racc.*, 51455.

01.07.2004, causa C-169/03, *Wallentin e Riksskatteverket*.
01.07.2004, causa C-397/98 e causa C-410/98 *Metallgesellschaft and Hoechst*, punto 37.
15.07.2004, causa C-315/02, *Lenz*.
15.07.2004, causa C-242/03, *Weidert-Paulus*.
07.09.2004, causa C-319/02, *Manninen*.
05.07.2005, causa C-376/03, *D c/Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondere-
mingen buitenland te Heerlen*.

La clausola della nazione più favorita e le convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione tra i Paesi membri dell'Unione europea

Laura Marra*

SOMMARIO: I. Introduzione - II. Ambito di applicazione della clausola della nazione più favorita nel diritto comunitario - III. Il rapporto tra diritto comunitario e diritto convenzionale: in particolare la clausola della nazione più favorita come possibile derivazione dei divieti di discriminazione - IV. Lo stato attuale degli orientamenti sull'applicabilità della clausola della NPF alle CDI concluse dagli Stati dell'U.E. in dottrina, nella giurisprudenza CGE e nella Commissione europea - V. Conclusioni.

I. Introduzione

Il dibattito sul problema dell'applicazione della clausola della nazione più favorita¹ in relazione alle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione (qui di seguito anche denominate per brevità "CDI") concluse dagli Stati membri dell'U.E., pur avendo ricevuto un nuovo impulso in occasione della recente emanazione nel caso *D* e da ultimo nella causa *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*² di due interessanti sentenze della Corte di giustizia CE (qui di seguito: "CGE"), risale in realtà ai primi anni dello scorso decennio.

Come è noto, la clausola della nazione più favorita non è espressamente prevista dal Trattato CE, tuttavia già nel 1992 alcuni autori, davanti al fenomeno della c.d. "discriminazione orizzontale"³, iniziarono ad interessarsi della questione se il trattato CE potesse

* Funzionario Agenzia delle Entrate. I contenuti ed i pareri espressi nel presente articolo sono da considerare opinioni personali dell'autore, che pertanto non impegnano in alcun modo l'Agenzia delle Entrate.

¹ La clausola della nazione più favorita può essere definita secondo la *International Law Commission* (Cfr. *Report of the International Law Commission to the General Assembly, Draft Articles on Most-Favoured-Nation-Clause, ILC Report, A33/10, 1978, Art. 5*) come "il trattamento accordato da uno Stato concedente ad uno Stato beneficiario, o a persone o cose in una determinata relazione con quest'ultimo, non meno favorevole di quello esteso dallo Stato concedente ad un terzo Stato o a persone o cose che si trovino nella stessa relazione con tale terzo Stato". "Most-Favoured-Nation Clauses" si rinviengono nelle disposizioni di diritto internazionale, in particolare nel sistema normativo del WTO (Organizzazione mondiale del Commercio) che ricomprende infatti un complesso di clausole di tale tipo. Tra queste la più importante è costituita dalla clausola generale della nazione più favorita contenuta nell'art. I del Trattato GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*).

² Sentenza del 05.07.2005, Causa C-376/03 (*D./Inspecteur van de Belastingdienst*), sentenza del 12.12.2006, Causa C-374/04 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue*), non ancora pubblicate, consultabili sul sito www.curia.eu.int.

³ La c.d. "discriminazione orizzontale" è un fenomeno essenzialmente causato da un contrasto tra diritto convenzionale e diritto comunitario. Occorre notare che l'art. 24 del modello OCSE, in quanto basato sulla reciprocità, ha efficacia solo nei confronti dei Paesi contraenti e quindi consente l'eliminazione della discriminazione fiscale soltanto tra i soggetti appartenenti ad essi. Quando una convenzione OCSE contro la doppia imposizione

contenere implicitamente l'obbligo degli Stati membri di applicare la clausola della nazione più favorita nelle loro convenzioni contro la doppia imposizione tra gli Stati membri. Nello stesso anno la questione fu portata all'attenzione della Commissione europea. In un'interrogazione parlamentare fu richiesto alla Commissione se "la clausola della nazione più favorita si applichi ai trattati contro le doppie imposizioni conclusi da uno Stato membro con un altro Stato membro oppure con un terzo Stato"⁴. La Commissione rispose all'interrogazione, negando la sussistenza di tale clausola, in considerazione del fatto che il diritto comunitario "non obbliga lo Stato membro a concedere automaticamente l'aliquota di imposta alla fonte della convenzione bilaterale più favorevole ad un soggetto passivo di un altro Stato membro che non ricada nel campo di applicazione di tale convenzione"⁵.

Una presa di posizione più aperta fu assunta nell'appendice 6 del Rapporto-Ruding, laddove viene affermato che "è assolutamente inaccettabile in un mercato unico che le convenzioni bilaterali tra gli Stati membri accordino un trattamento fiscale privilegiato ad imprenditori in uno o più Stati membri e non ad imprenditori residenti nei restanti Stati membri"⁶.

Da allora mentre la Commissione ha posto maggiore enfasi sulla questione⁷, la dottrina resta divisa con alcuni autori a favore di tale clausola, altri che invece negano la sua sussistenza nel diritto comunitario ed infine un terzo gruppo che assume una posizione intermedia, sostenendo che, soltanto per alcuni articoli del Trattato CE, si potrebbe affermare l'esistenza di una clausola della nazione più favorita⁸.

Il problema dell'applicazione della clausola della nazione più favorita nelle convenzioni fiscali bilaterali stipulate dagli Stati membri dell'U.E. ha radici nel non ancora del tutto definito rapporto tra il diritto convenzionale e il diritto comunitario, nonostante l'affermazione della CGE del primato del diritto comunitario. Prima di esaminare tale rapporto si ritiene opportuno innanzitutto delineare il possibile ambito di applicazione della clausola *de qua* nel diritto comunitario.

II. Ambito di applicazione della clausola della nazione più favorita nel diritto comunitario

1. Ambito di applicazione soggettivo

Al fine di analizzare la clausola della nazione più favorita nel diritto comunitario occorre innanzitutto rivolgere l'attenzione all'ambito soggettivo di tale clausola e chiedersi quali Stati potrebbero essere coinvolti dalla stessa.

viene stipulata tra un Paese membro e un Paese terzo o tra due Paesi membri sono automaticamente esclusi dai vantaggi fiscali i cittadini di un altro Paese membro che non abbia stipulato con quegli Stati contraenti alcun accordo bilaterale in materia fiscale o lo abbia stipulato prevedendo diverse disposizioni. Il fenomeno prende il nome di "discriminazione orizzontale", in quanto il diverso trattamento non si determina tra i cittadini residenti e non residenti di un Paese membro per favorire i primi, ma tra diversi non residenti appartenenti a diversi Stati.

⁴ C. RANDZIO-PLATH – K. PEIJS, interrogazione scritta N. 647/92 alla Commissione della Comunità europea, (93/C 40/18), GU 1993 (C40) 13.

⁵ V. Risposta della Sig.ra Scrivener per conto della Commissione, GUCE 1993 (C40)13.

⁶ Commissione delle Comunità europee, Rapporto del Comitato di esperti indipendenti sulla tassazione delle società – Rapporto Ruding 1992, 378, Appendice 6.

⁷ V. sub. V. punto 3.

⁸ V. sub. V. punto 1.

Al riguardo si evidenziano le seguenti ipotesi.

a) Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione tra due Stati membri

Si potrebbe intendere la clausola come riferita alle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione stipulate tra due Stati membri.

Questo comporterebbe che uno Stato membro dovrebbe applicare ai residenti di ogni altro Stato membro le clausole più favorevoli contenute nelle convenzioni bilaterali che il primo abbia concluso con gli altri Stati membri.

b) Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione tra uno Stato membro ed uno Stato terzo (non membro dell'U.E.)

Si potrebbe assumere che la clausola riguardi anche le convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione stipulate tra Stati membri e Stati terzi. Uno Stato membro dovrebbe pertanto applicare ai residenti di ogni altro Stato membro la più favorevole delle clausole contenuta in ogni convenzione che il primo abbia concluso con uno Stato terzo (e viceversa).

Sussistono altre possibili ipotesi, tuttavia quelle suesposte sono ad avviso di chi scrive le più probabili e quindi meritevoli di maggiore attenzione.

2. Ambito di applicazione oggettivo

Una volta definito il campo di applicazione soggettivo della clausola della nazione più favorita occorre analizzare, come passo successivo, quello oggettivo, al fine di individuare quale trattamento più favorevole previsto nelle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione possa essere invocato come applicabile da un cittadino soggetto passivo di uno Stato membro davanti alle autorità di un altro Stato membro.

In questo contesto occorre operare una distinzione tra la clausola della nazione più favorita in sé e le norme che regolano il trattamento favorevole, notando che le norme che obbligano al trattamento più favorevole (“*Meistbegünstigungsnormen*”), nel cui novero appartiene la clausola *de qua*, sono state definite da autorevole dottrina⁹ come “*Metatatsbestände*”, ossia norme su norme. Le “norme oggetto” sono invece le norme alle quali tali “*Meistbegünstigungsnormen*” si riferiscono.

Le “norme oggetto” cui in questa sede è rivolta la nostra attenzione al fine di delineare l'ambito oggettivo di applicazione della clausola della NPF sono fondamentalmente gli articoli del Modello di Convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio dell'OCSE.

Se esaminiamo tale modello giungiamo alla conclusione che la clausola della NPF potrebbe essere invocata con riferimento ai seguenti articoli.

a) Art. 5 (Stabile organizzazione) – La soglia di tempo che permette di considerare un cantiere di costruzione o di montaggio una stabile organizzazione

L'applicazione del criterio temporale previsto in questo articolo può dar luogo a diverse definizioni di “stabile organizzazione”. Per esempio un'impresa residente in Grecia che ha un cantiere di costruzione o di montaggio in Spagna può ivi co-

⁹ K. VOGEL, in VOGEL – LEHNER, *Doppelbesteuerungsabkommen*, 4 Ed., 2003, Introduzione, Nr. 78.

stituire una stabile organizzazione se la durata oltrepassa i nove mesi¹⁰. Un'impresa residente in Germania che abbia parimenti lo stesso cantiere in Spagna sarebbe considerata come avente una stabile organizzazione in Spagna soltanto se i lavori durino oltre dodici mesi¹¹. Nel caso invece di un'impresa residente in Ungheria la soglia sarebbe persino di ventiquattro mesi¹². L'impresa greca potrebbe, invocando una clausola della nazione più favorita nell'ambito dell'Unione europea, pretendere di essere trattata in Spagna come se fosse un'impresa tedesca o persino ungherese.

b) Art. 10 (Dividendi) – Art. 11 (Interessi) – Art. 12 (Canoni)

Con riferimento a tali articoli sono in gioco diverse questioni, quali ad esempio l'attribuzione della potestà impositiva o i limiti alla potestà impositiva dello Stato della fonte.

Ad esempio può verificarsi il caso che le definizioni di "interessi" o "canoni" contenute in una convenzione di uno Stato membro divergano dalle indicazioni contenute nell'art. 11, paragrafo 3 e nell'art. 12, paragrafo 2 del Modello OCSE, con conseguenze sull'ampiezza della sua potestà impositiva, a seconda della convenzione che viene di volta in volta in rilievo¹³.

Inoltre nei casi tassazione di dividendi, interessi e canoni può anche verificarsi un ulteriore problema: da un confronto tra le varie convenzioni bilaterali emergono diverse aliquote di imposte prelevate alla fonte. Come già notato in precedenza quest'aspetto era stato posto in evidenza nell'appendice al Rapporto Ruding da un autorevole Autore¹⁴.

c) Art. 13, paragrafo 4 (Utile di capitale)

In considerazione viene la percentuale del valore delle azioni che deve derivare in modo diretto o indiretto da beni immobili, la quale può essere aumentata o ridotta dagli Stati contraenti.

d) Art. 15 (Redditi di lavoro subordinato)

In particolare qui rileva il metodo applicato per calcolare il periodo temporale dei 183 giorni, presupposto per imponibilità dei redditi di lavoro subordinato nello Stato in cui l'attività dipendente è effettivamente svolta. Gli Stati hanno infatti utilizzato diverse formule per calcolare tale periodo¹⁵.

e) Art. 17 (Artisti e sportivi)

Si evidenziano i casi in cui una convenzione non permette di attribuire il reddito in parola ad un Ente straniero (come avviene ad esempio nelle c.d. *star company*).

f) Art. 23 A (Metodo dell'esenzione) e 23 B (Metodo del credito d'imposta)

In questa sede viene in considerazione il metodo applicato: il metodo dell'esenzione, quello del credito d'imposta o persino del credito d'imposta figurativo ("*tax sparing*

¹⁰ Art. 5.3 della Convenzione Grecia-Spagna.

¹¹ Art. 5.3 della Convenzione Germania-Spagna.

¹² Art. 5.3 della Convenzione Ungheria-Spagna.

¹³ F. WASSERMAYER, in *DStJG*, 1996, Vol. 19, 151, 165.

¹⁴ A. RÄDLER, Commissione europea, Rapporto del comitato indipendente di esperti in tema di tassazione di imprese, 1992, Appendice 6: Diritto convenzionale e mercato unico, pag. 385, 392.

¹⁵ K. VOGEL, in "EC Tax Review", 1995, 264.

credit” o “fiktive Anrechnung”)¹⁶. Si potrebbero configurare al riguardo diverse ipotesi in cui una clausola della NPF sarebbe rilevante.

A questo punto è opportuno, prima di delineare alcune di tali ipotesi, richiamare l’attenzione sulla distinzione operata in dottrina nell’ambito del diritto tributario internazionale tra casi “inbound” e casi “outbound”, a seconda della suddivisione dei ruoli tra gli Stati in questo contesto¹⁷.

Mentre nei casi “inbound” è lo Stato della fonte ad essere obbligato al trattamento più favorevole dalla clausola della NPF, nei casi “outbound” invece è lo Stato di residenza ad essere vincolato da tale clausola.

A titolo esemplificativo vengono qui di seguito riportate alcune ipotesi che possono ricorrere in casi inbound, recentemente illustrate in dottrina¹⁸, nelle quali la clausola della NPF potrebbe essere invocata con riferimento all’applicazione dei metodi previsti dall’art. 23 del Modello OCSE.

Esempio 1: il metodo dell’esenzione viene invocato come più favorevole

Un imprenditore individuale residente in Germania inizia i lavori in un cantiere in Polonia e, sulla base dell’art. 24, paragrafo 1, lett. a della Convenzione Germania-Polonia, parte dal presupposto che i redditi percepiti in Polonia non siano resi imponibili in Germania ma siano considerati soltanto ai fini dell’applicazione dell’aliquota progressiva (§ 32b, comma 1 Nr. 3 della EStG, Legge tedesca in materia di imposte sui redditi). L’ufficio delle imposte tedesco competente gli comunica tuttavia che la modalità concreta con cui viene esercitata l’attività nella stabile organizzazione deve essere considerata una modalità “passiva” ai sensi del § 8 AStG (“Außensteuergesetz”, Legge tedesca relativa alle imposte riguardanti i rapporti con l’estero) e che pertanto,

¹⁶ Numerosi trattati, per quanto riguarda i più recenti, quelli con i paesi in via di sviluppo, contengono nell’articolo concernente i metodi per evitare le doppie imposizioni, una clausola del seguente tenore: “Se ai sensi della legislazione di uno degli Stati contraenti, le imposte alle quali si applica la presente convenzione non sono prelevate, in tutto o in parte, per un periodo limitato di tempo, dette imposte si considereranno interamente pagate agli effetti dell’applicazione dei metodi per evitare le doppie imposizioni”. La clausola ha funzione agevolativa. Essa tiene conto del fatto che alcuni Stati concedono incentivi fiscali ai contribuenti sia per incoraggiare lo sviluppo economico che per motivi fiscali. Il credito d’imposta ordinario, essendo limitato alle imposte effettivamente pagate nello Stato fonte del reddito, produrrebbe, in condizioni normali, l’effetto di neutralizzare l’agevolazione unilateralmente concessa da tale Stato, in quanto il reddito rimarrebbe integralmente tassato nello Stato di residenza. È stato notato come, per ovviare a tale inconveniente, alcuni trattati prevedano che il credito venga comunque concesso, come se le imposte fossero state effettivamente pagate; per approfondimenti cfr. M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, 9 Ed. 2004, pag. 1085 e ss.

¹⁷ In particolare nei c.d. casi “inbound” coloro che invocano la clausola di salvaguardia sono cittadini di uno Stato, residenti in tale Stato e soggetti ad un obbligo fiscale limitato (“beschränkt steuerpflichtig”) in un altro Stato, il quale dovrà accordare il trattamento di maggior favore. Tale Stato in questa variante è lo Stato della fonte.

Nei c.d. casi “outbound” invece coloro che invocano la clausola della nazione più favorevole sono cittadini di uno Stato e residenti in un altro Stato, il quale dovrà accordare il trattamento di maggior favore. In questi casi allora non appena la fonte di reddito viene a trovarsi al di fuori dello Stato che dovrà accordare il trattamento di maggior favore (tale fonte non deve trovarsi necessariamente nello Stato di cui è cittadino colui che invoca la clausola) interviene la clausola della NPF.

Cfr. in particolare la distinzione tra casi “inbound e “outbound”, operata nel diritto tributario internazionale da diversi Autori, come E. REIMER, in *Steuerrechtliche Bezüge der völkerrechtlichen Meistbegünstigungspflichten*, in “Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten” 2006, 43; A. RUST, in *Meistbegünstigungsklausel in den Doppelbesteuerungsabkommen*, in “Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten”, 2006, 78 ss.

¹⁸ A. CORDEWENER, *EG-rechtliche Meistbegünstigungspflicht im Steuerrecht: Aktuelle und potenzielle Fallgestaltungen*, in *Meistbegünstigungsklausel in den Doppelbesteuerungsabkommen*, in “Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten”, 2006, 143 ss.

in virtù dell'art. 24, paragrafo 1, lett. c della Convenzione Germania-Polonia, si applica soltanto il metodo del credito d'imposta.

L'imprenditore tedesco si meraviglia di ciò dal momento che inizialmente aveva pensato di costituire una nuova stabile organizzazione con la stessa identica attività in Francia. Nella convenzione Germania-Francia tuttavia non sussiste una "activity clause" simile a quella che si rinviene nella convenzione Germania-Polonia, cosicché l'esenzione sarebbe stata indubbiamente accordata in tale caso. Ci si chiede se qui l'imprenditore tedesco possa sostenere che la diversa configurazione delle convenzioni fiscali influenzi e in un certo senso limiti la sua scelta del luogo di investimento, in quanto la clausola in questione nella convenzione Germania-Polonia lo porta proprio a non investire in Polonia. La domanda che allora affiora è se egli possa, con riferimento alla stabile organizzazione costituita effettivamente in Polonia, mediante la clausola della nazione più favorita, invocare il metodo dell'esenzione, a lui più favorevole, previsto dalla convenzione Germania-Polonia.

In effetti un'opinione sempre più diffusa in dottrina ritiene che la diversità delle disposizioni contenute nelle convenzioni fiscali nell'ambito delle "activity clauses" dia adito a dubbi sulla loro conformità al diritto comunitario¹⁹ e pertanto sostiene che gli Stati membri abbiano l'obbligo di prevedere nelle convenzioni stipulate tra di loro per lo stesso tipo di redditi anche lo stesso metodo per evitare la doppia imposizione²⁰.

Esempio 2: il metodo del credito d'imposta viene invocato come più favorevole

L'esistenza di una clausola della nazione più favorita nel diritto comunitario potrebbe essere invocata anche in alcune ipotesi in cui si deve tenere conto nello Stato di residenza delle imposte prelevate alla fonte in uno Stato estero. Qui di seguito un esempio oggetto di discussione nella dottrina olandese.

Sino a poco tempo fa la convenzione Germania-Olanda presentava una particolarità: essa infatti non accordava all'investitore olandese il credito d'imposta per le ritenute fiscali alla fonte operate in Germania su determinati redditi di capitale, mentre tale credito veniva accordato in Germania nel caso inverso di un investitore tedesco per le ritenute fiscali alla fonte operate in Olanda²¹. Al residente in Olanda che avesse investito in Germania derivava, a causa di tale convenzione, uno svantaggio, mentre tale problema veniva eliminato dalle Convenzioni fiscali stipulate dall'Olanda con altri Stati membri dell'U.E. o con Stati terzi mediante la previsione del metodo del credito d'imposta da accordare in Olanda. Anche in questa ipotesi è stata sostenuta in dottrina la possibilità da parte dell'investitore olandese di invocare la clausola della nazione più favorita al fine di avvalersi di una di queste convenzioni fiscali più favorevoli ed in tal modo ricevere in Olanda il credito di imposta per le imposte tedesche prelevate alla fonte su tali redditi²².

¹⁹ Cfr. in particolare F. WASSERMEYER, in "IStR", 2000, 65 s.

²⁰ M. LANG, in "IStR", 2005, 523, 525.

²¹ Di recente tuttavia è intervenuta una modifica dell'art. 20 della Convenzione Germania-Olanda che ha ovviato a tale "particolarità": il terzo protocollo aggiuntivo del 04.06.2004 (BGBl. II 2004, 1653 ss) ha infatti inserito in tale articolo un quarto comma che prevede l'obbligo per l'Olanda di accordare il credito di imposta per le imposte alla fonte pagate in Germania per tali tipi di dividendi ("Streubesitzdividenden").

²² Cfr. le indicazioni bibliografiche relative alla dottrina olandese riportate da A. CORDEWENER, *EG-rechtliche Meistbegünstigungspflicht im Steuerrecht: Aktuelle und potenzielle Fallgestaltungen*, op. cit., nota 107.

Esempio 3: viene invocata l'applicazione del metodo del "tax sparing credit"

Parimenti in Olanda è stata discussa la questione se soggetti d'imposta residenti in un determinato Stato membro, invocando la clausola della nazione più favorita, possano ricevere, per investimenti in un altro Stato membro, un credito d'imposta che sia superiore all'imposta che sia stata effettivamente prelevata alla fonte. Ciò potrebbe verificarsi in alcuni casi in cui lo Stato membro interessato abbia previsto in una convenzione fiscale con un altro Stato il cd. credito d'imposta figurativo ("tax sparing credit" o "fiktive Anrechnung"). Questo è concesso per lo più a Stati terzi come per es. prevedono le convenzioni concluse dall'Olanda con il Brasile. Anche in questo ambito alcuni Autori²³, proprio perché si tratta di incentivi all'investimento concessi *unilateralmente* ritengono che la clausola della nazione più favorita sia applicabile.

III. Il rapporto tra diritto comunitario e diritto convenzionale: in particolare la clausola della nazione più favorita come possibile derivazione dei divieti di discriminazione.

In linea di principio non appare problematica l'affermazione del primato del diritto comunitario sulle disposizioni contenute nelle CDI concluse dagli Stati membri dell'U.E., le quali devono essere conformi ai principi del diritto comunitario. Tale primato è stato già sostenuto dalla CGE nella sua prima sentenza relativa alle imposte dirette, nel caso *Avoir fiscal*²⁴. Il primato vale a prescindere dal fatto se la convenzione fiscale contro la doppia imposizione sia stata stipulata prima o dopo l'entrata in vigore del Trattato CE oppure prima o dopo l'adesione alla Comunità. La questione della clausola della nazione più favorita, sebbene si inquadri nel problema del rapporto tra diritto comunitario e diritto convenzionale, si pone tuttavia in termini diversi dalla mera affermazione del primato del diritto comunitario su quello convenzionale. La questione da affrontare è la seguente: qualora le convenzioni contro la doppia imposizione concluse da uno Stato X siano conformi al diritto comunitario, ma presentino un contenuto diverso tra di loro, può un soggetto non residente, ossia con obbligo fiscale limitato ("*beschränkt steuerpflichtiger*"), invocare la CDI a lui più favorevole conclusa dallo Stato membro X?

Si è già notato come la clausola della nazione più favorita non sia espressamente prevista dal Trattato CE, tuttavia si discute vivacemente se, dal diritto comunitario, in particolare dai divieti di discriminazione del Trattato CE²⁵, consegua un obbligo generale di accordare il trattamento più favorevole nell'ambito delle convenzioni contro la doppia imposizione concluse dagli Stati membri dell'Unione europea²⁶.

²³ Di quest'avviso, anche dopo la sentenza D, tra gli altri O. THÖMMES, in "IWB", 14/2005 Nr. 11a, 887 ss.

²⁴ Sentenza della CGE, Causa 270/83, Commissione/Francia (*avoir fiscal*).

²⁵ Cfr. N. DAUTZENBERG, *Unternehmensbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft*, in D. BIRK, *Handbuch des Europäischen Steuer- und Abgabenrechts*, 1995, 661 e ss.

²⁶ V. SCHUCH JOSEF, *Die Reichweite der Diskriminierungsverbote des EG-Vertrags. Gilt im DBA-Recht die "Meistbegünstigung?"*, in "IWB", Fach 11, Gruppe 2, 259 e ss.

Come emergerà dalle opinioni riportate qui di seguito la sussistenza nel diritto comunitario di una clausola della NPF dipende sostanzialmente da come s'intendono i divieti di discriminazione, ossia se da questi si lascia scaturire soltanto il cd. principio del trattamento nazionale, ossia della parità di trattamento tra uno straniero ed il proprio cittadino ("National treatment", "Inländergleichbehandlung"), o anche la parità di trattamento tra stranieri ("Ausländergleichbehandlung").

IV. Lo stato attuale degli orientamenti sull'applicabilità della clausola della NPF alle CDI concluse dagli Stati dell'U.E. in dottrina, nella giurisprudenza CGE e nella Commissione europea

1) Le osservazioni della dottrina²⁷

a) Opinioni contrarie alla clausola de qua in qualsiasi CDI conclusa dagli Stati membri

In dottrina alcuni Autori²⁸ negano l'applicabilità di una clausola della nazione più favorita nelle convenzioni concluse dagli Stati membri sulla base del rilievo che la sua derivazione dai divieti di discriminazione sarebbe erronea, in quanto questi implicherebbero soltanto la parità di trattamento degli stranieri con i propri cittadini ("Inländergleichbehandlung").

Nella questione della clausola della NPF invece non rilevarebbe la parità di trattamento tra un proprio cittadino ed uno straniero, ma piuttosto la parità di trattamento in uno Stato membro tra due stranieri residenti in Stati differenti.

Si tratterebbe quindi della parità di trattamento tra stranieri ("Ausländergleichbehandlung"), che non sarebbe compresa nei divieti di discriminazione del Trattato CE.

In particolare Lehner²⁹, nel negare la clausola della NPF nel diritto comunitario, nota che la disparità di trattamento tra due stranieri deriva innanzitutto dall'interazio-

²⁷ Sostenitori dell'esistenza di una clausola della NPF in ambito comunitario sono S. DE CEULAER, BIFD 2003, 493, 496, 501; N. HERZIG – N. DAUTZENBERG, *Der EWG-Vertrag und die Doppelbesteuerungsabkommen – Rechtsfragen im Verhältnis zwischen Doppelbesteuerungsabkommen und den Diskriminierungsverboten des EWGV*, in "DB", 1992, 2519, 2521; J. KOKOTT, in LEHNER, *Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten*, 2002, 1, 8; M. LANG, in *Festschrift für Rädler*, 1999, 429, 432; A. RÄDLER, in *Intertax*, 2004, 365, 369; T.B. SCHERER, in: DEBATIN – WASSERMEYER, *Doppelbesteuerung Kommentar*, commento che precede l'art. 1 del modello OCSE delle CDI, Nr. 124; J. SCHUCH, *Most favoured nation clause in Tax Treaty Law*, in "EC Tax Review", 1996, 161 e ss; J. SCHUCH, *EC Law requires multilateral tax treaties*, in "EC Tax Review", 1998, 36; oppositori della clausola de qua sono in particolare: L. HINNEKENS, *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law*, in "EC Tax Review", 1994, 154; M. LEHNER, in BIFD, 1998, 334 s., E. KEMMEREN, *The termination of the m.f.n. clause dispute in tax treaty law*, in "EC Tax Review", 1997, 146; VOGEL KLAUS, *Problems of a Most-Favoured Nation Clause in intra-EU Treaty Law*, in "EC Tax Review", 1995, 264 e ss.; una posizione intermedia, a seconda delle norme interessate assumono i seguenti Autori: A. CORDEWENER, *Europäische Grundfreiheiten und Nationales Steuerrecht*, 2002, 836 e ss; A. CORDEWENER, *EG-rechtliche Meistbegünstigungspflicht im Steuerrecht: Aktuelle und potentielle Fallgestaltungen europäische Grundfreiheiten und Nationales Steuerrecht*, 2002, 836 e ss; W.G. KOFLER, *Most-Favoured-Nation Treatment in Direct Taxation: Does EC Law Provide for Community MFN in Bilateral Double Taxation Treaties?*, in "Houston Business and Tax Law Journal", 2005, 85; T.K.G. MEUSSEN, *The Advocate General's Opinion in the "D" Case: Most-Favoured-Nation Treatment and the Free Movement of Capital*, in "ET" 2005, 52, 55; O. THÖMMES, in *DStJG*, 1996, Vol. 19, 81, 100.

²⁸ M. LEHNER, *Der Einfluß des Europarechts auf die Doppelbesteuerungsabkommen*, in "IStR", 2001, 329, 336.

²⁹ M. LEHNER, *Diskussion*, in "Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten", 2006, 240 e ss.

ne tra i sistemi fiscali di due Stati e che tale problema, nonostante si sia già posto sin dai primi casi della CGE sui transfrontalieri, rimarrebbe a tutt'oggi irrisolto.

A prescindere da ciò anche il tenore letterale dei divieti di discriminazione deporrrebbe per una loro applicazione in ambito verticale, ossia tra cittadini e stranieri e non orizzontalmente tra stranieri.

Proprio quest'ultima osservazione viene contestata da coloro che invece sostengono l'applicazione della clausola in parola. Ad avviso di Dautzenberg³⁰, ad esempio, la disparità di trattamento tra due stranieri potrebbe ricadere nei divieti di discriminazione in quanto dal tenore letterale dell'art. 12 del Trattato CE risulterebbe vietata ogni discriminazione sulla base della nazionalità e pertanto già il tenore del Trattato CE vieterebbe ogni disparità di trattamento tra due stranieri.

Secondo gli oppositori alla clausola *de qua* la concessione dei benefici convenzionali più favorevoli porterebbe inoltre a conseguenze incalcolabili ed in particolare al superamento del criterio della residenza in uno degli Stati contraenti previsto per l'applicazione di una convenzione contro la doppia imposizione³¹.

Klaus Vogel³² è stato uno dei primi ad avvertire sulle conseguenze "caotiche" che potrebbero derivare dall'applicazione incondizionata del principio della clausola della nazione più favorita. Infatti un soggetto passivo di uno Stato membro che percepisca redditi in un altro Stato membro potrebbe richiamarsi, sia nello Stato fonte che nel suo Stato di residenza, alla CDI a lui più favorevole. Egli potrebbe quindi non soltanto invocare la CDI conclusa dallo Stato fonte con il suo Stato di residenza, ma anche pretendere l'applicazione di una convenzione contro la doppia imposizione che lo Stato fonte abbia stipulato con un terzo Stato, ottenendo in tal modo, ossia mediante l'applicazione, senza alcun criterio, delle convenzioni, la piena esenzione dei suoi redditi.

Da ciò conseguirebbe anche che lo Stato membro sarebbe costretto a convenire disposizioni convenzionali identiche con ogni altro Stato membro.

Pertanto come ulteriore argomento contro la clausola in parola viene notato il fatto che essa intaccherebbe l'autonomia dei singoli Stati, sottraendo sostanzialmente ai medesimi la competenza a concludere le convenzioni contro la doppia imposizione, in quanto gli Stati membri sarebbero costretti a stipulare disposizioni con lo stesso contenuto in tutte le convenzioni bilaterali³³.

³⁰ N. DAUTZENBERG, *Unternehmensbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft*, in D. BIRK, *Handbuch des Europäischen Steuer- und Abgabenrechts*, 1995, 661.

³¹ Cfr. Art. 1 del modello OCSE di convenzione fiscale contro la doppia imposizione sui redditi e sul patrimonio, relativo ai soggetti cui si applica la convenzione: "La presente convenzione si applica alle persone che sono residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti". Cfr. paragrafo 1 del Commentario a tale articolo: "(...) le convenzioni più recenti, invece, si applicano normalmente ai "residenti" di uno o di entrambi gli Stati contraenti a prescindere dalla loro nazionalità. Alcune convenzioni hanno un campo di applicazione più ampio in quanto trovano generica applicazione ai "contribuenti" degli Stati contraenti; tali convenzioni sono quindi applicabili anche alle persone, che, sebbene non siano residenti in alcuno Stato contraente, sono ciò nonostante assoggettate ad imposta su una parte dei loro redditi o patrimonio in ciascuno di tali stati. Si è ritenuto preferibile prevedere, per ragioni di natura politica, che la Convenzione sia applicabile alle persone che sono residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti.(...)".

³² Così K. VOGEL, *Problems of a Most-Favoured Nation Clause in intra-EU Treaty Law*, in "EC Tax Review", 1995, 264.

³³ L. HINNEKENS, *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law*, in "EC Tax Review", 1994, 154.

Anche quest'affermazione viene confutata dai sostenitori della clausola, secondo cui l'uguale trattamento nello stesso Stato di tutti gli stranieri, (cittadini comunque dell'Unione), non significherebbe infatti che tra le disposizioni interessate dei singoli Stati non continuino ad esservi delle differenze. Per esempio se lo Stato A deve ridurre al 5% la sua ritenuta alla fonte sui canoni in quanto ha assicurato ciò in una sua convenzione con almeno uno Stato membro, questo tuttavia non influisce sulla posizione dello Stato B, il quale può continuare a prelevare un'imposta alla fonte più elevata, se non abbia convenuto un'aliquota più bassa in qualcuna delle sue convenzioni.

Due obiezioni, infine, vengono formulate in ordine all'applicabilità della suddetta clausola alle convenzioni concluse dagli Stati membri, anche se in realtà riguardano tutte le CDI.

La prima ha una portata "genetica"³⁴, in quanto evidenzia come le disposizioni bilaterali pattizie siano il risultato della ripartizione delle pretese tributarie tra due giurisdizioni fiscali, la quale tiene conto sia della struttura dei rispettivi sistemi tributari, sia della sinallagmaticità delle rispettive rinunzie. In particolare viene in rilievo in tale contesto il principio di reciprocità.

L'applicazione di tali norme ad un contribuente di un Paese terzo risulterebbe pertanto inadeguata, giacché si tratterebbe di una norma non costruita per "quel" sistema fiscale e risultante dalla sintesi di reciproche pretese mediante una negoziazione *ad hoc* tra i due Paesi firmatari della convenzione, ai quali rimane evidentemente estraneo il Paese terzo cui si vorrebbe estendere la norma convenzionale.

La seconda obiezione invece proviene dai principi dello Stato di diritto, in particolare da quelli della sicurezza giuridica, della chiarezza e comprensibilità delle norme, che non vengono garantiti allorché la disciplina giuridica non è conoscibile subito dalla convenzione in sé, ma soltanto mediante lo studio di tutte le altre convenzioni³⁵. Il contribuente, infatti, in caso di applicazione della clausola della nazione più favorita, non può conoscere il quadro normativo vigente dal solo testo della convenzione, ma deve informarsi se l'altro Stato abbia concluso ulteriori convenzioni con Stati terzi che contengano disposizioni più favorevoli e deve verificare inoltre l'entrata in vigore e le modifiche a tali ulteriori convenzioni; il contenuto delle convenzioni con gli Stati terzi è conoscibile con una certa difficoltà in quanto spesso queste non sono redatte neanche in inglese, ma nella lingua propria dello Stato terzo.

b) Opinioni favorevoli alla clausola de qua nelle sole CDI concluse tra Stati membri

Come si è già osservato i sostenitori della clausola in parola ritengono che il suo fondamento sia da ricercare nel divieto generale di discriminazione dell'art. 12 del Trattato CE.

³⁴ La portata genetica di tale obiezione viene anche evidenziata da S. MARCHESI, *Convenzioni contro la doppia imposizione in ambito comunitario – Analisi e riflessioni sulle conclusioni dell'avvocato generale nel "caso D." pendente presso la Corte di Giustizia Ce in merito alle convenzioni contro la doppia imposizione in ambito europeo*, in "Forum Fiscale" del 01.05.2005, n. 5, 79, 80.

³⁵ Così A. RUST, in *Meistbegünstigungsklausel in den Doppelbesteuerungsabkommen*, in "Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten", 83, secondo cui mediante un rinvio dinamico la clausola della nazione più favorita incorporerebbe disposizioni, la cui esistenza e contenuto restano per lo più sconosciuti al soggetto passivo. Ciò sarebbe pertanto problematico dal punto di vista dei principi dello Stato di diritto.

Secondo un'opinione³⁶, che fa parte comunque dell'orientamento a favore dell'esistenza della clausola in linea di principio, l'applicazione dell'art. 12 tuttavia presenterebbe difficoltà nell'ambito dei casi cd *outbound*³⁷, in cui è lo Stato di residenza ad essere vincolato da tale clausola e quindi sono sotto esame le regole dello Stato di origine.

Le difficoltà nascono dal fatto che invece l'analisi comparativa condotta in sede di applicazione del divieto di discriminazione tradizionale ("national treatment", "*Inländergleichbehandlung*"), svolta in prospettiva verticale tra i propri cittadini e gli stranieri, sembra ritagliata ai casi c.d. *inbound*, in cui vengono in rilievo le norme dello Stato di destinazione di un'attività transfrontaliera.

Per questo motivo tale tesi fa derivare la clausola della NPF dalle libertà fondamentali, che, come si è già osservato, sono interpretate dalla CGE come divieti di restrizione. In tal modo la clausola in parola potrebbe ricomprendere anche i casi *outbound*.

La clausola rappresenterebbe, secondo tale opinione, un *minus* rispetto alle libertà fondamentali. La parità di trattamento tra stranieri ("*Ausländergleichbehandlung*") sarebbe ricompresa nella parità di trattamento tra cittadini e stranieri ("*national treatment*", "*Inländergleichbehandlung*"), alla luce delle libertà fondamentali. Dal punto di vista storico ciò si spiegherebbe con il fatto che i primi Stati contraenti del Trattato CE si auspicavano il livello di integrazione più alto possibile e pertanto scelsero dall'inizio il cd. principio del trattamento nazionale, ossia della parità di trattamento tra uno straniero ed un proprio cittadino ("*National treatment*", "*Inländergleichbehandlung*"). Il problema del trattamento tra stranieri si troverebbe in uno stadio precedente e sarebbe stato superato allo stesso tempo. Ciò deriverebbe dall'art. 54 del Trattato CE; secondo la delineata tesi anche nella causa **Test Claimants in Class IV of the ACT**³⁸, di recente decisa dalla CGE, verrebbe in rilievo tale problema.

L'applicazione della clausola della NPF non porterebbe quindi ad un conflitto tra norme comunitarie e norme convenzionali³⁹. Le convenzioni infatti rappresenterebbero uno standard minimo e pertanto lo Stato contraente sarebbe libero di accordare dei benefici maggiori. Pertanto la concessione del trattamento più favorevole non condurrebbe a mettere in dubbio la validità o l'applicabilità di una CDI. Lo Stato che accorda il trattamento più favorevole infatti non farebbe altro che applicare una regola favorevole già concessa ad uno Stato, anche ad una fattispecie che si verifica nei rapporti con un altro Stato.

La concessione ai non residenti del trattamento convenzionale più favorevole determinerebbe una multilateralizzazione degli accordi fiscali in ambito comunitario⁴⁰. Questo sarebbe, ad avviso dei sostenitori della clausola *de qua*, un risultato auspicabile,

³⁶ A. CORDEWENER *Diskussion*, in *Meistbegünstigungsklausel in den Doppelbesteuerungsabkommen*, in "Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten", Monaco, 2006, 224.

³⁷ Cfr. *sub* II. 2. f).

³⁸ Causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (Pirelli, Essilor e Sony), sentenza del 12.12.2006.

³⁹ Così A. RÄDLER, *Meistbegünstigung im europäischen Steuerrecht? in Außensteuerrecht, Doppelbesteuerung und EU-Recht im Spannungsverhältnis; Festschrift für Helmut Debatin*, 1997, 345; N. DAUTZENBERG, *Unternehmensbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft*, in BIRK, *Handbuch des Europäischen Steuer- und Abgabenrechts*, 1995, 672 e ss.

⁴⁰ J. SCHUCH, *EC Law requires multilateral tax treaties*, in "EC Tax Rev.", 1998, 36.

in quanto con la sua applicazione si farebbe pressione nei confronti degli Stati membri per il ravvicinamento dei loro sistemi fiscali nazionali.

Coloro che affermano l'esistenza in astratto della clausola in parola e l'obbligo alla parità di trattamento tra stranieri sostengono tuttavia che occorre comunque verificare se nel caso concreto essa si applichi o meno. Qualora il trattamento differenziato dei due stranieri sia giustificato, la clausola non troverebbe applicazione. Nel contesto dell'applicazione di una clausola della NPF si fa spesso riferimento all'"equilibrio generale" della convenzione come possibile motivo di giustificazione, il quale tuttavia non merita alcuna considerazione. Un'altra causa di giustificazione che viene spesso adottata è il rischio di mancati gettiti fiscali. Sinora tuttavia la CGE ha negato di giustificare su tale base eventuali discriminazioni⁴¹.

Nell'ambito dell'orientamento a favore, in linea di principio, alla clausola della nazione più favorita alle CDI tra gli Stati membri si inserisce una posizione intermedia favorevole all'applicazione della NPF soltanto a determinate disposizioni convenzionali, ossia a quelle che derivano dall'esercizio delle potestà impositive degli Stati, il quale, come ribadito dalla CGE, deve avvenire nel rispetto delle libertà fondamentali del Trattato CE.

Ad esempio Kofler⁴² alla luce delle sentenze *Gilly e de Groot* sostiene che sicuramente restano esclusi dalla clausola i criteri di ripartizione dei poteri impositivi tra gli Stati e pertanto per esempio anche le differenti aliquote delle ritenute d'imposta alla fonte. Soltanto due gruppi di norme resterebbero aperti all'applicazione della clausola. Il primo gruppo consisterebbe nelle disposizioni convenzionali finalizzate alla riduzione della singola tassazione nel Paese della fonte, come per esempio esenzioni o deduzioni. Nel secondo gruppo invece ricadrebbero le disposizioni finalizzate ad evitare la doppia imposizione economica⁴³ mediante una misura dello Stato della fonte, come per esempio l'imputazione dei crediti d'imposta agli azionisti stranieri. Nei rimanenti casi invece lo stesso risultato che viene raggiunto con l'applicazione della clausola in parola potrebbe essere anche ottenuto con il principio del "*national treatment*". Ad esempio non occorre che un residente di uno Stato membro venga tutelato in una prospettiva "orizzontale", accordando il trattamento che un altro Stato membro concede al residente di uno Stato terzo, se il primo ricade già nel campo di applicazione del "*national treatment*", oppure persino può ricevere maggiori benefici in una prospettiva verticale. Di questa opinione anche Cordewener⁴⁴, secondo il quale la distinzione operata dalla CGE nella sentenza *Gilly* e più volte ribadita in successive sentenze, tra

⁴¹ Cfr. sentenza del 31.03.1993, Causa C-200/90.

⁴² KOFLER W. GEORG, *Most-Favoured-Nation Treatment in Direct Taxation: Does EC Law Provide for Community MFN in Bilateral Double Taxation Treaties?*, in "Houston Business and Tax Law Journal", 2005, 85.

⁴³ La doppia imposizione economica viene definita dal Commentario all'art. 23 A e 23 B del Modello OCSE di Convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio come "il caso in cui più persone sono tassabili sul medesimo reddito o patrimonio". Tale fattispecie deve essere tenuta distinta dalla doppia imposizione giuridica, cioè "il caso in cui la stessa persona è tassabile sullo stesso reddito o patrimonio da più di uno Stato". Tuttavia avverte il Commentario il modello non si propone di risolvere il problema della doppia imposizione economica; gli Stati, nel caso desiderino farlo, devono cercare meccanismi adatti attraverso negoziati bilaterali, indipendenti dalla riferita convenzione.

⁴⁴ Cfr. AXEL CORDEWENER *EG-rechtliche Meistbegünstigungspflicht im Steuerrecht: Aktuelle und potenzielle Fallgestaltungen*, in *Meistbegünstigungsklausel in den Doppelbesteuerungsabkommen*, in "Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten", 2006, 123, 148 e ss.

le norme di ripartizione dei poteri impositivi contenute in una DBA, per i quali gli Stati membri restano competenti nella loro sovranità e che restano pertanto sottratti al campo di applicazione delle libertà fondamentali del Trattato CE e l'esercizio di tali poteri impositivi, il quale invece non può contrastare con tali libertà, può salvaguardare numerosi possibili casi di applicazione della clausola della NPF, e probabilmente anche quello relativo alle differenti aliquote di imposta alla fonte, dall'influsso appunto di tale clausola.

c) Sostenitori della clausola della NPF nelle CDI concluse dagli Stati membri con Paesi terzi – Principio della preferenza comunitaria

Alcuni autori, oltre ad accettare la clausola *de qua* nelle CDI concluse tra Stati membri, ampliano il suo ambito di applicazione, ritenendo che in esso ricada anche il trattamento sfavorevole di uno Stato membro nei confronti di un cittadino di qualsiasi Stato terzo⁴⁵.

Si tratta tuttavia di una tesi minoritaria, in quanto l'opinione prevalente nell'ambito dello schieramento dei sostenitori della clausola in parola continua a limitare il suo ambito di applicazione al solo trattamento sfavorevole tra due stranieri non residenti, cittadini comunque dell'Unione europea⁴⁶.

La citata tesi minoritaria sostiene l'applicabilità della clausola della NPF anche agli Stati terzi basandosi sul principio della preferenza comunitaria.

La verifica della sussistenza di tale principio assume particolare importanza alla luce del fatto che mentre l'armonizzazione in ambito comunitario in molti campi ha raggiunto uno stadio relativamente avanzato, le disposizioni contenute invece nelle convenzioni contro la doppia imposizione concluse con Stati terzi differiscono ancora molto tra di loro. La sussistenza di una clausola della nazione più favorita anche nelle CDI con Stati terzi pertanto comporterebbe delle conseguenze economiche notevoli.

Al fine di chiarire tale questione si deve dapprima verificare se i benefici che uno Stato membro accorda ad uno Stato terzo possano rappresentare un punto di collegamento per la concessione, in virtù della clausola della nazione più favorita, degli stessi benefici a residenti di uno Stato membro. In sostanza qui si pone la questione se stranieri non residenti, cittadini di uno Stato membro, e stranieri non residenti, cittadini di uno Stato terzo, possano costituire termini di un paragone ammissibile.

I termini di un paragone sono ammissibili allorquando, dal punto di vista della norma da applicare, rappresentino situazioni comparabili.

⁴⁵ N. DAUTZENBERG, *Unternehmensbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft*, in D. BIRK, *Handbuch des Europäischen Steuer- und Abgabenrechts*, 1995, 672 e ss; A. RÄDLER, *Meistbegünstigung im europäischen Steuerrecht?* in "Außensteuerrecht, Doppelbesteuerung und EU-Recht im Spannungsverhältnis, Festschrift für Debatin", 1997, 345 e ss.

⁴⁶ Cfr. KELLERSMANN – TREISCH, *Europäische Unternehmensbesteuerung*, 2002, 202; si nota che il concetto di "cittadinanza dell'Unione" ha trovato collocazione tra le disposizioni comunitarie con il Trattato di Maastricht nel 1992. Quest'ultimo, infatti, per la prima volta definisce "cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro" (art. 17), associandovi una serie di diritti ben definiti, come la libertà di circolare e soggiornare liberamente su tutto il territorio comunitario; il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali e del Parlamento europeo nello Stato di residenza; il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, il diritto di rivolgersi al mediatore europeo, il diritto alla tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di uno qualunque Stato comunitario qualora la persona si trovi in uno Stato terzo dove non vi è la rappresentanza diplomatica dello Stato di cui ha la cittadinanza.

I sostenitori della clausola *de qua* anche nella CDI con Paesi terzi, partendo dal tenore letterale del divieto generale di discriminazione di cui all'art. 12 del Trattato CE, il quale vieta ogni discriminazione effettuata in base alla cittadinanza, ritengono che il suddetto paragone tra stranieri non residenti, cittadini di uno Stato membro, e stranieri non residenti, cittadini di uno Stato terzo, sia quantomeno ammissibile. Secondo tale opinione quest'interpretazione dei divieti di discriminazione fornirebbe un supporto ad uno degli scopi fondamentali della Comunità nel processo di integrazione europea, la realizzazione del mercato comune⁴⁷.

Coloro che invece accettano la clausola *de qua* nel solo ambito comunitario, ossia soltanto tra stranieri, cittadini comunque di uno Stato membro, negano il principio della preferenza comunitaria.

A dire degli Autori che invece sostengono tale principio, il suo rifiuto avrebbe come conseguenza che gli Stati membri nella conclusione delle CDI con gli Stati terzi sarebbero sottoposti a meno vincoli e quindi sarebbero di gran lunga più flessibili. Ai cittadini di uno Stato terzo potrebbero essere concesse dai singoli Stati membri condizioni più favorevoli, cosicché ne deriverebbero rapporti economici più stretti tra uno Stato membro ed uno Stato terzo che tra gli Stati membri tra di loro. Ciò non sarebbe, a loro dire, auspicabile se si tiene presente la finalità di integrazione perseguita dalla Comunità con la realizzazione del mercato comune.

I restanti argomenti portati a favore o contro la sussistenza di una clausola della NPF nelle CDI concluse dagli Stati membri con Paesi terzi sono gli stessi di quelli, già esposti in precedenza, utilizzati per negare o confermare tale clausola nelle CDI tra Stati membri.

La sussistenza del principio della preferenza comunitaria, sinora applicato dalla Corte in vari settori, come quello dell'agricoltura, ma mai applicato al settore della fiscalità diretta, viene negata da una parte della dottrina⁴⁸, sulla base del rilievo che esso non può rappresentare un surrogato del processo di armonizzazione fiscale che gli Stati membri non desiderano completare a causa dell'unanimità richiesta per le decisioni in materia tributaria dal Trattato CE.

2) La giurisprudenza della CGE⁴⁹

La CGE, prima della sentenza relativa alla causa D⁵⁰, emessa nel luglio 2005, non si era ancora espressamente pronunciata sulla domanda se le disposizioni del Trattato

⁴⁷ N. DAUTZENBERG, *Unternehmensbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft*, in BIRK, *Handbuch des Europäischen Steuer- und Abgabenrechts*, 1995, 673.

⁴⁸ Così L. HINNEKENS, *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law*, in "EC Tax Review" 1994, 154.

⁴⁹ Con riferimenti invece alla giurisprudenza delle Corti nazionali si rileva ad esempio che la Corte di Cassazione italiana, nella sentenza del 2 febbraio 2000, n. 1122, non ha riconosciuto il principio della "nazione più favorita", il quale secondo la controrcorrente, determinerebbe l'automatica estensione al caso di specie di altre convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione, nelle quali è prevista espressamente la loro applicabilità all'ILOR. Il diritto internazionale consuetudinario non conoscerebbe, secondo la Corte, una simile estensione, al di fuori di una specifica clausola inserita nei trattati, clausola che non esisteva nella Convenzione oggetto della controversia. Né parrebbe condivisibile, ad avviso della suprema Corte, la tesi sostenuta da isolata dottrina, che tutte le convenzioni bilaterali in materia di doppia imposizione concluse tra Paesi membri della Comunità europea contengano implicitamente una simile clausola.

⁵⁰ Sentenza del 05.07.2005, Causa C-376/03 (*D./Inspecteur van de Belastingdienst*).

sulla libera circolazione, ed in particolare il divieto di discriminazione, comportino un obbligo per gli Stati membri di estendere i vantaggi fiscali accordati ai residenti di uno Stato membro in forza di una CDI (trattamento della “nazione più favorita”), ai residenti di altri Stati membri.

Della questione si era già parlato nell’udienza di trattazione del caso *Schumacker*⁵¹ ed anche nella causa *Hoechst Metallgesellschaft*⁵². Tuttavia non essendo tale questione, in nessuno dei due casi, rilevante per la decisione della causa, la CGE non si era pronunciata.

Anche nelle cause *Saint Gobain* e *Gottardo* la Corte non ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione della clausola della NPF, in quanto le fattispecie oggetto della controversia non ricadevano propriamente, per le ragioni che verranno illustrate qui di seguito, nel campo di applicazione di tale clausola, ma rappresentavano soltanto dei casi di contrasto delle norme convenzionali con i divieti di discriminazione.

Solo recentemente la Corte ha affrontato siffatta questione nella sentenza relativa al caso D, e da ultimo nella decisione *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation*⁵³.

Infine merita menzione, sebbene la causa sia stata cancellata dal ruolo, prima della decisione, il caso *Bujara*⁵⁴, in quanto anche qui la questione pregiudiziale da cui esso è sorto aveva ad oggetto l’applicabilità della clausola della nazione più favorita.

a) I casi *Saint Gobain* e *Gottardo*

Al fine di operare un confronto con il caso D si ritiene opportuno trattare in questa sezione dedicata alla giurisprudenza della CGE sulla clausola della NPF, i casi sopra citati, nonostante essi, come notato di recente dal Prof. Alber⁵⁵, non ricadano propriamente nell’ambito di applicazione di tale clausola, come invece lascerebbe intendere il loro richiamo da parte dell’avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni relative al caso D⁵⁶.

Sia nella causa *Saint Gobain* che nella causa *Gottardo* vengono infatti in rilievo casi di applicazione del tradizionale “principio del trattamento nazionale” (“*national treatment*”, “*gleichbehandlungsfälle im klassischen sinn*”), che garantisce la parità di trattamento tra uno straniero ed un proprio cittadino.

Nel caso *Saint Gobain*⁵⁷ una stabile organizzazione di una società madre francese, iscritta nel registro del commercio in Germania, era soggetta all’obbligo fiscale limi-

⁵¹ Sentenza CGE, Causa C-279/93, *Schumacker*, Cfr. A. RÄDLER, *EuGH: Mündliche Verhandlung im Fall Schumacker-Ehegattensplitting bei beschränkt steuerpflichtigen Grenzgängern*, in “FR”, 1994, 705 e ss.

⁵² Sentenza CGE del 08.03.2001, Causa C-410/98.

⁵³ Sentenza CGE del 12.12.2006, Causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (Pirelli, Essilor e Sony)*, non ancora pubblicata, consultabile sul sito www.curia.eu.int.

⁵⁴ Causa C-8/04, E. Bujara/Inspecteur van de Belastingdienst Limburg/kantoor Buitenland te Heerlen; la relativa domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Gerechtshof’s-Hertogenbosch, è stata pubblicata nella GU C 59 del 06.03.2004. La causa è stata cancellata dal ruolo con ordinanza del 15.12.2005 dal presidente della Quarta sezione della Corte di giustizia delle Comunità europee.

⁵⁵ SIEGBERT ALBER, *Die Auswirkungen des europäischen Rechts auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, insbesondere auf das Steuerrecht*, in “Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten”, Monaco, 2006, 1, 26.

⁵⁶ Sentenza del 05.07.2005, Causa C-376/03 (D./Inspecteur van de Belastingdienst, non ancora pubblicata, consultabile sul sito www.curia.eu.int).

⁵⁷ Sentenza del 21.09.1999, Causa C-307/97, *Saint-Gobain*, in *Racc.* 1999, I-6161.

tato (“*beschränkt Steuerpflichtig*”) in Germania, non avendo né la sede né la direzione commerciale in tale Stato.

La stabile organizzazione Saint-Gobain ZN aveva contestato, dinanzi al giudice di rinvio, il rifiuto dell’amministrazione finanziaria tedesca di accordarle le agevolazioni fiscali relative ai dividendi da partecipazione in società di capitali americane e svizzere, che invece erano riservate in Germania alle società tedesche e alle società soggette in Germania ad un obbligo fiscale illimitato.

In particolare l’ufficio finanziario si era rifiutato di esentare dall’imposta tedesca sulle società i dividendi percepiti dalla Saint-Gobain ZN provenienti dagli Stati Uniti d’America e dalla Svizzera, in ragione del fatto che le CDI stipulate tra la Germania e ciascuno di questi paesi terzi, nel prevedere tale esenzione⁵⁸, ne riservano la concessione alle società residenti, al fine di evitare che i dividendi riscossi in Germania da società che possiedono partecipazioni in tali Stati e già assoggettati ad imposta all’estero vengano nuovamente tassati in Germania.

La CGE ha ritenuto in questo caso la comparabilità della situazione della stabile organizzazione con quella delle società residenti⁵⁹, affermando che la differenza di trattamento di cui sono oggetto le stabili organizzazioni e le società residenti, anche se derivante dall’applicazione di convenzioni contro le doppie imposizioni, deve essere considerata come violazione dei principi comunitari ed in particolare dell’art. 43 del Trattato CE che tutela la libertà di stabilimento e dell’art. 48 dello stesso.

La Corte, richiamando i principi della sentenza *Gilly*, ha precisato che, in mancanza di misure di unificazione comunitaria, segnatamente ai sensi dell’art. 293, secondo trattino, trattato CE, gli Stati membri restano competenti a determinare i criteri della tassazione dei redditi e del patrimonio al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, le doppie imposizioni, rimanendo liberi di stabilire i fattori di collegamento al fine di ripartirsi la competenza tributaria. Per quanto riguarda l’esercizio del potere così ripartito, gli Stati membri non possono tuttavia esonerarsi dal rispettare le norme comunitarie⁶⁰.

Viene quindi ribadita la distinzione tra ripartizione dei poteri impositivi, per la quale gli Stati membri restano nella loro sovranità competenti e l’esercizio di tali poteri impositivi, il quale invece non può contrastare con le libertà ancorate nel Trattato CE⁶¹.

Questo comporta che i principi fondamentali sanciti dal diritto comunitario, come quello della libertà di trattamento e dell’equo trattamento, coinvolti nella fattispecie esaminata, non possano essere violati da disposizioni contenute nelle convenzioni, a meno che queste ultime non abbiano un’adeguata, oggettiva e sovraordinata giustificazione.

⁵⁸ Si tratta del privilegio di partecipazione internazionale c.d. “*internationales Schachtelprivileg*”.

⁵⁹ V. punto 47 e s. Inoltre la Corte, con riferimento all’affermazione dell’amministrazione finanziaria tedesca, secondo cui i redditi della società tedesca figlia provenienti dalla partecipazione ad una società straniera sarebbero stati comunque tassati presso la società madre straniera, ha sostenuto che ciò non sarebbe stato possibile nella controversia in questione sulla base della convenzione tedesca-francese, cosicché la tassazione sarebbe avvenuta in Germania.

⁶⁰ Cfr. punto 57 e ss. della sentenza commentata.

⁶¹ Questa distinzione viene anche sottolineata nello Studio della Commissione sui rapporti tra diritto convenzionale e comunitario del luglio 2005, punto 24.

Nella causa Gottardo⁶² una signora italiana di origine, ma cittadina francese per matrimonio, chiedeva che, per la fissazione dell'importo della sua pensione nel paese della sua nascita, si prendessero in considerazione non soltanto i periodi lavorativi prestati in Italia e Francia, ma anche quelli maturati in Svizzera, in base ad una convenzione italo-svizzera di sicurezza sociale che, per quantificare la pensione, riconosce agli italiani il periodo di lavoro svolto nella Confederazione. La CGE ha ritenuto tale richiesta fondata, sulla base del rilievo che il principio fondamentale del trattamento nazionale impone allo Stato membro che concluda un accordo bilaterale di accordare ai cittadini degli altri Stati membri gli stessi vantaggi che spettano anche ai suoi propri cittadini sulla base della convenzione, a meno che tale Stato non adduca un'oggettiva causa di giustificazione per il suo rifiuto.

Come osservato da Alber, i soggetti interessati in entrambi i casi (Saint Gobain e Gottardo) ricadevano comunque nel campo di applicazione delle rispettive convenzioni internazionali, il che, non si è verificato nel caso D.

Mentre nei casi Saint Gobain e Gottardo veniva in rilievo il principio dell'equo trattamento nel senso classico del termine, ossia tra cittadini e stranieri, comunque coinvolti nelle rispettive convenzioni, il caso D invece verteva sull'effetto della clausola della nazione più favorita, nei confronti di soggetti terzi, cittadini cioè di uno Stato membro terzo, non parte della convenzione, di cui si invocavano le disposizioni più favorevoli.

b) Il caso D

Il caso interno da cui ha preso le mosse la questione pregiudiziale sollevata davanti ai giudici di Lussemburgo è quello del Sig. D, cittadino tedesco residente in Germania, il cui patrimonio era costituito per il 10% da beni immobili situati nei Paesi Bassi. Questo Stato membro aveva assoggettato tale porzione del 10% alla tassa patrimoniale, un tributo diretto gravante sui patrimoni posseduti dalle persone fisiche residenti e non residenti. Tuttavia, mentre ai residenti la legge olandese concede una particolare detrazione che tiene conto del patrimonio complessivo disponibile e della situazione familiare del soggetto passivo, i non residenti possono fruire di tale beneficio a condizione che detengano in Olanda almeno il 90% delle loro risorse patrimoniali. Tuttavia in virtù di una CDI conclusa tra Paesi Bassi e Belgio, anche ai residenti in Belgio veniva accordata tale detrazione, indipendentemente dalla parte del loro patrimonio situata in Belgio.

Al sig. D, cittadino tedesco residente in Germania, era stata pertanto negata tale detrazione, in quanto gli immobili di cui era titolare costituivano soltanto il 10% delle sue proprietà.

Di qui il ricorso del contribuente contro il diniego dell'amministrazione fiscale olandese, fondato⁶³ sul presunto contrasto della disciplina di quel Paese con il

⁶² Sentenza del 15.01.2002, Causa C-55/00, Elide Gottardo c. INPS, in *Racc.* 2002, I-413.

⁶³ La prima questione pregiudiziale in particolare era la seguente: "se gli articoli 56 e 58 del Trattato ostino a una disciplina nazionale come quella olandese, in base alla quale un soggetto di imposta residente nel paese ha sempre diritto alla detrazione di una somma esente da imposta ai fini dell'imposta sul patrimonio, mentre un soggetto d'imposta residente all'estero non ha diritto a tale detrazione, in una situazione in cui il patrimonio si trovi principalmente nello stato di residenza del soggetto passivo, (laddove nello Stato di residenza non viene riscossa alcuna imposta sul patrimonio)".

principio comunitario della libera movimentazione dei capitali in ambito U.E., e in via subordinata, nel caso di soluzione negativa, sulla incongruità della stessa disciplina, sulla base della clausola della nazione più favorita, rispetto alla convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Paesi Bassi e Belgio, la quale riconosce reciprocamente ai residenti degli Stati parte la fruibilità di deduzioni o di detrazioni fiscali.

La CGE, con riferimento alla prima questione, ha affermato che il sig. D., poiché i suoi beni immobili situati in Olanda non raggiungono la soglia del 90% del suo patrimonio complessivo, non si trova in una situazione comparabile con quella di un cittadino residente in Olanda. Pertanto gli articoli 56 e 58 del trattato CE non ostano, secondo la Corte, “a una regolamentazione secondo la quale uno Stato membro rifiuta ai contribuenti non residenti, che possiedono la maggior parte della loro ricchezza nello Stato in cui risiedono, il beneficio degli abbattimenti da esso accordati ai contribuenti residenti”.

In tale confronto tra un non residente e un residente, venuto in rilievo nella prima questione, la CGE ha fatto riferimento alla consolidata giurisprudenza sulla libertà dei lavoratori ed in particolare ai principi enunciati nel caso Schumacker. È stato, infatti, richiamato il principio secondo cui la situazione dei residenti, rispetto a quella dei non residenti, non è di regola analoga, dal momento che lo Stato di residenza dispone in genere di tutte le informazioni necessarie per valutare la capacità contributiva complessiva del contribuente. Solo quindi se un non residente ricevesse una parte non significativa del proprio reddito (meno del 10%) nel proprio Stato di residenza e percepisse la maggior parte dei suoi redditi nello Stato in cui è considerato non residente, si potrebbe parlare di una situazione analoga a quella di un residente. Di conseguenza il trattamento fiscale dovrebbe essere lo stesso. Secondo la Corte, quindi, questi precedenti giurisprudenziali troverebbero applicazione anche nel caso dell'imposta sul patrimonio poiché, al pari dell'imposta sul reddito, il tributo costituisce un'imposta diretta stabilita in funzione della capacità contributiva del contribuente.

Con riferimento alla seconda questione, relativa all'applicazione della clausola della nazione più favorita, la CGE ha negato che il Sig. D. si trovi in una situazione comparabile con quella di un belga, e, sulla base di alcune considerazioni svolte nei punti da 52 a 63 della sentenza, che verranno qui di seguito analizzate, ha concluso affermando che “gli articoli 56 e 58 non ostano a che una disposizione di una convenzione bilaterale contro la doppia imposizione, quale la norma di cui si tratta nella causa principale, non sia estesa, in una situazione e in circostanze come quelle della causa principale, al cittadino di uno Stato membro non parte di detta convenzione”.

La Corte ha innanzitutto precisato, contrariamente a quanto affermato dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni, che nel caso di specie non erano applicabili i principi della sentenza Saint-Gobain, secondo cui, nel caso di una CDI stipulata tra uno Stato membro e un paese terzo, il principio del trattamento nazionale impone allo Stato membro parte contraente della suddetta convenzione di concedere ai centri di attività stabili di società non residenti le agevolazioni previste dalla convenzione alle stesse condizioni delle società residenti.

La Corte⁶⁴ ha ricordato che nel caso Saint-Gobain la situazione di un contribuente non residente, che disponeva di una stabile organizzazione in uno Stato membro, è stata considerata comparabile a quella di un contribuente residente di questo Stato.

Tuttavia la CGE fa poi presente⁶⁵ che la seconda questione del caso D si basa sulla premessa che la situazione di un non residente, come quella del Sig. D non è comparabile con quella di una persona residente nei Paesi Bassi. La seconda questione si incentra allora sulla domanda se la situazione del Sig. D, cittadino non residente, è comparabile con quella di un altro non residente, che sulla base di una CDI goda di particolari benefici. Viene qui pertanto in rilievo non il confronto tra un residente e un non residente, come nel caso Saint-Gobain, bensì il confronto tra due non residenti.

La Corte quindi, nell'esame della seconda questione, passa al confronto tra due non residenti, giungendo alla conclusione che la situazione dei non residenti disciplinata da una CDI e la situazione dei non residenti non regolata da una CDI non sono comparabili. Pertanto non si può parlare di discriminazione tra questi due gruppi di contribuenti. La Corte è giunta a tale conclusione sulla base di tre osservazioni principali. In primo luogo, la CDI stipulata tra Belgio e Paesi Bassi stabiliva una ripartizione delle competenze tributarie tra questi due Stati membri. In secondo luogo, il fatto che i "diritti e obblighi reciproci" previsti dalle CDI si applichino soltanto a persone fisiche residenti in uno dei due Stati contraenti era una "conseguenza inevitabile delle convenzioni bilaterali volte a prevenire la doppia imposizione", inclusa la disposizione del trattato in esame. In terzo luogo, una norma che disponeva un trattamento di reciprocità – come era, nel caso di specie, la disposizione che accordava ai residenti in Belgio l'abbattimento sul calcolo dell'imposta patrimoniale previsto dalla normativa olandese -, non poteva essere considerata come un'agevolazione separabile dal resto della convenzione, poiché ne costituiva "parte integrante" e contribuiva "al suo equilibrio generale".

La sentenza sopra commentata ha suscitato accese discussioni in dottrina⁶⁶; secondo alcuni Autori la CGE, nel negare il principio della parità di trattamento tra due non residenti, non avrebbe fornito una vera e propria motivazione. La motivazione della sentenza in commento si tradurrebbe infatti nell'accettare la disparità di trattamento tra un residente in Belgio ed un residente nei Paesi Bassi, proprio perché tale disparità deriva da una CDI. La CGE non avrebbe spiegato perché due residenti in Stati membri diversi, dal punto di vista dello Stato della fonte, con il quale i loro Stati di residenza abbiano concluso le relative CDI, non si trovano in una situazione comparabile. Nessun fondamento dogmatico di tale affermazione è rinvenibile, a dire di tali Autori, nella succinta motivazione fornita dalla CGE. Anzi nell'accettare la disparità di trattamento, proprio perché essa deriva da una CDI, la CGE avrebbe aperto per così dire una porta "pericolosa" agli Stati membri, offrendo loro la possibilità di inserire, nelle CDI, disposizioni nazionali sospettate di essere contrastanti con i divieti di discriminazione, garantendo a tali disposizioni nella nuova forma giuridica di nor-

⁶⁴ Punto 57 della sentenza D.

⁶⁵ Punto 58 della sentenza D.

⁶⁶ Tra gli altri v. J. SCHUCH, *Marktintegration durch Meistbegünstigung im EG-Recht*, in "Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten", 2006, 151 e ss.

me convenzionali una sorta di “immunità”⁶⁷. In tal modo si darebbe in mano agli Stati membri “*carte blanche*” per raggirare lo stesso concetto del mercato interno, mediante la conclusione di contratti bilaterali.

Infine alcuni Autori⁶⁸ considerano anche il fatto che nelle CDI potrebbero rinvenirsi disposizioni per così dire “impure”, in quanto non propriamente volte ad impedire la doppia imposizione, ma soltanto ad attirare gli investimenti negli Stati, per le quali si pone un problema di inquadramento nella disciplina degli aiuti di stato.

Ad esempio, nel caso D, la disposizione della convenzione in questione, che accordava un trattamento favorevole al residente in Belgio, non avrebbe niente a che vedere con la ripartizione dei poteri impositivi, che nella fattispecie spettavano esclusivamente ai Paesi Bassi, ma darebbe soltanto un particolare vantaggio all’investitore belga. La limitazione di tale particolare vantaggio ai soli residenti in Belgio sarebbe, secondo tale opinione⁶⁹, contrastante con i principi del diritto comunitario, a meno che non si accetti la disposizione in parola come una misura rientrante nella regola *de minimis*.

c) Il caso *Bujara*

La questione pregiudiziale sottoposta alla CGE riguarda anche qui un residente in Germania e il suo diritto a vedersi accordare dai Paesi Bassi, sulla base del diritto comunitario, in sede di liquidazione del proprio reddito da risparmio e investimenti, la franchigia e la deduzione per l’imposta sui redditi, anche quando non abbia diritto alle agevolazioni di cui alla convenzione sulle imposte tra Paesi Bassi e Germania, poiché non soddisfa il requisito posto in tale convenzione di percepire almeno il 90% del proprio reddito nei Paesi Bassi. Il beneficio sarebbe invece riconosciuto a un residente del Belgio, anche laddove non percepisca almeno il 90% del proprio reddito nei Paesi Bassi, proprio in forza del trattato contro le doppie imposizioni concluso tra Belgio e Paesi Bassi, di cui il ricorrente chiedeva, appunto, l’applicazione in forza della *most-favoured nation clause*. Il caso, come si è già accennato, non è stato deciso, in quanto la causa è stata cancellata dal ruolo; tuttavia anche questo caso, al pari del caso D, aveva riacceso in dottrina le “speranze per una svolta”⁷⁰ nella conquista della clausola della nazione più favorita.

d) Il caso *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation*

Da ultimo la CGE ha deluso tali speranze nella recente sentenza del 12 dicembre 2006 sul caso *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, nella quale essa ha

⁶⁷ J. SCHUCH, *Marktintegration durch Meistbegünstigung im EG-Recht*, in “Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten”, 2006, 151, 157; A. IADEVAIA, *Ue divisa sul doppia prelievo*, in “Il Sole 24 Ore” del 23.07.2005, 26; A. SANTI, *Fuori dal regime “convenzionale” i residenti in Stato UE non contraente – Doppie Imposizioni*, in *Guida Normativa* de “Il Sole 24 Ore” del 04.08.2005, 29.

⁶⁸ Di quest’avviso è A. RÄDLER, *Meistbegünstigung im Binnenmarkt*; in “Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten”, 2006, 213, 215; C. HERMANN, *Diskussion*, in “Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten”, 2006, 227.

⁶⁹ Così A. RÄDLER, *Meistbegünstigung im Binnenmarkt*; in “Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten”, 2006, 213, 216.

⁷⁰ Così tra gli altri A. IADEVAIA, *Un altro caso riaccende le speranze per la svolta*, in “Il Sole 24 Ore” del 23.07.2005, 26.

ribadito quanto già sostenuto nella citata sentenza D⁷¹, ossia che la sfera di applicazione di una convenzione tributaria bilaterale è limitata alle persone fisiche o giuridiche in essa menzionate.

La causa *Test Claimants* era volta ad accertare eventuali disparità di trattamento derivanti dalla disciplina britannica della *Advance Corporation Tax*, prelevata (sino al 1999) in capo alle società residenti nel Regno Unito in occasione di distribuzioni di dividendi. Le ricorrenti avevano denunciato la disparità di trattamento inflitta a società non residenti nel Regno Unito, per il fatto che le CDI concluse da detto Stato membro con taluni altri Stati membri prevedono un credito d'imposta per le società residenti di detti Stati membri, mentre le CDI concluse dal Regno Unito con altri Stati membri non ne prevedono.

In particolare con la prima questione, sub b), il giudice nazionale aveva chiesto se fosse contrario agli artt. 43 TCE o 56 TCE il fatto che uno Stato membro come il Regno Unito desse attuazione ad una disposizione contenuta in una CDI che conferisce ad una capogruppo avente sede in un determinato Stato membro (ad esempio, i Paesi Bassi) il diritto ad un credito d'imposta parziale sui relativi dividendi, ma non conceda lo stesso diritto ad una capogruppo avente sede in un altro Stato membro (per esempio, la Germania), qualora la concessione di un credito d'imposta parziale non sia prevista dalla CDI stipulata tra il Regno Unito e la Germania.

La Corte ha ritenuto che le società non residenti interessate non si trovino in una situazione analoga; secondo la Corte, la società residente in uno Stato membro che ha concluso con il Regno Unito una CDI che non prevede un credito d'imposta non si trova nella stessa situazione di una società residente in uno Stato membro che ha concluso una CDI che lo prevede.

La Corte, dopo aver ribadito che gli Stati membri restano competenti a determinare i criteri di imposizione dei redditi al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, le doppie imposizioni, e sono liberi in tale contesto di stabilire gli elementi di collegamento per la ripartizione della competenza fiscale, ha osservato che, per evitare che gli utili distribuiti siano assoggettati ad imposta contemporaneamente dallo Stato membro di residenza della società distributrice e da quello della società beneficiaria, ciascuna delle CDI concluse dal Regno Unito prevede una ripartizione della competenza fiscale tra detto Stato membro e l'altro Stato contraente. Mentre alcune di tali CDI non prevedono di assoggettare ad imposta nel Regno Unito i dividendi che una società beneficiaria non residente percepisce da una società residente in detto Stato membro, altre invece prevedono tale assoggettamento. In quest'ultimo caso le CDI prevedono la concessione di un credito d'imposta alla società beneficiaria non residente.

La Corte ha ribadito cioè che le situazioni in cui il Regno Unito concede un credito d'imposta a società residenti nell'altro Stato contraente che percepiscono dividendi da una società residente nel Regno Unito sono quelle in cui quest'ultimo si è altresì riservato il diritto di assoggettare ad imposta queste società a titolo di tali dividendi.

⁷¹ Cfr. punto 84 della sentenza *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation* nonché punto 54 della sentenza D.

Pertanto la CGE⁷², come già rilevato nella sentenza D, sottolinea che la concessione di tale credito d'imposta non può essere considerata come un'agevolazione che possa essere separata dal resto della convenzione, ma ne costituisce parte integrante e contribuisce al suo equilibrio generale.

Come ribadisce la Corte, il fatto che i diritti ed obblighi reciproci si applichino soltanto a soggetti residenti in uno dei due Stati membri contraenti è una conseguenza inerente alle convenzioni bilaterali volte a prevenire la doppia imposizione. Ne consegue, ad avviso della CGE, che, “per quanto riguarda l'imposizione dei dividendi versati da una società residente nel Regno Unito, una società residente in uno Stato membro che ha concluso con il Regno Unito una CDI che non prevede un credito d'imposta, non si trova nella stessa situazione di una società residente in uno Stato membro che ha concluso una CDI che lo prevede”⁷³.

In ciò la sentenza *de qua* aderisce del tutto alle conclusioni presentate nel febbraio 2006 dall'avvocato generale Geelhoed, il quale, dopo aver richiamato i principi della sentenza relativa alla causa D, aveva ritenuto che tale orientamento si applicasse con altrettanta efficacia alla situazione descritta nella questione in esame. Nel ribadire, in particolare, che ciascuna CDI dispone una specifica ripartizione delle competenze tributarie e la priorità di tassazione tra gli Stati membri, l'avvocato generale aveva infatti sottolineato che “tale ripartizione rappresenta l'equilibrio generale di un accordo negoziato nel suo insieme e su un piano di reciprocità, tenendo conto delle caratteristiche peculiari dei due sistemi nazionali fiscali ed economici interessati, nell'esercizio delle competenze sovrane degli Stati membri, ed in conformità di quanto previsto espressamente all'art. 293 CE. I diversi equilibri raggiunti in esito a tali negoziati bilaterali riflettono le differenze tra i sistemi fiscali nazionali e le diverse situazioni economiche delle parti – incluse le differenze esistenti all'interno dell'U.E.”. Di conseguenza, aveva concluso l'Avvocato generale, “non possiamo considerare che i non residenti, i quali siano assoggettati a disposizioni diverse sulle ripartizioni delle competenze tributarie e sulla priorità di tassazione, approvate dalle parti in diverse CDI, si trovino in situazioni comparabili”. In sintesi “le disparità di trattamento che risultano unicamente dalla ripartizione delle competenze tributarie tra gli Stati membri o dalle scelte di questi ultimi in merito alle regole di priorità, non ricadono nell'ambito di applicazione dei divieti di cui agli art. 43 CE e 56 CE. La portata degli obblighi dello Stato fonte nei confronti dei non residenti che siano assoggettati alla sua potestà fiscale, consiste piuttosto nel trattare tali soggetti passivi in maniera analoga ai residenti”⁷⁴.

3) La posizione della Commissione europea

La Commissione, con riferimento alla clausola della NPF ed ai problemi del rapporto tra le convenzioni sulla duplice imposizione ed il diritto comunitario, ha assunto una posizione più flessibile rispetto alla CGE.

⁷² Punto 88 della sentenza commentata.

⁷³ Cfr. punto 91 sentenza commentata nonché punto 61 sentenza D.

⁷⁴ V. punto 95 delle conclusioni dell'Avvocato generale relative alla causa in commento (ACT Group Litigation).

a) Nella Comunicazione n. 726 del 24 novembre 2003⁷⁵, relativa ai risultati raggiunti in relazione all'assetto della strategia già comunicata nel 2001⁷⁶ per eliminare gli ostacoli specifici alle attività transfrontaliere delle società legate da rapporti di controllo o collegamento, la Commissione ha, infatti, proposto come possibile soluzione a tali problemi la conclusione di una convenzione multilaterale tra tutti gli Stati membri oppure la messa a punto di un modello europeo di convenzione per le questioni fiscali.

In questo quadro la Commissione ritiene necessario, oltre che dedicare particolare attenzione all'applicazione del cd. principio del trattamento nazionale, ossia della parità di trattamento tra uno straniero ed un proprio cittadino ("*National treatment*", "*Inländergleichbehandlung*") sancito dal trattato, con il quale sembrerebbe esser in conflitto la distinzione operata in molte convenzioni tra residenti e non residenti, anche esaminare nel dettaglio l'opportunità di introdurre in futuro una specie di clausola della "nazione più favorita" tra gli Stati membri dell'U.E..

b) In occasione di un recente studio sul rapporto tra il diritto comunitario e le convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione⁷⁷ la Commissione ha infine ribadito che, sebbene i trattati bilaterali, che sostanzialmente si basano sul principio della reciprocità, per lo più non contengono alcuna clausola della nazione più favorita, sussistano tuttavia delle eccezioni⁷⁸ che dimostrano come l'inserimento di tale clausola nei trattati fiscali non possa essere escluso in linea di principio. Con riferimento alla suddetta ipotesi di inserimento, viene ricordato dapprima che nella comunicazione del 2001⁷⁹ si sia soltanto preso atto che, secondo l'opinione di alcuni commentatori, un soggetto passivo europeo dovrebbe avere la possibilità di avvalersi dei vantaggi del Trattato contro le Doppie imposizioni a

⁷⁵ V. COMMISSIONE EUROPEA, *Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società – risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere*, COM (03) 726 def, punto 3.5; Cfr. commento di SARA PALMOSI, *Imposizione transfrontaliera dei redditi e linee recenti di politica fiscale della Commissione europea*, in "Rassegna Tributaria", n. 1/2004, 167 e ss.

⁷⁶ V. COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali. Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di livello UE delle società*, COM(01)582 def. Si nota che tra le proposte relative alla tassazione societaria europea, formulate in tale comunicazione nell'ottica di un "approccio globale", vi è anche l'applicazione del principio di "tassazione del reddito secondo le norme del Paese di residenza" (Home State Taxation), ossia dello Stato di residenza della società capogruppo. La concezione della "tassazione secondo le norme del paese di residenza" applica alla tassazione delle società il principio del riconoscimento reciproco sul quale si basa il mercato interno. Essa prevede, in sostanza, che gli utili di un gruppo di società operante in più di uno Stato membro siano calcolati secondo le regole di un unico regime di imposizione delle società, il regime dello Stato in cui ha sede la società madre o si trova la sede centrale del gruppo. Ciascuno Stato membro interessato continua a tassare la quota degli utili realizzati dal gruppo sul suo territorio applicando la propria aliquota d'imposta sulle società.

Dal punto di vista teorico, l'adozione di tale criterio implicherebbe l'abbandono dei criteri di collegamento utilizzati dagli Stati membri ed il passaggio dalla tassazione nel paese di residenza a quella esclusiva nel luogo in cui il reddito stesso trova la sua fonte, con evidenti ripercussioni sui trattati bilaterali. Sulla base di tale proposta, che è stata nuovamente presa in considerazione nella Comunicazione della Commissione del 2003, al fine di semplificare le procedure e ridurre i costi di conformità alla normativa fiscale che gravano sulle imprese, è stato avviato dalla Commissione uno studio per valutare l'attuazione di un progetto pilota di applicazione della *home state taxation* con riguardo alle piccole e medie imprese comunitarie, i cui risultati sono consultabili al sito: http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/consultations/home_state_sme.htm.

⁷⁷ V. COMMISSIONE EUROPEA, *EC Law and Tax Treaties: Working document of experts -5 luglio 2005*, punto 51, in <http://europa.eu.int>.

⁷⁸ Cfr. per es. il Protocollo IX, III Comma della Convenzione contro la doppia imposizione Olanda/Lettonia del 14.03.2004 relativo al trattamento delle Royalties, concesso da uno Stato contraente a tutti i membri OCSE, oppure alla clausola generale inserita nel Protocollo alle Convenzioni stipulate dalla Spagna con alcuni paesi dell'America Latina.

⁷⁹ V. COM(01)582, cit. nota 77.

lui più favorevole – quello dello Stato membro in cui è residente oppure dello Stato in cui ha percepito il suo reddito⁸⁰. Si rileva, poi, che l’inserimento in tutte le convenzioni internazionali contro la doppia imposizione di una clausola della nazione più favorita a vantaggio del cittadino dell’U.E. trasformerebbe *de facto* tali convenzioni in un contratto multilaterale, senza che siano necessarie prelieve lunghe trattative.

La Commissione fa tuttavia presente che il principio di discriminazione, così come sancito nel Trattato CE, non prevede automaticamente l’applicazione della clausola della NPF⁸¹.

Una particolare attenzione merita in questo contesto l’appendice A del documento in esame, in cui vengono passati in rassegna gli articoli del modello di Convenzione fiscale OCSE, visti da una prospettiva comunitaria. Nell’ambito dell’esame dell’art. 3 (definizioni generali) di tale modello, la Commissione osserva dapprima come nell’art. 24⁸² si utilizzi la definizione di “nazionali” contenuta nell’art. 3. La Commissione poi, prescindendo dall’orientamento della CGE sull’eventuale applicazione della clausola della NPF nelle cause pendenti al momento di pubblicazione dello studio, ossia nel luglio 2005 (caso D e Bujara), ritiene opportuno che nelle CDI venga espressamente disposto che gli Stati membri non possano discriminare i nazionali di altri Stati membri che si trovino nella stessa situazione dei propri nazionali. Al fine di stabilire in modo ancora più chiaro che le CDI devono conformarsi al divieto di ogni discriminazione sulla base della nazionalità ancorato nell’art. 12 del Trattato CE, dovrebbe essere precisato nell’art. 3 nel miglior modo possibile, che il concetto di “nazionale” definisce ogni persona fisica (o giuridica) che abbia la nazionalità di uno Stato membro dell’Unione europea o che venga costituita in conformità della legislazione in vigore in uno Stato membro dell’Unione europea. Ai sensi del secondo paragrafo dell’art. 3, le espressioni ivi definite hanno il significato che ad esse è attribuito in quel momento dalla legislazione degli Stati contraenti relativamente alle imposte cui la Convenzione si applica. Ad avviso della Commissione, si potrebbe integrare tale paragrafo, rendendolo una fonte primaria di interpretazione, mediante un rinvio al diritto tributario della Comunità.

V. Conclusioni

Da quanto sopra esposto è emerso che la sussistenza di un obbligo generale di accordare il trattamento più favorevole nell’ambito delle convenzioni contro la doppia imposizione concluse dagli Stati membri dell’Unione europea, nonostante la sua mancata espressa previsione nel Trattato CE, dipenda sostanzialmente da come s’in-

⁸⁰ Al riguardo la Commissione fa presente che la riflessione sull’inserimento nelle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione di una clausola della nazione più favorita al fine di risolvere il problema della loro compatibilità con il diritto comunitario non è nuova; già nel Rapporto Ruding era stato constatato quanto segue: “Nell’ambito di un mercato unico europeo non si può assolutamente pensare che un imprenditore possa essere avvantaggiato fiscalmente nei confronti di un imprenditore residente in un altro Stato membro mediante convenzioni bilaterali tra gli Stati membri” (Rapporto Ruding, Appendice 6, III.1).

⁸¹ V. Punto 53 del documento citato in nota 78.

⁸² In particolare il paragrafo 1 dell’art. 24 stabilisce il principio che ai fini dell’imposizione è vietata la discriminazione a motivo della nazionalità e che, a condizione di reciprocità, i nazionali di uno Stato contraente non possono essere trattati in modo meno favorevole nell’altro Stato contraente rispetto ai nazionali di quest’ultimo Stato che si trovano nella medesima situazione.

tendono i divieti di discriminazione, ossia se da questi si lascia scaturire soltanto il cd. principio del trattamento nazionale, ossia della parità di trattamento tra uno straniero ed il proprio cittadino (“*National treatment*”, “*Inländergleichbehandlung*”), o si fa derivare anche la parità di trattamento tra stranieri (“*Ausländergleichbehandlung*”).

Chi scrive aderisce alla tesi che nega l’applicabilità di una clausola della nazione più favorita nelle convenzioni concluse dagli Stati membri sulla base del rilievo che la sua derivazione dai divieti di discriminazione è erronea, in quanto questi ultimi implicano soltanto la parità di trattamento degli stranieri con i propri cittadini (“*Inländergleichbehandlung*”).

Nella questione della clausola della NPF invece non rileva la parità di trattamento tra un proprio cittadino ed uno straniero, ma piuttosto la parità tra due stranieri residenti in Stati differenti mediante un terzo Stato membro, che, secondo l’opinione di chi scrive, non è tutelata dai divieti di discriminazione del Trattato CE.

Come giustamente già notato in dottrina⁸³, la disparità di trattamento tra due stranieri deriva innanzitutto dall’interazione tra i sistemi fiscali di due Stati, e, per questo motivo, come anche sottolineato dall’avvocato generale Geelhoed nelle conclusioni relative alla Causa *Test Claimants in Class IV of the ACT*⁸⁴, essa non ricade nel campo di applicazione delle libertà del Trattato.

A prescindere da ciò anche il tenore letterale dei divieti di discriminazione depongono, come già osservato, per una loro applicazione in ambito verticale, ossia tra cittadini e stranieri e non orizzontalmente tra stranieri appartenenti a due Stati diversi.

Dall’esposizione che precede è emerso inoltre che mentre la Commissione non ha escluso *a priori* la possibile applicazione della clausola in parola, la CGE ne ha sinora negato l’esistenza, ritenendo, nella causa relativa al caso *D* e nella recente sentenza *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation* che la situazione dei non residenti disciplinata da una CDI e la situazione dei non residenti non regolata da una CDI non sono comparabili. Mentre nei casi *Saint Gobain* e *Gottardo* la CGE ha applicato il principio dell’equo trattamento nel senso classico del termine (ossia il trattamento nazionale, “*national treatment*”, “*gleichbehandlungsfälle im klassischen sinn*”), ossia tra residenti e non residenti, ed i soggetti interessati ricadevano comunque nel campo di applicazione delle rispettive convenzioni internazionali, nei casi *D* e *Test Claimants in Class IV of the ACT*, sulla base della non comparabilità delle situazioni in cui si trovano due stranieri non residenti, invece, è stato negato l’effetto della clausola della nazione più favorita, nei confronti di soggetti terzi, cittadini di uno Stato membro terzo, non parte della convenzione, di cui gli stessi invocavano la disposizione più favorevole.

Inoltre è superfluo osservare che nel caso *Saint-Gobain* la Corte, in sede di applicazione del tradizionale “principio del trattamento nazionale” tra un residente ed un non

⁸³ M. LEHNER, *Diskussion*, in “Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten”, 2006, 240 e ss.

⁸⁴ Cfr. le conclusioni dell’avvocato generale Geelhoed nella causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (Pirelli, Essilor e Sony)*, punto 53. V. inoltre il punto 55 delle medesime conclusioni, nel quale riassumendo afferma: “(...) un trattamento fiscale sfavorevole ricadrà nella sfera delle libertà fondamentali qualora derivi direttamente da una discriminazione operata dalle norme di un unico ordinamento fiscale, e non quando sia una mera conseguenza della diversità o della ripartizione della competenza tributaria tra (due o più) sistemi fiscali degli Stati membri”; tali osservazioni sono anche richiamate dallo stesso avvocato generale Geelhoed nelle conclusioni del 29 giugno relative ad un’altra causa, la C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, vertente sulla compatibilità con il trattato U.E. delle norme inglesi sulla *thin capitalization*.

residente, ha ribadito la distinzione tra ripartizione dei poteri impositivi, per la quale gli Stati membri restano nella loro sovranità competenti e l'esercizio di tali poteri impositivi, il quale invece non può contrastare con tale principio ed in generale con le libertà ancorate nel Trattato CE.

Si è infine già notato come, nella recente sentenza sul caso *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, la Corte non si sia discostata dall'orientamento assunto nella causa D, ma ne abbia anzi più volte richiamato i principi ivi sostenuti.

Rimane ancora aperta la questione se la Corte possa in futuro riconoscere, l'applicabilità, se pur in modo non generalizzato, ma opportunamente "dosato"⁸⁵, della clausola della nazione più favorita. Tuttavia, se ciò dovesse verificarsi, le conseguenze sul complesso sistema dei trattati bilaterali per evitare la doppia imposizione conclusi dagli Stati membri sarebbero notevoli, scuotendo il sistema giuridico degli Stati membri. Sarebbe dunque al riguardo auspicabile che gli Stati membri non si trovassero ancora una volta impreparati, e pronti a lagnarsi della durezza dei colpi di scure della giurisprudenza della Corte in termini di "integrazione negativa",⁸⁶ ma che lavorassero con alacrità, in coordinamento con la Commissione, cui spetta il ruolo di catalizzatore del processo di rinnovamento dei sistemi tributari europei, per iniziare, tra l'altro, ad elaborare un Modello europeo di convenzioni bilaterali in materia fiscale basato sul Modello OCSE e adattato ai principi del diritto comunitario. Gli Stati membri, in sede di negoziati per la conclusione di una CDI con gli altri Stati membri nonché con paesi terzi potrebbero prendere tale Modello europeo come quadro di riferimento, così come avviene oggi per il modello OCSE, uniformando in tal modo la situazione dei singoli contribuenti appartenenti ad ogni Stato membro attraverso l'applicazione di soluzioni comuni che superino il test di compatibilità con il diritto comunitario⁸⁷. Ad avviso di chi scrive sarebbe questa la soluzione migliore, tra quelle di recente proposte⁸⁸, per ovviare al problema dei rapporti tra il diritto comunitario ed il diritto convenzionale⁸⁹, nel quale sono da ricercare le radici del problema dell'applicazione della clausola della nazione più favorita nelle convenzioni fiscali bilaterali stipulate dagli Stati membri dell'U.E..

⁸⁵ Cfr. La posizione intermedia, sopra delineata nel punto IV.1.b, favorevole all'applicazione della CFN soltanto a determinate disposizioni convenzionali, ossia a quelle che derivano dall'esercizio delle potestà impositive degli Stati, restando quindi esclusi dalla clausola i criteri di ripartizione dei detti poteri tra gli Stati.

⁸⁶ Così anche S. MARCHESE, *Convenzioni contro la doppia imposizione in ambito comunitario – Analisi e riflessioni sulle conclusioni dell'avvocato generale nel "caso D." pendente presso la Corte di Giustizia Ce in merito alle convenzioni contro la doppia imposizione in ambito europeo*, in "Forum Fiscale" del 01.05.2005, n. 5, 79.

⁸⁷ Così E. KEMMEREN, *The termination of the m.f.n. clause dispute in tax treaty law*, in "EC Tax Review", 1997, 146, 151.

⁸⁸ Cfr. citato studio (V. COMMISSIONE EUROPEA, *EC Law and Tax Treaties: Working document of experts*, 5 luglio 2005, punto 51, in <http://europa.eu.int>), punti 38 e ss. Anche la Commissione ritiene comunque che tale modello di convenzione sia, rispetto ad altre soluzioni, più facilmente realizzabile.

⁸⁹ Così anche M. LEHNER, *Diskussion*, in "Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten", 2006, 243; secondo P. PISTONE, *Ein EU-Modell als Lösung für die Koordinierung der Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten*, in "Meistbegünstigung im Steuerrecht der EU-Staaten", 2006, 193, 197, il modello in parola, il cui contenuto dovrebbe essere derivato dalla giurisprudenza della CGE, assumere la natura di diritto comunitario ed essere sottoposto alla CGE per la sua interpretazione e applicazione, rappresenterebbe la soluzione del problema del coordinamento delle CDI tra gli Stati membri. L'Autore, tuttavia, con riferimento alle CDI concluse dagli Stati membri con Stati terzi, ritiene che possano essere adottate altre soluzioni.

The “Most Favoured Nation Clause” and Bilateral Double Taxation Treaties Between Member States of the European Union (Postil)*

by Pietro Selicato

Laura MARRA’s work derives from her final dissertation for the Master in International Tax Planning launched by the Faculty of Political Sciences at the University of Rome “La Sapienza”, in cooperation with the *Scuola Superiore dell’Economia e delle Finanze*, in the academic year 2005 – 2006.

The issue is topical and is still very controversial, and it is addressed through an accurate historical-critical analysis of the evolution in jurisprudence (specially in Italy and in Germany), in the case-law of the European Court of Justice and in the official documents of the European Commission.

From the analysis it can be inferred that the European Court of Justice, in some recent cases, has ruled out that a resident in a Member State can invoke the application of the “most favoured nation clause” to benefit from the more favourable treatment provided for by double taxation conventions concluded between another Member State and a third Member State. The Court of Justice argues that the position of a resident in another Member State is “not comparable” to that of a resident in a third Member State who receives a special treatment under a double taxation convention.

The Court of Justice arrived at this conclusion observing that: first, OECD Model-based conventions represent an allocation of taxation powers based on reciprocal conditions that cannot be “exported” to the relationships with other States, even if they are members of the European Union; secondly, treaty tax reductions and exemptions cannot be regarded as separable from the remainder of the convention, of which they are an integral part by virtue of the above principle of reciprocity.

Moreover, in various cases, the Court of Justice refer to the treaty provisions concerning the allocation of taxation powers between Contracting States (such as, provisions on the withholding tax rates), leaving open the possibility of a different approach to how the States exercise these powers, such as tax exemptions or reductions granted by the source State.

Besides, the Court’s solution seems to be in full accordance with Article 307 of the Treaty of Rome, which subordinates relevant provisions of the Treaty to bilateral tax treaties concluded by Member States before its entering into force (or before the date of accession of a single State) and, conversely, attributes an absolute supremacy to the same provision over bilateral treaties where they jeopardize the attainment of the objectives of the Treaty.

Actually, for the time being, the Court’s substantially negative orientation does not meet the European Commission’s expectations, which submitted two alternative proposals, in order to eliminate tax obstacles to cross-border activities: a multilateral

convention among all Member States or a European Model for bilateral tax treaties to be used between Member States.

The author shares the Court's opinion and hopes that Member States take action as soon as possible to approve a European Model for bilateral tax treaties that is based on the OECD Model and adjusted to Community law principles, so that they are not unprepared if the Court of Justice recognizes an even restricted applicability of the most-favoured-nation clause.

As a matter of fact, this hope seems to be very far from being realized in concrete. Nevertheless, Laura Marra's observations have the merit to clarify a major legal aspect of a significant political problem: to verify if Member States are actually willing to further restrict their already restricted tax sovereignty, with a view of moving towards a true federation of States.

La clausola della nazione più favorita e le convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione tra i paesi membri dell'Unione europea (postilla)

Pietro Selicato

Il lavoro di Laura MARRA costituisce parte della tesina finale del Master in Pianificazione Fiscale Internazionale attivato dalla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma La Sapienza in collaborazione con la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze, che l'autrice ha frequentato nell'Anno Accademico 2005 – 2006.

Il tema trattato è di grande attualità ed ancora molto controverso e viene affrontato attraverso una accurata analisi storico-critica dell'evoluzione della dottrina (specialmente quella italiana e tedesca), della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e dei documenti ufficiali della Commissione europea.

Dall'indagine si evince che la Corte di giustizia, in alcune recenti sentenze, ha escluso che un soggetto residente in uno Stato membro possa richiedere l'applicazione della "clausola della nazione più favorita" per usufruire delle condizioni più vantaggiose previste nelle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate da un altro Stato membro con un altro Stato. L'assunto della Corte si basa sulla "non comparabilità", nei rapporti con uno Stato membro, della posizione fiscale di un residente in un altro Stato membro rispetto a quella di un residente in un terzo Stato membro con il quale sussiste una convenzione Modello OCSE che attribuisce un trattamento più favorevole.

La Corte è pervenuta a tale conclusione osservando che le convenzioni conformi al Modello OCSE stabiliscono criteri di ripartizione basati su condizioni di reciprocità non "esportabili" ai rapporti con gli altri Stati, anche se membri dell'Unione europea e rilevando che le riduzioni ed esenzioni d'imposta previste nelle convenzioni non possono essere separate dalla restante parte del trattato, del quale, proprio in considerazione del richiamato principio di reciprocità, costituiscono parte integrante.

Le diverse sentenze pronunciate dalla Corte, peraltro, si riferiscono tutte a questioni concernenti le norme convenzionali in materia di distribuzione del potere impositivo tra gli Stati contraenti (come quelle relative alle aliquote delle ritenute alla fonte), lasciando aperta la possibilità di un diverso approccio alle questioni che riguardano l'esercizio del detto potere all'interno dei singoli Stati, come, ad esempio le esenzioni o riduzioni di imposta accordate dallo Stato della fonte.

D'altra parte, la soluzione al momento adottata dalla Corte pare rispondere in pieno alla previsione dell'art. 307 del Trattato di Roma che, nel subordinare le proprie norme a quelle delle convenzioni bilaterali in materia fiscale stipulate dagli Stati membri prima della sua entrata in vigore (o prima della successiva adesione di un singolo Stato), ha, di contro, attribuito alle stesse norme una piena supremazia nei confronti delle convenzioni bilaterali quando queste ultime collidono con la realizzazione delle finalità del Trattato.

Sta di fatto che, almeno per il momento, l'orientamento sostanzialmente negativo della Corte disattende le aspettative della Commissione europea, che, per eliminare gli ostacoli fiscali alle attività economiche transfrontaliere, ha proposto, alternativamente, la conclusione di una convenzione multilaterale tra tutti gli Stati membri oppure la messa a punto di un modello europeo di convenzione bilaterale in materia fiscale da utilizzare nei rapporti tra gli stessi Stati.

L'autrice, condividendo le posizioni della Commissione, formula l'auspicio che gli Stati membri, al fine di non trovarsi impreparati di fronte ad un riconoscimento da parte della Corte di una pur limitata applicabilità della clausola della nazione più favorita, si attivino al più presto per approvare un modello europeo di convenzione bilaterale in materia fiscale basato sul Modello OCSE e d adattato ai principi del diritto comunitario.

A ben vedere, tale auspicio appare molto lontano dalla sua concreta realizzazione. Non dimeno, la riflessione di Laura Marra ha il pregio di fare luce su uno dei principali profili giuridici di un rilevante problema politico: quello di verificare l'effettiva disponibilità degli Stati membri a limitare ulteriormente la loro già ristretta sovranità fiscale allo scopo di compiere un ulteriore passo verso la realizzazione di una vera e propria federazione di Stati.

International Conference “National Fiscal Sovereignty: Integration and Decentralization” (Ravenna, 13 – 14 October 2006)*

Pietro Selicato

Organized in Ravenna by the University of Bologna under the high patronage of the President of the European Commission, the Conference was an occasion to focus on the latest developments in the allocation of taxing powers to the European Community, States and local authorities in a scenario when the European integration process is in the delicate, somewhat contradictory stages (on the one hand, the rapid enlargement, but on the other the unsuccessful approval of the Treaty establishing a Constitution for Europe).

Actually, the fiscal sovereignty of Member States is caught between two growing rival forces: from the top downwards, the delegation of competences to the European Community within the Treaty of Rome expands more and more – both in quantity and in quality – in the wake of the increasingly invasive action of the European Court of Justice; from the bottom upwards, the sub-state level steadily develops, while Member States grant the requests for decentralization submitted by large groups of society.

The Conference plunged into this situation and analyzed its critical aspects from diverse political, economic and legal perspectives, while providing the audience with a rich set of papers, where the topics presented by the speakers are expanded with references.

It emerged that the situation is rather difficult from many perspectives, as the relationship between Member States and the European Community is vague and essentially conflicting.

The relationship between Community and national law

The Conference started with a presentation by Laszlò Kovács, EU Commissioner for Taxation and Customs Union, who summarized the Commission's positions and the fundamental lines in its programme. In his presentation, Kovács pointed out that tax harmonization is coming to a standstill for political reasons. He recalled that in 2004 Member States did not approve the Commission's proposal to introduce the qualified majority voting in the Council, even though the proposal covered a defined and extremely limited number of fiscal issues (those directly connected to the completion of the Single Market).

Kovács emphasized that the rejection was due to some Member States, which are not willing to give up sovereignty over significant tax matters. The Commissioner expressed his concerns that this reluctance is reinforcing a clear inconsistency in the

decision-making mechanism of the European Community, which is a hindrance to the attainment of the objectives of the Treaty.

In fact, while decisions relating to competition are subject to the qualified majority voting, decisions relating to social security and taxation (which are conditioned by the first ones) are subject to unanimity, under which any single Member State can use its veto to reject measures aimed at removing tax obstacles to the Single Market.

Kovács then expressed his opinion that tax coordination and cooperation must be enhanced to reach a suitable degree of integration. He also observed that harmful tax competition must be discouraged by effective measures.

In order to make it happen, according to the Commissioner, it is necessary to reconsider the introduction of the qualified majority voting – at least, when adopting those tax measures that more than others jeopardize the Single Market. Kovács concluded that the departure from the unanimity rule is the only way to overcome resistances of single Member States to the realization of EU harmonization projects.

Franco GALLO (LUISS – Rome, Constitutional Court – Italy) gave the first of the two keynote speeches on the topic “*EU legislation, national legislation and fundamental tax principles*”. Professor GALLO’s observations aroused lively interest because of the difficult tax integration pointed out by Commissioner Kovács.

The eminent scholar started from the premise that the scale of values underlying the fundamentals of Community law in tax matters still follows economic criteria, according to which taxation is more an element of competitive distortion than an instrument to raise financial resources for the maintenance of the State under appropriate distributive criteria, as it is instead considered in national systems. In this framework, GALLO observed that conflicts between national constitutions and European Community law are not likely to be excluded even in the tax field.

The European Court of Justice solves this conflict to the advantage of Community law, without differentiating from the cases when domestic laws involved are not of constitutional nature. Actually, the Court of Justice – which is totally indifferent to these conflicts – has construed a general anti-abuse principle in recent cases *Halifax* and *Cadbury Schweppes*; this principle is manifestly contrary to the Italian doctrine of “*riserva di legge*” (reservation of law) and has not even an explicit legal foundation in Community law.

Conversely, the German and Italian Constitutional Courts hold that the supremacy of Community law cannot go so far as to take precedence over constitutional principles, because they are so embedded in the national legal system to resist the “supremacy doctrine” (so-called “theory of counter-limits”). Following these arguments, GALLO wonders whether the Italian constitutional tax principles can resist conflicting principles of Community law.

As regards whether the “theory of counter-limits” can be extended to taxation, GALLO’s conclusions will certainly lead to developments in jurisprudence and case-law. In fact, he hopes that the new European Constitution will codify the principles of consent and solidarity in the contribution of Member States’ citizens to the EU expenditure, in order to achieve harmony between Community law and domestic constitutional principles in tax matters. He also observes that – for the time being – the use of a “counter-limit” could lead national courts to an “indirect disapplication” of the Community legislation that is in contrast to the national constitutional

principles. In point of fact, Professor GALLO’s observations could affect at least two ongoing cases of conflict between the Community law and the fundamental principles of the Italian tax system.

A first analysis should cover the effects that the European Court of Justice’s recent judgement concerning the Italian IRAP (tax on productive activities) is likely to have in domestic law. It is known that in recent case *Banca Popolare di Cremona* the Court held that the IRAP is consistent with the value added tax scheme in consideration of the fact that the IRAP could not pass on to the final user, like the VAT, as there is no explicit provision in this sense. Also the Italian Constitutional Court pointed out that the IRAP scheme does not provide for a formal entitlement to recovery, but it considered that the lawfulness of the tax depends on the fact that the taxpayer is allowed to pass on the burden of tax: “forwards”, by way of including it in the price of goods or services supplied; or “backwards”, by way of deducting it from the cost of production factors used (capital and labour).

There is a clear clash between the two interpretations. The question is whether the Italian Constitutional Court should review its decision by virtue of the general principle of the supremacy of Community law over national law, whether the taxpayer cannot pass on the burden of the IRAP in the absence of a right of recovery, and accordingly whether the IRAP is to be considered contrary to the ability-to-pay principle of the Italian system. Or, conversely, whether the Constitutional Court should “disapply” the principle of Community law held by the European Court of Justice by virtue of the “theory of counter-limits”, by giving preference to a construction of the tax that is based only on the domestic ability-to-pay principle.

Under this aspect, it is worthwhile to give special attention also to the ongoing project for the introduction of a new European corporate taxation, which aims at the harmonization of the rules for calculating the tax base of companies that belong to the same group and are located in different Member States (*Common Consolidated Corporate Tax Base – CCCTB*). In the European Commission’s project, the tax base is calculated for the whole group according to a unitary formula (consolidation) and is then distributed among Member States concerned according to criteria in the course of developing. In their respective Member States the resulting shares would be subject to the national tax rate, with a view to keeping a certain degree of tax competition. In this regard, the question should be how the Italian Constitutional Court would react to the Community rules for allocating the tax base among Member States, whether they comply with the domestic ability-to-pay principle and whether it is necessary to use the “theory of counter-limits” in this case as well.

Charles E. MCLURE JR. (Stanford University – U.S.A.) presented the second keynote speech on the topic “*Legislative, judicial and soft law approaches harmonizing corporate income taxes in the US and the EU*”, a sophisticated analysis of comparative tax law on the delicate issue of sources in Community tax law. MCLURE analyzes various approaches to the harmonization of corporate taxation in Europe and compares them to the US experience. The US speaker dedicates a special attention to soft law, which is increasingly used in the European Community. He emphasized that there is no clear definition of the term and of its scope of application in the Treaty of Rome and observed that soft law – as meant by the EC – does not exist in the United States, where “a law is binding, otherwise it is not a law”.

On the other hand, McLURE observed that even though the Treaty of Rome and the Court of Justice's case-law do not provide any legal foundation to soft law, they indirectly recognize it. Moreover, he pointed out that cooperation approaches, so much used in Europe, have been applied also in the United States, where they, however, were not fully successful. McLURE remarked also that a soft law approach can signal a certain weakness of the Commission in coping with the unanimity rule in tax matters.

McLURE invited not to resort in excess to the European Court of Justice's negative integration approach, as it can only destroy without creating anything new. In McLURE's opinion, the dismantling of regulation does not always lead to harmonization.

Strains and pressures on national tax systems

The first session of the conference analyzed various aspects of national tax systems, which are considered critical for the completion of the Single Market. Participating speakers made their presentations on the following topics: *Corporate Income Taxation* (Michael P. DEVEREUX, University of Warwick; Ivan VACCA, Assonime – Italy); *Value added tax (VAT): origin-based versus destination-based taxation* (Luigi CECAMORE, Assonime – Italy; Livia SALVINI, LUISS University of Rome); *Tax administration, assessment and evasion* (Teresa TER MINASSIAN, IMF); *National and EU judges* (Enrico ALTIERI, Supreme Court of Italy).

a) Corporate Income taxation

In his presentation "*Corporate income taxation: international trends and options for structural reforms*", Michael DEVEREUX analyzed the future developments of corporate taxation in the current framework of the process for integration within the world economy, and evaluated some alternatives to current systems within OECD Member States taking into consideration the economic and financial impact. The author firstly mentioned that corporate nominal tax rates have significantly fallen between 1982 and 2004; this reduction is offset by an increase in the tax base only partially. He then examined how tax systems are affected by possible changes made in order to eliminate tax distortions in the choice between financing and capitalization, and to guarantee neutrality in the choice of the company form and international localization.

DEVEREUX's presentation was followed by Ivan VACCA's analysis on the Italian corporate taxation, which pointed out relevant critical aspects and ambiguities.

b) Value added tax

Luigi CECAMORE and Livia SALVINI dealt with the problems connected to VAT. The first speaker examined the main stages of the evolution of VAT legislation in Italy and its current state of harmonization. Livia SALVINI specifically expanded on the reverse charge mechanism and pointed out that it is increasingly used to combat VAT fraud. Originally, the reverse charge mechanism was devised as a form of residual joint liability for intra-community transactions only. Directive no. 2006/69/EC of 24 July 2006 extends its application to other cases, including domestic transactions, and

makes only the customer liable to tax – not jointly liable (as in the first application of the mechanism), while introducing the criteria of the open market value to be used to verify the fraudulent nature of the transaction.

In SALVINI’s opinion, a wider application of the reverse charge mechanism triggers significant problems in holding together the logic underlying the tax, above all in respect of two fundamental principles: the principle of neutrality, which is watered down by identifying the customer as the only person liable to tax, while as a rule he is entitled to deduct the tax; and the principle that the taxable amount must be equal to the consideration, which is jeopardized by the introduction of the open market value for anti-fraud purposes.

c) *Tax assessment activity*

Maria Teresa TER – MINASSIAN (IMF) considered in detail the main problems stemming from the EU enlargement with respect to the fight against tax evasion within Member States. She pointed out that the recent massive increase in international economic exchanges and cross-border movement of capital has intensified the tax evasion in the European Union. According to IMF’s estimates, the cost for non compliance in the whole European Union (it is not known in real terms, because only 3 Member States out of 25 carry out relevant systematic calculations) would be between 200 and 250 billions Euro (2-2,5% of EU Gross Domestic Product).

Maria Teresa TER – MINASSIAN observed that the completion of EU Single Market has been more difficult than expected because of various facts, which have exacerbated non-compliance situations. In indirect taxation, according to a very spread-out practice, the tax bases are delocated through the setting up of fictitious or buffer companies abroad (such as, shell companies, off shore companies and some kinds of trust); tensions are evident in cases where tax avoidance results from infringements on the freedom of establishment, which the European Court of Justice outlawed on various occasions.

In indirect taxation, then, cases of VAT evasion and fraud have increased in intra-Community exchanges (in particular, the number of carousel fraud cases), as liberalization has been extended in intra-Community exchanges and the enforcement of destination-based taxation has been deferred excessively.

In TER – MINASSIAN’s opinion, in order to effectively combat these practices, it is necessary to enhance the V.I.E.S. (*VAT Information Exchange System*), so that relevant data are updated more rapidly and comprehensively, and exchanges of information are more efficacious than current procedures, which still have to cope with significant application problems. Moreover, in TER – MINASSIAN’s opinion, administrative cooperation among Member States should be intensified in tax matters by granting a greater access to bank data, and by extending the exchange of information to services (the V.I.E.S. covers only goods), which are increasing strong in all Member States. Moreover, as regards income taxes, the exchange of information should cover a greater number of data.

With particular reference to intra-Community VAT frauds, TER – MINASSIAN proposed that the whole European Community should apply the strategy successfully adopted by the United Kingdom. This strategy is based, on the one hand, on a range of appropriate coordinated investigation activities to prevent frauds or, at least, to

stop them before they reach alarming levels. On the other hand, additional burdens are placed on persons involved in the fraudulent chain, such as joint and several liability and surety agreements.

Finally, TER – MINASSIAN, converging on the legal observations pointed out by Professor SALVINI, expressed a negative opinion on the effectiveness of the reverse charge mechanism also from an economic and organizational point of view. She observed, firstly, that the introduction of this mechanism would frustrate the fractional application of the VAT scheme. Secondly, controls on compliance with reverse charge accounting would require a significant effort in organization and skill management by the tax administration. Finally, the application of this mechanism would place additional burdens on economic operators. These observations are certainly to be shared, also in consideration of the application of VAT at the final stage of consumption: this kind of application could actually increase tax evasion at previous stages and lead to failure of tax collection (evasion) via the “missing trader” scheme, which frustrates the application of the tax at payment stage.

d) *Domestic courts and Community law*

In his presentation, Enrico ALTIERI gave an accurate survey of the state-of-the-art application of Community law before Italian courts in merit and legality matters and, in particular, of the preliminary ruling procedure laid down in Article 234 of the Treaty of Rome.

ALTIERI affirmed that the procedure is not broadly applied even by the court of last instance: in fact, this should consider *ex officio* whether domestic law is contrary to Community law and refer the question to the European Court of Justice. According to ALTIERI, this happens because Italian courts and defendants have an incomplete or sketchy knowledge of Community law.

Taking into consideration this scanty professionalism of the Italian judicial operators, it is necessary, according to ALTIERI, to overcome the myth of *res judicata* also in tax matters, in the wake of a recent judgement of the European Court of Justice (case C-119/05, *Ministero dell'industria v. Lucchini*), on the basis that the principle of effectiveness of Community law spreads outward to procedural law (ECJ, case *Santex*).

ALTIERI's acceptable opinion is that the flaws in the application of Community law lead to a bad harmonization and to significant losses of Community's own resources. In this regard, he observes that the Italian procedural law hampers the functioning of the principle of neutrality of VAT in proceedings brought by the final user to obtain a refund of VAT that was not due. As the final user is not liable to tax, he is not entitled to apply directly to the tax administration for refund, but he must bring an action against the supplier and only if the latter is insolvent, the final user has the right to recovery against the tax administration.

ALTIERI pointed out to another critical rule contained in the Italian amending law for the jurisdiction of tax courts (*Commissioni tributarie*). Article 12, paragraph 2 of Law no. 448 of 28 December 2001 (Financial Act for the year 2002) replaced Article 2 of Legislative Decree no. 546/92 and extended the jurisdiction of national tax courts over all cases concerning taxes of all kinds, except for cases concerning measures of enforced tax collection following a notice of payment. This provision, which covers also customs duties, is absolutely vague about the concept of “decision” laid down in

the Community Customs Code (Regulation no. 2913/92/EC). It is therefore difficult to identify which legal acts adopted by the Customs Agency can be included into the categories under Article 19 of Legislative Decree no. 546/92. As ALTIERI remarked, the lawmaker has passed the burden of adjusting court proceedings onto the judge, which in some cases cannot be complied by interpretation.

Competition, subsidiarity and coordination in the European Union

The second session dealt with the most debated questions on coordination of tax competences within the territory of the European Union. It was divided in the following subtopics: *Tax assignments between different government levels* (Massimo BORDIGNON – Università Cattolica di Milano; Jacques AUTENNE – Université Catholique de Louvain; Alvaro RODRIGUEZ BEREIJO – Universidad autonoma de Madrid); *Tax competition: are differences in national systems sustainable?* (Chris WALES – Oxford University; Jacques LE CACHEUX – Université de Pau et de Pays de l’Audoir, OFCE); *Taxation independence, decentralization and coherence of national rules* (Adriano DI PIETRO – University of Bologna; Alberto ZANARDI – University of Bologna); *Effectiveness of rules coordination in the European Court of Justice* (Claudio SACCHETTO – University of Turin).

a) *The allocation of Member States’ taxing powers between different government levels*

The subtopic on the allocation of taxing powers between central and local governments was developed at two levels. In the first presentation, Massimo BORDIGNON analyzed the best criteria to allocate taxing powers between central and local governments from the perspective of public finance theory.

In his thorough survey, Massimo BORDIGNON observed that the allocation of appropriate portions of the overall taxing power of the State to local governments satisfies transparency, visibility and autonomy in the tax system and diversifies identity features of local areas.

Massimo BORDIGNON examined local taxation by way of identifying the most appropriate form, source and level for local government: he emphasized that even though the benefit criterion is still an important tool in local taxation, it should play a limited role in the financing of local authorities. According to BORDIGNON, local government could resort to other forms of levy, such as the decentralization of VAT. In any case, the allocation of a tax to a local authority should be linked to its scope: in this perspective, it could be correct to levy local taxes on consumption but not on income. BORDIGNON, moreover, observed that in local financing there is not a clear-cut distinction between federal and unitary States, because these latter can decentralize a variety of tax competences as well.

The subtopic was supplemented with an analysis of the legal aspects of local taxation in two States, Belgium and Spain, which have a solid experience in this sector.

Jacques AUTENNE gave a comprehensive survey of local taxation in Belgium, which faces strong constitutional restrictions to the devolution of taxing powers to local authorities. Under the Federal Constitution of Belgium (Article 170), Communities and Regions can establish taxes to their own benefit only by virtue of a federal law, which defines relevant legal regime. Moreover, according to a principle underlying some special legislation, there is a sort of subordination of local taxation to federal

taxation, which denies local Communities and Regions the exercise of taxing powers in matters subject to federal taxation.

Consequently, limited tax law-making powers of local authorities do not appear consistent with the broad autonomy endemic to a federal state structure.

The Conference received a further contribution from Alvaro RODRIGUEZ BEREIJO, who thoroughly analyzed the relationship between political decentralization and tax decentralization in Spain. The speaker, firstly, emphasized that Spain, originally one of the most centralized countries in Europe, has moved on to a strong decentralization.

According to RODRIGUEZ BEREIJO, the Spanish federal tax system is based on four fundamental features: **a) Asymmetrical**, it does not link revenue to expenditure; **b) Open**, the Constitution provides that a special law defines the rules in concrete; **c) Unstable**, local financing legislation is being continuously amended and the ongoing reform of the statutes of local communities – which started in July 2006 with the approval of the new Statute of Autonomy of Catalonia – makes the legal framework extremely uncertain; **d) Insufficient**, structured as it is, the local system constantly requires additional revenues coming from central government.

RODRIGUEZ BEREIJO observed that the new solidarity policy laid down in the new Statute of Autonomy of Catalonia (which is based on significant transfers of central government taxes to the local government) does not seem to guarantee an adequate allocation of revenues between central and local government. In fact, apart from the fact that this system would advantage richer regions, it could lead to decreasing central government revenue to such an extent that the balance of government accounts would adversely be affected, if economic situations are less favourable compared to the growth and prosperity over the last years in Spain.

b) Tax competition: are differences in national systems sustainable?

In this session, two scholars of different Member States (United Kingdom and France) confronted their open opposing positions on tax competition.

In particular, Professor Chris WALES held that the European Community should build up better conditions for a more dynamic and competitive European system, where Member States can develop their economies, while maintaining their fiscal sovereignty.

In his opinion, from an economic and legal perspective the differences in Member States' tax systems are certainly "sustainable" and the willingness to keep them in their actual shape is palpable in the political climate.

In this context, according to WALES, the European Union should devise new and more incisive measures to eliminate fiscal barriers to intra-Community investments and create a more transparent situation for the development of tax competition among Member States, such as common rules for the calculation of tax bases, the elimination of double taxation stemming from exit taxes and transfer pricing, the introduction of lump-sum taxation, such as tonnage tax.

WALES, moreover, believes that the European Commission should cope with current economic, legal and political problems in order to develop a medium-term "sustainable" EU policy in corporate taxation. He observes that the legal risk is significantly reduced thanks to Community harmonization, but there are still serious

political problems to solve, as Member States’ tax administrations hold adversarial positions.

WALES, finally, observes that the CCCTB project implies high compliance costs and significant difficulties in being transposed into domestic systems. He also doubts that the CCCTB can eliminate or reduce transfer pricing practices. Moreover, WALES notices other drawbacks that could derive from the introduction of CCCTB in the fight against harmful tax competition. WALES believes that the problem would move from tax rates to the manipulation of data to be used for calculating the tax base (apportionment). Moreover, revenues from corporate taxation are high and this would evidence that there is no tax competition.

Opposing Wales’ position, Jacques LE CACHEUX recalled that in France the proposal for a competitive tax system was discussed but not approved eventually. The package of measures was very similar to the US reform in the 80s (the so-called “Reagan reform”), based on the broadening of tax bases, the reduction of corporate tax rates, the abolition of capital taxation and the introduction of individual income taxation according to two different rates.

In his analysis of tax competition within the European Union, LE CACHEUX observed some signs of acceleration of the phenomenon after 1986 (approval of the Single Act) and after 2000 (adoption of the Euro), when income taxation decreased. Thus, in his opinion, the greater integration has increased tax competition.

Above all, in LE CACHEUX’s opinion, the increase in mobility of businesses and persons stemming from tax competition overloads infrastructures and increases public expenditure.

LE CACHEUX, moreover, observed that the European fight against tax competition has exacerbated the competition in tax rates (or rather a real “war of rates”), which is actually the only sector covered by national sovereignty after the consolidation of tax bases. According to the speaker, Member States do not cooperate because of opportunistic national strategies, which make an aggressive and hostile use of unanimity rule. This would result in a weakness in French system, penalized by a higher overall fiscal pressure than the average of the other Member States in Euro zone.

However, LE CACHEUX holds that in order to combat tax competition of other States, it is necessary to reduce tax rates of higher income taxpayers, as these can transfer their profits abroad more easily. And this would adversely affect distributive equality.

It is then evident that there is a stark opposition between the two scholars. WALES tends to consider taxation from the perspective of liberalistic economy, where the European Union should play the role of a mere regulator and guardian of the correct functioning of the Single Market. LE CACHEUX, conversely, would expect that the European institutions intervene to a greater extent, also in tax rates.

c) Taxation independence, decentralization and coherence of national rules

Adriano DI PIETRO and Alberto ZANARDI dealt with this subtopic, respectively, from a legal and economic point view.

In the evaluation of how taxing powers are currently allocated between local authorities, central government and the European Community, Adriano DI PIETRO

observed that the European institutions look on nationality as a sort of attack on integration, as a factor of disintegration for the Single Market.

Whereas the European integration is now very advanced, Member States have retained a broad sovereignty in taxation. This notwithstanding, the European institutions continuously dispute the principle of subsidiarity and claim supremacy over Member States.

As a consequence, the European Community calls for a stronger unity, where national sovereignty becomes autonomy, or rather “autonomies”, and intra-State powers are reconsidered to go beyond a mere decentralization.

According to DI PIETRO, the European institutions regard local authorities, which, indeed, implement subsidiarity domestically, as a danger to unity in the system and in the market. Some signals of this trend can be found also in recent case-law of the European Court of Justice. In particular, in Judgement of 9 September 2004 in case C-72/03, *Carbonati Apuani S.r.l.* (or “*Marmi di Carrara*”), the Court held that also domestic taxes, such as the marble tax imposed on all marble from Carrara that are transported beyond the territorial boundaries of that municipality can be an impediment to free movement of goods in the Single Market.

In his conclusions, DI PIETRO expressed the wish that national systems should move from unity to identity. Only this fundamental political passage would be a definitive turning point in the process for integration in Europe.

Alberto ZANARDI analyzed economic implications in recent case-law of the European Court of Justice on State aids granted to undertaking established in Azores (Judgement of 6 September 2006 in case C-88/03). On that occasion, the Court held that the tax measure adopted by Azores was selective and therefore incompatible with the State aid rules laid down in the Treaty of Rome. With respect to the position previously expressed by the European institutions (by the Commission, in particular), the Court restricted the “selective” nature of fiscal aids to those cases where the taxing local authority features a special autonomy.

ZANARDI compared the situation inferred in case C-88/03 to the new tax autonomy granted to Regions in Italy, after the reform of the Italian Constitution (Title V).

While analyzing the issues developed by the judgement, ZANARDI observes that the Court’s concern was to approximate the interpretation of the Treaty to the results of the economic analysis on the functioning of the Single Market. According to the speaker, the judgement will reflect its most important effects on tax competition in the Single Market. In fact, where local authorities satisfying special requirements are authorized to apply tax advantage, tax competition will involve a significantly larger number of undertakings. This should lead to a lower degree of distortion in competitiveness because of the downward convergence of the different tax regimes applied by those local authorities.

d) Effectiveness of rules coordination in the European Court of Justice

On this subtopic, Claudio SACCHETTO observed that the ECJ has played a significant role in the process for integration, in respect of which the Treaty of Rome was only a starting point and not its destination.

According to SACCHETTO, the concept of “coordination” is laid down in Article 4 of the Treaty, which imposes a “close coordination of Member States’ economic poli-

cies”. But coordination, observed SACCHETTO, implies that Member States retain their taxing powers at central and local level, in accordance with the allocation criteria provided for by domestic law.

SACCHETTO pointed out that economic coordination is a corollary following from tax competition. Through its case-law the European Court of Justice requires Member States to reconsider their legal provisions in the light of their economic implications, thereby implementing the judicial coordination of domestic law.

In the field of taxation, the role acquired by the Court of Justice within judicial coordination is the direct consequence of the weak impact of coordination of legislation. This mainly occurred because:

- a. first, coordination of legislation is based on very narrow legal foundations (Articles 93 and 94 of the Treaty of Rome);
- b. second, EU tax policy is very restricted in scope and conditioned by unanimity.

SACCHETTO, moreover, recalled that the Court of Justice has a double function: on the one hand, it is the “Guardian of the Treaty”, in that it verifies that domestic law is compatible with Community law; on the other hand, the Court is the privileged interpreter of Community law, even secondary. On this last point, SACCHETTO referred to case *Leur-Bloem*, where the Court of Justice held that its interpretation of a Directive always prevails over interpretation of domestic courts.

Certainly, the Court has undertaken its most effective action for the purpose of coordination in the sector of VAT, which falls within harmonization under Article 93 of the Treaty. Conversely, in direct taxation, the Court has pursued the protection of the Single Market by dismantling domestic legislation (so-called negative integration); in that affecting also third States with respect of bilateral treaties according to the OECD model.

In SACCHETTO’s opinion, it cannot be said that the Court promoted coordination in this area: in fact, even though its recent case-law seems to give more consideration to Member States’ interests in taxation, its interpretation of Community law has always missed any reference to a harmonious relationship between Community law and individual Member States’ legislations.

Referring to recent and outstanding studies in Germany, SACCHETTO also observed that the Court, like a constitutional court, should be more respectful of all interests covered by the Treaty.

According to SACCHETTO’s acceptable conclusions, in order to prevent the Court from undertaking an invasive action with respect of the unanimity rule, it is necessary, on the one hand, to rely more on soft law and, on the other, to include the fundamental provisions concerning taxation within the Treaty establishing a Constitution for Europe.

Conclusions

Vito TANZI concluded the work of the Conference. He observed that it would be necessary to introduce common tools of taxation within the European Union, in order to overcome the difficulties pointed out during the Conference.

TANZI thinks of a European corporate tax at a much reduced rate (15%) or to a uniform common tax base (technical aspect), without prejudice to Member States' freedom of establishing relevant rates (political aspect of national sovereignty).

He criticized Franco GALLO's opinion and observed that the States' constitutional principles are not stable. The Italian Constitution itself is obsolete (it deals too much with labour rights and limits to property, but it does not refer to market and its protection at all). It would follow that the theory of "counter-limits" is not applicable in practice.

TANZI was also sceptic about the exchange of information as a tool to combat fraud and evasion at European and international level. According to TANZI, this solution is not effective for its high costs, for significant differences existing in domestic legal constraints (such as, bank secrecy and anonymity of shareholders) and in the rules on the calculation of the tax base, and finally for the "linguistic barriers".

To summarize the results achieved at the Ravenna Conference, it must be said that it represented a true reflection on the burning topics of the integration process for the whole scientific community. There is no doubt that the Conference works brought out important points of reference and valid suggestions to cope with many ongoing situations of uncertainty in interpretation and uneasiness in the institutions.

Convegno Internazionale su “Sovranità fiscale degli Stati tra integrazione e decentramento” (Ravenna, 13 – 14 ottobre 2006)

Pietro Selicato

Il Convegno organizzato a Ravenna dall'Università di Bologna sotto l'Alto Patronato del Presidente della Commissione europea ha costituito un'importante occasione per mettere a fuoco i più recenti sviluppi nel sistema di distribuzione del potere impositivo tra i diversi livelli istituzionali (comunitario, nazionale e locale) in un momento in cui il processo di integrazione europea sta attraversando passaggi delicati e, in certa misura, contraddittori (si pensi, da un lato, al rapido sviluppo del processo di allargamento e, dall'altro, al mancato completamento delle procedure di approvazione del Trattato di Costituzione europea).

Infatti, la sovranità fiscale degli Stati Membri dell'Unione europea è sempre più compressa tra due opposti fronti: limitata, “dall'alto”, dalla delega di competenze che gli Stati Membri hanno conferito alla Comunità europea in virtù del Trattato di Roma, che si va espandendo, per qualità e quantità, a seguito dell'intervento sempre più invadente della Corte di giustizia; compressa “dal basso”, per l'avanzamento del livello *sub-statale*, che si fa strada con sempre maggior forza di pari passo con l'accoglimento da parte degli stessi Stati Membri delle istanze di decentramento che provengono da consistenti strati della società.

Il Convegno di Ravenna si è calato pienamente in questo contesto analizzandone gli aspetti critici dal triplice punto di vista politico, economico e giuridico ed offrendo ai partecipanti un ricco corredo di *papers* nei quali i temi esposti dai relatori sono approfonditi ed arricchiti di riferimenti.

Il quadro che ne è emerso mette in luce una situazione alquanto complessa e densa di criticità da molti punti di vista, per il carattere indefinito ed ancora sostanzialmente conflittuale dei rapporti tra gli Stati nazionali e la Comunità europea.

I rapporti tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento interno

I lavori congressuali sono stati aperti da una presentazione del Commissario europeo alla Fiscalità, Laszlò Kovács, che ha rappresentato le posizioni della Commissione e le linee portanti del suo programma. Nella sua presentazione Kovács ha sottolineato che il processo di armonizzazione fiscale sta subendo una battuta di arresto per ragioni politiche. Egli ha ricordato che nel 2004 gli Stati Membri non hanno approvato la proposta della Commissione di adottare il voto a maggioranza qualificata per le decisioni del Consiglio, non ostante essa si limitasse ad una serie precisa ed estremamente circoscritta di questioni fiscali (quelle aventi diretta attinenza con la realizzazione del mercato unico).

Kovács ha messo in evidenza che questo rifiuto è imputabile alla volontà di alcuni Stati membri di non perdere parti rilevanti della loro sovranità fiscale. Il Commissario ha espresso preoccupazione per il fatto che a causa di quanto sopra si sta consolidando nel sistema di decisione della Comunità europea una evidente incongruenza che impedisce di conseguire con efficacia ed immediatezza gli obiettivi previsti dal Trattato.

Infatti, mentre le decisioni in materia di concorrenza sono soggette al voto a maggioranza qualificata, quelle in materia di fiscalità e contributi sociali (che condizionano l'efficacia delle prime) restano soggette alla regola dell'unanimità, grazie alla quale un solo Stato Membro ha il potere di impedire l'approvazione di provvedimenti che hanno ad oggetto la rimozione degli ostacoli fiscali alla realizzazione del mercato unico.

Kovács ha espresso così l'opinione che per raggiungere un adeguato livello di integrazione devono essere potenziati il coordinamento e la cooperazione in materia fiscale. Egli ha anche osservato che la concorrenza fiscale dannosa deve essere scoraggiata con provvedimenti efficaci.

Perché ciò avvenga, secondo il Commissario, è necessario tornare a valutare l'introduzione della regola del voto a maggioranza qualificata, almeno nell'assunzione dei provvedimenti sulle questioni fiscali che più di altre sono di ostacolo alla realizzazione del mercato unico. Kovács ha concluso osservando che il superamento del principio del voto all'unanimità rappresenta la sola via per superare le resistenze di singoli Stati Membri alla realizzazione dei progetti comunitari di armonizzazione fiscale.

La prima delle due relazioni introduttive, presentata da Franco GALLO (Università LUISS – Roma, Corte costituzionale – Italia), ha avuto ad oggetto il tema: “*Ordinamento comunitario, ordinamenti nazionali e principi tributari fondamentali*”. Le riflessioni del Prof. GALLO hanno suscitato grande interesse proprio alla luce delle difficoltà nel processo di integrazione fiscale messe in luce dal Commissario Kovács.

L'autorevole studioso è partito dalla premessa che la scala di valori sottesa ai principi fondamentali del diritto comunitario in materia fiscale si basa ancora oggi su criteri economici che vedono la fiscalità più come un fattore di distorsione della concorrenza che come lo strumento per la raccolta delle risorse finanziarie necessarie al mantenimento di una comunità secondo corretti principi distributivi, come invece essa è intesa nei sistemi degli ordinamenti nazionali. In questo contesto, secondo GALLO, non può escludersi che si verifichino, anche nella materia tributaria, contrasti tra i principi costituzionali interni e le norme comunitarie.

Nel sindacato della Corte di giustizia delle Comunità Europee tale contrasto viene risolto in favore della norma comunitaria, senza alcuna differenza rispetto ai casi in cui ne formino oggetto norme interne che non hanno carattere di principi fondamentali. In effetti, la giurisprudenza della Corte di giustizia, totalmente indifferente rispetto a tali conflitti, ha individuato in via interpretativa nelle sue recenti sentenze *Halifax* e *Cadbury Schweppes* un principio generale antiabuso che, oltre ad essere in palese contrasto con il nostro principio della riserva di legge, non trova un esplicito riscontro normativo nemmeno nel del diritto comunitario.

Al contrario, le Corti costituzionali tedesca e italiana sostengono che la supremazia del diritto comunitario non può spingersi fino a superare tali principi, poiché questi sono così radicati nel tessuto costituzionale dell'ordinamento interno da resistere al principio del “primato” (c.d. teoria dei “controlimiti”). Avvalendosi di queste argo-

mentazioni, GALLO si domanda se i principi tributari fondamentali contenuti nella nostra Costituzione siano in grado di resistere ai principi comunitari che vi si pongono in conflitto.

Circa la concreta possibilità di estendere alla materia fiscale l'applicazione della teoria dei “controlimiti”, GALLO raggiunge conclusioni che saranno sicuramente foriere di successivi sviluppi sul piano dottrinale e giurisprudenziale. Egli, infatti, dopo aver auspicato che la nuova Costituzione europea codifichi i principi del consenso al tributo e del concorso solidaristico dei cittadini dei singoli Stati Membri alle spese comunitarie in modo da ottenere una piena sintonia tra principi comunitari e principi tributari fondamentali interni, osserva che, per il momento, l'effetto dell'opposizione di un “controlimite” potrebbe essere quello della “disapplicazione indiretta”, da parte del giudice nazionale, della norma comunitaria contrastante con i principi fondamentali sanciti dall'ordinamento nazionale. A ben vedere, le riflessioni del Prof. GALLO potrebbero produrre conseguenze in almeno due casi, attualmente in discussione, di conflitto tra l'ordinamento comunitario ed i principi fondamentali del nostro ordinamento tributario.

In primo luogo, dovrebbero essere verificati i possibili effetti sul diritto interno della recente sentenza della Corte di giustizia sul caso IRAP. Come è noto, la Corte di Lussemburgo, nel recente caso *Banca Popolare di Cremona*, ha affermato la compatibilità dell'IRAP con l'imposta sul valore aggiunto basandosi sul fatto che, in assenza di una esplicita previsione del diritto di rivalsa del soggetto passivo, l'IRAP non potrebbe, come l'IVA, gravare sul consumatore finale. Al contrario, la nostra Corte costituzionale, pur rilevando all'interno della disciplina dell'IRAP l'assenza di formale un diritto di rivalsa, ha considerato essenziale al fine di dichiarare la legittimità dell'imposta la possibilità del soggetto passivo di trasferirne l'onere: “in avanti”, incorporandolo nel prezzo dei beni o servizi resi; o “all'indietro”, assorbendolo nel costo dei fattori impiegati nel ciclo produttivo (capitale e lavoro).

Le due interpretazioni sono in evidente conflitto e si tratterà di capire se, in virtù del richiamo al generale principio della supremazia del diritto comunitario sulla normativa nazionale, la Corte costituzionale italiana debba rivedere la decisione assunta in precedenza e stabilire che l'IRAP, non prevedendo il diritto di rivalsa resti a carico del soggetto passivo e, di conseguenza, sia da ritenere in contrasto col nostro principio di capacità contributiva. O se invece, in virtù della teoria dei “controlimiti”, la Corte debba disapplicare il principio di diritto comunitario affermato dalla Corte di giustizia privilegiando una ricostruzione del tributo basata unicamente sul principio fondamentale interno della capacità contributiva.

Grande attenzione sotto questo stesso profilo merita anche il processo in atto per l'introduzione del nuovo sistema europeo di tassazione delle società che prevede l'armonizzazione delle regole per il calcolo della base imponibile delle società appartenenti ad uno stesso gruppo che hanno sede in Stati membri diversi (*Common Consolidated Corporate Tax Base – CCCTB*). Secondo il progetto presentato dalla Commissione, la base imponibile, una volta calcolata in forma unitaria per l'insieme delle società del gruppo (consolidamento), dovrebbe essere ripartita tra gli Stati membri interessati secondo criteri tuttora in corso di definizione. Sulla quota di rispettiva competenza, gli Stati membri applicherebbero l'imposta interna con l'aliquota con aliquota stabilita dalle leggi nazionali, mantenendo all'interno della Comunità un

certo livello di competizione fiscale. Al riguardo ci si deve domandare quale potrebbe essere la reazione del nostro Giudice delle leggi se le regole comunitarie di ripartizione della base imponibile tra i diversi Stati Membri siano conformi al principio interno della capacità contributiva ed accertare se, anche in questo caso, si debba ricorrere alla teoria dei “controlimiti”.

Charles E. McLURE JR. (Stanford University – U.S.A.) ha svolto nella seconda relazione introduttiva sul tema “*Approcci legislativi, giudiziali e di soft law per l’armonizzazione delle imposte sul reddito societario negli Stati Uniti e nell’Unione europea*” una raffinata analisi di diritto tributario comparato sul delicato tema delle fonti del diritto tributario comunitario. McLURE analizza i diversi approcci normativi all’armonizzazione delle imposte sui redditi delle società in Europa confrontandoli con l’esperienza degli Stati Uniti. Il relatore americano dedica una particolare attenzione alla cosiddetta *soft law*, il cui impiego si va rafforzando nella Comunità europea. L’autore, dopo aver evidenziato che nel Trattato di Roma non è chiaro né il significato del termine né quale sia il suo ambito di applicazione, osserva che la *soft law*, nel significato accolto nella CE, non esiste negli Stati Uniti, dove “una legge è vincolante, oppure non è legge”.

D’altra parte, nota McLURE, benché la *soft law* non abbia fondamento giuridico nel Trattato di Roma o nella giurisprudenza della Corte di giustizia, essa riceve da queste fonti una legittimazione indiretta. Egli, peraltro, mette in evidenza che gli approcci cooperativi, tanto utilizzati in Europa, hanno avuto a lungo impiego anche negli Stati Uniti, ove tuttavia non hanno ottenuto completo successo. McLURE fa anche notare che l’uso di approcci di *soft law* può essere l’indice di una certa debolezza della Commissione di fronte all’ostacolo dell’unanimità nelle decisioni in materia fiscale.

McLURE invita anche a diffidare da un eccessivo ricorso alla *negative integration* della Corte di giustizia europea, osservando che questa, con la sua giurisprudenza, può solo distruggere ma non crea nulla di nuovo. Secondo McLURE, lo statuire in negativo non sempre conduce ad un’armonizzazione.

Tensioni e crisi nei sistemi fiscali nazionali

Nella prima sessione del Convegno sono stati analizzati i diversi profili degli ordinamenti fiscali nazionali che, a vario titolo, sono considerati elementi di criticità nella realizzazione del mercato unico. I relatori che vi hanno preso parte ne hanno messi in luce i diversi profili, intervenendo sui seguenti sottotemi: *Modelli di imposizione delle imprese* (Michael P. DEVEREUX, Università di Warwick; Ivan VACCA, Assonime – Italia); *L’IVA tra origine e destinazione* (Luigi CECAMORE, Assonime – Italia; Livia SALVINI, Università LUISS – Roma); *Amministrazione, accertamento, evasione* (Teresa TER MINASSIAN, FMI); *Giudici nazionali e giudici comunitari* (Enrico ALTIERI, Corte di cassazione – Italia).

a) *L’imposizione sui redditi delle imprese*

Nella sua relazione, dal titolo *Le imposte sui redditi societari: tendenze internazionali e opzioni per riforme strutturali*, Michael DEVEREUX ha analizzato il futuro dell’imposizione societaria nel quadro del processo di integrazione in corso nell’economia mondiale valutando sotto il profilo dell’impatto economico-finanziario alcune alternative

ai sistemi attualmente in vigore all'interno dell'area OCSE. L'Autore ha premesso che tra il 1982 ed il 2004 le aliquote dell'imposta sulle società hanno subito una notevole riduzione in termini di tassi nominali, soltanto in parte compensata da un incremento della base imponibile. Ha poi esaminato gli effetti di possibili modifiche ai sistemi in vigore tese ad eliminare le distorsioni fiscali sulle scelte tra indebitamento e capitalizzazione e ad assicurare la neutralità circa la scelta della forma organizzativa ed alla localizzazione internazionale delle imprese.

Alla relazione di DEVEREUX è seguita quella di Ivan VACCA, che ha analizzato l'attuale disciplina italiana delle imposte sui redditi delle società mettendone in evidenza criticità e contraddizioni.

b) *L'imposta sul valore aggiunto*

Dei problemi di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto si sono occupati Luigi CECAMORE e Livia SALVINI. Il primo ha esaminato i passaggi salienti dell'evoluzione delle disposizioni in materia di imposta sul valore aggiunto in Italia ed il loro attuale stato di armonizzazione. Livia SALVINI si è soffermata in modo specifico sul ricorso al sistema del cosiddetto *reverse charge*, ponendo in evidenza il suo crescente impiego come strumento di contrasto all'evasione dell'IVA. Previsto inizialmente come forma di responsabilità solidale e residuale per le sole operazioni intracomunitarie, con la Direttiva n. 2006/69/CE del 24 luglio 2006 esso è stato esteso ad ulteriori fattispecie, anche relative ad operazioni interne. Inoltre, la Direttiva, individua nell'acquirente l'unico debitore d'imposta e non (come nelle prime applicazioni dell'istituto) un mero coobbligato solidale, introducendo riferimenti al valore normale come parametro di riferimento oggettivo per dimostrare il carattere fraudolento dell'operazione.

È opinione della relatrice che il progressivo ampliamento dell'impiego di sistemi di *reverse charge* ponga rilevanti problemi di tenuta della logica complessiva del tributo rispetto ad almeno due dei suoi pilastri fondamentali: quello della neutralità, messo in crisi dalla individuazione del soggetto debitore dell'imposta nel solo acquirente, che invece, per regola generale, è titolare del diritto alla detrazione; quello della determinazione della base imponibile in misura pari al corrispettivo, compromesso dal riferimento al valore normale in funzione antifrode.

c) *L'attività di accertamento*

La dott. Maria Teresa TER – MINASSIAN (FMI), si è soffermata sui principali problemi che l'allargamento dell'Unione europea ha fatto sorgere nel contenimento dell'evasione fiscale all'interno degli Stati membri. Ha sottolineato che l'incremento massiccio registrato negli ultimi anni nella mole degli scambi economici internazionali e nella circolazione transfrontaliera dei capitali ha accresciuto il problema dell'evasione fiscale nell'Unione europea. Secondo le stime elaborate dal FMI, il costo della *non compliance* nell'intera Unione europea (che non è noto in termini oggettivi poichè solo 3 Stati membri su 25 ne eseguono la sistematica misurazione) si aggirerebbe tra i 200 ed i 250 miliardi di euro (2-2,5% del Prodotto Nazionale Lordo UE).

Secondo la relatrice, la realizzazione del mercato unico all'interno dell'Unione europea è stata più difficile del previsto a causa di diversi fattori che hanno prodotto un incremento delle situazioni di *non compliance*. Nelle *imposte dirette* si è molto diffusa la prassi di delocalizzare le basi imponibili attraverso la costituzione all'estero di sog-

getti fittizi o interposti (quali le *shell companies*, le *off shore companies* ed alcune specie di *trusts*); le tensioni sono evidenti nei fenomeni di elusione fiscale prodotti dalle violazioni del diritto di stabilimento, più volte censurate dalla Corte di giustizia.

Nel settore delle *imposte indirette*, poi, l'accresciuto livello di liberalizzazione degli scambi intracomunitari, associato ad un eccessivo differimento dell'entrata in funzione del sistema di tassazione nel paese di destinazione, ha prodotto una notevole crescita dell'evasione e delle frodi all'IVA negli scambi intracomunitari (in particolare delle c.d. "frodi carosello").

Per contrastare con efficacia tali pratiche, secondo la relatrice è necessario potenziare il sistema V.I.E.S. (*VAT Information Exchange System*) in modo da renderne più rapido e completo l'aggiornamento, nonché di rendere più efficaci le procedure di scambio di informazioni, che presentano tuttora rilevanti problemi di carattere procedurale. Inoltre, secondo la Dott.ssa TER – MINASSIAN dovrebbe essere potenziata la cooperazione amministrativa a fini fiscali aumentando le possibilità di accesso e di condivisione dei dati bancari ed estendendo l'oggetto degli scambi di informazioni alle transazioni riguardanti i servizi (il sistema V.I.E.S. si applica solo alle operazioni sui beni), essendo tale settore in forte crescita in tutti gli Stati membri. Inoltre, lo scambio di informazioni nella materia delle imposte sui redditi dovrebbe comprendere un sempre maggior numero di dati.

Con particolare riferimento alle frodi all'IVA intracomunitaria, la relatrice propone di estendere all'intera Comunità europea la strategia già adottata con successo nel Regno Unito. Tale strategia prevede, da un lato, un'azione di contrasto dei fenomeni fraudolenti basata su una serie coordinata di attività investigative idonee ad impedirne il compimento o, quanto meno, a stroncarli prima che raggiungano dimensioni rilevanti. Dall'altro, l'imposizione a carico delle imprese sospettate di far parte della catena fraudolenta di condizioni ed oneri supplementari, quali la solidarietà nel pagamento dell'imposta e la prestazione di garanzie fideiussorie.

La relatrice, infine giungendo a conclusioni sostanzialmente convergenti con quelle di ordine giuridico segnalate dalla Prof. SALVINI, ha espresso un giudizio negativo sulla concreta efficacia del *reverse charge* anche sotto il profilo economico ed organizzativo, osservando in primo luogo che la sua introduzione frustrerebbe il meccanismo di applicazione frazionata che sta a base del sistema dell'imposta sul valore aggiunto. In secondo luogo, che i controlli sul corretto adempimento degli obblighi di *reverse charge* richiedono un notevole sforzo in termini di organizzazione e di qualificazione da parte dell'Amministrazione finanziaria. Infine, che l'applicazione di questo sistema comporterebbe oneri aggiuntivi per gli operatori economici. Le riportate osservazioni sono senz'altro da condividere, anche in considerazione del fatto che lo spostamento dell'applicazione dell'IVA alla fase finale del ciclo economico aumenterebbe comunque il rischio di evasione nei passaggi precedenti e renderebbe possibile l'evasione da riscossione attraverso l'interposizione di appaltatori-cartiera allo scopo di vanificare l'applicazione del tributo nel momento della liquidazione del debito d'imposta.

d) Il giudice nazionale e il diritto comunitario

La relazione di Enrico ALTIERI costituisce una attenta ricognizione dell'attuale stato di applicazione del diritto comunitario da parte del giudice tributario italiano, di merito e di legittimità e, in particolare, dell'uso da parte di quest'ultimo del procedi-

mento di rinvio pregiudiziale (c.d. *preliminary ruling*) ai sensi dell’art. 234 del Trattato di Roma.

ALTIERI afferma che tale applicazione è ancora poco diffusa anche da parte dei giudici di ultima istanza, che pure sarebbero tenuti a rilevare d’ufficio il contrasto con il diritto comunitario e a rinviare la causa alla Corte di giustizia. Secondo il relatore, la ragione di ciò va addebitata ad “una lacunosa o approssimativa conoscenza del diritto comunitario” da parte dei giudici italiani e dei difensori delle parti.

Secondo ALTIERI, di fronte ad una così scarsa professionalità degli operatori del nostro sistema giudiziario si impone anche in materia tributaria il superamento del mito del giudicato, alla stregua dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia in una sua recente giurisprudenza (causa C-119/05, *Ministero dell’industria c. Lucchini*). Ciò in quanto il principio di effettività del diritto comunitario si irraggia anche al diritto processuale (CGCE, causa *Santex*).

La condivisibile opinione di ALTIERI è che le carenze nella puntuale applicazione del diritto comunitario si riflettano, oltre ad una cattiva armonizzazione del sistema, anche rilevanti perdite di entrate comunitarie proprie. Osserva a tal proposito lo stesso ALTIERI che il sistema processuale italiano ostacola la realizzazione del principio di neutralità dell’IVA nelle controversie promosse dal consumatore finale per ottenere il rimborso di un’imposta non dovuta. Non essendo soggetto passivo dell’imposta, costui non ha titolo per richiedere il rimborso direttamente allo Stato ma deve prima agire contro il cedente e solo nel caso in cui questi sia insolvente può rivalersi sull’Amministrazione finanziaria.

ALTIERI evidenzia un ulteriore punto critico nelle recenti norme italiane di modifica della giurisdizione delle Commissioni tributarie. L’art. 12, comma 2, della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (Legge finanziaria per l’anno 2002), ha sostituito l’art. 2 del D. L.vo n. 546/92, estendendo la giurisdizione delle Commissioni tributarie a tutte le controversie riguardanti “i tributi di ogni genere e specie” ed escludendo dalla giurisdizione tributaria “soltanto le controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento”. Tale previsione, riferibile anche ai tributi doganali, lascia del tutto indefinito il concetto di “decisione” contenuto nel Codice Doganale Comunitario approvato con Regolamento n. 2913/92/Ce, rendendo ardua l’inclusione dei singoli atti emessi dall’Amministrazione doganale nelle categorie indicate nell’art. 19 del D. L.vo n. 546/92. In questo modo, secondo ALTIERI, è stato scaricato sul giudice un gravoso compito di adattamento del sistema processuale che, in certi casi, non può essere adempiuto con l’uso dei normali mezzi interpretativi.

Competizione, sussidiarietà e coordinamento nell’Unione europea

Nella seconda sessione sono stati analizzati i problemi più dibattuti del processo di coordinamento tra i diversi livelli di competenze fiscali che si muovono nel territorio dell’Unione europea. La sessione è stata articolata nei seguenti sottotemi: *L’attribuzione dei poteri impositivi tra i diversi livelli di governo* (Massimo BORDIGNON – Università cattolica di Milano; Jacques AUTENNE – Université Catholique de Louvain; Alvaro RODRIGUEZ BEREJO – Universidad autonoma de Madrid); *Concorrenza fiscale: sosteni-*

bilità delle differenze nei sistemi nazionali (Chris WALES – Oxford University; Jacques LE CACHEUX – Université de Pau et de Pays de l'Audour, OFCE) *Autonomia tributaria, decentramento e coerenza degli ordinamenti nazionali* (Adriano DI PIETRO – Università di Bologna; Alberto ZANARDI – Università di Bologna); *Coordinamento degli ordinamenti nazionali e Corte europea di giustizia* (Claudio SACCHETTO – Università di Torino).

a) *La distribuzione dei poteri impositivi degli Stati membri tra i diversi livelli di governo*

Il sottotema dedicato alle modalità di distribuzione del potere impositivo tra Stati nazionali e enti locali è stato sviluppato su due livelli. In una prima relazione Massimo BORDIGNON ha analizzato i criteri ottimali di distribuzione del prelievo tra Stati nazionali e autonomie locali sotto il profilo della teoria della finanza pubblica.

Nella sua ampia analisi Massimo BORDIGNON ha osservato che l'attribuzione alla fiscalità locale di una congrua quota del prelievo complessivo di uno Stato realizza in modo adeguato le caratteristiche di trasparenza, visibilità ed autonomia del sistema fiscale e permette di diversificare meglio le peculiarità del territorio.

Il relatore ha anche esaminato le caratteristiche dell'imposizione locale sotto il profilo della forma, della fonte e del livello ottimale di tassazione da attribuire all'ente locale sottolineando che il criterio del beneficio, benché costituisca ancora una componente importante degli strumenti di fiscalità locale, deve avere un ruolo limitato nel finanziamento di tali enti. Secondo BORDIGNON, i governi locali potrebbero validamente rivolgersi ad altre forme di prelievo come il decentramento dell'IVA. In ogni caso, l'attribuzione all'ente locale di un tributo dovrebbe essere ancorata al carattere locale del suo presupposto: in questa ottica, potrebbe essere corretto tassare su base locale il consumo ma non il reddito. BORDIGNON, inoltre, ha osservato che sul piano del finanziamento delle autonomie locali non esiste una netta distinzione tra Stati federali e Stati unitari, poiché anche questi ultimi possono decentrare vaste aree di competenze fiscali.

La trattazione del sottotema è stata integrata con l'analisi dei profili giuridici della fiscalità locale in due Stati che hanno già acquisito una consolidata esperienza normativa in questo campo: il Belgio e la Spagna.

Dall'intervento di Jacques AUTENNE è stato possibile ricavare un quadro completo della disciplina belga della fiscalità locale caratterizzata da forti limiti costituzionali alla devoluzione di un tributo alla competenza degli enti locali. Secondo la Costituzione federale belga (art. 170) le Comunità e le Regioni non possono istituire imposte a proprio vantaggio in assenza dell'intervento del legislatore federale che ne definisca il regime giuridico. Inoltre, secondo un principio consolidato in alcune leggi speciali, esiste una sorta di subordinazione della fiscalità locale alla fiscalità federale, in virtù della quale le Comunità locali e le Regioni non possono istituire imposte nelle materie che sono oggetto di imposizione federale.

Pertanto, la ristretta autonomia normativa di cui godono gli enti locali nel sistema fiscale belga non pare coerente con l'attribuzione di consistenti aree di autonomia che comporta la struttura federale dello Stato.

I lavori congressuali si sono avvalsi dell'ulteriore contributo Alvaro RODRIGUEZ BEREIJO, che ha approfondito i rapporti tra decentramento politico e decentramento fiscale nell'ordinamento spagnolo. Il relatore ha posto preliminarmente in evidenza che la Spagna, in origine uno degli Stati europei più fortemente centralizzati, è passata ad un sistema fortemente decentrato.

Secondo RODRIGUEZ BEREIJO, il sistema fiscale federale spagnolo presenta quattro fondamentali caratteristiche. Ad avviso del relatore, esso è: **a) Asimmetrico**, poiché non collega i poteri in materia di entrate a quelli in materia di spese; **b) Aperto**, poiché la Costituzione demanda ad una legge speciale la definizione degli aspetti concreti della disciplina; **c) Instabile**, poiché le norme di legge in materia di finanziamento degli enti locali sono oggetto di continue modifiche ed il processo di riforma degli statuti delle Comunità autonome locali, avviato nel luglio 2006 con l'approvazione del nuovo Statuto di Autonomia della Catalogna rende estremamente incerto il quadro normativo; **d) Insufficiente**, poiché per come è concepito, il sistema richiede costanti integrazioni del gettito locale mediante trasferimenti da parte dello Stato.

Secondo il relatore, la nuova formula di articolazione della solidarietà che emerge dal nuovo Statuto della Catalogna, basata su consistenti cessioni alla Comunità autonoma di quote di imposte statali, non sembra idonea ad assicurare un'adeguata ripartizione del gettito tra il centro e la periferia. In effetti, a prescindere dal fatto che tale metodo porrebbe le regioni più ricche in un'evidente situazione di vantaggio, essa rischia di ridurre le fonti di entrata statali in misura tale da mettere in crisi lo stesso equilibrio dei conti pubblici nei periodi di congiunture economiche meno favorevoli rispetto a quelle di prosperità e di crescita che la Spagna sta registrando negli ultimi anni.

b) Concorrenza fiscale e sostenibilità delle differenze nei sistemi nazionali

In questa parte dei lavori sono state poste a confronto le posizioni apertamente divergenti che due studiosi di diversi Stati membri (Regno Unito e Francia) manifestano sul tema della concorrenza fiscale.

In particolare, il Prof. Chris WALES ha sostenuto che il ruolo della Comunità europea dovrebbe essere circoscritto alla creazione delle migliori condizioni per costruire un sistema europeo più forte, più dinamico e più competitivo, nel quale le economie degli Stati membri possano svilupparsi mantenendo la loro piena supremazia fiscale.

È opinione di WALES che da una prospettiva economica e giuridica le attuali differenze dei sistemi fiscali degli Stati membri sono senz'altro "sostenibili" e che il clima politico attuale induce a ritenere che c'è una precisa volontà di mantenerli in questa forma.

In un simile contesto, secondo WALES, l'Unione europea dovrebbe prevedere nuove e più incisive misure per eliminare le barriere fiscali agli investimenti intracomunitari e creare un contesto più trasparente nello sviluppo della competizione fiscale tra gli Stati Membri, quali la previsione di regole comuni per la determinazione delle basi imponibili, l'eliminazione della doppia imposizione generata dall'applicazione delle ritenute in uscita e dal contrasto del *transfer pricing*, l'introduzione di regimi forfetari di tassazione come la "*Tonnage Tax*".

WALES, inoltre, ritiene che la Commissione europea dovrebbe affrontare i problemi economici, giuridici e politici oggi in discussione per individuare le linee di sviluppo nel medio periodo di una politica fiscale "sostenibile" della Comunità europea in materia di tassazione delle società. Il relatore osserva che il rischio giuridico si è notevolmente ridotto grazie all'azione armonizzatrice della Comunità ma restano ancora seri problemi politici, stante la visione ancora antagonista dei rappresentanti finanziari degli Stati Membri.

WALES osserva infine che la CCCTB presenta alti costi di *compliance* e che comporterebbe notevoli difficoltà di trasposizione negli ordinamenti nazionali. Si dichiara anche scettico sulle possibilità che la CCCTB elimini o riduca il fenomeno del *transfer pricing*. Ma WALES intravede ulteriori criticità che l'introduzione della CCCTB potrebbe far sorgere nel contrasto alla concorrenza fiscale dannosa. Secondo WALES, il problema si sposterebbe dal terreno delle aliquote d'imposta a quello della manipolazione dei dati rilevanti ai fini del calcolo della base imponibile ("*apportionment*"). Inoltre, il gettito delle imposte sulle società è rimasto elevato e questo provverebbe che non c'è competizione fiscale.

In contrasto con le posizioni espresse da Wales, Jacques LE CACHEUX ha ricordato che in Francia è stata discussa una proposta per modellare il sistema fiscale su un modello competitivo ma che questa non fu approvata. Si trattava di un pacchetto di misure molto simile al modello della riforma varata negli Stati Uniti negli anni ottanta (la c.d. "Riforma Reagan"), basato sull'allargamento delle basi imponibili, sulla riduzione delle aliquote dell'imposta sulle società, sull'abolizione dell'imposta sul patrimonio e sull'introduzione di un'imposta sul reddito delle persone fisiche a due aliquote.

Analizzando le cause della competizione fiscale all'interno dell'Unione europea, LE CACHEUX ha osservato segni di accelerazione dopo il 1986 (approvazione dell'Atto Unico) e dopo il 2000 (adozione dell'Euro), periodi nei quali fu registrata una diminuzione nella tassazione dei profitti. Dunque, secondo il relatore, la maggiore integrazione ha aumentato e non ridotto la competizione fiscale.

Oltretutto, ad avviso di LE CACHEUX, l'aumento della mobilità delle imprese e delle persone generato dalla *tax competition* sovraccarica le infrastrutture aumentando le spese pubbliche.

LE CACHEUX ha inoltre annotato che il contrasto europeo alla concorrenza fiscale dannosa ha comportato un aumento della competizione sulle aliquote (o, meglio, una vera e propria "guerra delle aliquote"), rimasta, a ben vedere, l'unica area di sovranità nazionale dopo il livellamento delle basi imponibili. Secondo il relatore, a causa della competizione fiscale, si sarebbe diffuso tra gli Stati membri un atteggiamento non cooperativo basato su "*opportunistic national strategies*", che si serve di un uso aggressivo e antagonista della regola dell'unanimità. Ciò sarebbe la causa di una debolezza del sistema francese, penalizzato da una pressione fiscale complessiva superiore alla media degli altri Stati dell'area Euro.

D'altra parte, sostiene LE CACHEUX, per contrastare la competizione fiscale degli altri Stati si deve prevedere una riduzione delle aliquote fiscali in favore di coloro che possiedono redditi più elevati poiché sono costoro che hanno più facilità a spostare all'estero le proprie fonti di reddito. E ciò sarebbe fonte di effetti negativi sul piano dell'equità distributiva.

È evidente, pertanto la forte contrapposizione esistente tra le posizioni di WALES, incline ad inserire la fiscalità in una visione liberista dell'economia nella quale l'Unione europea dovrebbe limitarsi a svolgere la funzione di regolatore e di garante del corretto andamento del mercato unico, e LE CACHEUX, che invece si attenderebbe dalle istituzioni europee un maggiore interventismo anche sul fronte delle aliquote fiscali.

c) *Autonomia tributaria, decentramento e coerenza degli ordinamenti nazionali*

Nell'ambito di questo sottotema sono intervenuti, affrontandolo dalle diverse angolazioni giuridica ed economica, Adriano Di PIETRO ed Alberto ZANARDI.

Adriano Di PIETRO, valutando l'attuale distribuzione del potere impositivo tra autonomie locali, Stati membri e Comunità europea, ha osservato che, per certi aspetti, la nazionalità viene vista dalle istituzioni europee come una sorta di attentato all'integrazione, cioè come elemento non di integrazione ma di disgregazione del mercato.

Benché il processo di integrazione europea abbia ormai raggiunto una fase molto avanzata, gli Stati Membri hanno conservato nel campo della fiscalità una vasta area di sovranità. Ciò non ostante, le istituzioni europee mettono continuamente in discussione il principio di sussidiarietà per rivendicare un potere di supremazia nei confronti degli Stati Membri.

La Comunità richiede, pertanto, di passare ad una fase di maggiore unità dell'ordinamento comunitario, nella quale la sovranità nazionale si trasformi in autonomia, meglio in "autonomie", e la posizione dei poteri infrastatali sia rivalutata in modo da andare oltre il semplice decentramento.

Secondo Di PIETRO, nell'opinione delle istituzioni comunitarie l'autonomia locale, che pure realizza più da vicino il principio di sussidiarietà in ambito interno, viene vista come una minaccia all'unità dell'ordinamento e del mercato. Segni evidenti di questa tendenza possono essere riscontrati anche nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, nella sentenza 9 settembre 2004, causa C-72/03, Carbonati Apuani S.r.l. (anche nota come la sentenza "Marmi di Carrara") la Corte ha stabilito che anche tributi interni come la tassa comunale sui marmi scavati nel territorio di Carrara e trasportati fuori di esso possono essere ostacolo alla libera circolazione delle merci nel mercato unico.

A conclusione del suo intervento, Di PIETRO ha espresso l'auspicio di passare dall'unità all'identità degli ordinamenti nazionali. Soltanto questo fondamentale passaggio politico costituirebbe una svolta definitiva nel processo di integrazione europea.

Alberto ZANARDI ha esaminato le implicazioni economiche della recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di agevolazioni fiscali alle imprese residenti nelle isole Azzorre (sentenza 6 settembre 2006, causa C-88/03). La Corte ha ritenuto la misura in questione, introdotta in sede locale, come "selettiva" e ne ha dichiarata l'incompatibilità con le norme del Trattato di Roma in materia di aiuti di Stato. Rispetto alla posizione espressa in precedenza dalle istituzioni comunitarie (specialmente dalla Commissione), la Corte restringe il carattere "selettivo" delle misure fiscali agevolative ai casi in cui siano presenti nell'ente locale impositore particolari criteri di autonomia.

ZANARDI ha operato un raffronto tra la situazione dedotta nella detta sentenza e le nuove forme di autonomia fiscale attribuite in Italia alle Regioni dopo la riforma del Titolo V della Costituzione.

Analizzando i problemi aperti dalla citata sentenza, ZANARDI osserva che la Corte ha posto alla base di tale pronuncia la preoccupazione di avvicinare l'interpretazione delle norme del Trattato ai risultati dell'analisi economica sul funzionamento del mercato unico. Secondo il relatore, la sentenza genererà i suoi effetti più importanti sul livello della concorrenza fiscale nel mercato unico. Infatti, abilitando gli enti locali che rispettino particolari condizioni ad applicare misure fiscali agevolative il numero dei soggetti in competizione fiscale aumenterà notevolmente. Ciò,

secondo il relatore, dovrebbe portare ad una minore distorsione della concorrenza per la tendenziale convergenza verso il basso dei diversi trattamenti fiscali applicati da tali enti.

d) Coordinamento degli ordinamenti nazionali e Corte europea di giustizia

Su questo sottotema, Claudio SACCHETTO ha osservato che la CGCE è stata parte rilevante del processo di integrazione che ha visto nel Trattato di Roma un semplice punto di partenza e non certo la sua conclusione.

Ad avviso di SACCHETTO, La nozione di “coordinamento” deve essere ricavata dall’art. 4 del Trattato, che impone agli Stati membri lo “stretto coordinamento delle politiche economiche”. Ma il coordinamento, osserva ancora SACCHETTO, presuppone il mantenimento dei poteri impositivi in capo agli Stati ed agli enti locali, secondo i criteri di distribuzione stabiliti dalla norma interna.

SACCHETTO rileva che il coordinamento economico è un corollario della competizione fiscale. Secondo il relatore, la giurisprudenza della Corte di giustizia obbliga in continuazione a rimettere in discussione le categorie giuridiche alla luce del loro significato economico, operando così il coordinamento giudiziario delle norme nazionali.

Nella materia fiscale lo spazio che ha guadagnato Corte di giustizia nel coordinamento giudiziario è diretta conseguenza dello scarso impatto che ha avuto in concreto il coordinamento normativo. Ciò si è verificato principalmente per due ragioni:

- a. in primo luogo, le basi giuridiche del coordinamento normativo (artt. 93 e 94 del Trattato di Roma) sono molto ristrette;
- b. in secondo luogo, la politica fiscale dell’Unione europea è molto circoscritta nel suo oggetto e condizionata dalla regola dell’unanimità.

Sacchetto, inoltre, ha ricordato che la funzione della Corte di giustizia è duplice: da un lato, essa, giudicando sulla compatibilità con il diritto comunitario delle norme nazionali, assolve al compito di “Guardiano del Trattato”; dall’altro, essa funge da interprete privilegiato del diritto comunitario, anche derivato. Su quest’ultimo punto, il relatore ha richiamato la sentenza *Leurbloem*, secondo la quale l’interpretazione data dalla Corte ad una Direttiva prevale sempre su quella del giudice nazionale.

Sicuramente la Corte ha svolto la sua più importante azione di coordinamento nella materia dell’Iva, ricadente nell’obbligo di armonizzazione comunitaria stabilito dall’art. 93 del Trattato. Nel campo dell’imposizione diretta, invece, la Corte, nel perseguire la salvaguardia del mercato unico ha avuto un effetto distruttivo sulle legislazioni nazionali (c.d. *negative integration*), anche nei confronti degli Stati terzi in relazione all’osservanza dei tratti bilaterali OCSE.

Secondo SACCHETTO, non si può dire che in questo settore la Corte abbia operato un coordinamento, poiché, anche se nelle sue più recenti sentenze sembra intravedersi una maggiore attenzione agli interessi fiscali nazionali, essa ha sempre avallato un’interpretazione del diritto comunitario avulsa da ogni riferimento ad un rapporto armonioso tra l’ordinamento comunitario e gli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Riportandosi alle riflessioni della più recente ed attenta dottrina tedesca, SACCHETTO ha anche rilevato che la Corte, al pari di un vero giudice costituzionale, dovrebbe essere più rispettosa di tutti gli interessi espressi nel Trattato.

Secondo le condivisibili conclusioni di SACCHETTO, per evitare che la Corte effettui un'azione invadente rispetto al principio di unanimità è necessario, da un lato, fare maggiore affidamento alla *soft law* e, dall'altro, includere la disciplina dei principi fondamentali della fiscalità all'interno del trattato di Costituzione europea.

Conclusioni dei lavori

Il compito di concludere i lavori è stato affidato a Vito TANZI, il quale ha osservato che, per superare le numerose criticità messe in evidenza dalle relazioni presentate al Convegno sarebbe necessario introdurre strumenti fiscali all'interno dell'Unione europea strumenti fiscali comuni.

TANZI pensa ad un'imposta europea sulle società con un'aliquota molto ridotta (15%) o, in alternativa ad una disciplina uniforme della base imponibile comune (aspetto tecnico), ferma restando la libertà degli Stati membri di stabilire le aliquote (aspetto politico inerente alla sovranità nazionale).

Formulando critiche nei confronti della posizione espressa da Franco GALLO, TANZI ha anche osservato che i principi costituzionali fondamentali degli Stati non sono stabili. La stessa Costituzione italiana è obsoleta (si parla troppo di diritti dei lavoratori e di limiti alla proprietà ma non esiste alcun riferimento al mercato ed alla sua tutela). Da ciò la teoria dei "controlimiti" risulterebbe priva di concreta applicabilità.

Tanzi ha espresso inoltre un forte scetticismo in ordine ai risultati attesi dallo scambio di informazioni come strumento per contrastare le frodi e l'evasione fiscale in ambito europeo ed internazionale. Secondo TANZI, tale rimedio si presenta privo di concreta efficacia sia per i suoi elevati costi, sia per le preclusioni nascenti dalle notevoli differenze nei limiti legali nazionali (quali quelli in materia di segreto bancario e di anonimato nel possesso dei titoli azionari) e nelle regole di determinazione della base imponibile, sia, infine, per effetto della "barriera linguistica".

Volendo operare una sintesi dei risultati raggiunti, si deve riconoscere che il Convegno di Ravenna ha costituito per tutta la comunità scientifica europea un momento di profonda riflessione sui temi più scottanti dell'agenda di lavoro del processo di integrazione. Senza dubbio, dai lavori congressuali sono scaturiti importanti punti fermi e validi spunti per affrontare le numerose situazioni di incertezza interpretativa e di disagio istituzionale tuttora aperte.

Federica Persano, La cooperazione internazionale nello scambio di informazioni – Il caso dello scambio di informazioni in materia tributaria (Giappichelli Editore, 2006)

Pietro Selicato*

The book offers an analytical comment on the various instruments of international and European Community law governing the exchange of information for tax purposes.

It has the first merit to holistically arrange and substantially update the topic in a publishing landscape, where relevant publications have been mainly fragmental.

The bibliography is comprehensive, enriched by an extremely good list of cited foreign authors, which is properly used by way of many and correct references.

Already the introduction gives a general view of the fundamentals of the international tax cooperation to better frame the analysis in the following chapters.

The traditional concepts of international tax law, in particular the limits to the taxing rights of States, are reconstructed in a correct and articulate way.

It is worth of a special mention – also because it is poignantly commented – the assembling of all the scholarship on the controversial issue whether or not the foreign tax credit may be protected.

In particular, in the introduction the author outlines the origins of international tax cooperation: she analyses the developments, in theory and in practice, of mutual administrative assistance between States while implementing their respective taxing powers, she surveys traditional legal instruments directed to liaison the tax authorities in the context of international cooperation in tax matters, and she describes the genesis of the first double taxation treaties following the adoption of the OECD Model Convention, taking into account the United Nations Model Convention, too.

Chapter II deals with the exchange of information following the OECD and United Nations Models: here the author examines thoroughly the scope, items and persons covered, as well as the limits concerning the exchange based on Article 26 of the OECD Model Convention.

Within the economy of the work, the 2002 OECD Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters is adequately analysed: the OECD adopted it specifically in order to regulate the international administrative assistance for tax purposes through the exchange of information, as well as to combat harmful tax practices of States or territories with a preferential tax regime. On this Model, the reader could refer to SELICATO, *Il Modello di convenzione OCSE del 2002 in materia di scambio di in-*

* Translation by Claudia Calogero.

formazioni. *Alla ricerca della reciprocità nei trattati in materia di cooperazione fiscale*", in this *Rivista*, 2004, no. 1, p. 11.

The analysis of this Model Agreement, in its two alternative versions, bilateral and multilateral, enables the author to make a critical and thorough comparison between these mechanisms of inter-governmental cooperation.

Of particular interest, also in account of the developments these instruments are prospected to have according to huge amounts of scholarship, is Chapter III, dedicated to the analysis of major multilateral treaty instruments.

In this regard, the effort made to historically reconstruct the international instrument of multilateral cooperation appears appreciable: from the first multilateral double taxation convention, signed among the States emerged after the dissolution of the Austro-Hungarian Empire, in the very first twenties of the last century, to the 1971 Andean Pact signed among Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador and Peru and the 1983 Nordic Tax Convention against double taxation in direct taxes among Scandinavian countries, through the multilateral conventions among COMECON countries in 1970s, the author critically outlines the evolution of this inter-governmental cooperation instrument.

Particular attention is then given to the analysis of the *Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* (MAAT), signed in Strasbourg in 1988: the author's choice can be agreed upon if considering the features of the Joint Council of Europe/OECD Convention, that is the multilateral structure, as well as its territorial effects that are not meant to cover only a restricted geographical area, being ambitiously "global" since its genesis.

It is praiseworthy in this regard also the critical reconstruction, by way of accurate references to international law scholarship, of the interaction between the 1988 Strasbourg Convention and the OECD Model Convention against double taxation, where special emphasis is put on the possible influence the Strasbourg Convention exerted on the specific clause governing administrative assistance in tax collection adopted in the 2003 OECD Model version.

In the light of the broad analysis made on the 1988 Strasbourg Convention, it is to recall that Italy is a signatory party, having ratified it by Law no. 19 of 10 February 2005, Official Journal – G.U. – no. 48 of 28 February 2005, almost at the same time as France did (1st March 2005). On these recent ratifications of Italy and France, see CAPOSTAGNO, *L'Italia e la Francia ratificano la convenzione congiunta dell'OCSE e del Consiglio d'Europa relativa all'assistenza amministrativa reciproca in materia fiscale*, in this *Rivista*, 2005, no. 1, p. 193.

Chapter IV deals with the core issue of the book, the exchange of information in the European Community context; it is distinguished in two sections: the first one gives a balanced review of legal foundations of administrative assistance in tax matters between Member States, as completed with broad references to the European Court's case-law, while the second one analyses relevant current rules.

The part devoted to the exchange of information between EU Member States expands almost exclusively on direct taxation, one paragraph only treating of VAT.

Moreover, even if a specific mention is given to Council Directive no. 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments, there are no adequate references to the domestic legislation transposing the Directive.

Finally, it would have been useful to complete the interesting review by referring also to rules concerning international cooperation performed by the European Anti-fraud Office (OLAF) and in customs matters.

It is however to positively remark that the author points to the on-going evolution towards a sort of emulation among the various cooperation instruments, which is analysed in-depth also by emphasizing the broader scope of inter-governmental tax treaties, in particular with reference to administrative assistance in tax collection.

It is, on the whole, a sufficiently updated, agile and complete work, which outlines the main investigation paths to the international cooperation in tax matters.

Federica Persano, La cooperazione internazionale nello scambio di informazioni – Il caso dello scambio di informazioni in materia tributaria (Giappichelli Editore, 2006)

Pietro Selicato

L'opera in analisi offre un commento analitico dei diversi strumenti del diritto internazionale e comunitario che disciplinano lo scambio di informazioni in materia tributaria.

Il suo principale pregio appare quello di aver prospettato l'argomento in una forma organica e sostanzialmente aggiornata, nell'ambito di un panorama editoriale nel quale, invece, la materia è stata affrontata, per lo più, in maniera frammentaria.

La rassegna bibliografica si presenta ampia e completa, arricchita da un'ottima base di autori esteri, opportunamente utilizzata per numerosi e puntuali richiami.

Già nell'introduzione viene fornita una prima panoramica dei principi fondamentali della cooperazione amministrativa internazionale in materia fiscale, utile a meglio collocare l'analisi sviluppata nei capitoli successivi.

Opportuna e ben articolata la ricostruzione dei concetti tradizionali del diritto internazionale tributario, in particolare i limiti alla potestà impositiva degli Stati.

Degna di nota, anche per le puntuali osservazioni che la accompagnano, la rassegna dottrinale relativa al controverso tema della possibile tutela da attribuire al credito tributario straniero.

Nell'introduzione, in particolare, si tratteggia un quadro esauriente delle origini della cooperazione internazionale in materia tributaria, attraverso l'analisi degli sviluppi, anche pragmatici, della reciproca assistenza interstatale nell'attuazione delle rispettive potestà tributarie, la ricognizione dei classici strumenti normativi diretti a realizzare il coordinamento fra autorità fiscali nell'ambito di una procedura di assistenza tributaria internazionale, nonché la genesi dei primi trattati in materia di doppia imposizione con l'istituzione del Modello di convenzione OCSE, senza tralasciare quello ONU.

Allo scambio di informazioni sulla base dei modelli adottati in sede OCSE ed ONU viene dedicato l'intero secondo capitolo, nell'ambito del quale si approfondiscono gli scopi, gli ambiti oggettivo e soggettivo, nonché i relativi limiti, dello scambio di informazioni sulla base dell'articolo 26 del Modello di convenzione.

Nell'economia dell'opera appare anche adeguato lo spazio dedicato all'analisi dell'*OECD Agreement on Exchange of Information on Tax Matters* del 2002, il modello di accordo specificamente dedicato all'assistenza tributaria internazionale tramite scambio di informazioni adottato dall'OCSE anche al fine di contrastare le pratiche fiscali dannose di Stati o territori con regimi fiscali privilegiati. Su questo particolare modello di accordo si rinvia il cortese lettore a 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 questa Rivista, 2004, n. 1, p. 11.

L'analisi dell'Agreement in parola, predisposto in due diverse versioni, tra loro alternative, l'una bilaterale e l'altra multilaterale, consente all'Autrice di svolgere un approfondimento critico del confronto tra tali paradigmi di collaborazione inter-statale.

Di particolare interesse, anche in considerazione dello sviluppo che tali strumenti, secondo copiosa dottrina, potrebbero avere in futuro, è apparso il terzo capitolo, dedicato proprio all'analisi dei principali mezzi convenzionali multilaterali.

A tale ultimo riguardo, appare apprezzabile lo sforzo dedicato alla ricostruzione storica della fattispecie dello strumento internazionale di cooperazione a struttura multilaterale: dalla prima convenzione multilaterale in materia di doppia imposizione, conclusa tra gli Stati emersi dal crollo dell'impero austro-ungarico, nei primissimi anni '20 del secolo scorso, al Patto Andino del 1971 fra Bolivia, Cile, Colombia, Ecuador e Perù, alla *Nordic Tax Convention* del 1983 contro la doppia imposizione in materia di imposte dirette fra gli Stati scandinavi, passando per le Convenzioni multilaterali fra i Paesi del Comecon degli anni Settanta del novecento, l'autrice tratteggia criticamente, infatti, le linee evolutive che hanno caratterizzato tale strumento di collaborazione tra Stati.

Ampio spazio poi, in particolare, viene dato all'analisi della *Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* (MAAT), fatta a Strasburgo nel 1988: si tratta di una scelta, relativa all'economia dell'opera, che appare condivisibile in considerazione delle peculiarità che caratterizzano detta Convenzione congiunta dell'OCSE e del Consiglio d'Europa, enucleabili nella struttura multilaterale, appunto, nonchè nella circostanza che la sua efficacia territoriale non è limitata ad un'area geografica circoscritta, caratterizzandosi, fin dal momento genetico, per le ambizioni “globali”.

Pregevole, in proposito, anche la ricostruzione critica, svolta attraverso precisi riferimenti alla pubblicistica internazionale dedicata, del rapporto tra la detta Convenzione di Strasburgo del 1988 e i Modelli OCSE di convenzioni contro le doppie imposizioni, con particolare enfasi sulla possibile influenza da quella esercitata rispetto all'introduzione nella versione del 2003 del Modello OCSE della specifica clausola volta a regolare la cooperazione internazionale in tema di riscossione del tributo.

Alla luce dell'ampio spazio dedicato nel testo in analisi alla Convenzione di Strasburgo del 1988 si ricorda che, tra i Paesi aderenti si annovera anche l'Italia, la quale ha ratificato la Convenzione con legge 10 febbraio 2005, n. 19, pubblicata nella G.U. n. 48 del 28 febbraio 2005, quasi contestualmente alla Francia (1° marzo 2005). Sui recenti provvedimenti di ratifica da parte dell'Italia e della Francia si veda il commento di CAPOSTAGNO, *L'Italia e la Francia ratificano la convenzione congiunta dell'OCSE e del Consiglio d'Europa relativa all'assistenza amministrativa reciproca in materia fiscale*, in questa Rivista, 2005, n. 1, p. 193.

La tematica circa la natura dello scambio di informazioni in ambito comunitario, che più caratterizza il lavoro, è ampiamente trattato nel quarto capitolo, articolato in due sezioni: nella prima viene svolta una equilibrata trattazione in ordine alle basi giuridiche delle collaborazioni degli Stati membri in materia fiscale, corredata da ampi richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia, mentre nella seconda vengono analizzate le norme esistenti in materia.

La parte dedicata allo scambio di informazioni tra gli Stati membri U.E. si sofferma in modo pressoché esclusivo sulla materia delle imposte dirette, limitando ad un solo paragrafo la trattazione in materia di IVA.

Inoltre, sebbene una specifica menzione sia dedicata alla Direttiva n. 2003/48/CE del 3 giugno 2003, in materia di tassazione dei redditi da risparmio, sotto forma di pagamenti di interessi, mancano adeguati riferimenti alla normativa di recepimento nazionale.

Infine, sarebbe stato utile a completare l'interessante rassegna anche un riferimento alla disciplina dell'attività di cooperazione internazionale svolta dall'Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode (OLAF) ed a quella relativa alla cooperazione in materia doganale.

Da rilevare, comunque, quale elemento positivo, la segnalazione critica circa la tendenza evolutiva verso una sorta di emulazione tra i diversi strumenti di cooperazione, che nel testo viene anche approfondita attraverso l'enfasi attribuita all'ampliamento dell'oggetto dei relativi strumenti pattizi interstatuali in materia tributaria, specie con riferimento all'assistenza in tema di riscossione.

Nel complesso, si tratta di un testo sufficientemente aggiornato, agile e relativamente completo, nel quale si enucleano le principali direttrici di indagine circa lo stato della cooperazione internazionale in materia fiscale.

