



Prof. Avv. PIETRO SELICATO
Via Ferdinando Galvani n. 89
00191 ROMA - Tel. 36307417

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

Diretta da / *Editors*
ANDREA AMATUCCI - GIOVANNI PUOTI - VICTOR UCKMAR

1.2000

gennaio-aprile



Editoriale Tributaria Italiana S.p.A. - Roma

2000

**Finalmente una banca dati
tributaria on line, efficiente, veloce
completa e...**

...ora anche in internet!

fisconline[®] 2

**E' così perché nasce dai ventuno anni di
esperienza della rivista "il fisco"!!!**

La nuova Banca Dati tributaria ON LINE contiene, coordinati e annotati, tutti i più importanti provvedimenti normativi di carattere fiscale emanati successivamente alla riforma tributaria del 1972 (nonchè quelli precedenti ancora in vigore) oltre alle più rilevanti circolari e note del Ministero delle Finanze e decisioni delle commissioni tributarie, giurisprudenza, commenti esplicativi, scadenziario fiscale e archivio storico.

AGGIORNATA IN TEMPO REALE!!!

Per la consultazione è sufficiente un abbonamento ad Internet!!!*

* La ETI mette a disposizione la sua rete privata Intranet in alternativa ad Internet.

Attraverso la rete Intranet il servizio è consultabile anche in ambiente operativo DOS.

Ulteriori informazioni o materiale illustrativo o visita di un esperto potranno essere richieste all'editore per
Fax 06.32.17.808
o per lettera indirizzata a:

**ETI S.p.A.
V.le Mazzini, 25
00195 Roma**



**HOME PAGE "il fisco" - <http://www.ilfisco>
- CEDOLA ABBONAMENTI -
<http://www.ilfisco.it/cedolaab.htm>
E-MAIL: mc9423@mcmlink.it**

Prof. Avv. **PETRO SELICATO**
Via Ferdinando Galiani n. 68
00191 ROMA - Tel. 96307417

Esc. ...
lett. c. ... 1972)

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

DIRETTA DA

EDITORS

Andrea AMATUCCI · Giovanni PUOTI · Victor UCKMAR

COMITATO SCIENTIFICO

SCIENTIFIC BOARD

Ruben ASOR REY (*Argentina*) - Domenico DA EMPOLI (*Italia*) - Feng DATONG (*Cina*)
Patrick DIBOUT (*Francia*) - Hans FLICK (*Germania*) - Gábor FOLDES (*Ungheria*)
Eusebio GONZÁLES GARCÍA (*Spagna*) - Hubert HAMAEEKERS (*Olanda*) - Haron JORAN (*Israele*)
Hiroshi KANEKO (*Giappone*) - Joachim LANG (*Germania*) - Leonardo PERRONE (*Italia*)
Claudio SACCHETTO (*Italia*) - Stanley SIEGEL (*U.S.A.*) - Josè Manuel TEJERIZO LÓPEZ (*Spagna*)
Klaus VOGEL (*Germania*)

REDAZIONI

EDITORIAL STAFF

- ROMA** : Pietro SELICATO (*coordinatore*), Gemma CARALLO, Alberto COMELLI, Giuseppe D'ANDREA, Guglielmo FRANSONI, Stefania FUMAROLA, Carla LOLLIO, Giuseppe MARINI, Gianmarco TARDELLA, Silvia Terrados MOLLEDO, Carmine ROTONDARO, Maria Nicola VILLANI, Daniela ZUCCARO.
- NAPOLI** : Enzo PACE (*coordinatore*), Roberta ALFANO, Fabrizio AMATUCCI, Sergio CAIANIELLO, Adriana COMELLA, Daniela CONTE, Francesco Amays d'ANIELLO, Stefano FIORENTINO, Claudia FUSCO, Felice LICCARDO, Maria Pia NASTRI, Nicola PENNELLA, Giancarlo PISACANE, Pasquale PISTONE, Eugenio ROMANELLI GRIMALDI, Carlo ROMANO.
- GENOVA** : Antonio LOVISOLO (*coordinatore*), Andrea BODRITO, Carlo GARBARINO, Giuseppe MARINO, Alberto POZZO.
- BERGAMO** : Gianluigi BIZIOLI (*coordinatore*), Franco ROCCATAGLIATA, Claudia THALMANN, Fabrizio VISMARA.

COORDINATORE DELLE REDAZIONI

PROJECT MANAGER

Pietro SELICATO

SECRETARIA DI DIREZIONE

BOARD ASSISTANT

Gemma CARALLO

DIREZIONE E REDAZIONE

ADDRESS

Viale Mazzini, 25 - 00195 Roma - Tel. 06.32.17.538 - 06.32.17.578
<http://www.ilmisco.it/> E-mail: mc9423@mclink.it

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

DIRETTA DA
EDITORS

Andrea AMATUCCI · Giovanni PUOTI · Victor UCKMAR

QUOTE ABBONAMENTI 2000

1. Abbonamento alla "Rivista di diritto tributario internazionale" (3 numeri l'anno + 1 numero speciale), minimo 250 pagine a numero, L. 200.000 (Euro 103,29; \$ 108,10)
2. Abbonamento alla rivista settimanale "il fisco" (48 numeri l'anno), minimo 10.000 pagine l'anno + abbonamento alla "Rivista di diritto tributario internazionale" (3 numeri l'anno + 1 numero speciale), minimo 250 pagine a numero, L. 600.000 (Euro 309,87; \$ 324,32)
3. Una singola copia della "Rivista di diritto tributario internazionale", L. 70.000 (Euro 36,15; \$ 37,83)

Il pagamento dell'abbonamento può essere effettuato con assegno bancario non trasferibile
o con versamento su c/c postale n. 61844007 intestato a:

Eti S.p.a. Viale Mazzini, 25 - 00195 Roma

Direttore responsabile: **Giovanni Puoti**

Reg. St. Trib. di Roma n. 00654/96 del 27.12.96
Stampa: Tipolitografia Delta Grafica S.r.l. - Città di Castello (Pg)



Editoriale Tributaria Italiana S.p.a. Viale Mazzini, 25 - 00195 Roma
Ufficio abbonamenti: Tel. 06.8713.0382-8713.0272 Fax 06.3217.808-3217.466
<http://www.ilfisco.it/> E-mail: mc9423@mcmlink.it

INDICE

CONTENTS

Sezione I - Dottrina

Section I - Academic Writings

- **Albert J. Rädler**
 - *Limitation of Treaty Benefits in Germany* 11

- **Massimiliano Giorgi**
 - *Permanent establishment in the vat system: internal and community aspects* 23
 - *La stabile organizzazione nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto* 59

- **Roman Seer**
 - *National Law, Double Taxation Agreements and European Law from a German Point of View* 99
 - *Nationales Recht, Doppelbesteuerungsabkommen und Europarecht aus deutscher Sicht* 119

- **Francesco Amays d'Aniello**
 - *Tax regime of European holdings. Considerations on the anti-avoidance provisions contained in the Italian regime of Community dividends* 137
 - *Il regime fiscale delle holding europee. Riflessione a margine della normativa anti-abuso contenuta nella disciplina italiana dei dividendi comunitari* 170

3

Sezione II - Giurisprudenza

Section II - Decisions of the Courts

II - A) Giurisprudenza dell'Unione Europea: EU Case-Law:

Corte di Giustizia delle C.E.
(Rassegna di giurisprudenza)

- 1A) **Custom duties - Drawback of import duties for goods in external Community transit - Competence of the Member State under which the customs office of departure operates - Upon notification of the term to prove the place of infringement - Subsists** (Section I, Judgement October 21 1999, C-233/98) 209
- 1B) **Dazi doganali - Recupero dei dazi all'importazione per merci in transito comunitario esterno - Competenza dello Stato membro della dogana di partenza - Limitatamente all'intimazione del termine per provare il luogo dell'infrazione - sussiste** (Sezione I, Sentenza 21 Ottobre 1999, C-233/98, con nota di Claudia Fusco) . . . 209

- 2A) **Custom Duties – Community fraud with external transit operations – Emergence of customs obligation – Obligation of the customs authorities to notify the liable subject acting in good faith of the possible fraud to his prejudice – Does not subsist** (Section I, Judgement September 7 1999, C-61/98) 213
- 2B) **Dazi Doganali – Frode comunitaria nell’ambito di operazioni di transito esterno – Nascita dell’obbligazione doganale – Obbligo delle autorità doganali di avvertire il soggetto passivo in buona fede dell’eventuale frode a suo danno – Non sussiste** (Sezione I, Sentenza 21 Ottobre 1999, C-61/98, con nota di *Claudia Fusco*) 213
- 3A) **Harmonisation of excise on alcoholic beverages – Directives 92/83/EEC and 92/84/EEC – Different regimes for wine and beer. Clash with art. 95 of the EC treaty – Does not subsist** (Section V, Judgement June 17 1999, C-166/98) 217
- 3B) **Armonizzazione accise sulle bevande alcoliche – Direttive 92/83/CEE e 92/84/CEE – Regimi differenziali per vino e birra. Contrasto con art. 95 del Trattato CE – Non sussiste** (Sezione V, Sentenza 17 Giugno 1999, C-166/98, con nota di *Daniela Conte*) 217
- 4A) **Directive 92/81/EEC – ‘Unconditional’ provisions and ‘sufficiently precise’ – Direct applicability by the national judge – Subsists** (Section I, Judgement June 10 1999, C-346/97) 226
- 4B) **Direttiva 92/81/CEE – Disposizione “incondizionata e “sufficientemente precisa” – Applicabilità diretta del giudice nazionale – Sussiste** (Sezione I, Sentenza 10 Giugno 1999, C-346/97, con nota di *Daniela Conte*) 226
- II – B) *Altre sentenze e decisioni:*
Other cases and judgements:
- 1A) **VAT – Territoriality of the tax – Provision of services of contract by tender – Realisation of an industrial plant in a non EC country – Exclusion of tax – It applies** (Italy, Supreme Court of Cassation, Civil Section I, Judgement 22 March 1999, no. 2643, with note of *Alberto Comelli*) 237
- 1B) **IVA – Territorialità dell’imposta – Prestazioni di servizi di appalto – Realizzazione di stabilimento industriale in un paese extracomunitario – Esclusione dall’imposta – Sussiste** (Corte di Cassazione, Sezione I civ., Sentenza n. 2643 del 22 Marzo 1999, con nota di *Alberto Comelli*) 239
- 2A) **Double Taxation Conventions – Convention Between Italy and the Netherlands – Dividend Distribution to Parent Company – Tax Exemption – Condition required** (Italy, Supreme Court of Cassation, Civil Section I, Judgement 30 July 1999, no. 8266, with note of *Carla Lollo*) 245
- 2B) **Convenzioni contro le doppie imposizioni – Convenzione Italia/Olanda – Distribuzione di dividendi a società madre – Esenzione dalla tassazione – Condizioni richieste** (Corte di Cassa-

zione, Sezione I civ., Sentenza n. 8266 del 30 luglio 1999, con nota di Carla Lollito)	249
--	-----

Sezione III - Documentazione

Section III - Laws, administrative practice and other official documentation

III - A) Italia:
Italy:

1A) VAT - Territoriality of the tax - Goods forwarded to third countries for process - Export - Does not amount to export - Operation contributing to the formation of the ceiling - Does not contribute (Ministry of Finance, Circ. July 15 1999, no. 156/E, with note of Alberto Comelli)	259
1B) IVA - Territorialità dell'imposta - Invio di merci verso paesi terzi per le lavorazioni - Esportazione - non è tale - Concorso alla formazione del plafond - non opera (Ministero delle Finanze, Circ. 15 luglio 1999, n. 156/E, con nota di Alberto Comelli)	261
2A) International conventions against double taxation - Convention Italy/Malta - Permanent establishment - Revenue Authorities to assess whether it exist (Ministry of Finance, Resolution June 10 1999, no. 95/E)	265
2B) Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni - Convenzione Italia/Malta - Stabile organizzazione - Accertamento della sua esistenza da parte dell'Amministrazione finanziaria (Ministero delle Finanze, Ris. 10 giugno 1999, n. 95/E)	265
3A) International legal aid - State of San Marino - Friendly relations and good neighbourliness Convention, March 31 1939 ratified with L. 6/6/1939 no. 1320 - Collection in Italy of fines and pecuniary penalties owed to this State (Ministry of Finance, Resolution October 18 1999, no. 154/E)	268
3B) Assistenza giudiziaria internazionale - Stato di San Marino - Convenzione di amicizia e buon vicinato del 31 marzo 1939 ratificata con Legge n. 1320 del 6.6.1939 - Riscossione in Italia di multe, ammende e pene pecuniarie dovute a detto stato (Ministero delle Finanze, Ris. 18 ottobre 1999, n. 154/E)	268
4A) Effectiveness of the provision and its scope - Territorial limit to the taxing power - Transfer of shares or Italian shareholdings - Contracts stipulated abroad (Ministry of Finance, R.O.R. for Lombardy, Serv. I, Div. I, Note November 2 18 1999)	270
4B) Efficacia della norma nello spazio - Limite territoriale al potere impositivo - Trasferimento di azioni o quote di società di capitali italiane - Contratti stipulati all'estero (Ministero delle Finanze, D.R.E. Lombardia, Serv. I, Div. I, Nota 2 Novembre 1999)	270

5

5A) Assessment – Non resident subject – Service of tax claims – Always carried out within national borders(fiscal domicile) – Need of actual notice – Addressee to be informed at residence abroad – Does not carry legal effects (Ministry of Finance, Circ. January 27 2000 no 16/E)	271
5B) Accertamento – Soggetti non residenti – Notificazione di atti tributari - E' sempre effettuata all'interno dei confini nazionali – Esigenze di effettiva conoscenza – Comunicazione al destinatario presso l'indirizzo del paese estero di residenza – E' priva di effetti giuridici (Ministero delle Finanze, Circ. 27 gennaio 2000, n. 16/E)	272

III – B) *Altri documenti:*
Other documents:

1A) European Community – Tax provisions – Direct taxation – Approximation of legislation – Income from savings in the form of interest – Taxation of interest and royalties between companies belonging to different Member States – Directive proposal (ECOFIN Council, Session November 29 1999, no. 13456/99, Presse 381, <i>with note of Gianluigi Bizzioli</i>)	275
1B) Comunità europea – Disposizioni fiscali – Imposizione diretta – Ravvicinamento delle legislazioni – Redditi da risparmio sotto forma di interessi – Tassazione di interessi e royalties fra società appartenenti a diversi Stati membri – Proposte di direttiva (Consiglio ECOFIN, Sessione del 29 novembre 1999, n. 13456/99, Presse 381, <i>con nota di Gianluigi Bizzioli</i>)	285
2A) EC Commission – Reports of the EC Commission to Council and European Parliament on VAT control and administrative cooperation in the field of in direct taxes (Third report ex art. 14 Reg. . 218/92/CEE and Fourth report ex art. 12 Reg. N. 1553/89/CEE-EURATOM, <i>with note of Gianluigi Bizzioli</i>)	288
2B) Commissione Europea – Relazioni della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo in tema di controllo IVA e di cooperazione amministrativa nel settore delle imposte dirette (Terza relazione ex art. 14 Reg. n. 218/92/CEE e quarta relazione ex art. 12 Reg. n. 1553/89/CEE-EURATOM, <i>con nota di Gianluigi Bizzioli</i>)	294

Sezione IV - Appunti e rassegne
Section IV - Notes and surveys

• Carmine Rotondaro - <i>Major Trends in International Taxation. A report from the 53rd IFA Congress</i>	303
• Pasquale Pistone - <i>Review of Herrera Molina, P.M., Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán, Madrid, 1998, Marcial Pons ed., (pp. 588) (preface by Klaus Tipke)</i>	311

Recensione a Herrera Molina, P.M., Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán, Madrid, 1998, Marcial Pons ed., (pp. 588) (con prefazione di Klaus Tipke) 313

• **Pasquale Pistone**

- *Review of Betten, Rijkele – Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals, Amsterdam, IBFD Publications, 1998 (xxiv – 472)* 316

- *Recensione a Betten, Rijkele – Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals, Amsterdam, IBFD Publications, 1998 (xxiv – 472)* 319

Indici Annuali
Yearly Index

• **Indice alfabetico degli autori** 327
Authors in alphabetical order

• **Indice sistematico** 330
Systematic index

Si precisa che l'autore dell'articolo *Aspects of commercial and tax law linked to the formation of a joint venture corporation in Poland by an Italian enterprise* (Profili di diritto commerciale e tributario connessi alla costituzione di una joint venture societaria in Polonia da parte di un'impresa italiana), pubblicato sul numero 3/1999 della Rivista di Diritto Tributario Internazionale è Alberto Pozzo e non Alfredo Pozzo come erroneamente indicato.

FONDAZIONE ANTONIO UCKMAR

Bando di concorso per l'anno 2000

Art. 1

La Fondazione Antonio Uckmar, con sede in Genova, via Bacigalupo 4/15, allo scopo di onorare la memoria del Prof. Avv. Antonio Uckmar, indice un concorso per l'assegnazione di una borsa di studio per la predisposizione di un lavoro monografico in materia tributaria.

Art. 2

Il concorso è riservato agli studiosi di diritto Tributario, cittadini italiani o stranieri, che alla data di pubblicazione del presente bando abbiano conseguito il dottorato di ricerca in diritto tributario e non siano professori di I e II fascia né ricercatori nelle Università italiane o straniere.

Art. 3

L'assegnazione della borsa di studio comporta l'assunzione dell'impegno da parte del vincitore di consegnare entro 12 mesi dalla proclamazione un saggio monografico in materia di diritto tributario e consente al vincitore di frequentare la biblioteca della fondazione per lo svolgimento della relativa attività di ricerca. Tale studio potrà essere oggetto di pubblicazione ad insindacabile giudizio del Comitato scientifico* della Fondazione, nella collana "Il Diritto tributario" edita dalla Casa editrice Cedam di Padova.

Art. 4

La domanda di ammissione al concorso, redatta in carta libera, deve essere spedita, mediante raccomandata con avviso di ricevimento, alla "Fondazione Antonio Uckmar, via Bacigalupo 4/15, 16122 Genova", entro e non oltre il 31 maggio 2000 (farà fede il timbro dell'ufficio postale accettante) e deve contenere:

- a) un curriculum dell'attività scientifica del candidato;
- b) un elenco delle eventuali pubblicazioni, che dovranno essere allegate alla domanda stessa;
- c) una descrizione del progetto di ricerca che il candidato intende svolgere nell'ipotesi in cui risulti vincitore;
- d) la presentazione del progetto di ricerca da parte di un professore di ruolo nelle Università italiane e straniere, che non sia membro del comitato scientifico della Fondazione, dalla quale risultino le ragioni per le quali si ritiene il progetto meritevole dell'assegnazione della borsa di studio.

La fondazione non assume alcuna responsabilità per eventuali ritardi né disguidi postali o eventuali smarrimenti nel recapito delle comunicazioni dirette ai candidati che siano imputabili a una omessa o tardiva segnalazione del mutamento del recapito indicato nella domanda di partecipazione.

Art. 5

Dopo una prima selezione effettuata in base al curriculum della attività scientifica, alle pubblicazioni ed al progetto di ricerca, il Comitato scientifico della Fondazione eventualmente convocherà i candidati selezionati per un colloquio nel corso del quale essi sono chiamati a discutere il medesimo progetto.

Art. 6

Il Comitato scientifico proclamerà il vincitore anche sulla base degli esiti del colloquio di cui all'art. 5 che precede.

Art. 7

Nel corso dell'attività di predisposizione dell'elaborato il vincitore potrà avvalersi della *tutorship* di un professore di ruolo da esso designato entro sette giorni dalla proclamazione.

Art. 8

La borsa sarà erogata in due fasi: la prima, per ammontare pari a 6.000 EURO, al momento della proclamazione; la seconda, per ammontare pari a 7.000 EURO, previo parere favorevole sul lavoro svolto ad insindacabile giudizio del Comitato scientifico, alla conclusione del saggio monografico.

Art. 9

Dell'assegnazione della borsa la Fondazione Antonio Uckmar si farà carico di dare la più ampia diffusione presso la comunità scientifica.

Per maggiori informazioni sul concorso i candidati potranno rivolgersi alla segreteria della Fondazione Antonio Uckmar, via Bacigalupo 4/15, 16122 Genova (fax 010812656 - e-mail studioge@uckmar.com).

(*) composto dai Prof. Nicola D'Amari, Piera Filippi, Franco Gallo, Raffaello Lupi, Marco Miccinesi, Victor Uckmar

Sezione I - Dottrina
Section I - Academic Writings

Limitation of Treaty Benefits in Germany

Albert J. Rädler *

1. NEW LEGISLATION

Starting to be applicable in 1994, a new paragraph 1a was added to § 50d of the German Income Tax Code ("EStG") in order to restrict in an indirect way certain shareholders of nonresident corporations from benefiting from German tax treaties and the parent/subsidiary directive. The provision was introduced into the EStG by the so-called Anti-Tax Abuse and Technical Corrections Act of 21 December 1993.¹ It should be a new approach to fighting an international tax problem commonly known as "treaty-shopping". The legal text of § 50d (1a) EStG reads as follows:

A foreign company is not entitled to relief from tax (tax exemption or tax reduction according to sec. 44d or to a convention for the avoidance of double taxation) to the extent that persons are shareholders who would not be entitled to the tax relief if they had earned that income directly and if there are no economic or otherwise material reasons for the interposition of the foreign company and if it has no economic activity of its own.²

Consequently, nonresident corporations may not claim tax relief under the parent/subsidiary directive as implemented into German law in § 44d EStG which under certain conditions provides for reduction of dividend withholding tax to qualifying EC parent companies to 5 per cent until 30 June 1996 and since 1 July 1996 for exemption from dividend

* Professor emeritus of International Business Taxation, International Tax Institute University of Hamburg, Senior Tax Partner, Oppenhoff & Rädler, Linklaters & Alliance, Munich.

¹ Law of 21 December 1993, BGBl. I p. 2310.

² 50d (1a) EStG: "Eine ausländische Gesellschaft hat keinen Anspruch auf Steuerentlastung (Steuerbefreiung oder -ermäßigung nach § 44d oder nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung), soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Steuerentlastung nicht zustande, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen, und für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen und sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet."

withholding tax. Tax relief from a tax treaty may even be more important.

Even today, more than five years after its enactment, the application of § 50d (1a) EStG is still unclear in various respects.³ Even commentaries from high-ranking tax officials seem to be contradictory. In this article, first the requirements for the denial of benefits are discussed and then its legal and economic consequences.

2. REQUIREMENTS FOR DENIAL OF BENEFITS

When a nonresident corporation that is resident in another EU-Member State or in a Treaty country claims German tax benefits under the parent/subsidiary directive or under a tax treaty, the benefit is not granted automatically but only after a review under the new § 50d (1a) EStG. Other than the existence of such treaty benefits their denial under this rule is based on three different requirements which have to be fulfilled cumulatively to make this provision applicable. Therefore, one "no" is sufficient to grant the treaty benefits. The three tests are:

- German tax relief is claimed by a nonresident company that has shareholders who would not benefit from that tax relief if they would earn the income directly; and
- there exist no economic or otherwise material reasons for interposing the nonresident company; and
- the nonresident company does not have business activities of its own.

12

³ Selected bibliography: H. Flick, *Deutsche Aktivitäten von Ausländern über ausländische Zwischengesellschaften und die Mißbrauchgesetzgebung des § 50d Abs. 1a EStG*, IStR 1994, p. 223; H.-D. Höppner, *Ausländische Holdinggesellschaften mit deutschen Einkünften - Die neue Mißbrauchregelung in § 50d Abs. 1a EStG - IWB 1996*, F. 3 Gr. 3 p. 1153; H.-D. Höppner, *Nutzung von Doppelbesteuerungsabkommen und § 50d Abs. 1a EStGs in Forum der Internationalen Besteuerung*; Vol. 10, 1997; Krabbe, *Zweifelsfragen zu § 50d Abs. 1a EStG*, IStR 1995, p. 382; H. Krabbe, § 50d EStG, in Blümich, *EStG - KStG - GewStG* (loose leaf); Kraft, *Auslegungs- und Anwendungsprobleme der speziellen Mißbrauchsklausel des § 50d Abs. 1a EStG zur Verhinderung von "Treaty Shopping" bzw. "Directive Shopping"*, IStR 1994, p.370; W. Kumpf, § 50d EStG, in Herrmann/Heuer/Raupach, *Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz* (loose leaf); Ludicke, *Treaty Shopping - § 50d Abs. 1a EStG*, in Piltz/Schaumburg, *Unternehmensfinanzierung im internationalen Steuerrecht*, 1995, p. 102; Strunk, § 50d Abs.1a EStG als Beratungsproblem? IStR 1997, p. 170.

2.1 Benefits derived from the parent/subsidiary directive or a tax treaty

2.1.1 Which benefits?

The first issue is which Directive or treaty benefits may Germany refuse under this provision?

Until the introduction of its para. (1a), § 50d EStG was exclusively concerned with the reduction and the refund of German withholding taxes under a tax treaty. Therefore, a systematic interpretation of its content should indicate that the provision only applies to withholding taxes which would correspond to German-source income otherwise dealt with under § 50d EStG, such as withholding taxes on dividends, royalties, certain interest, artist's and director's fees. However, if one reads the text for itself it may be interpreted to disallow any treaty benefit concerning income tax.

A good example for such benefit would be the usual exemption of capital gains from the sale of a substantial interest in a German company under § 17 EStG. Under this provision in connection with § 49 EStG a nonresident shareholder of a German corporation is subject to German income tax when he sells his share in total or in part, provided the individual shareholder had owned more than 25 per cent of the total stated share capital some time during the last five years. § 17 EStG also applies to nonresident corporate shareholders.

An extensive interpretation of the term "treaty benefits" might also include aspects which are seen more of a technical nature, such as, for example, the definition of a permanent establishment.

§ 50d (1a) EStG is part of the personal income tax code. Its scope of application is generally extended to corporate income tax and also to local trade tax because there are close relationships and interdependences.

In my view, it would definitely go too far to extend its application to treaties concerning other taxes such as on networth or on inheritance.

Surprisingly, according to the official reasoning the new provision should not bring any change to the existing legal situation, but only make it more concrete.⁴ In my view, this statement should be taken as an element in interpreting the new provision in a restrictive way.

⁴ BT-Drucksache 12/5630 p. 65; see H.-D. Höppner, Nutzung von Doppelbesteuerungsabkommen und § 50d Abs. 1a EStG, in: Forum der Internationalen Besteuerung, Vol. 10 1997; Blümich-Krabbe. EStG. 15th ed. § 50d m. no. 66.

2.1.2 *Definition of a foreign company*

According to Höppner,⁵ a high-ranking tax official, the term “company” should be defined according to the relevant tax treaty. This would include corporations, Anstalten, trusts and even partnerships which are taxed as legal entities.

2.1.3 *The time factor*

At which point of time must the requirements be fulfilled? It seems it should be at the time when the taxable payments (dividends, interest, royalties, etc.) are received by the nonresident company.⁶

2.2 **Qualifying shareholders of the foreign company**

The main aspect of the new approach is to look systematically at the shareholders of the foreign company claiming the treaty benefits. The question is whether the shareholder itself is protected by a treaty with Germany; in case that protection is less than in the treaty with the country of the base company, the less advantageous rule should prevail.

These details of the look-through concept would correspond to the classical partnership approach. Its application is discussed later on in detail.

14

2.2.1 *Immediate shareholder or ultimate beneficial owner?*

A main issue is whether this analysis should look only at the immediate shareholder or through subsequent levels of foreign corporations or entities until an individual is identified as the ultimate beneficial owner; for example, when a Dutch corporation is owned by an Antilles company of which the shares are owned by a British Virgin Island entity which in turn is owned by an individual residing both in Monaco and Italy. It seems to be the intention of the German tax administration to take indirect ownership into account.

However, the impact of indirect ownership certainly goes only in one direction. The fact that all shareholders of the base company are resident

⁵ H.-D. Höppner, op. cit. II 2a.

⁶ H.-D. Höppner, op. cit. III 4c.

in a treaty country does not result in the corporate veil being pierced in the other direction.

Example: A Bahamas company is 100 per cent owned by Belgian residents. This does not mean that the Bahamas company may claim a reduction of German withholding tax under the German/Belgian double taxation treaty.⁷

2.2.2 Several groups of shareholders

Another rather unclear situation exists when there are several groups of shareholders. For example, shareholders directly protected by a tax treaty own 60 per cent whereas shareholders not directly protected by a tax treaty own 40 per cent.

Does a majority of treaty-protected shareholders heal the existence of tainted shareholders, so that the corporation can claim 100 per cent of the income as treaty-protected? The answer is whether a pure "look-through" approach corresponds to the wording of the provision which speaks of "to the extent that persons are shareholders...".

It seems, however, that there is no such rule. In my view the Treaties do not allow such a general look-through approach in bona-fide cases. Particularly, the inclusion of bona-fide owners of portfolio shares in a publicly traded company would seem to be contrary to the general principles of anti-avoidance.

15

2.2.3 Domestic German shareholders

A particular aspect is the question how to treat a resident German person who is in turn shareholder of the nonresident corporation claiming tax relief, either alone or together with other German persons or with persons from other countries.

This situation may be subject to the application of the Fourth Part of the Außensteuergesetz concerning Controlled-Foreign-Corporations or to § 42 of the German General Tax Code ("Abgabenordnung - AO") (general anti-abuse provision).

According to the wording of the law persons being residents of Germany would not qualify for special treatment by Germany. This result may be unfair, particularly if the German resident fulfills all the German tax obligations.

⁷ See H.-D. Höppner, op. cit. III 4b.

2.3 No economic or other material reasons for interposing the non-resident company (motivation test)

It seems more practical to apply this second test as the last one because it may be the most difficult one to be decided.

The term "reasons" ("Gründe") should be interpreted as motivation. The motivation concerns the reason why the company, was interposed in the particular transaction for which the tax reduction is requested. Amongst several reasons the most important one should be decisive.⁸

To give a definition of "otherwise material reasons" is almost impossible. They would exist when by them alone they would be sufficient to give good reason for the interposition of the foreign company. Höppner⁹ gives the example of a beneficial owner who tries to camouflage for understandable political or religious reasons his investment in a German company.

2.4 No business activities of the non resident company (activity test)

The general message under this heading is easy: A mere letter box company does not qualify. When the foreign company owns a bona fide business which is connected to the earning of the relevant income, then there is no more further discussion of a limitation of benefits under § 50d (1a) EStG.

Still, there are a number of difficult questions. An important factor may be the existence of own economic functions. Do they have to be performed in the country where the foreign company is resident? The German tax administration feels that a business in a third country would not be sufficient.¹⁰

A similar issue is whether the business activities have to be economically connected to the income on which tax reduction is requested.

Own offices and own personnel are important indicators but do not suffice by themselves. The function of a managing holding company should be sufficient, not however the mere owing of a participation.¹¹

⁸ H.-D. Höppner, op. cit. III 5b (aa).

⁹ H.-D. Höppner, op. cit. III 5b (dd).

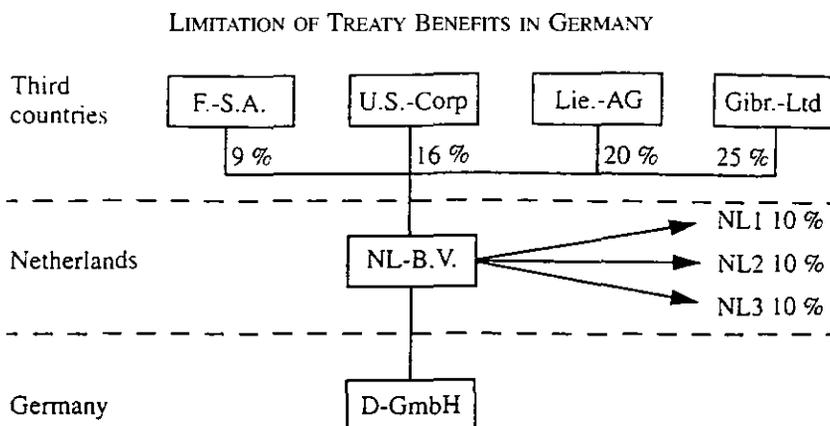
¹⁰ H.d. Höppner, op. cit. III Id.

¹¹ H.D. Höppner, op. cit. III 5^a referring to BFH 10 November 1983, 1984 p. 505; see also K. Sieker: *Geschäftsleitende Holding als Ausweg aus dem Dilemma des § 50d Abs. 1a EStG?* IStR 1966 p.57.

3. THE LOOK-THROUGH APPROACH

A senior official of the Federal Ministry of Finance illustrated the application of § 50d (1a) EStG in accordance with the look-through concept by giving the following example.¹²

A Dutch holding company with no business operations of its own holds the entire capital of a German GmbH (private limited company); the following persons (individuals and corporations) own shares in this Dutch company (see diagram):



(1) three individuals resident in the Netherlands, each owning 10 per cent,

(2) a French société anonyme owning 9 per cent,

(3) a US corporation owning 16 per cent,

(4) a Liechtenstein AG owning 20 per cent and

(5) a Gibraltar private limited company (Ltd.) owning 25 per cent.

If the German GmbH distributes dividends to its 100 per cent Netherlands parent company the consequences will be the following, based on the look-through concept, taking conceptually away the corporate veil of the Dutch holding company:

¹² Reported by Jens Blumenberg, Application of New Treaty-Shopping Provision (§50d (1a) Income Tax Code) by the German Tax Authority, Tax Letter Europe, 24 October 1994.

(1) The three individuals resident in the Netherlands could take advantage of the relief provided by the German/Dutch double taxation Treaty: the dividends attributable to these persons (30 per cent in total) would thus be subject to a reduced rate of withholding tax in Germany of 15 per cent instead of 25 per cent (Art. 13 (3) German/Dutch double taxation treaty).

(2) The situation with respect to dividends attributable to the French S.A. (9 per cent) would be as follows: The reduced withholding tax of 0 per cent as provided under the parent/subsidiary directive (§ 44d EStG) would not be applicable, because the French S.A. (indirectly) owns less than 10 per cent of the shares of the German GmbH. However, under the German/French double taxation treaty a reduced withholding tax rate of 15 per cent - instead of the statutory rate of 25 per cent - applies to portfolio participations (Art. 9 (2) German/French double taxation treaty).

(3) With respect to the dividends attributable to the US corporation (16 per cent), a reduced withholding tax rate of 5 per cent instead of 25 per cent would apply because the US corporation could claim such relief if it earned the dividends directly (as per Art. 10 (2)(a) German/US double taxation treaty).

18

(4) In the absence of a German/Liechtenstein double taxation treaty, the dividends attributable to the Liechtenstein company owning 20 per cent would be subject to the normal German withholding tax rate of 25 per cent.

(5) Finally, the situation with respect to the Gibraltar private limited company, owning 25 per cent would be as follows: The provisions of the EC-Treaty are valid for Gibraltar (Art. 227 (4) EC-Treaty); however, the parent/subsidiary directive is not applicable, because the Gibraltar company does not fulfill the prerequisites of its Art. 2. It is not subject "without option to one of the taxes named in Art. 2 (c), or to a substitute tax without being exempt therefrom". As the Gibraltar company is not entitled to benefits of a double taxation treaty either, the full withholding tax rate of 25 per cent would be levied.

Consequently, I come to the following conclusions:

Based on a pure look-through concept the reduction of German withholding tax of the Dutch holding company would be calculated as follows:

	Ownership percentage	Withholding tax rate on dividends	Withholding tax in case of a total dividend of 100
Dutch Individuals	30	15%	4.50
French S.A.	9	15%	1.35
US corporation	16	5%	0.80
Liechtenstein corporation	20	25%	5.00
Gibraltar corporation	25	25%	6.25
Total	100		17.90

This approach would result in a German withholding tax of 17.90 per cent instead of a domestic rate of 25%.

In my view, this result, however, cannot be accepted under general principles of anti-avoidance measures:

The Dutch holding company still has a majority (55 per cent) of bona fide shareholders, to which I count the Dutch, French and US shareholders. The European Court of Justice has never accepted the so-called control theory without well-substantiated reasons for the existence of avoidance in the individual case. Consequently, I believe that at least the 55 per cent shares belonging to the bona fide shareholders could claim the exemption under the parent/subsidiary directive. Then, the average withholding tax rate for the distribution to the Dutch holding company should only be 11.25 per cent.

If there is no indication of tax avoidance by using the foreign company in the specific case I may go even further. I feel that Germany has no right under a treaty, and even under her own case law not to apply the treaty rate, particularly in relation to a Member State of the European Union.

As already mentioned, the new provision has been introduced to counteract earlier case law of the Federal Tax Court ("Bundesfinanzhof"). One of the more important earlier decisions of the Bundesfinanzhof was the so-called Monaco-case.¹³

¹³ 29 October 1981, BStBl. II 1982 p. 150. Recently, this decision was no longer upheld.

A shareholder living in Monaco set up a Swiss based company to acquire a share in a German GmbH, obviously in order to benefit from the German/Swiss double taxation Treaty. The Federal Tax Court saw no case of tax avoidance. It is discussed in German literature whether the principle expressed therein not to apply the general anti-avoidance provision on nonresidents was given up in a later decision.¹⁴

4. RESTRICTIONS BY COMMUNITY OR INTERNATIONAL TAX LAW

High German tax officials believe that the application of § 50d (1a) EStG is not limited by specific provisions on limitation of benefits in the individual tax Treaties, such as the conventions with Switzerland and the United States. In their view, both provisions may be applied concurrently.

In my view, the practical implication of § 50d (1a) EStG goes much further than the one of the much discussed Art. 28 German/US double taxation Treaty. An unrestricted application of § 50d (1a) EStG within the European Union based on a pure look-through concept is in my view in violation of the EC-Treaty, i.e. the right of free establishment and of the free capital market as well as against the parent/subsidiary directive. The European Court of Justice has always rejected the so-called control theory according to which one should look through the company to its shareholders in order to find out whether it qualifies as an EU company.¹⁵

In the recent case of 17 July 1997 C-28/95 A. Leur-Bloem the Court discussed the limits of national rules against tax abuse in connection with the merger directive. The Court said that:

“the Member States must grant tax advantages ... unless those operations have as the principle objective or as one of their principle objectives tax evasion or tax avoidance.

¹⁴ 10 November 1983. BStBl. II 1984 p. 605. In this sense H.-D.Höppner, *op.cit.* against J. Ludicke *op.cit.* p. 104.

¹⁵ See decision of 25 July 1991 case C-221/89 *Factortame* and subsequent decisions of 4 October 1991 C-93/89 *Commission/Ireland*, of 4 October 1991 C-246/89 *Commission/United Kingdom* and of 7 March 1996 C-334/94 *Commission/France*; see also C-151/96 *Commission/Ireland*.

In this regard, the Member States may stipulate that the fact those operations were not carried out for valid commercial reasons, constitutes presumption of tax evasion or tax avoidance.

However, in order to determine whether the planned operation has such an objective, the competent national authorities cannot confine themselves to applying predetermined general criteria but must subject each particular case to a general examination...

In the absence of more detailed Community provision... it is for the Member States, observing the principle of proportionality, to determine the provisions needed for the purpose of applying this provision.

However, the laying down of a general rule automatically excluding certain categories of operations from the tax advantage, on the basis of criteria..., whether or not there is actually tax evasion or tax avoidance, would go further than is necessary for preventing such tax evasion or tax avoidance and would undermine the aim pursued."¹⁶

In my view, § 50d (1a) EStG is going too far. It is remarkable that while there was a vivid discussion concerning the acceptance of Art. 28 of the German/US tax treaty on the limitation of benefits, no such discussion has started on § 50d (1a) EStG.

5. CONCLUSION

The new provision of § 50d (1a) EStG on the limitation of Directive and treaty benefits is a good example of how German anti-avoidance laws are often made.

1. The legal text states a very broad general concept in rather few words.

2. It does not take into account restrictions generated by Community law or international tax law.

3. Technically, the law pierces the corporate veil of the intermediate non-resident company in a very general way which in my view is contrary to general principles of international tax law. Bona fide cases will also be hit.

4. This general concept opens up wide vistas for the tax inspector. Tax planning possibilities will be sharply reduced by introducing insecurity of interpretation of which the full impact may even be unknown to

¹⁶ Judgment of 17 July 1997 C-28/95. *Leur-Bloem* [1997] ECR, I-4161, paragraphs 40 to 44.

the legislators and their helpers from the Ministry of Finance when the law was passed and even today.

5. The insecurity will continue until the Federal Tax Court will have the possibility to render judgment on the issues. Probably the European Court of Justice may also be involved.

Albert J. Rädler

Permanent establishment in the vat system: internal and community aspects

Massimiliano Giorgi

Summary: 1. The tendency to transfer the conventional concept of permanent establishment to the VAT system: a critique; 2. The notion of permanent establishment, fixed establishment, in the ECJ case-law; 3. The conditions for the existence of a permanent establishment in the VAT system compared with the conventional system: differences and analogies; 3.1 The objective element; 3.2 The subjective element; 3.3 The functional element; Type of activity and permanent establishment status; carrying out VAT transactions; 4. The so-called personal permanent establishment; 5. The existence of a permanent establishment in the company controlled by a non-resident; 6. The relevance of a permanent establishment in the VAT system; 6.1 The existence of a 'force of attraction' with regard to the permanent establishment; 6.2 Permanent establishment for VAT purposes: consequences; 7. Conclusion.

1. The tendency to transfer the conventional concept of permanent establishment to the VAT system: a critique.

23

The notion of permanent establishment has been studied in detail with regard to the system of income taxation and to that of the conventional system¹, but has not been so well documented with reference to the system of value added tax, even though it is to this notion that the application of numerous rules refers in the internal taxation system.²

¹ Bibliography on the permanent establishment in conventional law and in internal law in relation to income taxes is extremely vast, however, without presuming to supply exhaustive references seen also the subject being addressed, GALLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, 1136; GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985, I, 385 and ff.; IDEM, *La stabile organizzazione, elemento determinante per la tassazione del reddito d'impresa di soggetti non residenti, "Il fisco"*, 1983, 239 ff.; LOVISOLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1955, I, p. 1139; CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, I, 666; SKAAR, *Permanent establishment*, Kluwer, Deventer, 1991; TARDELLA, *Stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, I, 365 and ff.

² For a review of VAT rules referring to the notion of permanent establishment, see, LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 67 ff.

There is little attention paid to the subject of permanent establishment in the VAT system in literature and this is probably due to the fact that both the revenue authorities³ and internal case-law⁴ have upheld that in such a system one should refer to the notion of permanent establishment as found in conventional law.⁵

The thesis on transposing the conventional notion of permanent establishment in the VAT system has found justification on the one side in the fact that VAT regulations do not contain a legal definition of permanent establishment and, on the other, in the fact that such transposition would protect the unity of the tax system; this thesis, however, does not appear to be sustainable, for two main reasons.

First of all, VAT is a tax founded on a common system of application

For scholars' contributions to the analysis of the notion of permanent establishment in the VAT system, see also ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, II, 105; FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995, 91; FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. Trib.*, 1998, 367 ff.; PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, II, 364 and ff.; TUNDO, *In tema di stabile organizzazione ed iva*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, II, 327 ff.

³ Ministerial Res. June 20th 1987, no. 343504, in *Banca Dati Ipsoa*; *Ris. Min.*, December 7th 1991, no. 501504, *Ibid*.

⁴ Comm. Trib. Centr., Sez. XIII, March 9th no. 1887, in *Banca Dati Ipsoa*; Comm. Trib. Prov. Milano, Div. I, September 12th 1997, no. 238, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, IV, 106, with comment by ADONNINO; Comm. Trib. first instance, Rome, Div. XVIII, July 3rd 1991, in *Banca Dati Ipsoa*; Comm. Trib. First instance, Novara, Div. III, October 1st 1984 no. 807 *ibid*. The Cassation, judgement September 19th 1990, no. 9580, in *Banca Dati Ipsoa*, seems to have moved away from this approach, even if it only evinced that "the concept of permanent establishment", for the purposes of VAT taxation of foreign companies, is a different and vaster concept compared to that of secondary place of business for which art. 2506 states compulsory disclosure in the same way as for companies constituted within the State. The tax legislation aforementioned refers to facts, made known to the Office in the ways established in art. 35, 1st subsection, relating to the intention of the subject, non-resident in Italy, without domicile or registered office, to conduct business and which (facts), besides possessing the characteristic of permanence, expressly required, which presupposes establishing regular contact with well-defined people and places, should involve goods and working activities, that with a functional autonomy, are finalised to the production and/or exchange of goods or services". Ascertaining the existence "of a permanent establishment, that art.7 cit. equals to residence, falls to the judge whose task it is to accurately supply the reasons for his decision.

⁵ FAZZINI, agrees with this approach, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995, 91; LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 67 ff.; PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, II, 367; TUNDO, *In tema di stabile organizzazione ed iva*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, II, 327 and ff.

and therefore, to pinpoint the necessary notion on how it operates ⁶, one needs to refer to a system such as the one defined by Community directives and by ECJ⁷ case-law.

The European Communities Court of Justice has repeatedly upheld the autonomy of the notions that are relevant in terms of a common system of value added tax⁸ and has, therefore, evinced how there is room for notions - as expressed in other systems - to be recognised in a common system of value added tax, but only where such notions do not touch the exact application of Community directives.⁹

Therefore, the extent to which conventional rules can contribute in terms of supplying definitions should be evaluated in the light of the principles established by the Court of Justice in matter of the acceptance, in the VAT system, of notions borrowed from other legal systems¹⁰. As we shall see, the notion of permanent establishment seems to differ from the conventional one in a number of ways.

Secondly, the reception of the conventional notion of permanent esta-

⁶ On the relevance of Community rules and ECJ case-law when interpreting VAT provisions of the systems of member states, see, COMELLI, *Profili teorici dell'Iva comunitaria*, Roma, Ed. Provv., 1996.

⁷ On the integration of Community law by the ECJ see, MENGOLZI, *Il diritto della Comunità Europea*, in Galgano, *trattato di diritto commerciale e il diritto pubblico dell'economia*, 1990, Vol. XV, 120-121 and 251 and ff.

On the *effet utile* and *effet necessaire* in the interpretations of the ECJ, IDEM, *ibid.*, 306 and ff.

⁸ The autonomy of VAT notions compared to notions of corresponding institutes borrowed from other systems has, moreover, been stressed by illustrious scholars: ADONNINO, *Impact des notions du droit civil sur le regime TVA*, Relazione al convegno di Treves, October 24th-25th 1996, *Accademie de droit européen de Treves, Un system commun de TVA - Quelle strategie?*; BOSELLO, *Relazione al convegno di studio su "L'attuazione delle direttive comunitarie in materia tributaria: l'esperienza dell'imposta sul valore aggiunto"*, Bologna September 26th-27th 1997, 7 and ff.; GALLO, *Problematiche fiscali della fusione*, in "Il fisco", 1992, 7573.

⁹ Judgement October 4th 1995, case C-291/92, *Armbrecht*, in *Racc.*, I-2807 and ff.. The Court underlined the autonomous content of the notions adopted in the directive also in the following cases: *Nederlandse Ondernemingen*, judgement Feb. 1st 1977, case 51/76; *Comune di Carpaneto Piacentino*, judgement October 17th 1989, cases 231/87 and 129/88; *Shipping and forwarding*, Feb. 8th 1990, C-320/88; *Recaudadores de las Zonas primera y segunda*, judgement July 25th 1991, C-202/90.

¹⁰ TESAURO, *Appunti sulla illegittimità delle norme Iva relative agli enti pubblici*, in *Boll. Trib.*, 1987, 1757, states that that with a view to applying directives directly, for a tax like VAT" one should proceed with examining Community rules first and then, internal ones (interpreting the latter group in the light of the former group which would overrule should there be a clash).

In this respect, see also COMELLI, *Profili teorici dell'Iva comunitaria*, Roma, Ed. Provv., 1996, 5 ff.

blishment, if based on the convention applicable to the non-resident can lead to discriminating non-residents because of the convention that is applied to them; those who uphold that the conventional notion of permanent establishment should be applied for VAT purposes, have pointed out that one should refer to the Convention applicable to the non-resident and, where this is lacking, to Model Conventions.¹¹

To use the notion of permanent establishment on the basis of the convention applicable to non-residents, might mean using different notions according to the non-resident's country of residence¹² hence, the different notion of permanent establishment in relation to the convention that is applicable would determine a violation of the principle of non-discrimination which, as highlighted by the Court, even in the Lease Plan case, establishes, according to the Court's own settled case-law, that one cannot apply different rules to analogous situations.¹³

The view expressed by the ECJ case-law allows one to immediately exclude that the notion of permanent establishment may be differently constructed according to conventional rules applicable to non-residents, since this would mean allowing access to different notions of permanent

¹¹ LUDOVICI; *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 74 footnote 8; FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995, 91 that highlights how in order to "pinpoint the elements characterising a permanent establishment, one needs to refer to international conventions where possible - once they have been ratified, they become laws of the state - instead, where no specific convention has been stipulated with the state to which the foreign subject belongs, one should refer to what is established in the model adopted by the Oecd in 1977; the corresponding clauses of bilateral agreements stipulated by Italy follow this model. "

¹² See, LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 74, footnote 8, that after noting how "peculiar it is that the notion of permanent establishment recognised in internal law might change according to the foreign subject's residence and to the convention against double taxation applicable each time" highlights that with this last statement one does not mean to say "that the definition contained in the individual conventions applicable each time is not relevant (at least, in relation to the taxes contemplated in the above mentioned conventions): this definition will be of primary importance where it is more favourable compared to that contained in the Oecd Model Convention".

¹³ According to the Court's settled case-law, discrimination consists in applying different rules to the same situations or in applying the same rule to different situations. See, as announced by the Court, judgement May 7th 1998, case, C-390/96, *Lease Plan*, in *Celex*, see judgement Feb. 14th 1995, case C-279/93, *Schumacker*, in *Racc.*, I-225, point 30, and also the pronouncements in: *Schul*, judgement May 5th 1982, case 15/81, in *Racc.*, 1409; *Schul II*, judgement May 21st 1985, case 47/84, in *Ibid.*, 1501; *Drexel*, judgement Feb. 25th 1988, case 299/86, in *Ibid.*, 1228; *Commissione v. Regno di Spagna*, judgement Feb. 26th 1991, case C-120/86, in *Ibid.*, I-651; *Commissione v. Re*

establishment according to the different conventional regime to apply; a fact that appears to be inadmissible in a common system taxation.

The correspondence between the notion of permanent establishment in the VAT and in the conventional systems should be looked over in relation to the definition of permanent establishment as supplied in the model convention and its commentary, rather than to the definitions as they emerge from individual conventions. But, as already stated and as we shall later see, the notion of permanent establishment pinpointed on the basis of the Oecd model appears considerably different both in terms of constituent elements and scope of application.¹⁴

2. The notion of permanent establishment, as fixed establishment, in the ECJ case-law.

The Court of Justice has often had to pronounce itself, as a preliminary question, on the notion of fixed establishment contained in art. 9, par. 1, of the sixth directive¹⁵; this notion has been received in internal law

pubblica italiana, judgement Feb. 26th 1991, C-119/89, in *Ibid.*, 635.

On this theme, see also: ADONNINO, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra Paesi membri secondo le norme Cee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1993, I, 63; BURGIO, *Doppia imposizione Iva*, in *Il fisco*, 1987, 6107 ff.; CROXATTO, *Normativa comunitaria e disciplina comunitaria e disciplina Iva all'importazione*, in *Dir. Comm. Int.*, 1988, 332; FILIPPI, *Mancata esecuzione da parte della Repubblica italiana di una sentenza della Corte di Giustizia che accerta un inadempimento e riflessioni sul principio di non discriminazione*, cit., 1993, II, 435; SACCHETTO, *I divieti di discriminazione contenuti nell'art. 95 Cee. L'evoluzione dell'interpretazione della Corte di Giustizia e l'applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1984, p.499; BRACCIONI, *Ancora sull'Iva all'importazione di beni ceduti da privati nell'ambito comunitario*, *Ibid.*, 1987, 423; PORCELLI, *Ancora sulla doppia imposizione Iva all'importazione*, *Ibid.*, 1992, II, 561; PISTONE, *Il processo di armonizzazione in materia di Iva ed i limiti alla derogabilità della normativa comunitaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1997, II, 799 ff.

¹⁴On the different model conventions, see, MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, 150 ff.; GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990; VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1996, 271 ff.

¹⁵The interpretation of a rule of Community law, as carried out by the Court of Justice exerting the authority that art.177 confers upon it, clarifies and defines, if necessary, the meaning of the rule as was intended to be understood and applied from the moment of its entry into force", Court of Justice, judgement July 6th 1995, case C-62/93, *BP Soupergaz*, in *Celex*.

The same principle has been affirmed also in internal law by the Court of Cassation, Civil Cass., Division I, June 25th 1988, no. 4286, in *Banca Dati Ipsoa*. When the internal provision clashes with Community rules, "in the binding interpretation sup

adopting the expression permanent establishment in lieu of fixed establishment.¹⁶

In terms of the VAT system, the two expressions should be considered interchangeable, if one deems that the expression 'permanent establishment' has been used by the domestic legislator in order to receive the Community notion of 'fixed establishment' even on other occasions, for example, in art. 38 ter, D.P.R. 633/72 acknowledging the Community regulations in matter of VAT refunds to non-residents as established in the eighth directive.

In Community law,¹⁷ however, it seems that the two expressions above mentioned cannot be considered to be the same. The directive of the Council July 13th 1990 concerning the common fiscal regime to apply to mergers, splits, capital contributions and share exchanges concerning companies of different member states, uses the term, permanent establishment, and not fixed establishment in articles 5,6 and 10.

The notion of fixed establishment is not defined in the sixth directive, in the same way as the notion of permanent establishment is not contained in internal law; to reconstruct the notion of permanent establishment in the VAT system one needs therefore to refer to the principles affirmed by the Court of Justice in relation to the criteria for locating a fixed establishment.

28

plied by the ECJ...said clash establishes, in the light of the principles set down by the Constitutional Court with judgements no.170, 1984 and no.113 1985, the non-application of the internal rule (with the consequent declaration of illegality of the measure inflicting an administrative sanction for failing to observe it)".

The Court of Justice has affirmed that "in the presence of domestic law provisions that clash with Community law, it is settled case-law that the national judge is under the duty to give full effect to Community law by disapplying on its own initiative provisions of national law conflicting with it", Court of Justice, judgement March 13th 1997, Case C-358/95, *Morellato contro USL Pordenone*, in *Celex*.

¹⁶ Judgement May 7th 1998, case C-390/96, *Lease Plan*, cit.; July 17th 1997, case C-190/95, *Aro-Lease*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1997, III, 4, with comment by ARMELLA, *Il regime Iva delle operazioni di leasing dei mezzi di trasporto in ambito comunitario*; judgement Feb. 20th 1997, case C-260/95, *DFDS*, in *Racc.*, 1005, but also in *Riv. Dir. Trib.*, 1997, II, 585ff. with comment by ARMELLA, *Il regime Iva delle agenzie di viaggi*; judgement May 2nd 1996, case C-231/94, *FG-Linien*, in *Racc.*, 2395 ff.; judgement July 4th 1985, case 168/84, *Berkholz*, in *Racc.*, 2251ff.

For a summary of the ECJ case-law on permanent establishment in the VAT system see, BALDWIN, *Fixed business and permanent establishment*, in *The Tax Journal*, 1997, 13 and ff.

¹⁷ FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. Trib.*, 1998, 377; STEIMLE-CUGINI, *I problemi relativi alla stabile organizzazione: confronto con esperienze straniere e suggerimenti operativi*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, edited by Victor Uckmar and Carlo Garbarino, Milano, (Egea), 1995, 98-99. These authors believe the two expressions coincide.

The Court, following a constant line of decisions, has declared that for a performance of services to refer to a location of business that is different to its base, there needs to be a sufficient degree of permanence and facilities that, in terms of human and technical resources, make it possible that the performance of services be carried out in an autonomous manner.

The conditions specified by the Court of Justice that point to the existence of a permanent establishment in the common system of value added tax appear to be three: the presence of a fixed place available to the non-resident, the presence of human resources and the carrying out of business transactions that constitute taxable supplies for VAT purposes.¹⁸

The conditions pointing to a fixed establishment do not appear to correspond to those required by the Oecd commentary that characterise a permanent establishment in conventional law and, consequently, neither do those elaborated in internal law in relation to income taxation.

It therefore seems opportune to compare the conditions specified by the Court of Justice for a fixed establishment in the common system of value added tax with those characterising the permanent establishment in conventional law so that the differences inherent in this notion are highlighted with reference to the two taxation systems; and this can be done also in the light of the fact that both internal case-law and administrative praxis, apart from the different terminology used, have not come up with a differentiation of the notion for the different tax systems and as mentioned earlier, have transposed the conventional notion to the VAT system.

2

3. The conditions for the existence of a permanent establishment in the VAT system compared with the conventional system: differences and analogies.

The conditions for a permanent establishment if pinpointed on the basis of the Oecd model convention¹⁹ and on the basis of the indications contained in the Commentary of the Model Convention elaborated by the

¹⁸ On the conditions for permanent establishment status in the VAT system see, ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in *Riv. Dir. Trib.* 1998, II, 105. See also, LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 67; FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. Trib.*, 1998, 382; TUNDO, *In tema di stabile organizzazione ed iva*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, II, 331.

¹⁹ LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 72, highlights how the Community notion of permanent establishment does not move away from that specified in the Model Convention drawn up by the Oecd.

same Oecd, appear to be, as already stated, somewhat different to the conditions characterising the permanent establishment in the VAT system²⁰.

The Model Convention drawn up by the Oecd, following a case criterion, does not define, if not implicitly, the notion of permanent establishment; it simply supplies an exemplification of cases in

which an installation may be considered, in which case we talk about Positive List, or may not be considered, Negative List, a permanent establishment²¹.

The notion of permanent establishment is instead explained in the Commentary to the Oecd Model.

Paragraph (5) 2 of the Commentary, after stating how the Model defines permanent establishment the fixed place of business through which the economic activity is partially or totally carried out, highlights that the definition in order to characterise a permanent establishment needs to contain the following elements: the existence of a place of business, the permanence of such a place, the carrying on of the business of the enterprise through this fixed place of business.

The Commentary then points out how, in the Model Convention it is not relevant that the place should contribute to the profits of the enterprise, although it recognises as axiomatic the fact that in a well-run business organisation each part contributes to the productivity of the whole.

The Model Convention, art. 5, par. 4, establishes that, notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2, "when a subject, different to an agent with an independent status, as in par. 6, acts on behalf of a business and in a contracting state regularly exercises an authority that leads to the stipulation of contracts in the name of the business, one can consider that in that state said business has a 'permanent establishment' for every activity carried out by the above mentioned subject for the business, as long as the activities of said person are not limited to those ci-

²⁰ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, II, 105, highlights how the relevance of the Commentary in the interpretation of the convention derives from the fact that the states disagreeing with the interpretation of the Commentary express explicit reservation on the matter, should this note of reservation be lacking, "the interpretation of the Commentary expresses the authoritativeness of the source and of the procedures with which it is drawn up"

²¹The analysis of the notion of permanent establishment in conventional law for the purposes of this paper is confined to the Oecd model; nearly all conventions stipulated between the EU member states have been negotiated on the basis of such model. For a comparative study of the notion of permanent establishment elaborated on the basis of different model conventions, see VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1996, 271 ff.

ted in par. 4, which, if carried out through a place of fixed business, would not allow for this place of business to be considered a 'permanent establishment' according to the provisions of the same paragraph"²².

In conventional law, one distinguishes between material permanent establishment and personal permanent establishment; a distinction based on whether the business activity is carried out directly or indirectly.²³

We have a material permanent establishment when the non-resident operates in a country through a fixed place having functional autonomy.

We have a personal permanent establishment when the non-resident operates in a country not through a fixed place but through an agent (permanent representative) acting for the non-resident.

The existence of a material permanent establishment can be affirmed when the non-resident

has available a fixed place in that country, he is present in the country with a certain continuity and he carries on the economic activity that could, in theory, produce income.²⁴

²²See, AVERY-JONES-WARD, *Agents as permanent establishments und OECD Model Tax Convention*, in *European Taxation*, IBFD, 1993, 154; MAYR, *Agente e stabile organizzazione*, in *File*, 1995, 481 ff.

²³ See, GALLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, 1130 and ff.; CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, I, 666.

²⁴ International doctrine, in its well-known pragmatic approach, has reconstructed the notion of permanent establishment in empirical terms and has pinpointed the characteristics of a permanent establishment in objective elements, subjective elements and functional elements.

Objective elements concern the criteria to locate the base, fixed or non-fixed, where the business is conducted.

The subjective elements concern the connection of the subject to a base where business is conducted and the period in which said connection manifests itself.

The first two elements are not *di per sé* sufficient to have a permanent establishment, but are conditioned by a functional element consisting of the type of activity carried out in the fixed base; an activity that needs to be, in theory, fit to produce income; these elements, in international law, are assessed through *Tests*, normally six tests, grouped in three categories.

Tests: Place of Business Test and Location Test; Right of use Test and Permanence Test; Business Activity Test and Business Connection Test.

Objective elements can be assessed through the *Place of Business Test* and *Location Test*.

Subjective elements can be assessed through the *Right of use Test* and *Permanence Test*.

Functional elements can be assessed through the *Business Activity Test* and the *Business Connection Test*.

See ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, II, 105; see also, SKAAR, *Permanent establishment*, Kluwer, Deventer, 1991.

The elements required to have a permanent establishment in conventional law are also three; such elements that can be defined as objective, subjective and functional,²⁵ appear, however, to be somewhat different to those considered necessary by the Court of Justice to have a fixed establishment in the VAT system.

3.1 The objective element

In terms of the element of a fixed base, it seems that in the VAT system and in that of income taxation there are no significant differences.

The Court has highlighted how the material element necessary in order to have a permanent establishment should consist in facilities presenting a sufficient degree of permanence and within which one can stipulate contracts or take administrative decisions, facilities, therefore, that allow for services to be supplied in an autonomous manner and, the Court has also stressed how in the absence of such element, the non-resident cannot be considered as having a fixed establishment.

In conventions it has been pointed out that the fixed base can consist of not only immovables but also of a movable asset, as long as it is available to the non-resident.²⁶

In the VAT system also it seems that with the availability of a movable asset one can be considered as having a fixed base. In the *Berholz* and *FG-Linien* cases²⁷ it was debated whether one could speak of location of fixed business aboard a ship and the Court did not recognise that the availability of such a space placed in a movable asset could preclude the existence of a permanent establishment, although one should note that the Court excluded the existence of a fixed establishment for reasons different to those linked to the nature of the location.

3.2 The subjective element

The subjective element has been defined as the human presence for VAT purposes and unconventional law, although in this last respect some exceptions can be made.

²⁵ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, II, 105.

²⁶ Oecd Commentary, (5) 2. See, SKAAR, *Permanent establishment*, Kluwer, Deventer, 1991, 119-120; VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, Deventer, 1996, 285-286.

²⁷ Court of Justice, judgement May 2nd 1996, case C-231-94, *FG-Linien*, in *Racc.*, 2395 ff.

The settled case-law of the Court of Justice has it that a fixed business can be considered as fixed establishment "only if said fixed business implicates the permanent presence of human and technical resources necessary to the performance of services and only if said performance cannot be attributed to the provider's base of economic activity".²⁸

The Court has then excluded that "the installation, aboard ships, of automatic machines for games of chance, that necessitate occasional maintenance, may constitute such a fixed business, especially where the permanent base of the manager of said machines supplies a legitimate reference point for the purposes of taxation."

The Commentary to the Oecd Model Convention does not seem to be completely in line with the case-law of the Court of Justice in terms of this last principle.

The Commentary, in paragraph (5) 10, after noting that the activity of the fixed place should be conducted primarily by the entrepreneur or by dependent workers, reads "a permanent establishment may nevertheless exist if the business of the enterprise is carried on mainly through automatic equipment, the activities of personnel being restricted to setting up, operating, controlling and maintaining such equipment. Whether or not gaming and vending machines and the like set up by an enterprise of a State in the other State constitute a permanent establishment thus depends on whether or not the enterprise carries on a business activity besides the initial setting up of the machines. A permanent establishment does not exist if the enterprise merely sets up the machines and then lease the machines to other enterprises. A permanent establishment may exist, however, if the enterprise which sets up the machines also operates and maintains them for its own account. This also applies if the machines are operated and maintained by an agent dependent on the enterprise".

In internal law also, with reference to income taxation, it has sometimes been upheld that the presence of human resources was not a necessary element. With reference to what is established in art. 19 D.P.R. 597/73, it has been noted that "the formula used by art. 19 allows one to affirm that it is not essential that in the establishment there coexist personal and tangible elements. In the silence of the law, one can easily hypothesise a permanent establishment constituted by only one or two natural persons operating with permanence in Italy (for example, agents of the foreign company) or a permanent establishment

²⁸This affirmation is substantially repeated using the same formula in all judgments following *Berkholz* and having as object the interpretation of rules regulating the relevance of a fixed establishment in the application of the tax.

constituted by a completely automatized installation (such as a vending machine).²⁹

In internal law also, however, one has come to exclude the existence of a permanent establishment where fixed places of business operate without human resources, but this has been based on the condition that there be no active role in terms of profit.

It has been highlighted, always with reference to what is dictated in art. 19 D.P.R. 597/73, that in order to have a permanent establishment in Italy the business organisation needs to be 'an "active" reference point with regard to the production of a business income in Italy' and that if one applies said concept "to cases that are borderline to the simple possession in Italy of non-instrumental leased immovables, or at times, also instrumental, but not producing in Italy an independent income - airport warehouses, tracts of oil pipelines or long-distance power lines transporting energy or fuel to Italy from abroad - one can easily note how such assets lack this requisite of 'active' instrumentality, that is, they do not, on their own, contribute in Italy to the production of business income."³⁰

One should also note how the relevance of installations through which an activity may be carried out autonomously has been differently assessed with conventions; in the German case-law, for example, an oil pipeline was considered permanent establishment in that such installation was deemed to autonomously contribute to the production of income,³¹ whereas Italian administrative praxis and case-law, for example, have excluded that simply having immovables or even leasing points to a permanent establishment.³²

²⁹ GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985, I, 391.

³⁰ GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985, I, 394.

³¹ See, MAYR, *L'oleodotto quale ipotesi di stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 1997, 1905 and ff.; FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. Trib.*, 1998, 382.

³² See, *Ris. Min.*, December 13th 1989, no. 460196, in *Banca Dati Ipsoa*, where it was affirmed that "for a permanent establishment to exist there needs to be a national structure that is autonomous and functional compared to the foreign company. The autonomy needs to manifest itself both on the level of management and accounts and there needs to be an economic entity with its own independent management, being that it is not sufficient that the installation carries out some or other activity for the enterprise", and that "the immovables do not point to a permanent establishment, since it is considered an asset not separate from the parent company in terms of management and accounts." See also, *Ris. Min.*, Feb. 1st 1983, no. 9/2398, *Ibid.*, stating that "it does not appear that in Italy a non-resident company with leasehold property can be defined as permanent establishment". In this respect, see also, *Ris. Min.*, Feb. 1st 1983, no. 9/2398, and the Direzione Generale delle Entrate della Lombardia, *Ris.*

As for the subjective element being a prerequisite for the purposes of VAT one should, however, note that the function of the institute of the permanent establishment in the system of income taxation is to attribute business income to the various national legal systems involved in its production, whereas in terms of VAT the function of the institute of fixed establishment is seen in its relation to the carrying out of transactions and therefore there need to be VAT taxable supplies and in this respect it seems somewhat difficult to uphold that in the case of the oil pipeline, a particular stretch pipe or station may be considered a taxable supply for VAT purposes.³³

Even leaving aside the pronouncements of the Court of Justice, one could come to exclude that an oil pipeline, for example, is a permanent establishment in the VAT system.

3.3 The functional element

The differences above mentioned between the notion of permanent establishment in conventions and in the VAT system seem to stem from the very nature of VAT as a tax on trade: the requisite for its application being the carrying out of VAT transactions.

The necessity of an exchange for this taxation system means that the differences as to the functional element are even more relevant; that is the element concerning the activity which must be carried out by the non-resident through the permanent establishment.

35

Type of activity and permanent establishment status

A first significant difference concerning the functional element should be found in relation to the type of activity carried out by the non-resident

July 31st. 1995, no. 128315; in jurisprudence, Cass., nov. 27th 1987, no. 8815, in *dir. Prat. Trib.*, 1988, II, 1468, with comment by LANTERI, *Anstalt, possesso di un immobile in Italia e stabile organizzazione*.

³³ This idea could also be useful to explain why in terms of VAT an installation without human resources, and permanent, was not considered permanent establishment, whereas in terms of income taxation, if the permanent establishment carries out the function of attracting in the taxing sphere of the country where the same is located incomes to which production it has contributed, the configuration of permanent establishment in the absence of human elements may be justifiable, although one should note how the violation of what established in the Commentary may also be seen as a violation of the principle of good faith which the states are invited to observe when interpreting the conventions, as established in the Convention of Vienna.

through the installation, place of business, in order to speak of permanent establishment, fixed establishment. In the common system of value added tax the fixed business comes into play both in relation to activities that in internal law are considered enterprise and in relation to activities that in internal law are defined as artistic or professional.

With conventions, the activity should instead refer to an enterprise; the carrying on of the business of an enterprise is, moreover, required in internal law with reference to the notion of permanent establishment, art. 20 of the Tuir.³⁴

It is through the availability of a fixed base in a country different to that of residence, for subjects carrying out a professional activity or other independent activities that the attraction in the taxing authority of a country different to where the subject is resident will come about: the fixed base is a very different notion to that of permanent establishment.³⁵

Art. 14 of the Oecd Model, for example, establishes that "the income that a resident of a contracting state receives from the practice of a profession or other independent activities are taxable only in such state, unless said resident has available to him a fixed base, permanent, in the other contracting state where he conducts his business. If he has said fixed base available to him, income is taxable in the other state only for the part that can be attributed to said fixed base."

36

The Italian Republic has then inserted in certain conventions a paragraph 2 to art. 14 establishing, for example, "that the expression 'liberal profession' includes in particular independent activities of a scientific, literary, artistic, educational or pedagogical nature and the activities of doctors, lawyers, engineers, architects, dentists and accountants."³⁶

Then there is the issue concerning whether in the Vat system too the notion of permanent establishment should be confined to the non-resident carrying out a business activity or whether there is permanent establishment status for the non-resident with an artistic or professional activity.

In the common system of value added tax, no distinction is made

³⁴ For a comparative analysis of the notion of permanent establishment see, STEIMLE-CUGINI, *I problemi relativi alla stabile organizzazione: confronto con esperienze straniere e suggerimenti operativi*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, ed. Victor Uckmar and Carlo Garbarino, Milano (Egea), 1995, who, for example, with regard to the notion of permanent establishment in German law, point out how this refers not only to subjects carrying out a business activity but also to those with a professional activity.

For a brief survey of jurisprudential interpretations in EU countries see, *Tassazione delle società in Europa*, Ipsoa (International Bureau of Fiscal Documentation).

³⁵ See, VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1996, 853 ff.

³⁶ Convention stipulated with the Netherlands, signed at Aya May 8th 1990.

between business activity and professional or artistic activity, reference is made to an economic activity concerning both the supply of goods and the performance of services.

The tax regime is established with reference to the economic activity and the distinction between business activity and artistic/professional activity belongs to internal law; said distinction, however, is not dictated with reference to the permanent establishment and if we accept the approach that sees in the VAT system the autonomy of the notion of permanent establishment compared to the similar notion elaborated for the purposes of income taxation, there does not appear to be any textual or systematic preclusion in terms of a reconstruction of the notion of permanent establishment as referred to both the practice of a business activity and an artistic/professional activity, although one recognises that the national legislator has failed to completely receive the Community notion of economic activity.

If one upheld that the national legislator did not completely receive the Community notion of economic activity, the Italian state could be precluded from reconstructing the notion of permanent establishment so as to include activities that in internal law are considered artistic or professional.

The Court has often stated that the individual may demand that the internal judge interpret internal provisions in conformity with the rules contained in directives³⁷ but has not recognised the same right, in application of the principle of good faith, to member states that have not correctly carried out provisions contained in directives.³⁸

If direct applicability of Community provisions and direct effect of

³⁷In the *Faccini Dori* case, the ECJ, with judgement July 14th 1994, case C-91/92, in *Giur. Mer.*, 1995, 438, reaffirmed the possibility for individuals to ask that internal provisions be interpreted in conformity with rules contained in directives. The already mentioned principle of the *Marshall* case, judgement Feb. 26th 1986, case 152/84, in *Racc.*, 1986, 723.

³⁸On the principle of reliance in these cases where the revenue authorities change orientation, the author, by no means intending the following to be an exhaustive list, recommends: DE MITA, *La buona fede nel diritto tributario (Quando l'amministrazione cambia orientamento)*, in De Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 1991, 171 ff.; FALSITTA, *Rilevanza delle "circolari interpretative" e tutela giurisdizionale del contribuente*, in *Rass. Trib.*, 1988, I, 12 and ff.; LUPI, *Diritto Tributario*, Parte Generale, cit., 85; MARONGIU, *I conti transitori di riassicurazione nella determinazione del reddito imponibile*, in *Dir.Prat. Trib.*, 1991, II, 1384; IDEM, *Contributo alla realizzazione della "carta dei diritti del contribuente"*, *Ibid.*, 1991, I, 621; IDEM, *Sul regime fiscale delle aziende municipalizzate*, in *Fin. Loc.*, 1992, 831, and ff.; REGAZZONI, *Il principio di buona fede nel diritto tributario, in il fisco*, 1994, 10015; BENATTI, *Principio di buona fede e obbligazione tributaria (appunti per una discussione)*, in *Boll. Trib.*, 1986, 947 ff.; DELLA VALLE, *L'affidamento nella certezza del diritto tributario*, Roma, Ed. Provv., 1996.

the ECJ's pronouncements were recognised even when the taxpayer has observed the internal rule clashing with Community legislation, it would allow the defaulting member state to "obtain an advantage by transgressing Community law".³⁹

Therefore, the provision contained in a directive that is unacknowledged or partially received in the internal system, following the CJ's settled case-law "cannot di per sé create obligations for the individual and therefore it cannot be valid as such"⁴⁰ since it would be "unacceptable that a state, for which the Community legislator establishes the adoption of certain rules aimed at regulating his relationship - or that of government bodies - with private individuals and at acknowledging certain rights, should deprive individuals the enjoyment of their rights by non-fulfilling its obligations."⁴¹

Carrying out taxable transactions

A second difference between elements that characterise a permanent establishment in conventions and in the Vat system concerns the results of the activity carried out by the permanent establishment.

38

The Oecd model, as already stated, contains a general criterion to pinpoint the existence of a permanent establishment and cases of permanent establishments.

As for the general criterion, with conventions, for the fixed base to be considered permanent establishment, it is sufficient that the non-resident subject carries out his economic activity also through such base and the Commentary specifies that such activity need not contribute to the profit.

On reliance in the ECJ case-law, see, MENGOZZI, *Il diritto della Comunità Europea*, cit., 262 and ff. See also *Digest of case-law*, in *Riv. It. Pub. Comun.*, 1994, 970 and ff.

Direct applicability of detailed directives has been recognised possible by the Court of Justice if the private individual has enforced his rights towards the defaulting state, case *Van Duyn*, judgement December 4th 1974, case 41/74, cit., 1337, whereas it was deemed not possible between private individuals, case *Faccini Dori*, judgement July 14th 1994, case C-91/92, cit., 438.

When a state's non-performance prejudices a private individual's right, the Court recognises that the latter should be compensated by the defaulting state, cases: *Faccini Dori*, cit., 441 - 442 and *Franovich e altri*, judgement November 1991, cases C-6/90 and C-9/90, in *Racc.* 1991, I, 5337.

³⁹ *Marshall* case, judgement Feb. 26th 1986, case 152/84, in *Racc.*, 1986, 723; *Faccini Dori* case, judgement July 14th 1994, case C-91/92, in cit., 1995, 441.

⁴⁰ *Faccini Dori* case, judgement July 14th 1994, case C-91/92, cit., 441: here the Court referred to the settled case-law following the *Marshall* case.

⁴¹ *Faccini Dori*, judgement July 14th 1994, case C-91/92, cit., 1995, 441.

As well as being possible to find this productive character of the activity explicitly required by individual conventions, it also seems that this is implicitly required by the same model convention, where it is established that distribution of profits between parent company and permanent establishment should take place according to the permanent establishment's contribution to the production of income.⁴²

On the basis of this remark, one has then recognised that in order to have a permanent establishment it is necessary that the same contributes to the production of income of the non-resident or at least that the activity carried out by the fixed base can, in theory, produce a profit.⁴³

Instead, the case-law of the Court of Justice seems to require as essential element for a permanent establishment in a VAT context, the carrying out of transactions; this interpretation seems to be backed up by what is established in the project for the nineteenth directive.

The project for the nineteenth directive should include, on suggestion of the VAT Committee, a further paragraph to art. 9 of the sixth directive, containing the definition of permanent establishment; the definition makes explicit that a fixed establishment is also any fixed installation of a taxable person, even if no taxable transaction can be carried out there.⁴⁴

On account of this, the issue surrounding the existence of a permanent establishment is intertwined with that of tax liability; in order to have a permanent establishment it is therefore necessary that the activity carried out be an activity that would determine tax liability⁴⁵ if carried out by a resident.

⁴² See, GALLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, 1136; CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, I, 668.

⁴³ DEL GIUDICE, *La stabile organizzazione elemento determinante per la tassazione del reddito di impresa di soggetti non residenti*, in *il fisco*, 1983, 1252; LIZZUL, *La stabile organizzazione nel Modello Ocse*, in *Boll. Trib.*, 1988, 1084; MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, 158, highlights that according to the commentary "the function of productivity, that is the economic nature of the installation, is presumed. This, moreover, does not necessarily entail the profitability of the installation."

⁴⁴ See, TERRA-KAJUS, *A guide to European Vat directives. Commentary on Value Added Tax of European Community*, Amsterdam, 1993, Part 2, sub art. 9, 82.14, include the text of the amendment to art. 9. "The expression fixed establishment in this article means any fixed installation of a taxable person, even if no taxable transaction may be carried out there".

⁴⁵ The analysis of tax liability of permanent establishments goes beyond the scope of this footnote. One should, however, note how the *doctrine* is divided when it comes to the attribution of tax liability to a permanent establishment. For an outline of the different theses please see, LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta*

The ECJ has affirmed that a person cannot be considered liable for VAT, if no VAT transaction is carried out.⁴⁶

If the non-resident does not carry out an activity that is subject to VAT through the fixed base, this cannot be considered permanent establishment for VAT purposes; if the permanent establishment did not carry out VAT transactions it could not, moreover, exercise the right of deduction that both within the Community and in the internal system, though with some doubt, is a right linked to the carrying out of VAT or equivalent transactions.⁴⁷

As to the existence of a permanent establishment of a non-resident for VAT purposes, seen from the standpoint of the necessity of carrying out taxable transactions, what is established in art. 5, paragraph 2 of the model convention as interpreted by the Italian Republic, does not seem to coincide with the notion of permanent establishment evinced by the Court in the common taxation system.

Paragraph 2 art. 5 of the Oecd model contains a list of installations that may be considered permanent establishment.

The Commentary highlights how the listing is merely an example and that the installations can be considered *prima facie* permanent establishments. The Italian Republic, however, has expressed reservation with regard to this interpretation, remarking that said interpretation already considers said installations as constituting a permanent establishment of the non-resident.

On account of all this, one must ask oneself whether it is right to transfer in the VAT system the notion of permanent establishment as defined

sul valore aggiunto, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 67, ff., and FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. Trib.*, 1998, 369. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985, I, 388-389; NUZZO, *la tassazione del reddito delle imprese bancarie nella prospettiva dell'armonizzazione fiscale nella CEE*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1991, 318, ff; IDEM, *Questioni in tema di tassazione degli enti non economici*, in *Rass. Trib.*, I, 127-129.

⁴⁶ See, among the many pronouncements: judgement June 20th 1991, case C-60/90, *Polysar*; judgement April 1st 1982, case 89/81, *Hong Kong Trade*.

⁴⁷ On recent amendments in internal law as to deduction see, STEVANATO, *L'imposta sul valore aggiunto a seguito del D. Lgs. No. 313 1997: disposizioni generali*, in *Commento alle deleghe fiscali 1997*, Padova (being published); SALVINI, *La detrazione nella sesta direttiva e nell'ordinamento interno: principi generali*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, 1070-1071; IDEM, *La nuova disciplina della detrazione Iva: un'occasione persa?*, in *Rass. Trib.*, 1997, 1209 ff.; LUPU, *Delega Iva e limiti alla detrazione sugli acquisti: dai criteri forfettari all'imputazione specifica*, in *Rass. Trib.*, 1997, 279 ff.; GIORGI, *L'effettuazione di operazioni nel campo di applicazione dell'iva nella attribuzione della soggettività passiva e del diritto alla detrazione d'imposta: profili comunitari ed interni*, in *Rass. Trib.*, 1999, no. 1 (in the process of being published).

according to what established in paragraph 2 of the Conventions stipulated by Italy.⁴⁸

Some of the installations deemed a permanent establishment of the non-resident by the Conventions stipulated by Italy lack the conditions for being recognised permanent establishment for VAT purposes, for example, being in the presence of a place of management does not necessarily mean that the latter carries out taxable transactions.

Neither does it seem possible to consider the installations listed in paragraph 2 permanent establishments for VAT purposes, since in this case one cannot see how permanent establishments thus singled out could exercise the right of deduction. These could not carry out VAT transactions and it would therefore not be possible to respect the condition of inherence and the condition relating to the carrying out of VAT or equivalent transactions; conditions that are required in order to exercise the right of deduction.

For other cases listed by the conventions where, in theory, the installations may carry out taxable transactions, one should ask whether in the VAT system transfers of goods and performance of services carried out by an installation of a non-resident in a country and destined to its base⁴⁹ could be relevant, perhaps viewing the financing for the installation by the non-resident as consideration for the provision of goods and services.⁵⁰

⁴⁸ From an analysis of conventions stipulated by Italy, a permanent establishment is defined as: a) a place of management; b) a branch; c) an office; d) a factory; e) a workshop; f) a mine; g) a quarry or other place of extraction of natural resources, or a building site or assembly project or an installation or services of supervision connected to these which exist for more than 12 months or last over twelve months in the case of supervision services. The duration here can vary, six, nine, twelve months according to different conventions (On the relevance of building sites for VAT purposes see, MAYR, *Società estera con cantiere in Italia: vi è stabile organizzazione?*, in *Corr. Trib.*, 1990, 2279; h) an installation or facilities used to prospect for natural resources or supervision services linked to this activity or drilling installation or a ship used in order to prospect for natural resources, only if said installation is used for over twelve months or if the services last over 12 months; i) provision of services, including consultation, carried out by a resident through dependent staff employed for this purpose, only if the duration of such activities in the country (for the same project or for one linked to it) is of over twelve months.

⁴⁹ On whether to consider permanent establishment an installation performing services to the non-resident's base with reference to the conventional system, see, SKAAR, *Subject to what conditions will the provisions of services constitute a P.E.?* Report to the Seminar A - OECD Model Convention, 1997 and Beyond, IFA Congress, New Delhi 1997.

⁵⁰ Resolution 330470 dated 20-3-1981, in *Rass. Trib.*, 1981, II, 476, comment by PIZZINI, *Sul trattamento ai fini Iva dei rapporti tra società una estera di viaggi e turismo e la propria sede secondaria*. In this respect, see also, Min. Res., 29th March 1983,

If one considers the Court's case-law in the Hong Kong Trade case, which was exactly a case looking at the possibility of attributing tax liability to an installation of a non-resident not carrying out VAT transactions, it does not seem possible to consider in the common system of value added tax those installations that do not carry out VAT transactions.⁵¹

The Court of Justice has stated that a person cannot be considered liable to tax if said individual carries out provisions of services without consideration. The Court has underlined that if a subject only carries out such transactions there is no relevant economic activity for VAT purposes.

Also in the internal tax system, the revenue authorities called upon to determine the status of a non-resident subject that was carrying out, through a fixed base in the Italian territory, an activity not giving rise to taxable transactions, being that it was a centre of representation with the task of promoting the business of the non-resident company, excluded permanent establishment status, even on the basis of the provision as in art. 5, lett.e, of the Oecd Model Convention⁵², and it remarked that " 'secondary' places of secretariat do not make any profits by selling goods or

no. 331300, in *Banca dati Ipsosa*, and the Min. res., December 7th 1991, no. 501504, cit., where it is stated that: Milan's 'Nucleo regionale di polizia tributaria, with *procès verbal* 19-7-1990 held that the secretariat's work was not in compliance with the law, believing the structure present in Italy to be a permanent establishment of a foreign enterprise and considering therefore actual consideration (non-declared) financing to the Italian base originating for the headquarters in London".

⁵¹ On the non-applicability of the tax on so-called intra-company provisions, see, LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 95-97.

⁵² Min. Res., december 7th 1991, no. 501504, cit., where it was affirmed that " the undersigned, in compliance with what has been put forward by the 'Ispettorato compartimentale tasse di Milano' holds that the problem surrounding the existence of a permanent establishment of a foreign company in the state's territory should be solved by resorting to conventions stipulated in order to avoid double income taxation which, as is known, refer to the definition accepted by the Oecd project.

In this particular case one should refer to the convention between Italy and Great Britain to avoid double taxation of income, signed in London in 1960 and ratified through law 12-8-1962, no. 1378 and to that stipulated by exchanging notes in Pallanza on 21-10-1988, ratified through law 5-11-1990, no.329; these conventions acknowledged the known Oecd model.

Such model excludes that one can consider 'permanent establishment' a fixed place of business that the enterprise uses solely "for the purpose of advertising or for the supply of information or scientific research or for activities that have a preparatory or auxiliary character" (art. 5, lett.e) of the Oecd model and the same article appears in law no.329, 1990 cited).

From the contents of the provision it is clear that in order to exclude that a fixed place of business of an English enterprise be considered in Italy a permanent establishment, the aspect relating to dimensions is not relevant, as recognised in the cited

providing services since they are centres of expense using resources that the parent company makes available according to a promotional policy set down every year, unilaterally decided by the parent company; so the Italian base - in the same way as the bases operating in other countries - does not have legal, financial, decisional autonomy: it is simply a means to an end carrying out policies fixed by the parent company in whose name and on behalf of which it acts".⁵³

One should note however that taxable supplies may arise between bases of the non-resident as established by law.

This is the case of intra-Community transactions for the sale of goods.

Following amendments to D.L. August 30th 1993, no. 313, the taxing regime on intra-Community trade, transfers of goods between bases of the same taxable subject located in different member states have been considered intra-Community transactions.

The problem is whether the carrying out of intra-Community transactions for goods sold means renders the place of business involved in the transaction a fixed establishment, alias permanent establishment.

The problem of the relevance of intra-Community transactions for goods sold is intertwined with that relating to the type of VAT transactions giving rise to a fixed establishment.

A further difference between elements that characterise a permanent establishment in conventions and those that characterise it in terms of VAT, is to be found in the possibility of having a permanent establishment if the non-resident transfers goods through a fixed base.

Both art. 9 of the sixth directive and art. 7 of the D.P.R. 633/72 link the relevance of permanent establishment to the carrying out of provisions of

4

resolution no.9/468-91 dated 10-8-1991, what is relevant is the type of activity conducted through such place, that is advertising, information, scientific research or other preparatory or auxiliary activities.

As for the case being examined, one holds that the position of the Italian place as secretariat coincides with a model mentioned in the conventions since, as the acts indicate, said place of business, in order to accomplish the statutory aims of the London-based parent company, carries out activities that one can refer to art. 5, lett. e) of the Oecd model, reiterated in law 5-11-1990 no. 329. Advertising together with other auxiliary type activities, such as market research, quality control of virgin wool, are all activities that are carried out in the name and on behalf of the parent company that fixes promotional plans. The Italian connection is to be seen as a means to achieve the objectives set down in the promotional project to be carried out in the Republic's territory, therefore provisions carried out by the same can only be considered as executed in the interest of the activity conducted by the parent company. This is also backed up by the fact that this place of business, operating exclusively with the London parent company's funds, does not produce in Italy valuable consideration."

⁵³ Min. Res., December 7th 1991, no. 501504, cit.

services and it does not appear, judging by the literal tenor of the two rules, that the fixed base may be attributed relevance without this type of transactions; the fixed base operating solely as a place through which goods are transferred does not appear to constitute permanent establishment.

Limiting the notion of permanent establishment to fixed bases carrying out provisions of services seems to conform to the function the permanent establishment is attributed in the common system of value added tax; the territoriality of the transaction.⁵⁴

When the object of transactions is the provision of services, territoriality uses as main criterion that of the provider's base, whereas when there is transfer of goods, the principle is that of *locus rei sitae*, that is one considers where the asset is located;⁵⁵ the existence of a permanent establishment is therefore relevant as a criterion for the identification of territoriality, only with reference to transactions that constitute provisions of services.

Moreover, what established in D.L. 313/93 does not absolutely support the relevance of transfers of goods between bases located in different member states of a same taxable subject; one could uphold, in fact, that amendments to intra-Community trade between bases of a same taxable subject were seen as necessary for the very reason that transfers of goods between bases of a same subject but located in different member states did not constitute taxable supplies, but one could also uphold that the new regime was introduced so that transfers involving fixed bases without permanent establishment status, could be seen as constituting transactions.⁵⁶

As to transfers of goods between bases of the same subject located in different member states, we have already stated that these are considered intra-Community transactions; in this case, VAT transactions exist.

The issue therefore is to establish whether the carrying out of intra-Community transactions for sale of goods may allow one to locate the functional element that makes a place of business a fixed establishment.

Provisions in the D.L. 313/93 are applied, as already stated, not only to those bases having permanent establishment status, but to all bases.

If intra-Community transactions for the sale of goods were regarded as constituting the functional element of permanent establishment, one

⁵⁴ On the territoriality of VAT transactions see, FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995.

⁵⁵ In this respect, see, LUPI, *Precisazioni in tema di cessioni d'immobili da parte di società estere: Iva o Registro a scelta?* In *Riv. Dir. Trib.*, 1994, I, 129.

⁵⁶ On the impact of legislative changes on controversial issues, see, LUPI, *Re-troattività o interpretazioni a contrario? Quando la legge interviene su una questione controversa*, in *Rass. Trib.*, 1994, 404.

should conclude that even a warehouse, with permanent human resources, is to be considered permanent establishment and this does not seem to be in line at all with the spirit of rule that attributes relevance to a fixed establishment as pinpointed by the Court of Justice.

The reason for considering as relevant sales of goods between bases of a taxable subject, located in different member states is then completely different to the reason for which one would have a permanent establishment in a base that would not have such characteristics if it were not for intra-Community transactions for goods sold.

The relevance of sales of goods between bases of a taxable subject located in different member states has a "precautionary character, in that it ensures the possibility to follow up successive sales in Italy of the goods transferred (for example, goods sent to a warehouse) and it avoids, in the case of investment goods, a situation where purchases refer to different regimes of deduction."⁵⁷

To give a complete picture, one should note that where a permanent establishment can be regarded independently from the supply of services to the base of the non-resident, the revenue authorities have stated that said provisions should be considered VAT transactions, recognising the permanent establishment's autonomous liability for tax⁵⁸.

⁵⁷ Min. Circ., Feb. 23rd 1994, no. 13-VII-15-464, in *Banca dati Ipsoa*.

⁵⁸ The Revenue Authorities, Min. Res., March 20th 1981, no. 330470, *Banca dati Ipsoa*, after stating that the permanent establishment should be liable for tax, affirmed that: "as to the ways in which the relationship between parent company and secondary base are regulated, the latter base, in terms of taxation, carries out services for the parent company. Also, in terms of this relationship, the financial means that go to the secondary company are seen as consideration and therefore constitute taxable basis of the services in question, taking of course into account global cost of the services mentioned, medium costs for national clients, services rendered to customers by the parent company outside the national territory, the consideration not coming under the sphere of application of the tax cannot in any case be predetermined in the form of a fixed percentage" and that consequently, "the secondary base for the services rendered as above for the enterprise must issue an invoice to subject to a 15% rate, following the terms stated in art. 21 of D.P.R. no. 633, when the services have been carried out according to art. 6 of the same decree."

See, CENTORE, *Cessioni di beni prodotti dalla stabile organizzazione in Italia*, in *Azienda e Fisco*, 1996, 861; FIORELLI-SANTI, *Prestazioni di servizi rese dalla casa madre estera alla stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 1997, 1764. See also, LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 76, ff.

With reference to income taxation for permanent establishments, see, GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di 'stabile organizzazione' secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985, I, 388-389; NUZZO, *La tassazione del reddito delle imprese bancarie nella prospettiva dell'armonizzazione fiscale nella CEE*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1991, 318 and ff.; IDEM, *Questioni in tema di tassazione degli enti non economici*, in *Rass. Trib.*, 1985, I, 127-129.

In the VAT system, it seems that the permanent establishment does not take on autonomous tax liability; the principles established in Community directives and affirmed by the Court of Justice appear to be difficult to reconcile with an interpretation that independently attributes tax liability to a permanent establishment.⁵⁹

The tax system outlined by Community directives seems to attribute relevance to the permanent establishment only as a way of determining territoriality of transactions carried out by taxable subjects. Limits set to the existence of a permanent establishment then seem to preclude that the same may be considered liable for tax. Art. 4 of the sixth directive, paragraph 1, establishes that "a taxable subject is someone who, in any place and in an independent fashion, carries out an economic activity as in paragraph 2, independently from the aim and the results of said activity" and in paragraph 2 we have that "economic activities as in paragraph 1 are all activities of producers, traders or providers of services, including extraction, agricultural activities, liberal professions or assimilated professions. In particular, an economic activity is regarded as one that involves the exploitation of a tangible or non-tangible good in order to make a profit with a degree of permanence."

On the basis of what the Court of Justice has affirmed, the base of the provider should be regarded as the favoured reference point in terms of the transaction and a further place can only be relevant when the criterion of the base does not lead to a rational solution or when it creates a conflict with another member state; the provision in subsection 1 to art. 4, if interpreted in the sense of attributing tax liability to the non-resident also in relation to possible permanent establishments - a taxable subject is whoever carries out in an independent fashion and in any place one of the economic activities as in paragraph 2 - seems to be closer to the principle affirmed by the Court compared to the interpretation attributing tax liability to the permanent establishment also.

As to provisions contained in paragraph 2 of art.4, one should note how these are not fully applicable if the permanent establishment were to be considered liable for tax; one has seen in fact that the permanent establishment is relevant only with regard to performance of services.

In the VAT system, therefore, it seems right to reconstruct the connection between base of the non-resident and his permanent establishment through a dualistic relationship. The latter base carries out an essential part of the activity carried out by the taxable subject, exactly in the same way as the principal base. The difference between main base and other bases is that such other places are deemed relevant in the pre-

⁵⁹ Min. Res., March 20th 1981, no. 330470, in *Banca dati Ipsosa*

sence of certain conditions and the relevance can vary according to whether the secondary base is deemed fixed establishment, alias permanent establishment or not.

Finally, one should note that as to the provision of services carried out by the permanent establishment and destined to the non-resident base, said provision would be taxed and the tax would be charged by the permanent establishment to the non-resident and then the same permanent establishment would need to ask for a refund, because of the non-applicability of the refund mechanism established in art. 38 ter D.P.R. 633/72; such a taxation system seems far too complicated.

From this point of view, one should also stress how the rule contained in the last subsection to art. 7, D.P.R. 633/72 establishes that what is stated in the preceding subsections two and three, concerning the fulfilment of obligations and the exercise of the rights deriving from the carrying out of VAT transactions of non-residents in the state's territory is not applied to "transactions carried out by or for permanent establishment in Italy of subjects residing abroad".

As to the relevance of transfers of goods we have already seen the regime; we are then left with the problem of the relevance of sale of goods going through the permanent establishment to third parties.

Whether or not relevance is to be attributed to a sale of goods carried out through the permanent establishment to third parties would in any case mean purely employing of a different mechanism for applying tax, that of representation, in such a case carried out, according to internal law, by the same permanent establishment of the non-resident subject exercising his rights and fulfilling his tax obligations.

4. The so-called personal permanent establishment (agent as permanent representative)

A further difference between elements characterising a permanent establishment in conventional terms and in VAT terms concerns the possibility of having a so-called personal permanent establishment.

We have said how in conventions the agent may be considered permanent establishment when he habitually exercises in the country an authority to negotiate and conclude contracts in the name of the enterprise, even if the contract is signed in another state.⁶⁰

⁶⁰ See, MAYR, *Agente e stabile organizzazione*, in *File*, 1995, 483; CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, I, 669 ff.; LIZZUL, *La stabile organizzazione nel modello Ocse*, in *Boll. Trib.*, 1988, 1089.

Art. 5, paragraph 4, of the Oecd model convention establishes that if "a person acts in a contracting state on behalf of an enterprise of another contracting state - and this person is not an independent agent, paragraph 5 - that person is regarded as permanent establishment in the first state if he habitually exercises in the country an authority to negotiate and conclude contracts in the name of the enterprise, except in the case where the activities are confined to the purchase of property or goods for the enterprise" and the following paragraph 5 establishes that "The agent will not normally be regarded as a permanent establishment if he is a broker, general commission agent or other agent of independent status acting in the ordinary course of his business."⁶¹

The Court in the ARO-Lease case was able to know about the economic activity promoted by agents in a state different to that of the base.

ARO's clients in Belgium contacted them through independent agents acting in this state, who received a commission; these agents were not present when contracts were being finalised and signed at the company's headquarters nor when they were being carried out.

The Court stated that "the independent agents that established contact between clients and ARO could not be regarded as permanent human resources."⁶²

48

It has been remarked how the Court failed to fully analyse the question of the relevance of the agent leading to permanent establishment status. The Court did not look into the manner in which the agent operated "the agent was exercising an authority to negotiate and conclude contracts in connection with the business that is proper to the enterprise, an element that is instead considered essential by the Oecd type convention."⁶³

However, if one considers what has been affirmed by the Court in the DFDS case where it was implicitly stated that one cannot have permanent establishment status where a person enjoys an independent status, one should conclude that in the VAT system also it is possible to have a so-called personal permanent establishment, even if the characteristics would be different to those singled out in conventions.

In the ARO-Lease case the Court, in order to exclude the existence of a fixed establishment, seems to have considered relevant the fact that contracts were signed at the non-resident's base, an element which, as already shown, is regarded as irrelevant in conventions.

⁶¹ See, PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, II, 378 ff.

⁶² The Court referred to the *Berkholz* case, in *Racc.*, 2251 and ff.

⁶³ FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. Trib.*, 1998, 384.

5. The existence of a permanent establishment in the company controlled by the non-resident

A final possible difference concerns the possibility of regarding as permanent establishment a company controlled or controlling a non-resident enterprise.⁶⁴

Art. 5, paragraph 7, of the Oecd model convention establishes that "The fact that a company which is resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is resident in another Contracting State, or which carries on business in that other state (whether through a permanent establishment or otherwise) shall not of itself constitute either company a permanent establishment of the other."

It has been noted, however, that if the resident company controlled or controlling a non-resident company, acts on behalf of the latter carrying out an activity that goes beyond its ordinary economic activity and therefore acts to the exclusive advantage of the non-resident company, then said company can be regarded as a permanent establishment of the non-resident company.⁶⁵

The Court was called upon to decide whether in the DFDS case a company controlled by the non-resident could be regarded as a permanent establishment.⁶⁶

The Court stated that when a taxable subject whose base is located in a member state, provides services through a company acting as agent in another member state, said provisions are subject to VAT in this state, if said company, acting simply as auxiliary to the entrepreneur, has the human and technical means that characterise a fixed establishment.

49

6. The relevance of a permanent establishment in the VAT system

Differences with regard to permanent establishment in the different tax systems, do not appear to be limited to the conditions singling out a

⁶⁴ See, PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, II, 389, ff.

⁶⁵ In this respect, there is ample bibliography. PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, unpublished; See also, CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, I, 672 highlighting that "what is particularly important is the link between the activity carried out by the resident company and that carried out by the parent company: during these dealings the subordinate position of the controlled company is such that the latter has no economic or managerial autonomy consequently, it has no legal autonomy and this means that the company is, literally, subsidiary to the parent company."

⁶⁶ Judgement Feb. 20th 1997, case C-260/95, DFDS, in *Racc.*, 1005.

permanent establishment, but they also extend to the consequences that derive from the existence of a permanent establishment.

The settled case-law of the Court of Justice has it that a fixed establishment can be relevant in terms of tax liability only when the reference to the taxable subject's base does not lead to a rational solution in terms of taxation or when it provokes a conflict of interest between member states.

The Court, however, on another occasion stressed how the "systematic application of the solution of the base of the economic activity could also cause distortions with competition, in that it would lead companies carrying out their activity in a member state to fix their base, in order to avoid tax, in the territory of another member state" where the tax regime is more favourable.⁶⁷

One should therefore conclude that the relevance of a permanent establishment in terms of VAT should be assessed in relation to the fact that the taxable subject's base "should not be seen as providing a legitimate connection criterion for the purposes of taxation"⁶⁸ and that the adoption of the criterion of the base should not determine tax avoidance.

6.1 The existence of a 'force of attraction' with regard to the permanent establishment

50

The permanent establishment in terms of income taxation, as already mentioned, performs the function of allocating income produced by the non-resident. A force of attraction is linked to this function also in relation to income produced by the non-resident in the country where the permanent establishment is located.⁶⁹

In terms of VAT, the permanent establishment does not perform any force of attraction; both art. 9 of the sixth directive and art. 7 D.P.R. 633/72 receiving said rule in internal law, attribute relevance to the permanent establishment only for the transactions this carries out.

⁶⁷ Judgement Feb. 20th 1997, case C-260/95, *DFDS*, in *Racc.*, 1005.

⁶⁸ The Court of Justice, judgement May 2nd 1996, case C-231/94, *FG-Linien*, in *Racc.*, 2395 ff.

⁶⁹ The force of attraction can either be absolute or relative; it is absolute when all income produced by the non-resident is taxed in the country in which the permanent establishment is located, it is relative when certain incomes are treated as separate.

See, GARBARINO, *La forza di attrazione della stabile organizzazione e trattamento isolato dei redditi*, in *Rass. Trib.*, 1990, I, 427; S. GIORGI, *Il principio del trattamento isolato del reddito e la c.d. forza di attrazione della stabile organizzazione: problemi e proposte di soluzione*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, ed. Victor Uckmar and Carlo Garbarino, Milano, (Egea), 1995; MAYR, *La forza attrattiva e la riserva della stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 1990, 7.

The Court has affirmed, in its settled case-law, that the place in which the entrepreneur has established the base for his economic activity appears to be a favoured reference point and that a centre of activity from which services are provided is relevant only if the reference to the base does not lead to a rational solution in terms of taxation or it creates a conflict with another member state.

In the VAT system, therefore, the force of attraction is carried out by the non-resident's base and not by the permanent establishment.

It therefore appears that, for example, in the Philip Morris case, the revenue authorities' treatment of royalties paid by the Italian resident to Philip Morris USA⁷⁰ as being attracted to the tax jurisdiction of the alleged permanent establishment Intertaba, lacks any legal basis.

The force of attraction of a permanent establishment in the VAT system has been hypothesised, moreover, not in relation to the substantial aspects of the application of the tax, but with reference to the duties to fulfil preceding its application.

It has been upheld that because the appointment of a tax agent is precluded when the non-resident has a permanent establishment, the formal obligations with regard to transactions carried out by the non-resident without going through the permanent establishment should be fulfilled by the same;⁷¹ the permanent establishment would perform the function attributed to the tax agent, where this may not be appointed.

One should also note how the directive does not provide that obligations pertaining to transactions carried out by the non-resident may be fulfilled by his permanent establishment. Art. 21 of the same sixth directive provides that when "a taxable transaction is carried out by a non-resident taxable subject, member states may adopt provisions according to which a different subject may be held liable for tax. To this end some countries require the appointment of a representative or the receiver of the taxable transaction."

The fact that the directive does not provide that obligations deriving from transactions carried out by the non-resident may be fulfilled by his permanent establishment, could be seen as an argument supporting the

⁷⁰ Comm. Trib. Prov. Milano, September 12th 1997, in *Corr. Trib.*, 1998, 119, but also in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, IV, 96 and ff., with comment by ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*.

It seems that in this particular case one should exclude that the force of attraction of the potential permanent establishment of the Philip Morris USA may extend to royalties, according to art. 12 of the Convention stipulated by the Italian Republic and the United States of America.

⁷¹ LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 98-101.

thesis that sees the permanent establishment as not having autonomous tax liability; having established that a different person may fulfil obligations it would have been natural to mention among these the permanent establishment, had the permanent establishment been something different to the non-resident and not something emanating from it.

6.2 Permanent establishment for VAT purposes: consequences

Where there is no permanent establishment there is the possibility of benefiting from special tax treatment.⁷²

In the VAT system also the non-existence of a permanent establishment is linked to preclusive effects in terms of applying certain rules; in detail, having regard to the case-law over the rule that establishes a refund to non-residents, it seems that the revenue authorities have held that the existence of a permanent establishment precluded the use of this institute.

According to art. 1 of the eighth EEC directive a non-resident subject may be refunded on purchases made in a member state that is not his residence; according to this directive a " non-resident taxable subject in the country is the one as from art. 4, paragraph 1, of the Directive 77/388/EEC who, during the time established by art. 7, paragraph 1, 1st subsection, first and second lines, has neither fixed in said country the base of his economic activity nor has he constituted a fixed establishment from which he carries out transactions nor, in the absence of such base or such fixed establishment, has he fixed his habitual residence or, in the course of the same period, has he transferred any goods or provided services that can be considered as having been carried out in said country."

The preclusive effect of the right to the refund should, however, be regarded as confined to purchases carried out by the permanent establishment.

In favour of this interpretation there are arguments of both a systematic and a textual nature.

We have stated that since the right of deduction can be exercised only in relation to the tax for goods and services purchased to carry out taxable transactions, the permanent establishment could not deduct the tax for goods and services purchased by the non-resident without going through the permanent establishment, since the condition of inherence and that according to which only purchases for the carrying out of taxable transactions or equivalent can be used, would not be satisfied.

⁷² See, MAYR, *La forza attrattiva e la riserva della stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 1990, 9.

As to the textual argument, among the subjective requisites to be eligible for a refund, art. 1 of the eighth directive establishes that the non-resident will not have constituted a fixed establishment from which transactions take place". The fixed establishment is therefore not enough on its own to preclude refund: this establishment should have carried out transactions with the goods and services - and this is not explicit in the directive, but it should be regarded as such - to which the tax refers. If it were not so, it would be hard to explain why the directive specified "fixed establishment from which transactions take place."

7. Conclusion

Problems with the permanent establishment in the VAT system seem to be for the greater part, to stem from the fact that one tends to use the mental schemes employed with regard to income taxation and conventions; the function carried out by the institute of permanent establishment changes, however, with different tax systems.

The institute of permanent establishment in the VAT system outlined by Community directives performs the function - residual compared to that relating to the base - of establishing territoriality for provisions of services carried out by the non-resident through the permanent establishment; in internal law, alongside this function, there is another: it relates to the exercise of rights and the fulfilment of tax obligations as a result of carrying out transactions 'for or by' the non-resident in the country.

Instead, in terms of income taxation and in conventions, the permanent establishment serves the function of allocating income produced by multinationals and it is for this very reason that there is a force of attraction under which income produced in the country where the permanent establishment is located is taxed by that same country.

If one considers that within the VAT system there is no force of attraction and that the existence of a permanent establishment only determines, as to the duties that precede the application of tax, the use of different tax mechanisms on transactions that in any case need to exist independently of a permanent establishment, problems related to the permanent establishment in the VAT system emerge as somewhat scaled down.

However, there are problems when the existence of a permanent establishment changes the territoriality of the transaction; these problems are not easily solved if one considers that the uncertainty surrounding the interpretation of the notion of permanent establishment and the consequences of its existence in terms of the tax system, seem to be caused by not only the inadequacy of internal provisions but also by insufficient spe-

cification and co-ordination of Community rules,⁷³ perhaps mainly due to the fact that the current common taxation system is a provisional regime which needs to balance the protection of the states' interests, the protection of the interests of the individual and those of the European Community in their pursuit of the objectives set down in the Treaty of Rome and in the Single Act.⁷⁴

Only with the introduction of the final regime, will all the different aspects of tax application in international relations be adequately dealt with;⁷⁵ in the meantime, the application and even before that the interpretation of existing legislation, internal and of the Community, will need a heavy dose of good sense to make up for the lacunae or overlap in legislation.

Direct effect of the Court of Justice's judgements should be enough, for now, to define the conditions for the existence of a permanent establishment in the VAT system, although one should note how it could turn out to be insufficient in terms of protecting the interests of the revenue authorities, where it was held that the Italian state failed to completely acknowledge the provisions of the directive.⁷⁶

The principle according to which government bodies, in adopting the provisions that refer to their jurisdiction, should interpret internal rules reaching for the result intended by the Community rule,⁷⁷ could only be partially sufficient to guarantee that the notion of permanent establishment in the VAT system be used correctly; let us think, for example, about what has been said with regard to the doubts surrounding the existence of a per-

⁷³ Issues relating to the existence of a permanent establishment are also present in the system of income taxation; see, MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, I, 22.

⁷⁴ On the need to balance the different interests in international relations see, ADONNINO, *Pianificazione fiscale internazionale*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, Tome I.

⁷⁵ On the issues linked to transactions having transnational relevance see, CARPENTIERI, *Prestazioni di servizi rese in Italia da soggetti non residenti: è sempre facoltativa la nomina del rappresentante fiscale?* in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, II, 204.

⁷⁶ See, Court of Justice, judgement July 14th 1994, case C-91/92, *Faccini Dori*, *cit.*, 441 where the Court notes how it would be "unacceptable that a state, to which the Community legislator imposes the adoption of certain rules aimed at regulating his relations - or those of government bodies - with private individuals and at recognising the enjoyment of certain rights, deprived the individuals the enjoyment of said rights by non-fulfilling its obligations."

⁷⁷ On the prevalence of the interpretation complying with Community directives, ECCJ, cases: *Marleasing*, judgement November 13th 1990, case 106/89, *cit.*, I, 4135; *Kolpinghuis Nijmegen*, judgement October 8th 1987, case 80/86, *cit.*, 3969; *Marshall*, judgement Feb. 26th 1986, case 152/84, *cit.*, 723; *Von Colson*, judgement April 10th 1984, case 14/84, *cit.*, 1891.

sonal permanent establishment. It is therefore desirable to have a legal definition of this idea and also a definition of the consequences in terms of taxation deriving from relations between permanent establishment and the non-resident's base or other permanent establishments of his.

From this point of view, introducing a provision such as the one that used to be contained in the model of consolidated act that in art. 15 established " those provisions of services carried out by subjects residing abroad for their own permanent establishment in the country or vice-versa are not to be considered taxable transactions in terms of VAT."⁷⁸

It would also be useful if the provision specified the relevance of the sale of goods where there is a permanent establishment.

If one interprets existing legislation one can affirm that the relevance of the permanent establishment, as already mentioned, should be excluded on sales of goods; art. 7 establishes the relevance of the permanent establishment only with regard to the provisions of services it carries out.

However, the revenue authorities' interpretation that attributes to the permanent establishment autonomous tax liability in relations between non-resident base and its permanent establishment could create quite a few problems.

Finally, one should stress that a specific legislative definition is made necessary not only in terms of VAT but also in order to correctly apply rules on income taxation.⁷⁹

One should stress how the contribution of the Court of Justice in terms of lending definitions with the case-law on VAT may cross the border of said tax system, in the absence of a legislative definition both with regard to VAT and income taxation.⁸⁰

⁷⁸ The report on the model of consolidated act highlights how with the provision it was made clear that "for VAT purposes, because of the lack of conditions for taxation, and pending the unity of the subject, provisions of services carried out by the subject internally to the establishment and therefore between the permanent establishment and the parent company or vice-versa are not relevant. Obviously importation of goods even if by companies operating for the same subject is taxable."

⁷⁹ STEIMLE-CUGINI, *I problemi relativi alla stabile organizzazione: confronto con esperienze straniere e suggerimenti operativi*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, ed. Victor Uckmar and Carlo Garbarino, Milano (Egea), 1995, 116-118, highlight how it is opportune to have a legislative definition of permanent establishment in order to single out the correct tax rules in internal law, but also for the correct application of Community rules that refer to the notion of permanent establishment.

⁸⁰ The internal legislator has not defined the notion of permanent establishment in relation to VAT or for purposes of income taxation and it has been noted how the lack of a definition is to be linked to the limits that would be set to each state in terms of taxing authority.

The directive on transnational company re-organisation 90/434/EEC refer on a number of occasions to the notion of permanent establishment.

The acknowledgement rule in the same way as the directive does not define a permanent establishment and, therefore, there will be the need to specify here what is intended for permanent establishment.⁸¹

In this respect one wishes to underline how in the *Leur-Bloem* case the Court affirmed its competence in terms of learning whether, of the interpretation of internal rules, "there is a definite Community interest, in order to avoid future interpretative disagreements, for provisions or notions taken from Community law to be interpreted uniformly, setting aside the conditions in which they will find application"⁸² and whether the national legislator has intended to regulate the internal situation "in the same way as a situation for which the directive is applied instead".⁸³

The sphere of application of the directive on operations of transnational company reorganisation refers, undoubtedly, to income taxation. And surely, the national legislator has not intended to regulate the notion

⁸¹ CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, I, 710. See also, MARINO, *Profili fiscali delle riorganizzazioni di imprese e profili di ultrattività*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1993, I, 2089.

⁸² See, judgement October 18th 1990, cases C-297/88 and C-197/89, *Dzodzi*, *Racc.*, I-3763

⁸³ Judgement July 17th 1997, case C-28/95, in *Rass. Trib.*, 1997, 1265 and ff., with comment by Lupi.

The Court has also reiterated that "as for the allocation of jurisdictional functions to national judges and the Court as provided for in art. 177, it falls to the national judge to assess whether there should be remission to Community law since the competence of the Court is limited to applying provisions of said legislation (judgements *Dzodzi* and *Federconsorzi*, above mentioned, points 41, 42 and 10 respectively). Indeed, the taking into account of the limits set down by the national legislator to the application of Community law to exclusively internal situations is done by national law and, consequently it is the exclusive jurisdiction of the member state's judges (judgements *Dzodzi*, above mentioned, point 42, and November 12th 1992, case C-73/89, *Fournier*, *Racc.*, p. I-5621, point 23)"

One should however reiterate that "the Court has repeatedly declared her authority to decree on claims of preliminary judgements regarding Community provisions in situations where the facts of the principal cause were outside of Community law jurisdiction but in which such provisions had been made applicable either by national law or by simple contractual clauses (in matter of application of Community law from national law, see, judgements *Dzodzi* and *Gmurzynska-Bscher*, above mentioned; September 26th 1985, case 166/84, *Thomasdüngrer*, *Racc.* p. 3001; January 24th 1991, case C-384/89, *Tomatis* and *Fulchiron*, *Racc.* p. I-127, and, as for the application of Community law from contractual clauses, judgements June 25th 1992, case 88-91, *Federconsorzi*, *Racc.* p. I-4035, and November 12th 1992, case C-73/89, *Fournier*, *Racc.* p. I-5621, course: the "*Dzodzi* case-law"). In fact, in these judgements, both national and contractual provisions, containing Community provisions had not explicitly limited the application of the latter group of provisions"

of permanent establishment relevant in the application of rules regulating operations of transnational company reorganisation differently to the one that is relevant in the application of other rules on income taxation. However, one could hold that the legislator has not wished to dictate a different notion also with reference to VAT; this would obviously create some difficulties.

If we stretched to the extreme the principle established by the Court of Justice in the *Leur-Bloem* case, one might come to the conclusion that the system of income taxation would modify the definition of permanent establishment for VAT purposes.

There is also a definite Community interest for the notion of permanent establishment to be uniform, and we must therefore conclude that even in the sphere of income taxation one should exclude that the notion of permanent establishment may be reconstructed differently according to conventional rules applicable to the non-resident.⁸⁴

The singleness of the notion of permanent establishment should not, moreover, be seen as limited to the application of rules with reference to subjects that reside in EU member states; the notion of permanent establishment should, for the reasons above given, be the same in the internal law of member states, leaving aside the sphere in which it will find application.

One could also hold that the unity of the notion of permanent establishment encounters the limit set by conventional agreements; in other words, one could hold that the national legislator, by concluding the convention, might have intended to regulate the situation subject of the convention differently to a situation which is instead dealt with in a directive.

Hence, one could hold that where there is no convention giving a different definition of the notion of permanent establishment, the applicable notion should not be the one inferred from the model, or model conventions, but the one of Community derivation; where there is a convention giving a different definition of permanent establishment then, the latter will be the notion employed in situations in which the convention is applicable.

For conventions stipulated between EU member states one will still be able to uphold that, in the exercise of national sovereignty, a member state is free to regulate a notion of Community derivation differently to Community law, where the latter is not applicable, but there will be the problem of whether the conventional notion may be used in all those si-

⁸⁴ SCHONEVILLE, *Some questions on the parent-subsidiary directive and merger directive*, in *Intertax*, 1992, 19, highlights that the notion of permanent establishment in the directive should be the one of the Oecd model convention.

tuations that are regulated by directives, for example, in company reorganisations, where it does not appear to be possible to use a different notion of permanent establishment according to the member states involved in the transaction.

Moreover, such a reconstruction of the relationship between conventional rule and Community rule should, once more, be seen against the case-law of the Court of Justice which has already declared itself in terms of the inapplicability of the conventional rule clashing with the principles established in the Treaty of Rome.⁸⁵ But this is not the right forum for an analysis of this kind which goes beyond the scope of this study.⁸⁶

Massimiliano Giorgi

⁸⁵ On the non-application of conventional rules clashing with Community ones see, Court of Justice, January 28th 1986, case 270/83, *Commissione contro Francia*, in *Racc.*, 307; case in which the Court pointed out, in relation to discriminations on the grounds of residence, how "rights attributed by art. 52 of the treaty (of Rome,... *sic...*) are absolute and a member state cannot make their observance depend on the contents of a treaty (against double imposition ...*sic...*) stipulated with another member state".

On the relevance of conventions in matter of double imposition in the application of the principles established in the Treaty of Rome, see the comments by the Advocate-General in this case, *Conclusions*, *Ibid.*, 279, and the case-law of the Court mentioned therein.

⁸⁶ On the relationship between Community rule and conventional rule see, NUZZO, *Riflessioni in margine ai rapporti tra Trattati contro le doppie imposizioni e talune regole impositive del diritto comunitario e del diritto interno*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993, I, 739 ff; CASERTANO, *Riflessione in merito alla gerarchia delle norme tributarie alla luce del diritto interno, comunitario e convenzionale*, in *Rass. Trib.*, 1995, 457 ff.

La stabile organizzazione nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto

Massimiliano Giorgi

Sommario: 1. Le tendenze a trasferire nell'Iva il concetto convenzionale di stabile organizzazione: critica. 2. La nozione di stabile organizzazione, centro di attività stabile, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia; 3. Le differenze e le analogie nelle condizioni per l'esistenza di una stabile organizzazione nel sistema dell'Iva rispetto al sistema convenzionale; 3.1. L'elemento oggettivo; 3.2. L'elemento soggettivo. 3.3. L'elemento funzionale; Segue: la tipologia di attività necessaria per la configurazione della stabile organizzazione; Segue: l'effettuazione di operazioni nel campo di applicazione dell'imposta; 4. La cosiddetta stabile organizzazione personale; 5. La configurabilità della stabile organizzazione nella società controllata dal non residente; 6. La rilevanza della stabile organizzazione nel sistema dell'Iva; 6.1. La configurabilità di una "forza di attrazione" della stabile organizzazione; 6.2. Le conseguenze dell'esistenza di una stabile organizzazione nel sistema dell'Iva; 7. Conclusioni.

1. *Le tendenze a trasferire nell'iva il concetto convenzionale di stabile organizzazione: critica*

59

La nozione di stabile organizzazione è stata approfonditamente studiata con riguardo al sistema delle imposte sui redditi ed al sistema convenzionale (1), ma non lo è stata altrettanto con riferimento al sistema dell'imposta sul valore aggiunto, seppure essa è essenziale all'applicazio-

(1) La bibliografia sulla stabile organizzazione nel diritto convenzionale e nel diritto interno relativo alle imposte sui redditi è vastissima, si segnala, però, senza alcuna pretesa di completezza visto anche il tema dello studio, GALLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in "Dir. Prat. Trib.", I, pag. 1136; GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di «stabile organizzazione» secondo il diritto interno*, in "Riv. Dir. Fin.", 1985, I, pag. 385 e ss.; Idem, *La stabile organizzazione, elemento determinante per la tassazione del reddito d'impresa di soggetti non residenti*, ne "il fisco", 1983, pag. 239 e ss.; LOVISOLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in "Dir. Prat. Trib.", 1955, I, pag. 1139; CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in "Dir. Prat. Trib.", 1995, I, pag. 666; SKAAR, *Permanent Establishment*, Kluwer, Deventer, 1991; TARDELLA, *Stabile organizzazione*, in "Riv. Dir. Trib.", 1998, I, pag. 365 e ss., che si segnala anche per la ricca bibliografia sull'argomento. Per una sintetica ricostruzione della elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale, delle prassi amministrative e delle convenzioni internazionali, GALLO, *La stabile organizzazione*, in "Rass. Trib." (Quaderni-2), 1986, pag. 156 e ss..

ne di numerose norme che nel sistema d'imposta interno a tale nozione fanno riferimento (2).

La scarsa attenzione della dottrina riguardo al tema della stabile organizzazione nel sistema dell'Iva è forse dovuta al fatto che sia l'Amministrazione finanziaria (3) che la giurisprudenza interna (4) hanno ritenuto che anche in tale sistema si dovesse fare riferimento alla nozione di stabile organizzazione dettata in ambito convenzionale (5).

La tesi della trasposizione nel sistema dell'Iva della nozione convenzionale di stabile organizzazione ha trovato giustificazione da un lato nel

(2) Per una rassegna delle norme Iva che alla nozione di stabile organizzazione fanno riferimento si veda, LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Riv. Dir. Trib.", I, pag. 67 e ss.. Per i contributi della dottrina alla analisi della nozione della stabile organizzazione in ambito Iva si segnala oltre a Ludovici, ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in "Riv. Dir. Trib.", 1998, II, pag. 105; FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995, pag. 91; FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Rass. Trib.", 1998, pag. 367 e ss.; PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, inedito; TUNDO, *In tema di stabile organizzazione ed Iva*, in "Dir. Prat. Trib.", 1992, II, pag. 327 e ss..

60

(3) Risoluzione ministeriale, 20 giugno 1987, n. 343504, in "Banca dati Ipsoa"; Risoluzione ministeriale, 7 dicembre 1991, n. 501504, *ibid.*.

(4) Comm. Trib. Centr., Sez. XIII, 9 marzo 1990, n. 1887, in "Banca dati Ipsoa"; Comm. Trib. Prov. Milano, Sez. I, 12 settembre 1997, n. 238, in "Riv. Dir. Trib.", 1998, IV, pag. 106, con nota di ADONNINO; Comm. Trib. I grado di Roma, Sez. XVIII, 3 luglio 1991, in "Banca dati Ipsoa"; Comm. Trib. I grado di Novara, Sez. III, 1 ottobre 1984, n. 807, *ibid.*. La Cassazione, sentenza 19 settembre 1990, n. 9580, in "Banca dati Ipsoa", sembra essersi discostata da tale orientamento, pur evidenziando soltanto che «il concetto di stabile organizzazione, ai fini della soggezione all'Iva di società estere, ha una portata diversa e più ampia di quella di sede secondaria per la quale l'art. 2506 cit. prescrive l'obbligatorietà della pubblicità corrispondente a quella prevista per le società costituite nello Stato. La normativa tributaria su citata fa riferimento a situazioni di fatto, portate a conoscenza dell'Ufficio nei modi previsti dall'art. 35, comma 1, che denotino il fine del soggetto, non avente in Italia residenza, domicilio o sede, di esercitare qui un'attività imprenditoriale e siano caratterizzate (oltre che dal requisito, espressamente richiesto, della stabilità, la quale presuppone il collegamento non occasionale con luoghi e persone ben individuati) dall'impiego di beni ed attività lavorative diretti, con un'autonomia funzionale non priva di concreta rilevanza, alla produzione e/o allo scambio di beni o di servizi» e che accertare «se sussista una stabile organizzazione, equiparata dall'art. 7 cit. alla residenza, è compito del giudice di merito, che del convincimento raggiunto deve dare conto con corretta ed esauriente motivazione».

(5) A tale orientamento aderiscono in dottrina, FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995, pag. 91; LUDOVICI, *Il regime im-*

fatto che nella disciplina Iva non è data una definizione normativa e dall'altro nel fatto che tale trasposizione avrebbe tutelato l'unicità dell'ordinamento tributario; tale tesi non sembra, tuttavia, condivisibile e ciò per due principali ordini di motivi.

In primo luogo l'Iva è un'imposta fondata su un sistema di applicazione comune e quindi a tale sistema definito dalle direttive comunitarie e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (6) si deve fare riferimento per individuare una nozione necessaria al suo funzionamento (7).

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha, infatti, affermato, con costante giurisprudenza, l'autonomia delle nozioni rilevanti per il sistema comune d'imposta (8) ed ha perciò evidenziato come l'accoglimento di nozioni enucleate in altri ordinamenti possa trovare spazio nel sistema comune d'imposta, soltanto laddove queste non incidano sulla esatta applicazione delle direttive comunitarie (9).

sitivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto, in "Riv. Dir. Trib.", I, pag. 67 e ss.; PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, inedito; TUNDO, *In tema di stabile organizzazione ed Iva*, in "Dir. Prat. Trib.", 1992, II, pag. 327 e ss..

(6) Sulla integrazione del diritto comunitario ad opera della Corte di Giustizia delle Comunità Europee si veda, MENGOZZI, *Il diritto del Comunità Europea*, in "Galvano, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia", 1990, vol. XV, pagg. 120-121 e 251 ss..

Sulla rilevanza dell'effct utile e dell'effct necessaire nelle interpretazioni della Corte di Giustizia, Idem, *ibid.*, pag. 306 e ss..

(7) Sulla rilevanza delle norme comunitarie e della giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'interpretazione delle disposizioni Iva degli ordinamenti degli Stati membri si veda, COMELLI, *Profili teorici dell'Iva comunitaria*, Roma, Ed. Provv., 1996.

(8) L'autonomia delle nozioni Iva rispetto alle nozioni di omologhi istituti mutuati da altri ordinamenti è stata, peraltro, sottolineata anche da autorevole dottrina, si segnala: ADONNINO, *Impact des notions da droit civil sur le regime TVA*, Relazione al convegno di Treves del 24-25 ottobre 1996, *Accademie de droit europeen de Treves, Un système commun de TVA - Quelle strategie?*; BOSELLO, *Relazione al convegno di studio su "L'attuazione delle direttive comunitarie in materia tributaria: l'esperienza dell'imposta sul valore aggiunto"*, Bologna 26-27 settembre 1997, pag. 7 e ss.; GALLO, *Problematrice fiscali della fusione*, ne "il fisco", 1992, pag. 7573.

(9) Sentenza 4 ottobre 1995, causa C-291/92, *Armbrrecht*, in "Racc.", I, pag. 2807 e ss.. La Corte ha sottolineato il contenuto autonomo delle nozioni utilizzate nella direttiva anche nei casi: *Nederlandse Ondernemingen*, sentenza 1 febbraio 1977, causa 51/77; *Comune di Carpaneto Piacentino*, sentenze 17 ottobre 1989, cause 231/87 e 129/88; *Shipping and Forwarding*, 8 febbraio 1990, C-320/88; *Recaudadores de las Zonas primera y segunda*, sentenza 25 luglio 1991, C-202/90).

L'apporto definitorio delle norme convenzionali deve, quindi, essere valutato alla luce dei principi stabiliti dalla Corte di Giustizia per l'accoglimento nel sistema dell'Iva delle nozioni mutuata da altri ordinamenti (10) e come si vedrà la nozione di stabile organizzazione sembra differire sotto diversi aspetti da quella convenzionale.

In secondo luogo l'accoglimento della nozione convenzionale di stabile organizzazione, se basata sulla convenzione applicabile al non residente può portare ad una discriminazione dei non residenti in ragione della convenzione loro applicabile; coloro che ritengono utilizzabile la nozione convenzionale di stabile organizzazione anche in ambito Iva hanno, infatti, evidenziato come debba farsi riferimento alla Convenzione applicabile al non residente e laddove questa manchi ai Modelli di Convenzione (11).

Utilizzare la nozione di stabile organizzazione sulla base della convenzione applicabile al non residente, potrebbe, però, significare l'utilizzazione di nozioni di stabile organizzazione diverse in ragione del paese di residenza del non residente (12) e la diversa configurabilità della stabile organizzazione in relazione alla convenzione applicabile determi-

(10) TESAURO, *Appunti sulla illegittimità delle norme Iva relative agli enti pubblici*, in "Boll. Trib.", 1987, pag. 1757, rileva come nella prospettiva della diretta applicabilità delle direttive un'imposta come l'Iva "andrebbe studiata esaminando prima le norme comunitarie e poi le norme interne (interpretando le seconde alla luce delle prime e facendo prevalere le prime in caso di contrasto)". Sul punto si veda anche COMELLI, *Profili teorici dell'Iva comunitaria*, Roma, Ed. Provv., 1996, pag. 5 e ss..

(11) LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Riv. Dir. Trib.", I, pag. 74, nota 8; FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995, pag. 91 che evidenzia come che onde "individuare la portata del concetto e quindi gli elementi in presenza dei quali può ritenersi sussistere stabile organizzazione, occorre fare riferimento all'esistenza di eventuali convenzioni internazionali - che del resto una volta ratificate diventano leggi dello Stato - mentre, in assenza di specifica convenzione stipulata con lo Stato di appartenenza del soggetto estero, deve aversi riguardo a quanto sul punto stabilito nel modello di convenzione adottato dall'Ocse nel 1977, cui si ispirano le corrispondenti clausole degli accordi bilaterali stipulati dall'Italia".

(12) Sul punto si veda, LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Riv. Dir. Trib.", I, pag. 74, nota 8, che dopo aver rilevato come sia "singolare che la nozione di stabile organizzazione accolta nel diritto interno possa variare in relazione alla residenza del soggetto estero e della convenzione contro le doppie imposizioni di volta in volta applicabile", evidenzia che con "ciò non si vuole affermare che la definizione contenuta nelle singole convenzioni di volta in volta applicabili non sia rilevante (quantomeno ai fini delle imposte contemplate nelle suddette convenzioni): tale definizione assumerà primaria importanza se ed in quanto più favorevole a quella contenuta nel Modello di Convenzione dell'Ocse".

rebbe una violazione del principio di non discriminazione che come evidenziato dalla Corte, anche nel caso *Lease Plan*, impone, secondo una costante giurisprudenza della stessa Corte, di non applicare norme diverse a situazioni analoghe (13).

2. La nozione di stabile organizzazione, centro di attività stabile, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia è stata più volte chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla nozione di centro di attività stabile contenuta nell'art. 9, par. 1, della sesta direttiva (15); nozione che nel diritto interno è stata

(13) Secondo la costante giurisprudenza della stessa Corte, la discriminazione consiste nell'applicare norme diverse a situazioni analoghe o nell'applicare la stessa norma a situazioni diverse. Sul punto come segnalato dalla Corte nella sentenza, 7 maggio 1998, causa, C-390/96, *Lease Plan*, in *Celex*, si veda la sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, in "Racc.", I, pag. 225, punto 30, ma anche le pronunce rese nei casi: *Schul*, sentenza 5 maggio 1982, causa 15/81, in "Racc.", pag. 1409; *Schul*, II, sentenza 21 maggio 1985, causa 47/84, in *ibid.*, pag. 1501; *Drexl*, sentenza 25 febbraio 1988, causa 299/86, in *ibid.*, pag. 1228; Commissione v. Regno di Spagna, sentenza 26 febbraio 1991, causa C-120/86, in *ibid.*, I, pag. 651; Commissione vd. Repubblica italiana, sentenza 26 febbraio 1991, C-119/89, *ibid.*, pag. 635. Sul tema si vedano, tra gli altri, ADONNINO, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra Paesi membri secondo le norme Cee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità*, in "Riv. Dir. Fin.", 1993, I, pag. 63; BURGIO, *Doppia imposizione Iva, ne "il fisco"*, 1987, pag. 6107 e ss.; CROXATTO, *Normativa comunitaria e disciplina Iva all'importazione*, in "Dir. Comm. Int.", 1988, pag. 332; FILIPPI, *Mancata esecuzione da parte della Repubblica italiana di una sentenza della Corte di Giustizia che accerta un inadempimento e riflessioni sul principio di non discriminazione*, cit., 1993, II, pag. 435; SACCHETTO, *I divieti di discriminazione contenuti nell'art. 95 della Cee. L'evoluzione dell'interpretazione della Corte di Giustizia e l'applicazione nell'ordinamento italiano*, in "Dir. Prat. Trib.", 1984, pag. 499; BRACCIONI, *Ancora sull'Iva all'importazione di beni ceduti da privati nell'ambito comunitario*, *ibid.*, 1987, psh. 423; PORCELLI, *Ancora sulla doppia imposizione Iva all'importazione*, *ibid.*, 1992, II, pag. 561; PISTONE, *Il processo di armonizzazione in materia di Iva ed i limiti alla derogabilità della normativa comunitaria*, in "Riv. Dir. Trib.", 1997, II, pag. 799 e ss..

(14) Sui diversi Modelli di convenzione, MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, pag. 150 e ss.; GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990; VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1996, pag. 271 e ss..

(15) L'interpretazione che la Corte di Giustizia "fornisce di una norma di diritto comunitario, nell'esercizio della competenza che le attribuisce l'art. 177, chiarisce e precisa, se necessario, il senso e la portata della norma stessa come deve o avrebbe dovuto essere compresa e applicata dal momento della sua entrata in vigore", Corte

recepita utilizzando la locuzione stabile organizzazione in luogo di quella di centro di attività stabile (16).

Le due locuzioni dovrebbero essere, per quel che riguarda il sistema dell'Iva, ritenute coincidenti, se si considera che la locuzione stabile organizzazione è stata utilizzata dal legislatore interno per recepire la nozione comunitaria di centro di attività stabile anche in altre occasioni come ad esempio nell'art. 38-ter, D.P.R. n. 633/1972 che recepisce la disciplina comunitaria del rimborso Iva a non residenti prevista dall'ottava direttiva.

Non sembra, invece, che i termini stabile organizzazione e centro di attività stabile possano essere considerati termini coincidenti nel diritto comunitario (17). La Direttiva del Consiglio del 23 luglio 1990 relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferi-

di Giustizia, sentenza 6 luglio 1995, causa C-62/93, *BP Soupergaz*, in *Celex*. Il medesimo principio è stato affermato anche nel diritto interno dalla Corte di Cassazione, Cass. civile, Sez. I, 25 giugno 1988, n. 4286, in "Banca dati Ipsoa", I quattro codici, che ha evidenziato come quando la disposizione interna si pone in contrasto con norme comunitarie, "nell'interpretazione vincolante resa dalla Corte di Giustizia della Cee ... tale contrasto impone, alla luce dei principi fissati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 170 del 1984 e n. 113 del 1985, la disapplicazione della norma nazionale (con la conseguenziale illegittimità del provvedimento che abbia irrogato sanzione amministrativa per la sua inosservanza)". La Corte di Giustizia ha, infatti, affermato che in "presenza di disposizioni di diritto nazionale contrastanti col diritto comunitario, è giurisprudenza costante, che il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia del diritto comunitario, disapplicando, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale", Corte di Giustizia, sentenza 13 marzo 1997, Causa C-358/95, *Morellato contro USL Pordenone*, in *Celex*.

(16) Sentenza, 7 maggio 1998, causa, C-390/96, *Lease Plan*, cit.; 17 luglio 1997, causa C-190/95, *Aro-Lease*, in "Riv. Dir. Trib.", 1997, III, pag. 4, con nota di ARMELLA, *Il regime Iva delle operazioni di leasing dei mezzi di trasporto in ambito comunitario*; sentenza 20 febbraio 1997, causa C-260/95, *DFDS*, in "Racc. ...", pag. 1005, ma anche in "Riv. Dir. Trib.", 1997, II, pag. 585 e ss., con nota di ARMELLA, *Il regime Iva delle agenzie di viaggi*; sentenza 2 maggio 1996, causa C-231/94, *FG-Linien*, in "Racc.", pag. 2395 e ss.; sentenza 4 luglio 1985, causa 168/84, *Berkholz*, in "Racc.", pag. 2251 e ss.. Per una sintesi della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla stabile organizzazione nel sistema dell'Iva si veda, BALDWIN, *Fixed, business and permanent establishments*, in *The Tax Journal*, 1997, pag. 13 e ss..

(17) Sembrano considerare coincidenti i due termini, FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Rass. Trib.", 1998, pag. 377; STEIMLE-CUGINI, *I problemi relativi alla stabile organizzazione: confronto con esperienze straniere e suggerimenti operativi*, in "AA.VV.", *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, a cura di Victor Uckmar e Carlo Garbarino, Milano (Egea), 1995, pagg. 98-99.

menti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi utilizza, infatti, il termine stabile organizzazione, e non quello di centro di attività stabile, agli artt. 5, 6 e 10.

La nozione di centro di attività stabile non è definita dalla sesta direttiva, così come nel diritto interno non è definita la nozione di stabile organizzazione; nel ricostruire la nozione di stabile organizzazione nel sistema dell'Iva si deve, dunque, avere riguardo ai principi affermati dalla Corte di Giustizia in relazione ai criteri di individuazione di un centro di attività stabile.

La Corte, con costante giurisprudenza, ha affermato che il riferimento di una prestazione di servizi a un centro di attività diverso dalla sede viene in considerazione, soltanto se tale centro d'attività presenti un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea, sul piano del corredo umano e tecnico, tale da rendere possibili in modo autonomo le prestazioni di servizi.

Le condizioni individuate dalla Corte per l'esistenza di una stabile organizzazione nel sistema comune d'imposta sembrano, quindi, essere tre: la presenza di un luogo fisso a disposizione del non residente, la presenza di un corredo umano e l'effettuazione di operazioni nel campo di applicazione dell'imposta (18).

Le condizioni per la configurazione di un centro di attività stabile non sembrano corrispondere appieno a quelle richieste dal Commentario Ocse per l'individuazione di una stabile organizzazione in ambito convenzionale, né, di riflesso, a quelle elaborate nel diritto interno in relazione al sistema delle imposte sui redditi.

Sembra, quindi, opportuno porre a raffronto le condizioni individuate dalla Corte di Giustizia, per la configurabilità di un centro di attività stabile nel sistema comune d'imposta con quelle che individuano la stabile organizzazione in ambito convenzionale al fine di evidenziare le diversità della nozione che sussistono nei due diversi ambiti impositivi; ciò anche alla luce del fatto che sia la giurisprudenza interna che la prassi amministrativa al di là della differenza terminologica non hanno operato una differenziazione della nozione nei diversi ambiti impositivi ed hanno, come si è detto, trasposto la nozione convenzionale in ambito Iva.

(18) Sulle condizioni per l'esistenza della stabile organizzazione nel sistema dell'Iva si veda, ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in "Riv. Dir. Trib.", 1998, II, pag. 105. Si vedano anche, LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Riv. Dir. Trib.", I, pag. 67; FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Rass. Trib.", 1998, pag. 382; TUNDO, *In tema di stabile organizzazione ed Iva*, in "Dir. Prat. Trib.", 1992, II, pag. 331.

3. *Le differenze e le analogie nelle condizioni per l'esistenza di una stabile organizzazione nel sistema dell'Iva rispetto al sistema convenzionale*

Le condizioni per l'esistenza di una stabile organizzazione, se individuate sulla base del Modello di Convenzione elaborato dall'OCSE (19) e sulla base delle indicazioni contenute nel Commentario al Modello di Convenzione elaborato dalla stessa Ocse, sembrano, come si è detto, differire alquanto dalle condizioni che individuano la stabile organizzazione nel sistema dell'Iva (20).

Il Modello di Convenzione elaborato dall'Ocse, seguendo un criterio casistico, non definisce, se non implicitamente, la nozione di stabile organizzazione e fornisce unicamente una esemplificazione di casi in cui una installazione può essere considerata, la cosiddetta *Positive List*, o non può essere considerata, la cosiddetta *Negative List*, stabile organizzazione (21).

La definizione della nozione di stabile organizzazione è, invece, esplicitata dal Commentario al Modello di Convenzione elaborato dalla stessa Ocse.

Il paragrafo (5) 2, del Commentario, dopo aver rilevato come il Modello definisca stabile organizzazione la sede fissa d'affari attraverso cui l'attività economica dell'impresa viene parzialmente o totalmente svolta, evidenzia come la definizione contenga i seguenti elementi, affinché possa configurarsi una stabile organizzazione; l'esistenza di una sede, la fissità di tale sede, lo svolgimento dell'attività dell'impresa attraverso la sede.

66

(19) LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Riv. Dir. Trib.", I, pag. 72, evidenzia come la nozione comunitaria di stabile organizzazione non si discosti da quella individuata dal Modello di Convenzione elaborato dall'Ocse.

(20) ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in "Riv. Dir. Trib.", 1998, II, pag. 105, evidenzia come la rilevanza del Commentario nell'interpretazione della convenzione derivi dal fatto che gli stati che non sono d'accordo sull'interpretazione fornita nel Commentario esprimono esplicita riserva sul punto, per cui, in mancanza dell'annotazione di riserva, "l'interpretazione del Commentario esprime l'autorevolezza della fonte e delle procedure con cui è redatto".

(21) L'analisi della nozione di stabile organizzazione in ambito convenzionale ai fini del presente lavoro è limitata al solo modello Ocse, e pur brevemente, poiché sulla base di tale modello sono state negoziate pressoché tutte le convenzioni stipulate tra gli Stati Membri dell'Unione. Per un'analisi comparativa della nozione di stabile organizzazione elaborata sulla base dei diversi modelli di convenzioni si rinvia a VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1996, pag. 271 e ss..

Il Commentario evidenzia, poi, come nel Modello di Convenzione non assuma rilevanza il fatto che la sede concorra alla produzione del reddito, seppure riconosce che è assiomatico che nell'impresa ben condotta ogni sua parte concorre alla produzione del reddito.

Il Modello di Convenzione, all'art. 5, paragrafo 4, prevede, poi che, nonostante le disposizioni dei paragrafi 1 e 2, «quando una persona, diversa da un agente che goda di uno *status* indipendente, di cui al paragrafo 6, agisce per conto di un'impresa e dispone in uno Stato contraente di poteri che essa esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell'impresa, si può considerare che tale impresa abbia una "stabile organizzazione" in quello Stato in relazione ad ogni attività intrapresa dalla suddetta persona per l'impresa, a meno che le attività di detta persona non siano limitate a quelle citate al paragrafo 4, le quali se esercitate per mezzo di una sede fissa di affari, non permetterebbero di considerare questa sede fissa una "stabile organizzazione" ai sensi delle disposizioni di detto paragrafo» (22).

Nell'ambito convenzionale si distingue, quindi, tra stabile organizzazione materiale e stabile organizzazione personale; distinzione basata sullo svolgimento diretto od indiretto dell'attività di impresa (23).

La stabile organizzazione materiale si ha quando il non residente opera in un paese attraverso una sede fissa dotata di una autonomia funzionale.

La stabile organizzazione personale si ha quando il non residente opera in un paese non attraverso una sede fissa, ma attraverso un agente che agisce in nome e per conto del non residente con il potere di obbligarlo.

Per quanto riguarda la stabile organizzazione materiale è, quindi, necessario, affinché se ne possa affermare l'esistenza, che il non residente abbia la disponibilità di un luogo fisso d'affari in quel paese che sia presente nello stesso con una certa continuità e che lì svolga un'attività economica astrattamente idonea alla produzione di un reddito (24).

(22) Sul punto si veda, AVERY JONES-WARD, *Agents as Permanent Establishments und OECD Model Tax Convention*, in "European Taxation", IBFD, 1993, pag. 154; MAYR, *Agente e stabile organizzazione*, in "File", 1995, pag. 481 e ss..

(23) Sul punto si vedano per tutti, GALLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in "Dir. Prat. Trib.", I, pag. 1130 e ss.; CERLANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in "Dir. Prat. Trib.", 1995, I, pag. 666.

(24) La dottrina internazionalistica, nel pragmatismo che la distingue, ha ricostruito la nozione di stabile organizzazione su evidenze empiriche ed ha individuato

Tre sono, dunque, gli elementi richiesti anche in ambito convenzionale, affinché possa configurarsi una stabile organizzazione; tali elementi che possono essere definiti come oggettivi, soggettivi e funzionali (25), sembrano, però, differire, almeno in parte, da quelli ritenuti necessari dalla Corte di Giustizia, affinché possa configurarsi un centro di attività stabile nel sistema dell'Iva.

3.1. L'elemento oggettivo

Per quanto riguarda l'elemento costituito dal luogo fisso non sembrano doversi rilevare significative difformità di qualificazione nell'ambito dell'imposta sul valore aggiunto e nell'ambito delle imposte sui redditi.

La Corte ha, infatti, evidenziato come l'elemento materiale necessario per configurare una stabile organizzazione deve consistere in una struttura che presenti un sufficiente grado di stabilità, nell'ambito della quale possano essere redatti contratti o prese decisioni amministrative, struttura che sia quindi idonea a rendere possibile in modo autonomo le prestazioni di servizi e come in assenza di tale elemento il non residente non può essere considerato disporre di un centro di attività stabile.

Nell'ambito convenzionale è stato evidenziato come il luogo fisso possa essere costituito non soltanto dalla disponibilità di un bene immobile,

68

gli elementi qualificanti una stabile organizzazione in elementi oggettivi, elementi soggettivi ed elementi funzionali. Gli elementi oggettivi riguardano i criteri di individuazione del luogo, fisso o meno, in cui l'attività viene svolta. Gli elementi soggettivi riguardano il collegamento del soggetto con il luogo di svolgimento dell'attività ed il periodo in cui tale collegamento si manifesta. I primi due elementi non sono di per sé sufficienti per l'identificazione di una stabile organizzazione, ma sono condizionati da un elemento funzionale consistente nel tipo di attività svolta nel luogo fisso; attività che deve essere astrattamente idonea alla produzione di un reddito; tali elementi, in ambito internazionale, sono verificati attraverso l'utilizzo di *Tests*, normalmente sei, raggruppati in tre categorie. I *Tests* sono: il *Place of Business Test* ed il *Location Test*; il *Right of use Test* ed il *Permanece Test*; il *Business Activity Test* ed il *Business Connection Test*. Gli elementi oggettivi possono essere verificati attraverso il *Place of Business Test* ed il *Location Test*. Gli elementi soggettivi possono essere verificati attraverso il *Right of Use Test* ed il *Business Connection Test*. Gli elementi funzionali possono essere verificati attraverso il *Business Activity Test* ed il *Business Connection Test*. Sul punto si veda ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in "Riv. Dir. Trib.", 198, II, pag. 105, ma anche SKAAR, *Permanent, Establishment*, Kluwer, Deventer, 1991.

(25) ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in "Riv. Dir. Trib.", 1998, II, pag. 105.

ma possa essere anche costituito da un bene mobile, purché nella disponibilità del non residente (26).

Anche in ambito Iva sembra possa ritenersi che il luogo fisso possa essere configurato nella disponibilità di un bene mobile. Nei casi *Berkholz* e *FG-Linien* (27) era, infatti, in discussione la configurabilità di un centro di attività stabile a bordo di una nave e la Corte non ha ritenuto che la disponibilità di uno spazio in un bene mobile fosse elemento preclusivo dell'esistenza di una stabile organizzazione, seppure si deve evidenziare che la Corte ha escluso la configurabilità del centro di attività stabile per motivi diversi da quelli relativi alla natura della localizzazione.

3.2. L'elemento soggettivo

L'elemento soggettivo è stato identificato nella presenza umana sia in ambito Iva che in ambito convenzionale, seppure in tale ultimo ambito possono essere previste alcune eccezioni.

La Corte di Giustizia ha affermato con costante giurisprudenza che un centro di attività può essere considerato un centro di attività stabile «solo se tale centro di attività implica la presenza permanente di mezzi umani e tecnici necessari per le prestazioni di servizi e se queste prestazioni non possono essere utilmente riferite alla sede dell'attività economica del prestatore» (28).

La Corte ha, quindi, escluso che «l'installazione, a bordo di navi marittime, di macchine automatiche per giochi d'azzardo, che danno luogo a saltuaria manutenzione, possa costituire un siffatto centro di attività, specialmente nel caso in cui la sede permanente del gestore di dette macchine fornisce un punto di riferimento utile ai fini della tassazione».

Il Commentario Ocse al Modello di Convenzione non sembra completamente in linea con la giurisprudenza della Corte quanto a quest'ultimo principio.

(26) Commentario Ocse (5) 2. Sul punto si veda, SKAAR, *Permanent Establishment*, Kluwer, Deventer, 1991, pagg. 119-120; VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, Deventer, 1996, pagg. 285-286.

(27) Corte di Giustizia, sentenza 2 maggio 1996, causa C-231/94, *FG-Linien*, in "Racc.", pag. 2395 e ss..

(28) L'affermazione è ripresa sostanzialmente con la stessa formula in tutte le sentenze successive al caso *Berkholz* che hanno avuto ad oggetto l'interpretazione delle norme che disciplinano la rilevanza del centro di attività stabile nell'applicazione dell'imposta.

Il Commentario, al paragrafo (5), 10, infatti, dopo aver rilevato che l'attività della sede fissa deve essere svolta principalmente dall'imprenditore o da persone che da lui dipendono, evidenzia come «*a permanent establishment may nevertheless exist if the business of the enterprise is carried on mainly through automatic equipment, the activities of personnel being restricted to setting up, operating, controlling and maintaining such equipment. Whether or not gaming and vending machines and the like set up by an enterprise of a State in the other State constitute a permanent establishment thus depends on whether or not the enterprise carries on a business activity besides the initial setting up of the machines. A permanent establishment does not exist if the enterprise merely sets up the machines and then lease the machines to other enterprises. A permanent establishment may exist, however, if the enterprise which sets up the machines also operates and maintains them for its own account. This also applies if the machines are operated and maintained by an agent dependent on the enterprise*».

Anche nel diritto interno, relativo alle imposte sui redditi, si è ritenuto, talvolta, che non fosse necessaria la presenza del corredo umano. In riferimento a quanto previsto nell'art. 19, del D.P.R. n. 597/1973, è stato, infatti, evidenziato che «la formula usata dall'art. 19 consente di affermare la non essenzialità della coesistenza nell'organizzazione di elementi personali e materiali. Nel silenzio della legge può, infatti, ben ipotizzarsi una stabile organizzazione costituita solo da una o più persone fisiche operanti stabilmente in Italia (ad esempio, agenti della società estera), così come una stabile organizzazione costituita da una installazione completamente automatizzata (ad esempio, una macchina distributrice)» (29).

Anche nel diritto interno, tuttavia, si è arrivati ad escludere che sedi fisse operanti in assenza di un corredo umano possano essere considerate stabile organizzazione, ma sul diverso presupposto della mancanza di una funzione attiva nella produzione del reddito.

È stato, infatti, evidenziato, sempre in riferimento a quanto previsto nell'art. 19, del D.P.R. n. 597/1973, come sia necessario, tra l'altro, affinché possa essere configurata una stabile organizzazione in una struttura in Italia che essa «sia idonea a costituire punto di riferimento "attivo" riguardo alla produzione in Italia del reddito d'impresa» e che se si applica detto concetto «ai casi limite del semplice possesso in Italia di immobili locati non strumentali o, a volte, anche strumentali, ma non produttivi in Italia di reddito autonomo - come possono essere i depositi aeroportuali, i tratti di oleodotti od elettrodotti che trasportano energia o

(29) GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in "Riv. Dir. Fin.", 1985, I, pag. 391.

combustibile dall'estero in Italia - si può agevolmente rilevare come riguardo a tali cespiti venga a mancare il suddetto requisito della strumentalità "attiva" e cioè della loro attitudine a concorrere autonomamente alla produzione in Italia del reddito di impresa» (30).

Si deve, peraltro, evidenziare come la rilevanza delle installazioni che rendono autonomamente possibile l'attività sia stata diversamente valutata nell'ambito convenzionale; nella giurisprudenza tedesca, ad esempio, è stato considerato stabile organizzazione un oleodotto, in quanto tale installazione era suscettibile di rendere autonomamente possibile l'attività produttiva di reddito (31), mentre nella prassi, amministrativa e giurisprudenziale, italiana si è escluso, ad esempio, che il semplice possesso di un immobile od anche la sua locazione potessero configurare una stabile organizzazione (32).

Per quanto riguarda la necessità dell'elemento soggettivo in ambito Iva si deve, comunque, ricordare che l'istituto della stabile organizzazione svolge nell'ambito del sistema delle imposte sul reddito la funzione di ripartire il reddito dell'impresa tra i diversi ordinamenti nazionali interessati alla sua produzione, mentre nel sistema dell'Iva l'istituto del centro di attività stabile svolge la sua funzione in relazione alla effettuazione di operazioni e quindi è necessario che operazioni Iva vi siano ed a tal proposito appare un po' difficile ritenere che nel caso dell'oleodot-

(30) GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in "Riv. Dir. Fin.", 1985, I, pag. 394.

(31) Sul punto si veda, MAYR, *L'oleodotto quale ipotesi di stabile organizzazione*, in "Corr. Trib.", 1997, 1905 e ss.; FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Rass. Trib.", 1998, pag. 382.

(32) Sul punto si veda, Ris. Min., 13 dicembre 1989, n. 460196, in "Banca dati Ipsoa", in cui si è affermato che "per l'esistenza di una stabile organizzazione occorre l'effettiva istituzione di una autonoma e funzionale struttura nazionale rispetto alla società estera. L'autonomia deve manifestarsi sia sul piano gestionale che sul piano contabile e deve costituire sul piano imprenditoriale una entità economica operativa dotata di autonomia di gestione, non essendo sufficiente che l'installazione produca comunque una qualche attività per l'impresa", e che "la struttura immobiliare non sembra, quindi, concretizzare una stabile organizzazione, trattandosi di un bene patrimoniale non avente distinzione organizzativa e contabile dalla casa madre". Si veda anche Ris. Min., 1 febbraio 1983, n. 9/2398, *ibid.*, in cui si afferma che "non sembra che il possesso in Italia da parte di una società non residente di un immobile, concesso in locazione, possa integrare l'esistenza di una stabile organizzazione". In tal senso anche Ris. Min., 1 febbraio 1983, n. 9/2398, e Direzione Regionale delle Entrate della Lombardia, Ris. 31 luglio 1995, n. 128315. In giurisprudenza, Cass., 27 novembre 1987, n. 8815, in "Dir. Prat. Trib.", 1988, II pag. 1468, con nota di LANTERI, *Anstalt, possesso di immobile in Italia e stabile organizzazione*.

to, ad esempio, un tratto di esso, tubo o stazione di pompaggio, effettui un'operazione Iva rilevante (33).

Anche prescindendo dalle pronunce della Corte di Giustizia, si potrebbe, dunque, arrivare ad escludere che un oleodotto, ad esempio, possa essere considerato una stabile organizzazione nel sistema dell'Iva.

3.3. *L'elemento funzionale*

Le differenze sopra evidenziate tra la nozione di stabile organizzazione in ambito convenzionale ed in ambito Iva sembrano scaturire in gran parte dalla natura stessa dell'Iva che, quale imposta sugli scambi, vede a necessario presupposto per la sua applicazione l'effettuazione di operazioni Iva.

La necessità di uno scambio rilevante per il sistema dell'imposta rende ancor più rilevanti le differenze per quel che riguarda l'elemento funzionale; quell'elemento, cioè, relativo all'attività che deve essere svolta dal non residente attraverso la stabile organizzazione.

Segue: la tipologia di attività necessaria per la configurazione della stabile organizzazione

72

Una prima significativa differenza relativa all'elemento funzionale deve riscontrarsi in relazione alla tipologia di attività svolta dal non residente attraverso l'installazione, centro di attività, affinché possa configurarsi una stabile organizzazione, centro di attività stabile. Nel sistema comune d'imposta il centro di attività stabile viene, infatti, in rilievo sia in relazione ad attività che nel diritto interno sono definite d'impresa, sia in relazione ad attività che nel diritto interno sono definite artistiche o professionali.

In ambito convenzionale l'attività deve, invece, essere riconducibile nella attività di impresa; l'esercizio di una attività di impresa è, peraltro

(33) Una siffatta considerazione potrebbe, d'altronde, anche essere utile a spiegare come nell'Iva una installazione priva di un corredo umano, permanente, non sia stata considerata idonea a configurare una stabile organizzazione, mentre nell'ambito delle imposte sui redditi, dove la stabile organizzazione assolve alla funzione di attrarre nella sfera impositiva del paese dove la stessa è localizzata i redditi alla cui produzione essa ha concorso, la configurazione di una stabile organizzazione in assenza di un corredo umano può essere giustificabile, seppure si deve rilevare come la violazione di quanto indicato nel Commentario possa configurare una violazione del principio di buona fede a cui gli stati debbono attenersi nella interpretazione delle convenzioni in virtù di quanto disposto nella Convenzione di Vienna.

richiesta anche nel diritto interno con riferimento alla nozione di stabile organizzazione dall'art. 20 del Tuir (34).

L'attrazione nella sfera impositiva di un ordinamento diverso da quello di residenza per i soggetti che esercitano un'attività professionale od un'altra attività indipendente avviene, infatti, attraverso la disponibilità di una base fissa nell'ordinamento diverso da quello di residenza; base fissa che è nozione ben differente da quella di stabile organizzazione (35).

L'art. 14 del Modello di Convenzione elaborato dall'Ocse, ad esempio, prevede che «I redditi che un residente di uno Stato contraente ritrae dall'esercizio di una libera professione o da altre attività di carattere indipendente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che tale residente non disponga abitualmente nell'altro Stato contraente di una base fissa per l'esercizio delle sue attività. Se dispone di tale base, i redditi sono imponibili nell'altro Stato ma unicamente nella misura in cui sono imputabili a detta base fissa».

La Repubblica italiana ha, poi, in talune convenzioni inserito un paragrafo 2 all'art. 14 prevedendo, ad esempio, che «L'espressione "libera professione" comprende in particolare le attività indipendenti di carattere scientifico, letterario, artistico, educativo o pedagogico, nonché le attività indipendenti dei medici, avvocati, ingegneri, architetti, dentisti e contabili» (36).

Si pone, quindi, il problema di stabilire se anche nel sistema dell'Iva la nozione di stabile organizzazione debba essere limitata al non residente che svolga attività d'impresa oppure possa configurarsi una stabile organizzazione del non residente che eserciti una attività artistica o professionale.

Nel sistema comunitario d'imposta non si distingue tra esercizio di una attività d'impresa ed esercizio di attività professionale o artistica, ma

(34) Per un esame comparatistico della nozione di stabile organizzazione si veda, STEIMLE-CUGINI, *I problemi relativi alla stabile organizzazione: confronto con esperienze straniere e suggerimenti operativi*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, a cura di Victor Uckmar e Carlo Garbarino, Milano (Egea), 1995, che ad esempio in relazione alla nozione di stabile organizzazione nel diritto tedesco evidenziano come essa sia riferita non soltanto ai soggetti che esercitano attività di impresa, ma anche una attività professionale. Per una, pur breve, panoramica delle interpretazioni giurisprudenziali nei Paesi dell'Unione si veda, Tassazione delle società in Europa, Ipsa (International Bureau of Fiscal Documentation).

(35) Sul punto si veda per tutti, VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, 1996, pag. 853 e ss..

(36) Convenzione stipulata con i Paesi Bassi, firmata a l'Aya l'8 maggio 1990.

ci si riferisce soltanto all'esercizio di una attività economica sia essa relativa alla fornitura di beni o di servizi.

La disciplina impositiva è, infatti, dettata in ambito comunitario con riferimento all'attività economica e la distinzione tra esercizio di attività d'impresa ed esercizio di attività artistica o professionale è propria del diritto interno; tale distinzione non è, tuttavia dettata con riferimento alla stabile organizzazione e se si accoglie l'impostazione che vede nel sistema dell'Iva una autonomia della nozione di stabile organizzazione rispetto alla omologa nozione elaborata nell'ambito delle imposte sui redditi non sembrano sussistere preclusioni di ordine testuale o sistematico ad una ricostruzione della nozione di stabile organizzazione riferita sia all'esercizio di attività di impresa sia all'esercizio di un'arte od una professione, seppure sembra doversi ritenere che il legislatore nazionale non abbia puntualmente recepito la nozione comunitaria di attività economica.

Se si ritenesse che il legislatore nazionale non abbia puntualmente recepito la nozione comunitaria di attività economica, allo Stato italiano potrebbe essere preclusa la possibilità di ricostruire la nozione di stabile organizzazione, ricomprendendovi anche l'esercizio di attività considerate nel diritto interno professionali od artistiche.

La Corte ha, infatti, più volte affermato la possibilità dei singoli di chiedere al giudice interno di interpretare le disposizioni interne in modo conforme alle norme contenute nelle direttive (37), ma non ha riconosciuto lo stesso diritto, in applicazione del principio di buona fede, agli Stati membri che non abbiano puntualmente adempiuto alle disposizioni contenute nelle direttive (38).

74

(37) Nel caso *Faccini Dori* la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, in "Giur. Mer.", 1995, pag. 438, ha riaffermato la possibilità dei singoli di chiedere al giudice interno di interpretare le disposizioni interne in modo conforme alle norme contenute nelle direttive. Il principio già espresso nei casi *Marshall*, sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, in "Racc.", 1986, pag. 723.

(38) Sul principio dell'affidamento nei casi di cambiamento di orientamento da parte dell'Amministrazione finanziaria si rinvia senza alcuna pretesa di completezza a: DE MITA, *La buona fede nel diritto tributario (Quando l'amministrazione cambia orientamento)*, in De Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 1991, pag. 171 e ss.; FALSITTA, *Rilevanza delle "circolari interpretative" e tutela giurisdizionale del contribuente*, in "Rass. Trib.", 1988, I, pag. 12 e ss.; LUPI, *Diritto Tributario*, Parte generale, cit., pag. 85; MARONGIU, *I conti transitori di riassicurazione nella determinazione del reddito imponibile*, in "Dir. Prat. Trib.", 1991, II, pag. 1384; Idem, *Contributo alla realizzazione della "carta dei diritti del contribuente"*, *ibid.*, 1991, I, pag. 621; Idem, *Sul regime fiscale delle aziende municipalizzate*, in "Fin. Loc.", 1992, pag. 831 e ss.; REGAZZONI, *Il principio di buona fede nel diritto tributario*, ne "il fisco", 1994, pag. 10015; BENATTI, *Principio di buona fede e obbligazione tributaria (appunti per una discussio-*

Se si riconoscesse la diretta applicabilità delle disposizioni comunitarie e la diretta efficacia delle pronunce della Corte di Giustizia delle Comunità Economiche Europee anche quando il contribuente ha rispettato la norma interna contraria alla normativa comunitaria si consentirebbe allo Stato membro inadempiente «di trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario» (39).

La disposizione contenuta in una direttiva non recepita o non puntualmente recepita, nell'ordinamento interno, quindi, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia «non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi esser fatta valere in quanto tale nei suoi confronti» (40), poiché sarebbe «inaccettabile che lo Stato al quale il legislatore comunitario prescrive l'adozione di talune norme volte a disciplinare i suoi rapporti - o quelli degli enti statali - con i privati e riconoscere a questi ultimi il godimento di alcuni diritti, potesse far valere la mancata esecuzione dei suoi obblighi al fine di privare i singoli del godimento di detti diritti» (41).

Segue: la necessarietà dell'effettuazione di operazioni nel campo di applicazione dell'imposta

Una seconda differenza tra elementi qualificanti la stabile organizza-

75

ne), in "Boll. Trib.", 1986, pag. 947 e ss.; DELLA VALLE, *L'affidamento nella certezza del diritto tributario*, Roma, Ed. Provv., 1996. Sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Economiche Europee, si veda MENOZZI, *Il diritto della Comunità Europea*, cit., pag. 262 e ss.. Sul punto si veda anche la rassegna di giurisprudenza comunitaria di MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario. Rassegna di giurisprudenza*, in "Riv. It. Pub. Comun.", 1994, pag. 970 e ss.. La diretta applicabilità delle direttive dettagliate è stata ritenuta possibile dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee soltanto se fossero stati fatti valere diritti da parte del privato nei confronti dello stato inadempiente, caso *Van Duyn*, sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/74, cit., pag. 1337, mentre non è stata ritenuta possibile nei rapporti tra privati, caso *Faccini Dori*, la sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, cit., pag. 438. Quando il privato sia leso nel suo diritto per una inadempienza dello stato allo stesso la Corte ha riconosciuto il diritto ad essere risarcito da parte dello stato inadempiente, casi: *Faccini Dori*, cit., pagg. 441-442, e *Francovich e altri*, sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in "Racc.", 1991, I, pag. 5337.

(39) Caso *Marshall*, sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, in "Racc.", 1986, pag. 723; caso *Faccini Dori*, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, in cit., 1995, pag. 441.

(40) Caso *Faccini Dori*, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, cit., pag. 441, in la Corte si è chiamata alla costante giurisprudenza successiva al caso *Marshall*.

(41) *Faccini Dori*, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, cit., 1995, pag. 441.

zione in ambito convenzionale ed in ambito Iva riguarda i risultati dell'attività svolta dalla stabile organizzazione.

Il Modello di convenzione elaborato dall'Ocse, come si è detto, contiene un criterio generale per individuare l'esistenza di una stabile organizzazione ed una esemplificazione di casi che possono configurare una stabile organizzazione.

Per quanto riguarda il criterio generale, in ambito convenzionale, perché la sede fissa possa essere considerata stabile organizzazione, è sufficiente che il soggetto non residente svolga la sua attività economica anche attraverso tale sede ed il commentario precisa che non è necessario che tale attività concorra alla formazione del reddito.

Il carattere produttivo dell'attività oltre a poter essere espressamente richiesto dalle singole convenzioni, sembra, comunque, essere implicitamente richiesto dallo stesso Modello di Convenzione, laddove è previsto che la ripartizione degli utili tra casa madre e stabile organizzazione avvenga in ragione della concorrenza della stabile organizzazione alla produzione del reddito (42).

Sulla base di una siffatta osservazione si è, quindi, ritenuto che affinché si possa configurare una stabile organizzazione sia necessario che essa concorra alla produzione del reddito del non residente od almeno che l'attività svolta dalla sede fissa sia astrattamente idonea alla produzione di un reddito (43).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra, invece, richiedere quale elemento essenziale per la configurazione della stabile organizzazione in ambito Iva l'effettuazione di operazioni nel campo di applicazione dell'imposta; interpretazione questa che sembra essere avvalorata da quanto previsto nel progetto di diciannovesima direttiva.

Il progetto di diciannovesima direttiva prevede, infatti, l'aggiunta, su proposta del Comitato per l'imposta sul valore aggiunto, di un paragrafo all'art. 9 della sesta direttiva, contenente la definizione di stabile organizzazione; la definizione prevede espressamente che è considerato cen-

(42) Sul punto si veda, GALLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in "Dir. Prat. Trib.", I, pag. 1136; CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in "Dir. Prat. Trib.", 1995, I, pag. 668.

(43) DEL GIUDICE, *La stabile organizzazione elemento determinante per la tassazione del reddito di impresa di soggetti non residenti*, ne "il fisco", 1983, pag. 1252; LIZZUL, *La stabile organizzazione nel Modello Ocse*, in "Boll. Trib.", 1988, pag. 1084; MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, pag. 158, evidenzia come secondo il Commentario è "presunto la funzione di produttività, ossia di economicità dell'installazione, che non comporta peraltro necessariamente anche la redditività della medesima".

Nella prospettiva della necessità della effettuazione di operazioni nel campo di applicazione dell'imposta, affinché si possa configurare in ambito Iva una stabile organizzazione di un non residente, la previsione contenuta nell'art. 5, paragrafo 2, del Modello di Convenzione così come interpretata dalla Repubblica italiana non sembra rispondere alla nozione di stabile organizzazione enucleata dalla Corte nel sistema comune d'imposta.

Il paragrafo due dell'art. 5 del Modello di Convenzione Ocse contiene una elencazione di installazioni che possono, in particolare, essere considerate stabile organizzazione.

Il Commentario evidenzia come l'elencazione abbia un carattere meramente esemplificativo e le installazioni possano essere considerate, *prima facie*, come stabile organizzazione. La Repubblica italiana ha tuttavia espresso riserva in relazione a tale interpretazione, evidenziando come la stessa consideri *a priori* tali installazioni costituenti una stabile organizzazione del non residente.

In una siffatta prospettiva ci si deve interrogare sulla correttezza di traslare in ambito Iva la nozione di stabile organizzazione individuata sulla base delle previsioni contenute nel paragrafo due delle Convenzioni stipulate dall'Italia (48).

trazione sugli acquisti: dai criteri forfettari all'imputazione specifica, in "Rass. Trib.", 1997, pag. 279 e ss.; GIORGI, *L'effettuazione di operazioni nel campo di applicazione dell'Iva nell'attribuzione della soggettività passiva e del diritto alla detrazione d'imposta: profili comunitari ed interni*, in "Rass. Trib.", 1999, pag. 1 (in pubblicazione).

(48) Dall'analisi di alcune convenzioni stipulate dall'Italia i luoghi considerati stabile organizzazione sono individuati in a) una sede di direzione; b) una succursale; c) un ufficio; d) un'officina; e) un laboratorio; f) una miniera, un pozzo di petrolio o di gas, una cava od ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali; g) un cantiere di costruzione, di montaggio o di installazione o i servizi di supervisione ad essi collegati, ma solo quando detto cantiere o detta installazione abbia durata superiore a dodici mesi o detti servizi si protraggano per un periodo superiore a dodici mesi. La durata del cantiere è individuata in misura variabile, sei nove, dodici mesi a seconda delle convenzioni (Sulla rilevanza del cantiere ai fini Iva si veda, MAYR, *Società estera con cantiere in Italia: vi è stabile organizzazione?*, in "Corr. Trib.", 1990, pag. 2279); h) una installazione o una struttura utilizzate a scopo di esplorazione di risorse naturali o i servizi di supervisione ad esse collegati o un impianto di perforazione o una nave utilizzati a scopo di esplorazione di risorse naturali, purché tale installazione o struttura siano utilizzate per un periodo superiore a 12 mesi o tali servizi si protraggano per un periodo superiore a 12 mesi; i) le prestazioni di servizi, compresi i servizi di consulenza, effettuate da un residente per mezzo di impiegati o di altro personale a tale scopo assunti dal residente, purché tali attività si protraggano nel paese (per lo stesso progetto o per un progetto collegato) per un periodo superiore a 12 mesi.

Alcune delle installazioni considerate dalle Convenzioni stipulate dall'Italia stabile organizzazione del non residente non sembrano, infatti, idonee ad integrare i presupposti per la configurazione di una stabile organizzazione nel sistema dell'Iva, non implicando ad esempio la presenza di un ufficio di direzione l'effettuazione di operazioni Iva rilevanti.

Ne sembrerebbe possibile considerare comunque le installazioni elencate nel paragrafo 2 stabili organizzazioni ai fini Iva, poiché in tal caso non si vede come le stabili organizzazioni così individuate potrebbero esercitare il diritto alla detrazione. Le stesse potrebbero, infatti, non effettuare operazioni Iva e non sarebbe, quindi, possibile, in tal caso, rispettare né la condizione dell'inerenza né quella dell'impiego in operazioni soggette all'imposta od equiparate; condizioni richieste per esercitare il diritto alla detrazione.

Per altri casi esemplificati dalle convenzioni in cui è astrattamente possibile che le installazioni possano effettuare delle operazioni soggette all'imposta, ci si deve interrogare sulla possibilità che nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto assumano rilevanza le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate da una installazione di un non residente in uno stato alla sua sede (49), eventualmente considerando i finanziamenti effettuati dal non residente alla installazione corrispettivi per forniture di beni e servizi (50).

Se si ha riguardo alla giurisprudenza della Corte nel caso *Hong Kong Trade*, resa proprio in un caso che aveva ad oggetto la possibilità di attribuire la soggettività passiva d'imposta ad una installazione di un non residente che non effettuava alcuna operazione Iva, non sembra sia pos-

(49) Sulla possibilità di considerare stabile organizzazione l'installazione che fornisce servizi alla sede del non residente in ambito convenzionabile, SKAAR, *Subject to what conditions will the provisions of services constitute a P.E.?*, Report to the Seminar A - OECD Model Convention, 1997 and Beyond, IFA Congress, New Delhi 1997.

(50) Risoluzione 330470 del 20-3-1981, in "Rass. Trib.", 1981, II, pag. 476, con nota di PIZZINI, *Sul trattamento ai fini Iva dei rapporti tra società una estera di viaggi e turismo e la propria sede secondaria*. In tal senso anche Ris. Min., 29 marzo 1983, n. 331300, in "Banca dati Ipsoa", e la Ris. Min., 7 dicembre 1991, n. 501504, cit., in cui si evidenzia come "il Nucleo regionale polizia tributaria di Milano, con processo verbale di constatazione del 19-7-1990 ha ritenuto, invece, non conforme a legge l'operato del segretariato, ravvisando nella struttura esistente in Italia una stabile organizzazione d'impresa estera e considerando, quindi, veri e propri corrispettivi (non dichiarati) i finanziamenti provenienti alla sede italiana da quella centrale di Londra". Sul tema si veda, FIORELLI-SANTI, *Prestazioni di servizi rese dalla casa madre estera alla stabile organizzazione*, in "Corr. Trib.", 1997, pag. 1764; CENTORE, *Cessione di beni prodotti dalla stabile organizzazione in Italia*, in "Azienda e Fisco", 1996, pag. 861.

sibile attribuire rilevanza nel sistema comune d'imposta a quelle installazioni che non effettuano operazioni Iva (51).

La Corte di Giustizia nel caso *Hong Kong Trade* ha, infatti, affermato che una persona non può essere considerato soggetto passivo d'imposta, se effettua soltanto prestazioni di servizi a titolo gratuito. La Corte ha, infatti, evidenziato che nel caso in cui un soggetto effettui soltanto prestazioni di servizi a titolo gratuito non si configura l'esercizio di una attività economica rilevante per il sistema comune d'imposta.

Anche nel sistema d'imposta interno l'Amministrazione finanziaria chiamata a pronunciarsi sulla esistenza di una stabile organizzazione di un soggetto non residente che svolgeva attraverso una sede fissa in territorio italiano un'attività che non dava luogo ad operazioni Iva rilevanti, trattandosi anche in tale caso di un ufficio di rappresentanza che aveva il compito di promuovere gli affari dell'Ente non residente, ha escluso che potesse configurarsi una stabile organizzazione, seppure sulla base della previsione contenuta nell'art. 5, lettera e), del Modello di Convenzione Ocse (52), osservando, comunque, «che le sedi "secondarie" del segretaria-

(51) Sulla inapplicabilità dell'imposta alle forniture cosiddette intra-company si veda; LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Riv. Dir. Trib.", I, pagg. 95-97.

(52) Ris. Min., 7 dicembre 1991, n. 501504, cit., in cui si è affermato "la Scrivente, conformemente a quanto rappresentato dall'Ispettorato compartimentale tasse di Milano, ritiene che il problema della sussistenza o meno di una "stabile organizzazione" di un'impresa estera nel territorio dello Stato debba essere risolto in base alle convenzioni stipulate per evitarle doppie imposizioni sul reddito che, com'è noto, si richiamano alla definizione accolta dal "progetto Ocse". Nella particolare fattispecie occorre, quindi, fare riferimento alla convenzione fra l'Italia e Gran Bretagna per evitare la doppia imposizione sul reddito, firmata a Londra nel 1960 e ratificata per effetto della legge 12-8-1962, n. 1378, nonché a quella stipulata con lo scambio di note fatto a Pallanza il 21-10-1988, ratificata per effetto della legge 5-11-1990, n. 329; convenzioni queste che nella sostanza recepiscono il noto modello Ocse. In effetti, tale modello esclude che possa considerarsi "stabile organizzazione" una sede fissa di affari utilizzata, per l'impresa (e cioè per l'esercizio dell'attività della casa madre), "ai soli fini di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o di attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliario" (cfr. art. 5, lettera e), del mod. Ocse e stesso articolo della legge n. 239 del 1990 citata). Dal contenuto della disposizione in parola si evince che, al fine di poter escludere che una sede fissa di affari di una impresa inglese possa considerarsi stabile organizzazione in Italia, non è rilevante tanto l'aspetto dimensionale, come riconosce la consorella delle imposte dirette nella richiamata risoluzione n. 9/468-91 del 10-8-1991, quanto il tipo di prestazione posta in essere da tale sede, e cioè lo svolgimento di un'attività pubblicitaria, di informazione, di ricerche scientifiche o di altre attività di carattere preparatorio o ausiliario. Per quanto riguarda il caso di specie, si ritiene che la posizione della sede italiana del segretariato istante risponda al modello delineato dalle surriferite convenzioni,

to non conseguono mai ricavi per cessioni di beni e prestazioni di servizi, poiché assolvono, esclusivamente ad una funzione di centro di spesa con l'utilizzo di risorse messe a disposizione della casa madre secondo una politica di promozione decisa ogni anno, unilateralmente, dalla medesima; che la sede italiana - al pari di quelle operanti in altri Paesi - è priva di autonomia giuridica, finanziaria e decisionale: in sostanza essa, nell'ambito di un rapporto organico di mezzo al fine, esegue i programmi fissati dalla casa madre agendo in suo nome e conto» (53).

Si deve, tuttavia, evidenziare come l'operazione Iva possa, talvolta, esistere nelle forniture tra sedi del non residente per disposizione legislativa.

È il caso delle cosiddette operazioni intracomunitarie per beni trasferiti a destinazione.

A seguito delle modifiche apportate dal D.L. 30 agosto 1993, n. 313 alla disciplina impositiva degli scambi intracomunitari sono state, infatti, considerate operazioni intracomunitarie i trasferimenti di beni tra sedi dello stesso soggetto passivo situate in Stati membri diversi.

Il problema in una siffatta prospettiva è se l'effettuazione di operazioni intracomunitarie per beni trasferiti a destinazione possa permettere di configurare nel centro di attività interessato dall'operazione un centro di attività stabile, *alias* stabile organizzazione.

Il problema della rilevanza delle operazioni intracomunitarie per beni trasferiti a destinazione si intreccia con quello della tipologia di operazioni Iva che danno luogo ad un centro di attività stabile.

Un'ulteriore differenza tra elementi qualificanti la stabile organizzazione in ambito convenzionale ed in ambito Iva riguarda, infatti, la possibilità di configurare una stabile organizzazione allorché il non residente effettui cessioni di beni attraverso una sede fissa.

posto che, come risulta dagli atti, detta sede, per il raggiungimento degli scopi statuari della casa madre di Londra, svolge un complesso di attività riconducibili alla disposizione di cui all'art. 5, lettera e) del modello Ocse, reiterato nella legge 5-11-1990, n. 329. Infatti, la pubblicità, insieme alle altre prestazioni di carattere ausiliario, come le ricerche di mercato e il controllo di qualità della lana vergine, sono tutte attività che vengono effettuate, in nome e per conto della casa madre, nell'ambito del programma promozionale fissato da quest'ultima. La dipendenza italiana, in sostanza, si inserisce strumentalmente nel conseguimento degli obiettivi fissati dal programma di promozione da attuare nel territorio della Repubblica, cosicché le prestazioni dalla medesima eseguite non possono considerarsi effettuate se non nell'interesse dell'impresa esercitata dalla casa madre. Il che è dimostrato anche dal fatto che detta sede, operando esclusivamente con i mezzi finanziari erogati dalla casa di Londra, non produce in Italia alcun corrispettivo".

(53) Ris. Min., 7 dicembre 1991, n. 501504, cit..

Sia l'art. 9 della sesta direttiva che l'art. 7, del D.P.R. n. 633/1972 collegano la rilevanza della stabile organizzazione alla effettuazione di operazioni di prestazione di servizi e non sembra che, nel tenore letterale delle due norme, possa essere attribuita rilevanza alla sede fissa in assenza di una tale tipologia di operazioni; la sede fissa che funga esclusivamente dal luogo attraverso cui vengono effettuate operazioni di cessioni di beni non sembra, cioè, possa essere configurata stabile organizzazione.

La limitazione della nozione di stabile organizzazione alle sedi fisse che pongono in essere prestazioni di servizi sembra conforme alla funzione attribuita alla stabile organizzazione nel sistema comune d'imposta; la identificazione della territorialità dell'operazione (54).

Per le operazioni che hanno ad oggetto prestazioni di servizi la territorialità ha quale criterio principale di individuazione la sede del prestatore, mentre per le cessioni di beni il principio è quello del *locus rei sitae*, si ha riguardo, cioè, al luogo dove è localizzato il bene (55); si comprende, quindi, che l'esistenza di una stabile organizzazione assume rilevanza, quale criterio di identificazione della territorialità, soltanto in riferimento alle operazioni aventi ad oggetto prestazioni di servizi.

La disciplina recata dal D.L. n. 313/1993 non costituisce, peraltro, una decisiva conferma della rilevanza dei trasferimenti di beni tra sedi di uno stesso soggetto passivo situate in Stati membri diversi; si potrebbe, infatti, sostenere che le modifiche agli scambi intracomunitari tra sedi di uno stesso soggetto passivo si sono rese necessarie, proprio perché i trasferimenti di beni tra sedi di uno stesso soggetto situate in Stati membri diversi non assumevano rilevanza nel sistema d'imposta, ma si potrebbe anche sostenere che la nuova disciplina è stata introdotta al fine di considerare operazioni i trasferimenti di beni in cui sono interessate sedi fisse che stabili organizzazioni non possono essere considerate (56).

Per quanto riguarda i trasferimenti di beni tra sedi di uno stesso soggetto localizzate in diversi Paesi membri, si è già detto, che essi sono considerati operazioni intracomunitarie; in tal caso, perciò operazioni Iva rilevanti esistono.

(54) Sulla territorialità delle operazioni Iva si veda, per tutti, FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995.

(55) Sul tema si veda, LUPI, *Precisazioni in tema di cessioni d'immobili da parte di società estere: Iva o Registro a scelta?*, in "Riv. Dir. Trib.", 1994, I, pag. 129.

(56) Sull'incidenza delle modifiche legislative sulle questioni controverse si veda LUPI, *Retroattività o interpretazioni a contrario? Quando la legge interviene su una questione controversa*, in "Rass. Trib.", 1994, pag. 404.

Il problema è, quindi, stabilire se l'effettuazione di operazioni intracomunitarie per beni trasferiti a destinazione possa permettere di individuare l'elemento funzionale atto a configurare un centro di attività quale centro di attività stabile.

Le disposizioni del D.L. n. 313/1993 si applicano, come detto, non soltanto alle sedi in cui è configurabile una stabile organizzazione, ma a tutte le sedi.

Se le operazioni intracomunitarie per destinazione potessero essere considerate costituire l'elemento funzionale della stabile organizzazione, si dovrebbe concludere che anche un deposito, dotato di una struttura umana permanente, dovrebbe essere considerato stabile organizzazione e ciò non sembra affatto in linea con lo spirito della norma che attribuisce rilevanza al centro di attività stabile così come individuato dalla Corte di Giustizia.

Il motivo per cui è stata prevista la rilevanza dei trasferimenti di beni tra sedi di un soggetto passivo localizzate in diversi Paesi membri è, poi del tutto diverso da quello di configurare una stabile organizzazione in una sede che tali caratteristiche non avrebbe in assenza delle operazioni intracomunitarie per beni trasferiti a destinazione.

La rilevanza dei trasferimenti di beni tra sedi di un soggetto passivo localizzate in diversi Paesi membri ha, infatti, «carattere cautelativo, in quanto assicura la possibilità di seguire le successive cessioni in Italia dei beni trasferiti (esempio, beni inviati per deposito o stoccaggio) ed evita, nell'ipotesi di beni di investimento, il verificarsi di localizzazioni di acquisti con riferimento ai diversi regimi di detrazione dell'imposta applicati negli Stati membri» (57).

Per completezza si deve qui rilevare che, laddove una stabile organizzazione possa essere configurata indipendentemente dalla fornitura di servizi alla sede del non residente, l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto che tali forniture dovesero essere considerate operazioni Iva, riconoscendo autonoma soggettività d'imposta alla stabile organizzazione (58).

(57) Circ. Min., 23 febbraio 1994, b. 13-VII-15-464, in "Banca dati Ipsa".

(58) L'amministrazione finanziaria, Ris. Min., 20 marzo 1981, n. 330470, "Banca dati Ipsa", dopo aver evidenziato come alla stabile organizzazione dovesse essere riconosciuta la soggettività passiva d'imposta, ha affermato "che, in relazione alle modalità con cui vengono regolati i reciproci rapporti tra la casa madre, e la sede secondaria, quest'ultima, sotto l'aspetto fiscale, assume la veste di esecutrice dei servizi nei confronti della committente casa madre. Inoltre, in relazione a tali rapporti intersoggettivi, le provviste di mezzi finanziari a favore della sede secondaria assumono natura di corrispettivi e costituiscono, quindi, la base imponibile delle prestazioni di cui trattasi tenendo, naturalmente, conto sia del prezzo globale della prestazione indicata nel citato catalogo, sia dei prezzi mediamente praticati ai clienti nazionali, sia delle prestazioni rese ai clienti dalla casa madre fuori del territorio nazionale, i cui cor-

Nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto sembra, però, doversi ritenere che la stabile organizzazione non assuma un'autonoma soggettività passiva; i principi stabiliti nelle direttive comunitarie ed affermati dalla Corte di Giustizia sembrano infatti, difficilmente conciliabili con un'interpretazione che attribuisca autonomamente la soggettività passiva d'imposta alla stabile organizzazione (59).

Il sistema d'imposta delineato dalle direttive comunitarie sembra attribuire rilevanza alla stabile organizzazione unicamente quale criterio di determinazione della territorialità delle operazioni effettuate dai soggetti passivi dell'imposta. Le limitazioni per l'esistenza della stabile organizzazione sembrano precludere, poi, che la stessa possa essere considerata soggetto passivo dell'imposta. L'art. 4 della sesta direttiva, al paragrafo 1, prevede, infatti, che sia considerato «soggetto passivo chiunque esercita in modo indipendente e in qualsiasi luogo una delle attività economiche di cui al paragrafo 2, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività» ed al paragrafo 2 che le «attività economiche di cui al paragrafo 1 sono tutte le attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi, comprese le attività estrattive, agricole, nonché quelle delle professioni liberali o assimilate. Si considera in particolare attività economica un'operazione che comporti lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità».

Sulla base di quanto affermato dalla Corte di Giustizia la sede del prestatore deve essere considerata il punto di riferimento preferenziale dell'operazione ed un altro luogo può venire in rilievo soltanto se il criterio

rispettivi non rientranti nel campo di applicazione dell'imposta, non possono essere comunque predeterminati in misura percentuale fissa" e che conseguentemente "la sede secondaria per le prestazioni come sopra rese nei confronti della casa madre deve emettere regolare fattura da assoggettare all'aliquota Iva del 15 per cento, prevista per le prestazioni di servizi, con le modalità indicate nell'art. 21 del ripetuto D.P.R. n. 633, nel momento in cui si considerano effettuate le prestazioni stesse ai sensi dell'art. 6 del medesimo decreto". Sul punto, CENTORE, *Cessione di beni prodotti dalla stabile organizzazione in Italia*, in "Azienda e Fisco", 1996, pag. 861; FIORELLI-SANTI, *Prestazioni di servizi rese dalla casa madre estera alla stabile organizzazione*, in "Corr. Trib.", 1997, pag. 1764. Si veda anche LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Riv. Dir. Trib.", I, pag. 76 e ss.. Nell'ambito delle imposte sui redditi sulla stabile organizzazione, quale centro di imputazione di effetti, si vedano per tutti GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, in "Riv. Dir. Fin.", 1985, I, pagg. 388-389, e NUZZO, *La tassazione del reddito delle imprese bancarie nella prospettiva dell'armonizzazione fiscale nella Cee*, in "Riv. Dir. Trib.", 1991, pag. 318 e ss.; Idem, *Questioni in tema di tassazione degli enti non economici*, in "Rass. Trib.", 1985, I, pagg. 127-129.

(59) Ris. Min., 20 marzo 1981, n. 330470, in "Banca dati Ipsos".

della sede non conduca ad una soluzione razionale o crei un conflitto con un altro Stato Membro; la previsione contenuta nel primo comma dell'art. 4, se interpretata nel senso di attribuire la soggettività passiva d'imposta al non residente anche in relazione a sue eventuali stabili organizzazioni - è soggetto passivo chiunque esercita in modo indipendente e in qualsiasi luogo una delle attività economiche di cui al paragrafo 2 - sembra rispondere al principio affermato dalla Corte, meglio che l'interpretazione che attribuisce la soggettività passiva d'imposta anche alla stabile organizzazione.

Quanto alle previsioni contenute nel paragrafo 2 dell'art. 4, si deve evidenziare come le stesse non possano trovare piena applicazione, se la stabile organizzazione fosse considerata soggetto passivo d'imposta; si è infatti visto come la stabile organizzazione venga in rilievo soltanto per ciò che riguarda le prestazioni di servizi.

Nel sistema dell'Iva sembra, quindi, corretto ricostruire i rapporti tra sede del non residente e sua stabile organizzazione attraverso un rapporto dualistico che vede la seconda essere in rapporto di strumentalità alla attività esercitata dal soggetto passivo dell'imposta esattamente come la sede principale. La differenza tra sede principale ed altre sedi è che a tali altre sedi è ricollegata una rilevanza, allorché si verificano determinati presupposti e che tale rilevanza varia a seconda che la sede secondaria possa essere considerata centro di attività stabile, *alias* stabile organizzazione, oppure no.

Si deve, infine, evidenziare, per quanto riguarda la prestazione di servizi effettuata dalla stabile organizzazione alla sede del non residente che tale prestazione darebbe luogo alla applicazione di un'imposta che addebitata al non residente dalla stabile organizzazione dovrebbe essere chiesta a rimborso dalla stessa stabile organizzazione, stante l'inapplicabilità del meccanismo di rimborso previsto l'art. 38-ter, del D.P.R. n. 633/1972; un tale sistema di applicazione dell'imposta sembra a dir poco macchinoso.

In una siffatta prospettiva si deve, peraltro, evidenziare come la norma contenuta nell'ultimo comma dell'art. 17, D.P.R. n. 633/1972, preveda che quanto disposto ai precedenti commi due e tre, relativamente all'adempimento degli obblighi ed all'esercizio dei diritti derivanti dalla effettuazione nel territorio dello Stato di operazioni Iva poste in essere da non residenti, non si applichi «per le operazioni effettuate da o nei confronti di stabili organizzazioni in Italia di soggetti residenti all'estero».

Per quanto riguarda la rilevanza dei trasferimenti di beni a destinazione si è già vista la disciplina; non rimane, quindi, che il problema della rilevanza delle cessioni di beni effettuate attraverso la stabile organizzazione nei confronti di terzi.

Attribuire o non attribuire rilevanza alle cessioni di beni effettuate attraverso la stabile organizzazione nei confronti di terzi determinerebbe, comunque, soltanto l'utilizzazione di un diverso meccanismo di applicazione dell'imposta quello della rappresentanza, in tal caso effettuata, secondo la disciplina interna, dalla stessa stabile organizzazione del soggetto non residente nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento degli obblighi d'imposta.

4. *La cosiddetta stabile organizzazione personale*

Una ulteriore differenza tra elementi qualificanti la stabile organizzazione in ambito convenzionale ed in ambito Iva riguarda la possibilità di configurare la cosiddetta stabile organizzazione personale.

Si è detto come in ambito convenzionale l'agente possa essere considerato stabile organizzazione, quando gli è conferito il potere di obbligare il non residente nell'esercizio della propria attività ed esso svolge tale attività in modo continuativo, concludendo contratti o in nome dell'impresa, ancorché la firma del contratto avvenga formalmente in altro stato (60).

L'art. 5, paragrafo 4, del modello di Convenzione elaborato dall'Ocse prevede, infatti, che se «Una persona che agisce in uno Stato contraente per conto di un'impresa dell'altro Stato contraente - diversa da un agente che goda di uno status indipendente, di cui al paragrafo 5 - è considerata "stabile organizzazione" nel primo Stato se dispone nello Stato stesso di poteri che esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti a nome dell'impresa, salvo il caso in cui le attività di detta persona siano limitate all'acquisto di beni o di merci per l'impresa» ed il successivo paragrafo 5 prevede che «Non si considera che un'impresa ha una stabile organizzazione in uno Stato contraente per il solo fatto che essa vi esercita la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività».

La Corte nel caso *ARO-Lease* ha avuto modo di conoscere dell'attività economica promossa da agenti in uno stato diverso da quello della sede.

I clienti della ARO in Belgio prendevano contatto con quest'ultima tramite intermediari indipendenti stabiliti in tale Stato, i quali riceveva-

(60) Sul punto si segnala, MAYR, *Agente e stabile organizzazione*, in "File", 1995, pag. 483; CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in "Dir. Prat. Trib.", 1995, I, pag. 669 e ss.; LIZZUL, *La stabile organizzazione nel Modello Ocse*, in "Boll. Trib.", 1988, pag. 1089/

no in cambio una provvigione; intermediari che non partecipavano né alla conclusione dei contratti firmati nella sede della società né all'esecuzione degli stessi.

La Corte ha affermato che «gli intermediari indipendenti che mettono in contatto i clienti interessati con la ARO non possono considerarsi mezzi umani permanenti, ai sensi della giurisprudenza citata» (61).

È stato osservato come la Corte non abbia compiutamente analizzato la questione della rilevanza dell'agente nella individuazione della stabile organizzazione, non avendo indagato «sulla necessità che l'agente avesse nel caso concreto il potere di concludere contratti relativi all'attività che è propria dell'impresa, elemento considerato invece essenziale alla convenzione-tipo Ocse» (62).

Tuttavia, se si ha riguardo a quanto affermato dalla Corte nel caso DFDS in cui è stata implicitamente affermata l'impossibilità di individuare una stabile organizzazione in una persona che goda di uno *status* indipendente, si dovrebbe concludere che anche nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto sia possibile configurare la cosiddetta stabile organizzazione personale, seppure con caratteri diversi da quelli individuati in ambito convenzionale.

La Corte nel caso *ARO-Lease* sembra, infatti, aver attribuito rilevanza al fine di escludere l'esistenza di un centro di attività stabile, al fatto che i contratti fossero firmati nella sede del non residente, elemento questo che come si è evidenziato è ritenuto irrilevante in ambito convenzionale.

8

5. La configurabilità della stabile organizzazione nella società controllata dal non residente

Un'ultima possibile differenza riguarda la possibilità di considerare stabile organizzazione una società controllata o controllante un'impresa non residente (63).

L'art. 5, paragrafo 7, del modello di Convenzione elaborato dall'Ocse prevede che «Il fatto che una società residente di uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato con-

(61) La Corte fa riferimento alla citata sentenza *Berkholz*, in "Racc.", pag. 2251 e ss..

(62) FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Rass. Trib.", 1998, pag. 384.

(63) Sul punto si veda, PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, inedito.

traente ovvero svolga la sua attività in questo altro Stato (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra".

È stato, tuttavia, rilevato che se la società residente controllata o controllante una società non residente agisce per conto di quest'ultima svolgendo un'attività che esula dalla sua normale attività economica ed agisce cioè ad esclusivo vantaggio della non residente, tale società può essere considerata stabile organizzazione della società non residente (64).

La Corte nel caso *DFDS* è stata chiamata a decidere proprio sulla possibilità di configurare una stabile organizzazione del non residente in una sua controllata (65).

La Corte ha affermato che qualora un soggetto passivo d'imposta, la cui sede è situata in uno Stato membro, effettui delle prestazioni di servizi tramite una società che opera in qualità di agente in un altro Stato membro, tali prestazioni sono soggette all'Iva in quest'ultimo Stato, se tale società, che agisce come semplice ausiliaria dell'organizzatore, dispone dei mezzi umani e tecnici che caratterizzano un centro di attività stabile.

6. *La rilevanza della stabile organizzazione nel sistema dell'imposta nel sistema dell'Iva*

Le differenze per quel che riguarda la stabile organizzazione nei diversi sistemi d'imposta, non sembrano essere limitate alle condizioni per l'individuazione della stessa, ma sembrano estendersi anche alle conseguenze che dalla esistenza di una stabile organizzazione derivano.

La Corte di Giustizia ha, con costante giurisprudenza, affermato che un centro di attività stabile può venire in rilievo ai fini dell'applicazione dell'imposta soltanto quando il riferimento alla sede del soggetto passivo

(64) Sul punto la bibliografia è piuttosto vasta. Si segnala, PISTONE, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, inedito. Si veda anche, CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in "Dir. Prat. Trib.", 1995, I, pag. 672 che evidenzia come ciò "che assume particolare importanza è soprattutto la connessione dell'opera svolta dalla società residente con l'attività della società-madre: durante tali operazioni infatti la posizione di subordinazione della controllata è tale che viene meno ogni autonomia economica, gestionale e, in conseguenza di ciò, anche giuridica così che la società operante diventa sussidiaria, nel verso senso della parola, della casa madre".

(65) Sentenza 20 febbraio 1997, causa C-260/95, *DFDS*, in "Racc.", pag. 1005.

non conduca ad una soluzione razionale sotto il profilo impositivo o provochi un conflitto d'interessi tra Stati Membri.

La Corte ha, però, in altra occasione evidenziato come la "sistematica applicazione della soluzione della sede dell'attività economica potrebbe d'altra parte causare distorsioni della concorrenza, in quanto comporterebbe il pericolo che le società che esercitano attività in uno Stato membro siano indotte a fissare la loro sede, per sfuggire alla tassazione, nel territorio di un altro stato membro" il cui ordinamento prevede un sistema d'imposta più favorevole (66).

Si dovrebbe, quindi, concludere che la rilevanza della stabile organizzazione nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto deve essere valutata in relazione al fatto che la sede del soggetto passivo non «fornisca un criterio di connessione utile ai fini dell'imposizione fiscale» (67) e che l'adozione del criterio della sede non determini elusioni d'imposta.

6.1. La configurabilità di una "forza di attrazione" della stabile organizzazione nel sistema dell'Iva

La stabile organizzazione nell'ambito delle imposte sui redditi, come si è detto, esplica una funzione di ripartizione del reddito prodotto dal non residente ed anche in relazione a tale funzione è ad essa ricollegata una forza di attrazione in relazione ai redditi prodotti nel territorio dello stato dal non residente (68).

Nell'ambito dell'imposta sul valore aggiunto la stabile organizzazione non esplica alcuna forza attrattiva, sia l'art. 9 della sesta direttiva, sia l'art. 7, del D.P.R. n. 633/1972 che tale norma recepisce nel diritto interno, attribuiscono rilevanza alla stabile organizzazione per le sole operazioni dalla stessa effettuate.

(66) Sentenza 20 febbraio 1997, causa C-260/95, *DFDS*, in "Racc.", pag. 1005.

(67) Corte di Giustizia, sentenza 2 maggio 1996, causa C-231/94, *FG-Linien*, in "Racc.", pag. 2395 e ss..

(68) La forza di attrazione può essere assoluta oppure relativa; è assoluta se tutti i redditi prodotti dal non residente nel territorio dello stato dove è localizzata la stabile organizzazione vengono a questa ricondotti, è relativa se alcuni redditi vengono trattati isolatamente. Sul punto si veda per tutti, *GARBARINO, La forza di attrazione della stabile organizzazione e trattamento isolato dei redditi*, in "Rass. Trib.", 1990, I, pag. 427; *S. GIORGI, Il principio del trattamento isolato del reddito e la cosiddetta forza di attrazione della stabile organizzazione: problemi e proposte di soluzione*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, a cura di Victor Uckmar e Carlo Garbarino, Milano (Egea), 1995; *MAYR, La forza attrattiva e la riserva della stabile organizzazione*, in "Corr. Trib.", 1990, pag. 7.

La Corte, con costante giurisprudenza, ha, infatti, evidenziato come il luogo in cui il prestatore ha stabilito la sede della propria attività economica appare come il punto di riferimento preferenziale e come un altro centro di attività a partire dal quale viene resa la prestazione di servizi possa venire in rilievo soltanto se il riferimento alla sede non possa condurre ad una soluzione razionale dal punto di vista fiscale o crei un conflitto con un altro Stato membro.

Nel sistema dell'Iva, quindi, la forza di attrazione viene esplicita dalla sede del non residente e non dalla stabile organizzazione.

Sembra, quindi, sprovvisto di ogni sostrato normativo il comportamento degli uffici finanziari che ad esempio nel caso Philip Morris sembrano aver ipotizzato un'attrazione nella sfera impositiva della presunta stabile organizzazione nella Intertaba delle *royalties* corrisposte dal residente italiano alla Philip Morris USA (69).

La forza di attrazione della stabile organizzazione nel sistema dell'Iva è stata, peraltro, ipotizzata non in relazione a profili sostanziali dell'applicazione del tributo, ma in relazione ad obblighi cosiddetti strumentali alla sua applicazione.

Si è, infatti, sostenuto che poiché è preclusa la nomina del rappresentante fiscale, allorché il non residente ha una stabile organizzazione, gli obblighi strumentali relativi alle operazioni effettuate dal non residente senza il tramite della stabile organizzazione debbano essere da questa adempiuti (70); la stabile organizzazione assolverebbe, cioè quella funzione attribuita al rappresentante fiscale, laddove questo non possa essere nominato.

Si deve, peraltro, evidenziare come la direttiva non preveda che gli obblighi relativi alle operazioni effettuate dal non residente possano essere assolti dalla sua stabile organizzazione. L'art. 21 della sesta direttiva prevede, infatti, che quando «l'operazione imponibile è effettuata da un soggetto passivo residente all'estero gli Stati membri possono adottare disposizioni secondo cui l'imposta è dovuta da una persona diversa. A tale scopo possono in particolare essere designati un rappresentante fiscale o il destinatario dell'operazione imponibile».

(69) Comm. Trib. Prov. Milano, 12 settembre 1997, in "Corr. Trib.", 1998, pag. 119, ma anche in "Riv. Dir. Trib.", 1998, IV, pag. 96 e ss., con nota di ADONNINO, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*. Nel caso di specie sembra, peraltro doversi escludere che la forza di attrazione della eventuale stabile organizzazione della Philip Morris USA possa estendersi alle *royalties*; ciò in forza dell'art. 12 della Convenzione stipulata tra Repubblica italiana e Stati Uniti d'America.

(70) LUDOVICI, *Il regime impositivo agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in "Riv. Dir. Trib.", I, pagg. 98-101.

Il fatto che la direttiva non preveda che gli obblighi relativi alle operazioni effettuate dal non residente possano essere assolti dalla sua stabile organizzazione potrebbe, peraltro, costituire anche una argomentazione a favore della tesi che non riconosce una autonoma soggettività passiva d'imposta alla stabile organizzazione; prevedendo che gli obblighi possano essere assolti da una "persona diversa" sarebbe stato, infatti, quanto meno naturale che potessero essere assolti dalla stabile organizzazione, se la stabile organizzazione fosse stata un qualcosa di diverso dal non residente e non una sua emanazione.

6.2. *Le conseguenze dell'esistenza di una stabile organizzazione nel sistema dell'Iva*

Alla sussistenza di una stabile organizzazione nell'ambito delle imposte sui redditi, o meglio alla mancata esistenza, è, poi, talvolta collegata la possibilità di fruire di determinati trattamenti agevolativi (71).

Anche nell'ambito dell'imposta sul valore aggiunto alla non esistenza di una stabile organizzazione sembrano essere stati ricollegati degli effetti preclusivi della applicazione di specifiche norme; in particolare se si ha riguardo alla giurisprudenza formatasi in relazione alla norma che prevede il rimborso a non residenti sembra che gli uffici finanziari abbiano ritenuto l'esistenza di una stabile organizzazione preclusiva dell'utilizzo dell'istituto.

L'art. 1 dell'ottava direttiva Cee prevede, affinché il soggetto non residente possa accedere al rimborso dell'imposta ad acquisti effettuati in un paese membro diverso da quello di residenza che ai fini della tale direttiva «si considera soggetto passivo non residente all'interno del Paese il soggetto passivo di cui all'art. 4, paragrafo 1, della Direttiva n. 77/388/CEE che, nel corso del periodo di cui all'art. 7, paragrafo 1, primo comma, prima e seconda frase, non ha fissato in tale Paese né la sede della propria attività economica né costituito un centro di attività stabile dal quale sono svolte le operazioni né, in mancanza di detta sede o di detto centro di attività stabile, il suo domicilio o la sua residenza abituale e che, nel corso del medesimo periodo, non ha effettuato alcuna cessioni di beni o prestazioni di servizi che si consideri localizzata in tale Paese».

L'effetto preclusivo del diritto al rimborso dovrebbe, però, ritenersi limitato agli acquisti effettuati dalla stabile organizzazione.

(71) Sul punto si veda, MAYR, *La forza attrattiva e la riserva della stabile organizzazione*, in "Corr. Trib.", 1990, pag. 9.

A favore di una siffatta interpretazione depongono sia argomentazioni di ordine sistematico sia argomentazioni di ordine testuale.

Si è detto che poiché il diritto alla detrazione può essere esercitato soltanto in relazione all'imposta a monte relativa a beni e servizi acquistati per effettuare operazioni soggette all'imposta, la stabile organizzazione non potrebbe detrarre l'imposta a monte relativa a beni e servizi acquistati dal non residente senza il tramite della stabile organizzazione, poiché non sarebbero soddisfatte in capo alla stabile organizzazione né la condizione dell'inerenza né la condizione dell'impiego degli acquisti per l'effettuazione di operazioni soggette all'imposta od equiparate.

Per quanto riguarda le argomentazioni di ordine testuale, l'art. 1 dell'ottava direttiva prevede tra i requisiti soggettivi per accedere al rimborso che il non residente non abbia "costituito un centro di attività stabile dal quale sono svolte le operazioni". Il centro di attività stabile non è, quindi, di per sé sufficiente a precludere il rimborso ed è necessario che abbia effettuato le operazioni con i beni ed i servizi a cui, ed è ciò che non dice espressamente la direttiva, ma si dovrebbe ritenere che lo sottintenda, l'imposta a monte si riferisce. Se così non fosse, non si vedrebbe, perché la direttiva abbia precisato "centro di attività stabile dal quale sono svolte le operazioni".

7. Conclusioni

I problemi legati alla stabile organizzazione nel sistema dell'Iva sembrano in gran parte dovuti al fatto di utilizzare i medesimi schemi mentali utilizzati in rapporto alla nozione nell'ambito delle imposte sui redditi ed in ambito convenzionale; la funzione svolta dall'istituto della stabile organizzazione è, tuttavia, diversa nei diversi ambiti impositivi.

L'istituto della stabile organizzazione nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto delineato dalle direttive comunitarie svolge la funzione, residuale rispetto a quella della sede, di criterio di individuazione della territorialità delle prestazioni di servizi effettuate dal non residente attraverso la stabile organizzazione; a tale funzione nel diritto interno è stata aggiunta una funzione strumentale nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento degli obblighi d'imposta derivanti dall'effettuazione "da o nei confronti" del non residente di operazioni nel territorio dello Stato.

Nell'ambito delle imposte sui redditi ed in ambito convenzionale la stabile organizzazione svolge, invece, la funzione di ripartire il reddito prodotto dalle imprese multinazionali e proprio per questo è prevista, come si è detto, una sua forza di attrazione rispetto ai redditi prodotti nel territorio dello Stato.

Se si considera che nell'ambito dell'Iva non v'è forza di attrazione e che l'esistenza di una stabile organizzazione determina, quanto agli adempimenti strumentali, soltanto l'utilizzazione di diversi meccanismi di applicazione dell'imposta su operazioni che comunque devono esistere indipendentemente dall'esistenza della stabile organizzazione, i problemi connessi alla stabile organizzazione nel sistema dell'Iva risultano alquanto ridimensionati.

Tuttavia, i problemi sussistono allorché l'esistenza di una stabile organizzazione determini una diversa territorialità dell'operazione; problemi di non facile soluzione se si considera che l'incertezza interpretativa in merito alla nozione di stabile organizzazione ed in merito alle conseguenze che nel sistema dell'imposta può avere la sua esistenza sembrano originare non soltanto da una inadeguatezza delle previsioni interne, ma anche da una insufficiente definizione e coordinamento delle norme comunitarie (72), forse in gran parte dovuta al fatto che l'attuale sistema comune d'imposta è un regime transitorio che deve contemperare la tutela degli interessi degli stati, la tutela degli interessi dei singoli e la tutela degli interessi della Comunità europea tesi al perseguimento degli scopi del Trattato di Roma e dell'Atto Unico (73).

Soltanto con l'introduzione del regime definitivo potranno, forse, essere compiutamente disciplinati tutti i diversi aspetti relativi alla applicazione dell'imposta nei rapporti internazionali (74); nel frattempo l'applicazione e prima ancora l'interpretazione della normativa vigente, comunitaria ed interna, non potrà prescindere dall'uso di una grande dose di buon senso che spesso dovrà sopperire alla lacunosità della normativa od alla sua sovrapposizione.

La diretta efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia dovrebbe essere sufficiente, nell'immediato, a definire le condizioni per l'esistenza della stabile organizzazione nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto, seppure si deve evidenziare come potrebbe essere insufficiente a tutelare

(72) Problematiche connesse alla esistenza di una stabile organizzazione sono, peraltro, presenti anche nel sistema delle imposte sui redditi; sul punto si veda MELIS, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, in "Riv. Dir. Trib.", 1998, I, pag. 22.

(73) Sulle esigenze di contemperamento dei diversi interessi nei rapporti internazionali si veda, ADONNINO, *Pianificazione fiscale internazionale*, in "Studi in onore di Victor Uckmar", Padova, 1997, Tomo I.

(74) Sulle problematiche connesse alle operazioni aventi rilevanza transnazionale si veda ad esempio, CARPENTIERI, *Prestazioni di servizi rese in Italia da soggetti non residenti: è sempre facoltativa la nomina del rappresentante fiscale?*, in "Riv. Dir. Trib.", 1998, II, pag. 204.

gli interessi dell'Erario, laddove si ritenesse che lo Stato italiano non abbia puntualmente recepito le disposizioni della direttiva (75).

Il principio dell'interpretazione conforme secondo cui gli enti dello stato devono interpretare, nell'adottare i provvedimenti di loro competenza, le norme interne in modo da perseguire il risultato voluto dalla norma comunitaria (76), potrebbe, infatti, essere sufficiente soltanto parzialmente ad un corretto utilizzo della nozione di stabile organizzazione nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto; si pensi ad esempio a quanto sopra prospettato in relazione ai dubbi sulla configurabilità della stabile organizzazione personale e sarebbe, quindi auspicabile una definizione normativa della nozione, così come sarebbe auspicabile una definizione normativa delle conseguenze impositive derivanti dai rapporti tra stabile organizzazione e la sede del non residente od altre sue stabili organizzazioni.

In una siffatta prospettiva sarebbe da salutare con favore l'introduzione di una previsione come quella contenuta a sua tempo nello schema di Testo Unico che all'art. 15 prevedeva che non «costituiscono operazioni rilevanti agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto le prestazioni di servizi rese da soggetti residenti all'estero alla propria stabile organizzazione nel territorio dello Stato o viceversa» (77).

Sarebbe, peraltro, utile che la previsione normativa chiarisse anche la rilevanza delle cessioni di beni in presenza di una stabile organizzazione.

In via interpretativa si può affermare anche nella vigente normativa che la rilevanza della stabile organizzazione, come si è già accennato, de-

(75) Sul punto si veda, per tutte, Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, cit., pag. 441 in cui la Corte rileva come sarebbe "inaccettabile che lo Stato al quale il legislatore comunitario prescrive l'adozione di talune norme volte a disciplinare i suoi rapporti - o quelli degli enti statali - con i privati e riconoscere a questi ultimi il godimento di alcuni diritti potesse far valere la mancata esecuzione dei suoi obblighi al fine di privare i singoli del godimento di detti diritti".

(76) Sulla prevalenza dell'interpretazione conforme alle direttive comunitarie, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, casi: *Marleasing*, sentenza 13 novembre 1990, causa 106/89, cit., I, pag. 4135; *Kolpinghuis Nijmegen*, sentenza 8 ottobre 1987, causa 80/86, cit., pag. 3969; *Marshall*, sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, cit., pag. 723; *Von Colson*, sentenza 10 aprile 1984, causa 14/84, cit., pag. 1891.

(77) La relazione allo schema di testo unico evidenzia come con la previsione "si è chiarito che non sono rilevanti agli effetti dell'Iva, per carenza dei presupposti impositivi, attesa la unitarietà del soggetto, le prestazioni di servizi poste in essere all'interno dell'organizzazione del soggetto stesso e quindi tra la stabile organizzazione e la casa madre o viceversa. Rimane ovviamente ferma la imponibilità delle importazioni di beni anche se poste in essere da organizzazioni operative dello stesso soggetto".

ve essere esclusa per le cessioni di beni; l'art. 7 prevede, infatti, la rilevanza della stabile organizzazione limitatamente alle prestazioni di servizi da queste rese.

Tuttavia, non pochi problemi potrebbe creare l'interpretazione dell'Amministrazione finanziaria che attribuisce alla stabile organizzazione un'autonoma soggettività d'imposta nei rapporti tra la sede del non residente e la sua stabile organizzazione.

Infine, si deve evidenziare come una precisa definizione normativa si appalesi necessaria non soltanto ai fini Iva, ma anche ai fini della corretta applicazione delle norme relative alle imposte sui redditi (78).

Si deve, infatti, evidenziare come l'apporto definitorio fornito dalla Corte di Giustizia con la giurisprudenza in materia di imposta sul valore aggiunto possa valicare i confini di tale sistema d'imposta, nella assenza di una definizione normativa sia ai fini delle imposte sui redditi, sia ai fini Iva (79).

La direttiva sulle operazioni di riorganizzazione societaria transnazionali, 90/434/CEE, fa, infatti, riferimento in più occasioni alla nozione di stabile organizzazione.

La norma di recepimento similmente alla direttiva non definisce la nozione di stabile organizzazione e, quindi, anche in tale ambito si porrà la necessità di definire che cosa si intende per stabile organizzazione (80).

Si deve a tal proposito evidenziare, come la Corte nel caso *Leur-Bloem* abbia affermato la propria competenza a conoscere dell'interpretazione di norme interne se «esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni ri-

(78) STEIMLE-CUGINI, *I problemi relativi alla stabile organizzazione: confronto con esperienze straniere e suggerimenti operativi*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, a cura di Victor Uckmar e Carlo Garbarino, Milano (Egea), 1995, pagg. 116-118, evidenziano come sia opportuna una definizione legislativa della stabile organizzazione e ciò non soltanto ai fini della esatta individuazione delle norme impositrici di diritto interno, ma anche ai fini di una esatta applicazione delle norme di derivazione comunitaria che alla nozione di stabile organizzazione fanno riferimento.

(79) La nozione di stabile organizzazione non è definita dal legislatore interno né ai fini Iva, né ai fini delle imposte sui redditi ed è stato rilevato come l'assenza di una definizione sia da ricollegarsi alla limitazione che subirebbe la potestà impositiva del singolo stato.

(80) CERIANA, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in "Dir. Prat. Trib.", 1995, I, pag. 710. Sul punto si veda anche MARINO, *Profili fiscali delle riorganizzazioni di imprese e profili di ultrattività*, in "Dir. Prat. Trib.", 1993, I, pag. 2089.

prese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate» (81) e se il legislatore nazionale ha inteso disciplinare la situazione interna «allo stesso modo di una situazione oggetto invece della direttiva» (82).

L'ambito di applicazione della direttiva sulle operazioni di riorganizzazione societaria transnazionali è sicuramente riferito alle imposte sui redditi e sicuramente il legislatore nazionale non ha inteso disciplinare in modo diverso la nozione di stabile organizzazione rilevante nell'applicazione delle norme che disciplinano le operazioni di riorganizzazione societaria transnazionali rispetto alla nozione rilevante nell'applicazione delle altre norme sulle imposte sui redditi. Si potrebbe, però, forse sostenere che il legislatore non ha voluto dettare neanche in riferimento al sistema dell'imposta sul valore aggiunto una nozione diversa; ciò creerebbe, evidentemente, non pochi problemi.

Se si spingesse all'estremo il principio stabilito dalla Corte di Giustizia nel caso *Leur-Bloem* si potrebbe giungere alla conclusione che il si-

(81) Si veda, sentenza 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi*, "Racc.", I, pag. 3763.

(82) Sentenza, 17 luglio 1997, causa C-28/95, in "Rass. Trib.", 1997, pag. 1265 e ss., con nota di Lupi. La Corte ha, peraltro, ricordato che "nell'ambito della ripartizione delle funzioni giurisdizionali tra i giudici nazionali e la Corte prevista dall'art. 177, spetta solo al giudice nazionale valutare la portata esatta del rinvio al diritto comunitario, in quanto la competenza della Corte è limitata unicamente al vaglio delle disposizioni di tale diritto (sentenze *Dzodzi* e *Federconsorzi*, sopramenzionate, rispettivamente punti 41 e 42, e 10). Infatti, la presa in considerazione dei limiti fissati dal legislatore nazionale all'applicazione del diritto comunitario a situazioni puramente interne rientra nel diritto nazionale e, di conseguenza, nella competenza esclusiva dei giudici dello Stato membro (sentenze *Dzodzi*, sopramenzionata, punto 42, e 12 novembre 1992, causa C-73/89, *Fournier*, "Racc.", I, pag. 5621, punto 23)". Si deve comunque ricordare che "la Corte si è ripetutamente dichiarata competente a statuire su domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni comunitarie in situazioni in cui i fatti della causa principale si collocavano al di fuori dell'ambito d'applicazione del diritto comunitario ma nelle quali tali disposizioni di diritto erano state rese applicabili o dal diritto nazionale o in forza di semplici disposizioni contrattuali (vd. per quanto riguarda l'applicazione del diritto comunitario da parte del diritto nazionale, sentenze *Dzodzi* e *Gmurzynska-Bscher*, sopramenzionate; 26 settembre 1985, causa 166/84, *Thomasdünker*, "Racc.", pag. 3001; 24 gennaio 1991, causa C-384/89, *Tomatis* e *Fulchiron*, "Racc.", I, pag. 127, e, per quanto riguarda l'applicazione del diritto comunitario da parte di clausole contrattuali, sentenze 25 giugno 1992, causa C-88/91, *Federconsorzi*, "Racc.", I, pag. 4035 e 12 novembre 1992, causa C-73/89, *Fournier*, "Racc.", I, pag. 5621, in prosieguo: la "giurisprudenza *Dzodzi*"). Infatti, in queste sentenze, le disposizioni, sia nazionali sia contrattuali, che riportano le disposizioni comunitarie non avevano manifestamente limitato l'applicazione di queste ultime".

stema delle imposte sui redditi debba mutuare la definizione di stabile organizzazione ai fini Iva.

Esiste anche un interesse comunitario certo a che la nozione di stabile organizzazione abbia una portata uniforme, e si deve, quindi, concludere che anche nell'ambito delle imposte sui redditi deve escludersi che la nozione di stabile organizzazione possa essere ricostruita in modo diverso a seconda delle norme convenzionali applicabili al non residente (83).

L'unitarietà della nozione di stabile organizzazione non deve, peraltro, ritenersi limitata alla applicazione di norme nei confronti di soggetti residenti in Paesi Membri dell'Unione Europea; la nozione di stabile organizzazione deve, per quanto sopra evidenziato, nel diritto interno degli Stati Membri essere la medesima a prescindere dall'ambito in cui troverà applicazione.

Si potrebbe, peraltro, ritenere che l'unitarietà della nozione di stabile organizzazione trovi il limite delle pattuizioni convenzionali; si potrebbe, cioè ritenere che il legislatore nazionale, concludendo la convenzione, abbia inteso disciplinare la situazione oggetto della convenzione in un modo diverso da una situazione oggetto invece della direttiva.

Si potrebbe, quindi, ritenere che laddove non esista una convenzione che definisca diversamente nozione di stabile organizzazione, la nozione applicabile dovrebbe essere individuata non in quella desumibile dal modello, o dai modelli di convenzione, ma quella di derivazione comunitaria; laddove esiste una convenzione che definisce diversamente nozione di stabile organizzazione, questa sarà la nozione utilizzabile nelle situazioni in cui la convenzione sarà applicabile.

Per le convenzioni stipulate tra Paesi Membri dell'Unione Europea si potrà egualmente ritenere che nell'esercizio della sovranità nazionale uno Stato membro è libero di disciplinare una nozione di derivazione comunitaria diversamente dal diritto comunitario, laddove questo non sia applicabile, ma si porrà il problema della utilizzabilità della nozione convenzionale in tutte quelle situazioni che sono oggetto di disciplina da parte delle direttive, come ad esempio nelle operazioni di riorganizzazione societaria, dove non sembra possibile l'utilizzo di una nozione di stabile organizzazione diversa a seconda dei Paesi Membri interessati dall'operazione.

Una siffatta ricostruzione del rapporto tra norma convenzionale e norma comunitaria dovrebbe, peraltro, confrontarsi ancora una volta con

(83) SCHONEWILLE, *Some questions on the parent-subsidiary directive and merger directive*, in *Intertax*, 1992, pag. 19, evidenzia come la nozione di stabile organizzazione nell'ambito della direttiva debba essere quello del Modello di Convenzione elaborato dall'Ocse.

la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha già avuto modo di pronunciarsi per l'inapplicabilità della norma convenzionale in contrasto con i principi stabiliti dal Trattato di Roma (84); questa non è, però, la sede per affrontare una siffatta analisi che esula, peraltro, dal tema del presente studio (85).

(84) Sulla disapplicazione delle norme convenzionali in contrasto con norme comunitarie si veda, Corte di Giustizia, 28 gennaio 1986, causa 270/83. Commissione contro Francia, in "Racc.", pag. 307; sentenza in cui la Corte ha evidenziato, in relazione a discriminazioni basate sulla residenza, come "i diritti attribuiti dall'art. 52 del trattato (di Roma N.d.A.) sono assoluti e uno Stato membro non può far dipendere la loro osservanza dal contenuto di un trattato (contro le doppie imposizioni N.d.A.) stipulato con un altro Stato membro". Sulla rilevanza delle convenzioni in materia di doppia imposizione nella applicazione dei principi stabiliti dal Trattato di Roma si vedano anche le considerazioni dell'Avvocato Generale nella causa *de qua*, Conclusioni, *ibid.*, pag. 279, e la giurisprudenza della Corte ivi citata.

(85) Sul rapporto tra norma comunitaria e norma convenzionale si veda, peraltro, NUZZO, *Riflessioni in margine ai rapporti tra Trattati contro le doppie imposizioni e talune regole impositive del diritto comunitario e del diritto interno*, in "Riv. Trib.", 1993, I, pag. 739 e ss.; CASERTANO, *Riflessione in merito alla gerarchia delle norme tributarie alla luce del diritto interno, comunitario e convenzionale*, in "Rass. Trib.", 1995, pag. 457 e ss..

National Law, Double Taxation Agreements and European Law from a German Point of View

Roman Seer

I. INTRODUCTION

The Jubilee Year has, early on, set its sights well beyond national borders. It should, therefore, come as no surprise, that it has encouraged the creation of an intensive partnership between the Jagellonian University in Cracow, and the University of the Ruhr in Bochum, in the area of tax and finance law. Subsequently, as part of the celebrations of this event, particular attention will then be devoted to the close correlation between national law, bilateral double taxation agreements, and multilateral European law, as seen from a German point of view.

International tax practice is generally characterized by the interplay between taxation based upon domicile, and taxation based upon source of income. Inasmuch as many governments follow the worldwide principle of taxation based upon domicile, overlapping of the taxable base frequently results. This form of double taxation stands in the way of the unhindered exchange of commodities, services, capital, technology and people, and, in addition, prevents the expansion of international economic relations. Double taxation agreements would bilaterally counteract this trend. It is a question here then, of agreements under international law, by virtue of which the national taxation authorities would limit some of their rights, in an attempt to resolve such collisions, and assign the right to tax to either the country of domicile, or the country where the income was earned¹. In accordance with the general rule of international law known as "*pacta sunt servanda*", the governments that are a party to these agreements are legally bound to the stipulations included in the double taxation agreements. In the event a national legislature enacts a law which conflicts with a double taxation agreement, it would be considered illegal in terms of international law². However, the legal instruments provided for under international law that can deal with such treaty violations

¹ See K. Vogel, *Double Taxation Agreements- Commentaries* (3), Munich, 1996, Supplement Rz. 45.

are only available to the contractual party affected by the violation, in its capacity as a subject under international law, but not to individuals or companies that are tax liable³. This, therefore, poses the question, as to whether a tax-liable party that was negatively affected by a treaty violation (or so-called "treaty -overriding"), could, in its own interest, present a legal objection through its own legislature against the national authorities and courts.

II. DOUBLE TAXATION AGREEMENTS AND NATIONAL LAW

In order to provide protection for tax-liable parties against the violation by a national legislature of the favourable accords forming part of a double taxation agreement, a number of legal experts have concluded that the violation of such an agreement is also a violation of national law.

1. Protection Through Article 25 GG ?

100

Under the provisions of Article 25 GG, the general rules of international law constitute an integral component of German Federal law, taking precedence over domestic laws, and directly setting forth the

² An excellent example of such a breach of agreement is the extension of the additional taxation of the External Taxation Law (AStG) in the Revised Taxation Law dated 25.2.1992, BGBl I 1992, Page 297, (see H. Schwarz / J. Fischer-Zermin, RIW, 1992, Pp. 49, 51 ff; H. Flick / F. Wassermeyer, (in:) Flick / Wassermeyer / Becker, Commentaries on AStG, §20, A StG, Rz. 12, 35; K. Vogel, *Double Taxation Agreements-Commentaries* (Fn1), Introduction, Rz. 131). As a reaction to the internal European location competition in the area of tax law, see §10, Par. 6, AStG, and currently (with the exception of the Double Taxation Agreements), the extension of the so-called interim income characteristic of capital investment by a foreign subsidiary company in its domestic parent company, in order to arrive at the lowest possible taxable income abroad, with regard to the German taxation level. Parallel to this, §20, Par. 1 and 2, AStG, in accordance with the valid exemption based upon the Double Taxation Agreement, calculates the income earned by a foreign plant or subsidiary company using a different method, so long as this income has a capital investment character, as stipulated in §10, Par. 6, AStG (the so-called switch-over clause). For further details, see R. Seer, *IstR* 1997, p. 481 (Part I), and p. 520 (Part II).

³ The specific sanctions that can be considered in the event of agreement violations include: termination, suspension of the agreement, compensation, and retaliatory measures.

rights and obligations of inhabitants of the Federal Republic. Certain individual experts, who interpret the phrase "*pacta sunt servanda*" as a "general rule in international law", have attempted to adapt this regulation in the case of a unilateral breach of a double taxation agreement⁴. In the event a national legislature were to enact a law, the contents of which were inconsistent with the norms of a double taxation agreement, it would not only contravene the double taxation agreement in question, but would, at one and the same time, violate a general rule in international law, as well as Article 25 GG. Consequently, a law that would be intended to replace the agreement in question, would necessitate a constitutional amendment approved by a qualified two-thirds majority, in accordance with Article 79, Paragraph 2 GG, in order to become effective.

This, however, is unlikely to occur. The Federal Constitution has determined, that the favourable attitude of the country's Basic Law with regard to international law, as expressed in Article 25 GG, does not extend to compliance with existing agreements under international law, by obliging the national legislature to guarantee them in accordance with the relevant law. Only the "*general rules of international law*" can be considered to have priority, but not the detailed regulations of particular agreements under international law. According to the opinion expressed by the Federal Constitutional Court (B Verf G), the general legal maxim known as "*pacta sunt servanda*" is unsuitable, with regard to transforming the individual norms of agreements under international law into general rules of international law that take precedence over national laws⁵. The generally prevailing view is that the above-mentioned phrase is strictly limited to the area of international law, and should not be considered to be a conversion norm⁶. The general international law rule "*pacta sunt servanda*" only establishes an external obligation (with regard to the agreement partner), but does not provide any domestic, or national priority, to the

⁴ R. Eckert, RIW 1992, Pp. 386. 387 f.

⁵ B Verf G – Decision of 26.3.57 – 2 BvG 1/55., B Verf GE 6, pp. 309, 362 f. (Concordat Between the Holy See / German Reich); B Verf G – Resolution of 9.6.71 – 2 B v R 225/69 -, B Verf GE 31, pp. 145, 177 f. (Import Sales Tax).

⁶ See Th. Maunz, (in:) Maunz / Duerig, *Basic Law*, Article 25, Rz. 29; K. Ipsen, *International Law* (3), Munich, 1990, §74, Rz. 16; I Seidl – Hohenveldern, *International Law* (8), Cologne et.al., 1994, Rz. 583; R.Geiger, *Basic Law and International Law* (2), Munich, 1994, §32 I, p. 171.

agreement⁷. Consequently, Article 25 GG provides the national legislature with legal power in areas related to international law, so long as these do not conflict with the general rules of international law. The double taxation agreements then, do not take automatic precedence over the national tax laws, according to Article 25, Par. 2 GG, nor do they do so with regard to the general legal maxim "*pacta sunt servanda*"⁸. The unilateral legal violation of a double taxation agreement, therefore, does not infringe upon Article 25 GG. This rule, as a result, does not provide any effective protection for parties having a tax liability.

2. Protection Through Article 59, Paragraph 2 GG ?

Other experts have taken a different approach, and have attempted to derive the unconstitutionality of a unilateral violation of a double taxation agreement from Article 59, Paragraph 2, Sentence 1 GG⁹. In accordance with Article 59, Paragraph 2, Sentence 1 GG, agreements under international law require the consent or the collaboration of the appropriate Federal legislative body, in the form of a Federal law. In the event the legislative authority agrees to the agreement under international law *without reservations*, the consent law would then bestow national validity to the entire ratified agreement¹⁰. The consent law has a takeover function, and can even make self-executing agreements legally

⁷ See D. Birk, (in:) Huebschmann / Hepp / Spitaler, AO/FGO, Cologne, § 2 AO, Rz. 3 (July, 1991), H.W.Kruse. (in:) Tipke / Kruse, AO/FGO, Cologne, § 2 AO, Tz. 1b (September, 1994).

⁸ See also BFH – Decision of 1.2.89 – IR 74/86-, B St Bl. II 1990, pp. 4,6; F: Wassermeyer, StuW, 1990, pp. 404, 411; H. Schaumburg (Fn.), p. 16 f.; Th. Scherer, *Double Taxation and European Community Law, Diss.*, Munich, 1995, pp. 33 ff., 38, is thorough and convincing

⁹ H. Wohlschlegel, FR 1993, pp. 48, 49, and in more detail, R. Seer (fn. 2), p. 483 f.

¹⁰ In accordance with the *transformation theory*, all norms of international law require a legal government order in order to be transformed, and acquire national validity. The comparative *fulfillment theory* also requires a national government legal act for the inclusion of an agreement under international law. This does not transform the international law, but rather has the function of a fulfillment order, which serves to free, or allow the use of the international law. With regard to delimitation, see *pars pro toto K. Stern*, Government Law I, Second Edition, Munich, 1994, § 14 I 3, p. 480; K. Ipsen, International Law (Fn. 6), § 74, Rz. 47.

binding for all norm target groups¹¹. Both the transformation theory, as well as the fulfillment theory¹², specify that the position, or rank, of the overtaken agreement norm will be determined by the position, or rank of the inclusion norm; in accordance with Article 59, Paragraph 2, Sentence 1 GG, this would take the form of a simple (formal) federal law¹³. The consent law to a double taxation agreement does not have priority in relation to any subsequent Federal laws which might be found to conflict with the international law agreement. Article 59, Paragraph 2, Sentence 1 GG does not indicate in any way, that the legislature, having received the necessary consent, might make a commitment with regard to the future, and provide the consent decree with a blocking mechanism¹⁴. Most frequently, the consent decree and a subsequently enacted tax law are found to be on *the same norm level*, so that the resulting conflictual problem must be resolved¹⁵, in accordance with the two general laws of conflict, "*Lex posterior derogat legi priori*", and "*Lex specialis derogat legi generali*"¹⁶. In the event the Federal legislature were to enact a law that would amend the double taxation agreement, after the coming into force of the consent law, this norm would clearly be illegal with regard to international law, although binding, nevertheless, at the national level, in accordance with the *Lex posterior* phrase cited above¹⁷. Article 59, Paragraph 2, Sentence 1 GG, accordingly, does not provide any protection to a tax-liable party.

¹¹ See BverG – Decision of 9.12.70 – BvL 7/66-, B VerfGE 29, pp. 358, 360 (German-Netherlands Compensation Agreement).

¹² For more detail, see Fn. 10.

¹³ For the fully prevailing view, see K. Vogel, StuW 1985, pp. 369, 377.

¹⁴ See, in this regard, BFH – Decision of 13.7.94 – IR 120/93-, BStBl. II, 1995, pp. 129, 130.

¹⁵ See, in general, Th. Maunz, (in:) Maunz / Duerig (Fn.6), Article 25, Rz. 29; K. Ipsen, *International Law*, (Fn. 6), § 74, Rz. 47; I. Seidl –Hohenveldern, *International Law* (Fn. 6), Rz. 593; R. Geiger, *Basic Law and International Law* (Fn. 6), § 32 II 4, p. 177.

With regard to the double taxation agreements / national law relationship, see: D. Birk, (in:) Huebschmann / Hepp / Spitaler (Fn. 7) § 2 AO, Rz. 163 (July, 1991); H.W.Kruse, (in:) Tipke /Kruse (Fn. 7); F. Wassermeyer, (in:) Lehner (Publisher), *Tax Law in the European Home Market*, Cologne, 1996, D StJG, Vol. 19, pp. 151, 154.

¹⁶ Otherwise expressed: *Lex generalis posterior non derogat legi speciali priori*.

3. Protection Through § 2 AO ?

According to § 2 AO, international law agreements that are covered by Article 59, Paragraph 2, Sentence 1 GG, take precedence over national tax laws, so long as they have become immediately applicable as domestic law. This rather unclear regulation would appear to give the impression, that a double taxation agreement is, in point of fact, a *lex superior* with regard to national tax laws, and that consequently, it could not be subsequently amended, by simple national laws that might be passed at a later date¹⁸. § 2 AO, however, does not attempt to establish an order of rank relationship of this nature, inasmuch as it only sets up a basic principle of law, and enjoys no priority whatsoever, either with regard to national laws, or with regard to international law agreements that are established as law¹⁹. § 2 AO can only "clarify" the priority of double taxation agreements over the national tax laws, in accordance with the general rules of conflict, in those cases in which the double taxation agreements are considered to be *leges speciales* with regard to the national tax laws²⁰.

This, then, leads us to the methodical clarification of double taxation agreements. If we consider these as *listings*²¹, or as *functional tax exemption, or rather tax relief methods*²², then they are directed at current di-

104

¹⁷ Clearly expressed in K. Vogel, *Double Taxation Agreements – Commentary* – (Fn. 1). Introduction, Rz. 135.

¹⁸ This, indeed, is the "clarification" in the Finance Committee's Report of 7.11.75, BT – Circular 7/4292, p. 15; as well as the mistaken interpretation in the preceding Rspr., for which see BFH – Decision of 15.6.73 – III R 118/70-, BStBl II 1973, pp. 810, 812; BFH – Decision of 26.1.77 – VIII R 109/75 -, BStBl II 1977, p. 283, 287.

¹⁹ See, in this regard, D. Birk, (in:) Huebschmann / Hepp / Spitaler (Fn. 7), § 2 AO, Rz. 4 (July, 1991); H.W.Kruse, (in:) Tipke / Kruse (Fn. 7), § 2 AO, Tz. 1 (September, 1994). Priority of this nature would have necessitated an appropriate amendment to Article 25, Sentence 2 GG.

²⁰ This is the prevailing view. See J. Weigell, RIW 1987, pp. 122, 125; F. Wassermeyer, StuW 1990, pp. 404, 411; V. Kluge, German International Tax Law (2), Munich, 1992, p. 214; H. Debatin, D StR – Supplement 23 / 1992, P. 2; H. Schaumburg, *International Tax Law*, Cologne, 1993, p. 17; W. Leisner, RIW 1993, pp. 1013, 1018 f.

²¹ As in H. Debatin, S StR – Supplement 23 / 1992, p. 2.

²² As in BFH – Decision of 14.3.89 – I R 20 / 87 -, B StBl II 1989, pp. 649, 650; F. Wassermeyer, Stu W 1990, pp. 404, 411; also (Fn. 16), D St JG, vol. 19 (1996), pp. 151, 154; T. Scherer, *Double Taxation and European Community Law* (Fn. 8), p. 29.

vertible tax claims that are based upon national laws. Functioning in this manner, they are considered *leges speciales*²³, and take precedence over national law, so that subsequent changes in the general national tax law have no effect whatsoever upon the double taxation agreements, as § 2 AO confirms. If, on the other hand, we look upon the double taxation agreements as distribution norms²⁴, as does Dieter Birk²⁵, we can then consider them to be an independent, or autonomous management system, which occupies the same level as the national tax laws. According to this view, the double taxation agreement norms are not special, but only different norms; they are not *leges speciales*, but rather *leges aliae*²⁶. Dieter Birk therefore interprets § 2 AO as a simple legal release from the *Lex posterior* rule²⁷. This conflict rule is not based upon a logical interpretation of the law, but is merely founded upon a dual assumption. The first of these assumptions is, that the later lawmaker is superior to the earlier lawmaker in both insight and knowledge; the second assumption is, that the decisive intention of the later lawmaker consists in rescinding the earlier norms, the contents of which can be considered to be obstacles, and in enacting new rules in their place. The lawmaker can then easily diverge from these new rules. Should he wish to *permanently* guarantee the priority of the double taxation agreement (and thereby break the *Lex posterior* rule), he would then basically have a choice of two methods: he could either include a specific reservation in favour of an existing double taxation agreement whenever a legal ruling was made, or *he could give priority to a reservation of this sort "in brackets"*²⁸. The latter choice is usually carried out by means of § 2 AO.

This dogmatic outline of § 2 AO avoids the not universally possible qualification of the double taxation agreement / national tax law relationship as a *lex specialis* or *lex generalis*. It is, above all, in accordance with

²³ H. Debatin, D St R – Supplement 23 / 1992, p. 2.

²⁴ In Huebschmann / Hepp / Spitaler (Fn. 7), § 2 AO, Rz. 165 (July, 1991).

²⁵ This is the view of H. Schaumburg, *International Tax Law* (Fn. 20), p. 5 ff.; K. Vogel, *Double Taxation Agreements – Commentaries* (Fn. 1), Introduction, Rz. 45 c/d, and Articles 6 – 22, Rz. 1 ff.

²⁶ For a divergent view, see F. Wassermeyer, (Fn. 16), D St JG, vol. 19 (1996), pp. 151, 154 f.

²⁷ In Huebschmann / Hepp / Spitaler (Fn. 7), § 2 AO, Rz. 171 ff. (July, 1991).

²⁸ As clearly demonstrated by D. Birk a.a.O., § 2 AO, Rz. 173 (July, 1991).

the deducible *constitutional precept concerning the interpretation of international law*, as regards national law, as stipulated in Articles 23 – 26 GG. It should, accordingly, be taken into consideration with regard to national laws, that in a number of possible cases, priority of interpretation should be given to those laws, which best of all are in accord with the obligations of the Federal Republic of Germany under international law, and, in point of fact, even in cases when the law in question is later enacted, as a valid agreement under international law²⁹. The Federal Constitution Law justified the enactment of this Basic Law, so that it could not be assumed that the Federal Parliament was acting in violation of international law. It was therefore decided that a subsequent law would be passed, one that would be in accord with the country's responsibilities under international law, in order to clearly demonstrate that the opposite was true³⁰. If we look upon § 2 AO as a general release from the *Lex posterior* rule, then the constitutional law precept with regard to the interpretation of national law in harmony with international law would be taken into account to the greatest possible extent. In the event the tax law does not contain a *specific conflict rule* which re-establishes the *Lex posterior* clause, then *the double taxation agreement takes precedence over the competing tax law*³¹. At the same time however, we must make note of the fact, that § 2 AO, for its part, is only considered to be a simple (formal) Federal law. The Federal legislature, following the enactment of § 2 AO, still has the power, therefore, to abrogate the general conflict rule at any time. In the event the legislator wishes to ensure that a subsequent law will have precedence over an earlier double taxation agreement that stands in its way, he can *specifically* stipulate this, and thereby annul the general conflict rules contained in § 2 AO³². In this manner, the Federal Tax Court (BFH) ruled

106

²⁹ See, for instance, K. Ipsen, *International Law*, (Fn. 6), § 74, Rz. 47; R. Geiger, *Basic Law and International Law*, (Fn. 6), § 32 II 4, p. 177; Th Scherer, *Double Taxation and European Community Law*, (Fn. 8), p. 40, is instructive with regard to double taxation agreements.

³⁰ B Verf. G – Resolution, of 26.3.87 – 2 BvR 589 / 79, among others -, B Verf. GE 74, pp. 358, 370 (EMRK).

³¹ The h.M comes to the same conclusion, and categorizes double taxation agreements as being *leges speciales*; see H.W.Kruse, (in:) Tipke, Kruse (Fn. 7), § 2 AO, Tz. 1b (September, 1994).

³² D. Birk, (in:) Huebschmann / Hepp / Spitaler (Fn. 7), § 2 AO, Rz. 174 (July, 1991); Th. Scherer, *Double Taxation and European Community Law*, (Fn. 8), p. 40 f.; F.Wassermeyer, (Fn. 16), D St JG, vol. 19 (1996), pp. 151, 155.

to suspend the legal consequences of Article 16, Paragraph 2 of the double taxation agreement with Poland, by means of the subsequently-enacted § 50 d, Paragraph 1, Sentence 1 E St. G, on the grounds that the expression "*in spite of the agreement*" was fully effective, and even legitimate³³. This measure regarding the need to clearly indicate the decision to derogate from the law is also fully supported by most of the experts in this field³⁴. It is, accordingly, advisable for the legislator to *clearly* state that double taxation agreements will be limited in their validity to the country in question, and this will be more than sufficient to effectively break an agreement. In this manner, the national legislator can effectively deal with the stipulations included in a double taxation agreement, by enacting a breakthrough, higher priority *lex posterior specialis*, in accordance with the § 2 AO regulations, in spite of the fact that the wording of § 2 AO gives the impression that this regulation does not protect the taxpayer.

III. DOUBLE TAXATION AGREEMENTS AND EUROPEAN LAW

The taxpayer is, nevertheless, not totally defenseless with regard to this type of measure enacted by the national legislator, in the event the national regulation contravenes European Community law. This means of protection is, admittedly, not comprehensive from the outset, but only limited to double taxation agreements between Member States of the European Union. The Community law, in point of fact, not only comes into force immediately, but will also have precedence over national law, with regard to its application in the future³⁵. In the event a conflict be-

107

³³ BFH – Decision of 13.7.94 (Fn. 14), B St Bl II, 1995, p. 129 ff.

³⁴ J. Weigell, RIW 1987, pp. 122, 125; V. Langbein, RIW 1988, pp. 875878; D. Birk, § 2 AO, Rz. 175 (July, 1991); H. Schaumburg, *International Tax Law*, (Fn. 20) p. 17 f.; J.M. Moessner, *Law Protection in Treaty Overriding*, (in:) L. Fischer (Publisher), *Taxing International Companies*, Cologne, 1993, pp. 113, 124; Th. Scherer, *Double Taxation and European Community Law*, (Fn. 8), p. 42; F. Wassermeyer, (Fn. 16), D St JG, vol. 19 (1996), pp. 151, 155.

³⁵ The priority rule is an unwritten norm of primary Community law; see EuGHE, 1964, pp. 1251, 1269 ff. (Costa / ENEL); EuGH – Decision, of 17.12.70 – Rs. 11 / 70-, EuGHE 1970, pp. 1125, 1135 (International Commercial Company). The BverG is in accord, see BverG – Decision of 9.6.71 – 2 BvR 225 / 69-, BverGE 31, pp. 145, 174 (value Added Tax); BverfG – Decision of 22.10.86 – 2 BvR 197 / 83, BverfGE 73, pp. 339, 375 ("Solange II"); BverfG – Decision of 8.4.87 – 2 BvR 687 / 85-, BverfGE 75, pp. 223, 244 (Kloppenburger).

tween norms were to occur, the national law would not, in fact, become invalid; it would, however, not be able to be applied any longer, by the respective Member State³⁶. The taxpayer can directly appeal to the national tax authorities, as well as to the tax courts, with regard to the priority of European Community law. The regulations of the European Community Treaty (EC – Treaty) have been granted such priority as primary Community law, and in particular, with regard to the four so-called basic freedoms that are guaranteed by the Treaty. As concerns the taxation of companies, considerable significance is given to the *freedom of subsidiary establishment* that is guaranteed by Article 52 EGV, and this protective function is meant to represent a precedent for future cases.

1. The Protection of the So-Called Basic Freedoms, Represented as an Example of the Freedom of Subsidiary Establishment (Article 52 EGV)

The freedom of subsidiary establishment immediately became operative law, following the expiration of the period of transition (on 31.12.1969)³⁷. Article 52 EGV grants the right to freely establish subsidiaries not only to citizens of the Community, but also to the companies enumerated in Article 58 EGV (joint stock companies, as well as general or limited partnerships)³⁸. In the event a double taxation agreement is violated, the subsidiary establishment freedom of the (internally resident) company in question can be limited as being improper, if the national legislator increases the tax liability with regard to the double taxation agreement³⁹. In this manner, a violation of the *secondary* subsidiary establishment freedom stipulated in Article 52, Paragraph 1, Sen-

³⁶ Cf., with reference to tax law: Ch. Vedder, *The Influence of European Law on National Law*, (in:) Lehner / Thoemmes, (Publisher); *European Law and International Tax Law*, Munich, 1994, p. 4; St. Pieper, (in:) Birk, (Publisher), *Handbook of European Tax Law*, Herne / Berlin, 1995, § 3, Rz., 35.

³⁷ EuGH – Decision of 21.6.74 – Rs. 2 / 74-, EuGHE 1974, pp. 631, 652 (Reyners); EuGH – Decision of 27.9.88 – Rs. 81 / 87-, EuGHE, 1988, pp. 5483, 5510 (Daily Mail).

³⁸ Compare A. Randelzhofer, (in:) Grabitz / Hilf, (Publisher), *Commentary on the European Union*, Munich, Article 58 EGV, Rz. 3 (September, 1992).

³⁹ As an example, the tax-increasing switch-over clause of § 20, Paragraphs 1 and 2 AstG can be referred to, on the other hand; see the more detailed account in R. Seer (Fn. 2), p. 520 ff.

tence 2 EGV⁴⁰ can be considered to have occurred, when the creation of subsidiary companies and production facilities in a Member State (e.g., Ireland, Belgium) by persons who are residents of another sovereign Member State (Germany) is improperly limited. In point of fact, the regulations regarding *direct* taxation in the original area of responsibility come under the authority of the individual Member States. The latter must, however, exercise their authority with regard to those direct taxes in observance of Community law, and comply in this area as well, with the principle of subsidiary establishment freedom⁴¹.

In accordance with the views of the Founding Fathers, Article 52 EGV, first of all, contains a *Law for the Equal Treatment of Native Citizens* in the form of a *lex specialis* to the general ban on discrimination enunciated in Article 6, Paragraph 1 EGV⁴². The principle of subsidiary establishment freedom prohibits the *host country* from placing the subsidiary of a company whose headquarters is in another Member State in a worse position with respect to companies within the host country⁴³. Over and above this, the country of origin must also particularly justify any handicaps regarding a subsidiary *established beyond its borders*, in accordance with Article 52 EGV. In point of fact, the contract stipulations with regard to domiciliation freedom are not valid in the area of a Member State's limited circumstances⁴⁴. A subsidiary that is being established

⁴⁰ With regard to the practical area of application of Article 52, Paragraph 1 EGV, see R. Erhard, (in:) Lenz, (Publisher), *EG Treaty*, Cologne, inter alia, 1994, Article 52 EGV, Rz. 2.

⁴¹ This has been repeatedly clarified only recently in the EuGH – Decision of 14.2.95 – Rs. C 279 / 93-, EUGHEI 1995, p. 225 ff., Rdn. 21, 26 (Schumacher); EuGH – Decision of 11.8.95 – Rs. C 80 / 94-, EUGHEI 1995, p. 2493 ff., Rdn. 16 (Wielockx); EuGH – Decision of 27.6.96 – Rs. C 107 / 94-, FR 1996, pp. 666, 667, Rdn. 36 (Asscher).

⁴² See R. Erhard, (in:) Lenz (Fn. 40), Article 52 EGV, Rz. 4 f., m.w.N. from the EuGH – Rspr.

⁴³ With regard to taxation discrimination in the EuGH, see: EuGH – Decision of 28.1.86 – Rs. 270 / 83-, EUGHE 1986, pp. 273, 304 ff. (fiscality); EuGH – Decision of 13.7.93 – Rs. C 330 / 91-, EUGHEI 1993, p. 4017 (Commerzbank); EuGH – Decision of 12.4.94 – Rs. C 1 / 93-, EUGHEI 1994, pp. 1137, 1155 ff. (Haliburton); Eugh – Decision of 11.8.95 (Fn. 41, Wielockx).

⁴⁴ Compare EuGH – Decision of 8.12.87 – Rs. 20 / 87-, EUGHE 1987, pp. 4879, 4896 (Gauchard); EuGH – Decision of 20.4.88 – Rs. 204 / 87-, EUGHE 1988, pp. 2029, 2039 (Bekaert); EuGH – Decision of 3.10.90 – Rs. C 54 / 88, et al., EUGHEI 1990, pp. 3537, 3549 (Nino et al).

in another Member State (e.g., by the creation of a branch office) can also appeal to its country of origin, in accordance with Article 52 EVG, in the event it finds itself in a situation resulting from the performance of an economic activity in another Member State, which is similar to that of a party that is able to appeal to the host country concerning the rights and freedoms that are guaranteed by the EVG⁴⁵. A German citizen who is developing economic activities beyond the borders of his country, need therefore not take into consideration, that EC law leaves it entirely at the discretion of Member States to decide how to tax their own citizens⁴⁶. The difficult position of a native citizen (*reverse* discrimination) in the Werner legal case was only accepted for adjudication by the European Court of Justice (EuGH) as a special exception, because there was an imperfection in the mere change of residence with regard to an *economic* activity across the border⁴⁷. Finally, with regard to the establishment and maintenance of a subsidiary company or production facility in another Member State, the higher tax rate adjustments made by the country of origin in line with the double taxation agreement must be measured in accordance with Article 52 EGV, based upon the activity of the subsidiary company or production facility.

110

This leads us then, to the area of protection covered in Article 52 EGV. Up until now, the probably prevailing opinion *limited* the content range of Article 52 EGV (as well as that of Article 48 EGV), with reference to the ideas of the persons who drafted the treaty, and the wording of Article 52, Paragraph 2 EGV, to the (certainly widely misunderstood) *rule concerning the equal treatment of native citizens*⁴⁸. The EuGH has al-

⁴⁵ As clearly stated recently in EuGH – Decision of 27.6.96 (Fn. 41, Asscher), Rdn. 34; compare EuGH – Decision of 7.2.79 – 115 / 78-, EUGHE 1979, pp. 399, 410, Rdn. 24 (Knoors); EuGH – Decision of 3.10.90 – Rs. C 61 / 89-, EUGHE I 1990, pp. 3551, 3567, Rdn. 13 (Bouchoucha).

⁴⁶ With regard to EuGH – Decision of 26.1.93 – Rs. C 112 / 91-, EUGHE I 1993, pp. 463, 469 f., Rdn. 17 (Werner), of a so-called *reverse* discrimination.

⁴⁷ This is clearly expressed for instance, by R. Eckhoff, in Birk (Fn. 36), § 19, Rz. 27; O. Thoemmes, *Prohibition of Discrimination against Non-Resident Taxpayers and Resident Taxpayers*, in Lehner (Fn. 16), DStJG, vol. 19 (1996), pp. 81, 84; A. Epiney, *Reverse Discrimination*, Thesis, Cologne et al., 1995, p. 275 f.

⁴⁸ Compare U. Everling, *DB 1990*, pp. 1853, 1857 f.; P. Troberg, (in:) von den Goeben / Thiesing / Ehlermann, (Publisher), *Commentaries on the EWG Treaty* (4), Baden – Baden, 1991, Article 52, Rz. 37 f.; K. Hailbronner, (in:) Hailbronner / Magiera / Mueller – Graff, *Commentaries on the EWG Treaty*, Cologne, et al., 1991, Article 52, Rz. 13 f.; with regard to tax law, see R. Eckhoff, (in:) Birk (Fn. 36), § 19, Rz. 17 ff.

so, up until now, made both the domiciliation freedom stipulated in Article 52 EGV, as well as the employee's freedom to move stipulated in Article 48 EGV, predominantly effective only in terms of the special prohibitions against discrimination, including so-called indirect (concealed) discrimination⁴⁹. The law concerning the equal treatment of native citizens is insufficient, however, in guaranteeing the established domiciliation freedom stipulated in Article 52 EGV, in the event the freedom to establish a domicile is restricted by the *country of origin*, rather than by the host country⁵⁰.

The wording as well as the objective of Articles 48 and 52 EGV, emphasize a broader understanding of Article 6, Paragraph 1 EGV than one merely limited to a simple prohibition against discrimination. Article 52, Paragraph 1 EGV opposes "*restrictions* with regard to the freedom of citizens of a Member State to establish a domicile in the sovereign territory of another Member State". Article 52, Paragraph 2 EGV clarifies this by stating, that domiciliation freedom *includes* the establishment and management of companies, in accordance with the regulations of the host country with regard to its own citizens. It is precisely the use of the word "includes" that clearly indicates that the Treaty's text does not limit domiciliation freedom to the regulation concerning the equal treatment of native citizens, but rather wishes to particularly emphasize that this rule is merely a part of a *wider-reaching prohibition against limitation*⁵¹. The intention of Article 52 EGV is to guarantee that citizens of the Member States have the possibility to establish themselves in any country that is part of the European Community, regardless of their nationality (or where the headquarters of their company is located, in accordance with Article 58 EGV).

This domiciliation freedom is in line with the professed legal objective stipulated in Article 3 c), 7a, Paragraph 2 EGV, of establishing a domestic market, characterized by the elimination of obstacles that might hinder the free exchange of goods, persons, services and capital between the Member States. This teleological orientation provides us with the opportunity then, to see Article 52 EGV as no longer a mere prohibition

⁴⁹ For more recent opinions, see EuGH - Decision of 14.2.95 (Fn. 41, Wielockx), Rdn. 26 ff.; EuGH - Decision of 27.6.96 (Fn. 41, Asscher), Rdn. 36 ff.

⁵⁰ This is clearly stated by E. Steindorff, *EuR* 1988, pp. 19, 21.

⁵¹ This is convincingly stated by B. Knobbe - Keuk, *DB* 1990, pp. 2573, 2574; P. Behrens, *EuR*, 1992, pp. 145, 151.

against discrimination, but rather to interpret it as going even further, namely, as a prohibition against restrictions⁵².

The jurisdiction of the EuGH has tended, for some time now, to include an ever-widening interpretation of Articles 48 and 52 EGV⁵³. In particular, the EuGH also includes non-discriminatory regulations in double subsidiary cases under the prohibitions stipulated in Article 52 EGV⁵⁴. In its grounds for the Daily Mail decision, the Court explicitly declared that Article 52 EGV *prohibited* the country of origin from *obstructing* its citizens from establishing a subsidiary, or a company founded in accordance with its laws, following a satisfactory definition of Article 58 EGV, in another Member State⁵⁵. In the Gebhard legal case as well, The EuGH interpreted Article 52 EGV as a prohibition against limitation, and established currently cumulative prerequisites for justifying an intervention in the widely-understood domiciliation freedom, one of these prerequisites merely being the prohibition against discrimination. The EuGH, in this manner, further developed its jurisdiction in the direction of a general prohibition against limitation, within the purview of Articles 52 and 58, EGV. The expansion of the concept of domiciliation freedom toward a general prohibition against limitation, is in keeping with the development which the EuGH jurisdiction has already undertaken some time ago with regard to the freedom for goods and services stipulated in Articles 30 and 59 EGV⁵⁶.

⁵² This illustrates an increasing tendency in European legal literature: see A. Bleckmann, *DVBl*, 1986, pp. 69, 72; E. Steindorff, *EuR*, 1988, Pages 19, 21; D. Blumewitz, *NJW*, 1989, pp. 621, 622 f.; B. Knobbe – Keuk, *DB*, 1990, pp. 2573, 2574 f.; P. Behrens, *EuR*, 1992, pp. 145, 151; W.-H. Roth, (in:) Dausen, (Publisher), *Handbook of EG Economics Law*, Munich, 1996, E.I., Rz. 69 ff.; in further detail in A. Epiney, *Reverse Discrimination*, (Fn. 47), p. 60 ff.; with regard to tax law, see B. Knobbe – Keuk, a.a.O; J.H. Kaiser, *BB*, 1991, pp. 2052, 2057 f.; W. Leisner, *RIW*, 1993, pp. 1013, 1020; O.Thoemmes (Fn. 47), *DStJG*, vol. 19 (1996), *DB – Supplement No. 3 / 1995*, p. 9.

⁵³ Compare, in this regard, the thorough examination by A. Epiney, *Reverse Discrimination* (Fn. 47), p. 51 f.

⁵⁴ EuGH – Decision of 12.7.84 – Rs. 10 / 83-, *EuGHE* 1984, pp. 2971, 2984 f., Rdn. 17 ff. (Klopp); EuGH – Decision of 30.4.86- Rs. 96 / 85-. *EuGHE* 1986, pp. 1475, 1485 f., Rdn. 13 (Doctors' establishment of branch offices); EuGH – Decision of 20.5.92 - , Rs. C 106 / 91-, *EuGHE* I 1992, pp. 3351, 3382 ff., Rdn. 20 ff. (Ramrath).

⁵⁵ EuGH – Decision of 27.9.88 (Fn. 37, Daily Mail), Rdn. 16.

⁵⁶ See EuGH – Decision of 11.7.74 – Rs. 8 / 74-, *EuGHE* 1974, pp. 837, 852 f., Rdn. 5 ff. (Benoit and Dassonville), to Article 30 RGV; EuGH – Decision of 3.12.74

It is fairly difficult to understand, why the goods and services freedom should be considered under the prohibition against limitation, while freedom of movement, and the freedom to establish subsidiaries are only to be considered under the prohibition against discrimination. The freedom of movement of goods and persons do not stand side by side in isolation, but rather represent several different facets of the economic movement of those who take part in market activity⁵⁷. By guaranteeing these different freedoms, the full-fledged mobility of economically-active persons within the European Community area can be assured, as well as the mobility of the production factors, with respect to the establishment of the Common Market (Section 2 EGV). In this respect then, the different aspects of personal mobility freedom are based upon parallel approaches⁵⁸.

Traditional opinion in this regard, on the other hand, has advanced the view that both mobility freedom and domiciliation freedom require *long-lasting* residence in the respective Member State. Since there has so far been no successful attempt at harmonizing these policies throughout the Community, each of the respective Member States has retained the authority to control the carrying-out of long-lasting activities within its own national territory. If, however, mobility freedom and domiciliation freedom were to be interpreted as limitation prohibitions, exactly as indicated in Articles 30 and 59 EGV, the validity claim of national law as such would be put into question⁵⁹.

The completed revaluation or devaluation, based upon the duration of the residence, would, however, prove to be hardly enforceable subsequently. The transitory nature of a person's residence might be significant, with regard to the systematic division of the basic freedoms. This differentiation proves to be of very little use, however, as concerns the

11

- Rs. 33 / 74-, EuGHE 1974, pp. 1299, 1309 ff., Rdn. 10 ff. (van Binsbergen), to Article 59 EGV.

⁵⁷ See A. Epiney, *Reverse Discrimination*, (Fn. 47), p. 64, Fn. 158, with regard to the freedom of movement of persons: "Article 48 EGV includes employed persons, Article 52 EGV includes independent, gainfully employed persons, and Article 59 EGV the production of services".

⁵⁸ With regard to this point, see A. Epiney, a.a.O., p. 64.

⁵⁹ This is the particular view of U. Everling, *DB; 1990*, pp. 1853, 1857 f.; for an opinion on the authority of the Member States in the area of direct taxation, see R. Eckhoff, in *Birk* (Fn. 36), § 19, Rz. 21

question of the repercussion of the basic freedoms upon national law⁶⁰. A teleological interpretation based upon Article 3 a) and c) EGV obliges us, however, to consider a parallel treatment of the four basic freedoms, to which we might attribute a similar structural rule, with regard to the realization of the domestic market (Article 7 a9, Paragraph 2 EGV). Article 52 EGV does not only guarantee domiciliation *equality*, but going beyond that (as expressed verbatim) domiciliation *freedom*. Consequently, in the domestic market, Articles 48 and 52 EGV guarantee the free choice of location beyond the Member State's borders for the non-self-employed, as well as the self-employed economic activities of EC members⁶¹. The *protection against limitation* stipulated in Articles 52, Section 1 EGV is also directed towards the *Member States that are countries of origin*⁶². The latter may not hinder its citizens when they establish a subsidiary in another Member State. A limitation of this sort might also be based upon an increase in taxation on a parent company which has its headquarters in the country of origin Member State, in the event the taxation is linked to the inventory in a non – EU country, and prevents the German parent company from establishing a subsidiary in another Member State, or *from maintaining* a subsidiary that has already been established there⁶³.

114

As a result, it should be emphasized that Article 52 EGV must be interpreted not as a mere prohibition against discrimination, but rather as a farther-reaching prohibition against limitation. The expansion of the area of protection does not, admittedly, lead to the contention that every reduction of domiciliation freedom should immediately be looked upon as an *offense* against Article 52, Paragraph 1 EGV. If the area of protection were to be widely expanded, in the spirit of a general reduction prohibition, then the original legal problem would shift its emphasis to the question of *justification*⁶⁴. In the event that the freedom to move of employees, and domiciliation freedom (Articles 48 and 52 EGV) were to be included in a general limitation prohibition, parallel to the freedoms

⁶⁰ Compare A. Epiney, *Reverse Discrimination*, (Fn. 47), p. 67.

⁶¹ As correctly seen by B. Knobbe – Keuk, *DB*, 1990, pp. 2573, 2577.

⁶² As accurately expressed in EuGH – Decision of 27.9.88 (Fn. 37, Daily Mail) a.a.O.

⁶³ This result is correctly seen by W. Leisner, *RIW*, 1993, pp. 1013, 1020; A. Radler / M. Lausterer / J. Blumenberg, *DB – Supplement No. 3 / 1996*, p. 9.

⁶⁴ As accurately expressed in B. Knobbe – Keuk, *DB*, 1990, pp. 2573 and 2577.

granted to goods and services (Articles 30 and 59 EGV), it would then be logical to emphasize the justification grounds, which the EuGH has already developed in the area of goods and services freedoms⁶⁵. Linked to this accordingly, the EuGH, in the *Gebhard* legal case, carried out a *proportionality test* at this point, within the framework of Article 52 EGV, and required that an intervention in the area of domiciliation freedom must be justified on the basis of compelling grounds that are in the general interest. These grounds must be *suitable* for guaranteeing the fulfillment of the objective to be accomplished through them, and must not exceed what is *necessary* in order to achieve this goal. For example, no adequate justification for the limitation of domiciliation freedom is therefore possible, that could be classified⁶⁶ as inadmissible assistance, with regard to the guaranteed tax reductions offered by another (contracting and) Member State, in accordance with the spirit of Article 92 EGV⁶⁷. A Member State has no self-defence right against tax reductions made by another Member State that are not permitted under Community regulations, should it wish to sanction the assistance provided by another Member State that runs counter to Community regulations by adopting unilateral countermeasures, but must avail itself of the appropriate and, at the same time, more effective legal remedies provided by Community law (compare Articles 169, 173 Paragraph 1, and Article 175, Paragraph 1 EGV)⁶⁸.

⁶⁵ See the cases enumerated in Fn. 56, and above all, with respect to domiciliation freedom, EuGH – Decision of 20.5.92 (Fn. 54, Ramrath), Rdn. 29 ff.

⁶⁶ Tax reductions and tax releases can therefore also be considered as assistance; compare EuGH – Decision of 10.6.93 – Rs. C 183 / 91-, EuGHE I 1993, pp. 3137, 3147, Rdn. 3 ff. (Commission / Greece); EuGH – Decision of 15.4.94, Rs. C 387 / 92, EuGH I 1994, pp. 877, 907, Rdn. 13 (Banco Exterior de Espana); from the literature, see, among others: F.-H. Wenig, (in:) von der Goeben / Thiesig / Ehlermann (Fn. 48), Article 92 EGV, Rdn. 4.

⁶⁷ According to Article 92, Paragraph 1 EGV, government assistance to companies is incompatible with the Common Market, and therefore inadmissible, since such assistance, by and large, distorts or threatens to distort competition, and interferes with commerce between the Member States. Article 92, Paragraph 2 EGV, however, stipulates legal exceptions to this basic prohibition, in the case of assistance granted in underdeveloped areas, while Article 92, Paragraph 3 EGV stipulates discretionary exceptions with regard to assistance in more highly-developed areas. Article 93, Paragraph 1 EGV states that controls with regard to the conformity of assistance to Community regulations lie in the hands of the EU Commission.

⁶⁸ For more detail, see R. Seer (Fn. 2), p. 522 ff.

The unilateral breach of a double taxation agreement, which, at the same time, restricts domiciliation freedom, can therefore not be justified by the claim that the other (contracting and) Member State had provided assistance that contravened Community law. Therefore, a government measure of this nature injures the taxpayer in his domiciliation freedom. The same is true, *mutatis mutandis*, with regard to the other basic freedoms of the EGV.

2. Obligations Under Community Law for the Elimination of Double Taxation (Article 220 EGV) and for Loyal Cooperation

Basic freedoms and double taxation agreements do not merely exist side by side, unrelated, but rather supplement one another. In order to achieve freedom of movement for natural persons and legal entities (Articles 3 c), 48, 52 and 58 EGV), Article 220 EGV considers it to be absolutely essential, that the Member States initiate negotiations with one another, in order to eliminate double taxation within the Community⁶⁹. Article 220 EGV then, has as its functional purpose, to maintain the constitutional contract closure authority of the Member States, to convert it into a *Community law obligation*, and to arrive at concrete, self-determined goals, which can be mobilized in the general interest of the Community⁷⁰. In point of fact, Article 220 EGV eliminates the concept of concluding a multilateral double taxation agreement between all the Member States⁷¹. As long as one of these is lacking, it is the net of the concluded bilateral double taxation agreement between the individual Member States, by means of which the Member States fulfill the requirements

116

⁶⁹ In this regard, Article 220 EGV formulates "instructions in concrete form with regard to objectives in the treaty countries"; see also I. Schwarz, (in:) von der Groeben / Thiesing / Ehlermann (Fn. 48), Article 220 EGV, Rz. 15; M. Lehner, *Possibilities for the Improvement of the Notification Procedure on the Basis of the EWG Treaty*, Dissertation, Munich, 1982, Page 140: "concrete responsibility to act". The *functional connection* between the bilateral double taxation agreement and the freedom to establish a residence has also been recognized by W.H.Roth, (in:) Dausen (Fn. 52), E.II., Rz. 80.

⁷⁰ I. Schwarz, a.a.O., § 220 EGV, Rz. 26.

⁷¹ C. Vedder, (in:) Lehner / Thoemmes (Fn. 36), p. 10; Th. Scherer, *Double Taxation and European Community Law*, (Fn. 8), p. 86 f., even mentions that this is the only suitable way in which to fulfill the task set forth in Article 220 EGV.

of Article 220 EGV⁷². Double taxation agreements thereby maintain the *function under Community law*, of reducing taxation obstacles to the proper functioning of the domestic market, by doing away with double taxation between the Member States, and thus, at one and the same time, guaranteeing freedom of movement for persons (including the freedom to establish a residence) with regard to economic activities across national borders. In the event two Member States agree, in conformity with international law, to conclude a specific double taxation agreement, in fulfilment of the stipulations indicated in Article 220 EGV, then the *obligation of loyal cooperation imposed by Community law (Community loyalty)*⁷³ would require both of the Member States in question to abide by the terms of the concluded double taxation agreement. The general legal principle "*pacta sunt servanda*" is therefore not only valid on the level of international law, but finds a parallel entry, in addition, into Community law, based upon the obligation for loyal cooperation, which has been specially developed in Article 5 EGV⁷⁴. In the event a Member State of the European Union were to violate a double taxation agreement that it had concluded with another Member State, it would therefore violate not only international law, but would also be acting in violation of the principle of Community loyalty⁷⁵. Were the Member State, at the same time, to violate one of the basic freedoms stipulated in the EC Treaty, the taxpayer affected by this violation of international law would be able to consider it a violation of his own individual legal rights as well, and reprimand the offender before the national authorities and courts. In this respect then, European law sets further boundaries around national legislators.

⁷² For more detail, see M. Lehner (Fn. 69), pp. 142 ff., 147; in addition, M. Schweitzer, (in:) Grabitz / Hilf (Fn. 38), Article 220 EGV, Rz. 4 (May, 1995); R. Voss, (in:) Dausen (Fn. 52 § J, Rz. 52; K. Vogel, *Double Taxation Agreements - Commentary* (Fn. 1), Introduction, Rz. 23.

⁷³ So-called Community loyalty also affects the relationships of Member States with one another; see M. Zuleeg, (in:) von der Groeben / Thiesing / Ehlermann (Fn. 48), Article 5 EGV, Rz. 1; A. v. Bogdandy, (in:) Grabitz / Hilf (Fn. 38), Article 5 EGV, Rz. 6,9; C.O. Lenz, (in:) Lenz (Fn. 40), Article 5, Rz. 7 f.

⁷⁴ M. Zuleeg, a.a.O., R. v. Bogdandy, a.a.O., both within the jurisdiction of the EuGH.

⁷⁵ More detail in this regard can be found in R. Seer (Fn. 2), p. 522 ff.

IV. RESUMÉ

The national legislator who "changes" the agreements stipulated in a double taxation agreement subsequent to its coming into force, therefore violates international contract law. A national law might, namely, be contrary to international law, but it is nonetheless binding, within that country. Article 25 GG, and Article 59, Paragraph 2 GG are in no way an obstacle to this. § 2 AO only rules out the unilateral violation of a double taxation agreement, in the event the subsequent tax law does not contain an explicit conflict rule which re-establishes the *lex posterior* sentence. The legislator would therefore not be prevented, as a result of § 2 AO, from "working over" the concluded double taxation agreement. National constitutional and tax law, consequently, do not place any effective boundaries around the German legislator. In certain particular cases, the so-called basic freedoms guaranteed by the EGV might be able to provide a taxpayer with effective protection in the area in which European Community law is operative. Particular significance in this connection could be attributed to the freedom to establish a residence (Article 52, Paragraph 1 EGV), which could be interpreted as a limitation prohibition. Restrictions in the freedom to establish a residence are not justified thereby, which might enable the national legislator to repeal a tax subsidy under the provisions of Article 92 ff. EGV that violates Community regulations. In the event a Member State of the European Union were to violate a double taxation agreement that it had concluded with another Member State, it would therefore violate not only international law, but would also be acting in violation of the principle of Community loyalty. National "treaty-overriding", for instance, that unilaterally overrides the provisions of the German-Polish double taxation agreement⁷⁶, would no longer be automatically possible. Once Poland joins the European Union, the national legislator would be obliged to have a good look at the European law dimension of his treaty violation. Companies whose economic activities in Poland might possibly be hampered as a result of the actions of the German tax legislators, would have a realistic prospect of protesting with regard to the violation of their individual legal rights. We can sincerely hope that in the spirit of the Jubilee Year, this vision of the future will soon become a reality.

Roman Seer

⁷⁶ See, for example, Fn. 33.

Nationales Recht, Doppelbesteuerungsabkommen und Europarecht aus deutscher Sicht

Roman Seer

I. EINFÜHRUNG

Der Jubilar hat schon frühzeitig seinen Blick über die nationalen Grenzen hinaus gerichtet. Deshalb verwundert es nicht, daß er eine intensive Partnerschaft zwischen der Jagiellonischen Universität Krakau und der Ruhr-Universität Bochum auf dem Gebiet des Steuer- und Finanzrechts mitaufgebaut hat. Hieran anknüpfend soll sich der nachfolgende Festbeitrag mit dem Zusammenwirken zwischen nationalem Recht, den bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen und dem multilateralen Europarecht aus deutscher Sicht beschäftigen.

Die internationale Besteuerungspraxis wird geprägt durch ein Wechselspiel zwischen Wohnsitz- und Quellenbesteuerung. Da zahlreiche Staaten bei der steuerlichen Anknüpfung an den Wohnsitz dem Prinzip der weltweiten Besteuerung folgen, ergeben sich Überschneidungen der Steuertatbestände. Derartige Doppelbesteuerungen behindern die Freiheit des Waren-, Dienstleistungs-, Kapital-, Technologie- und Personenverkehrs und verhindern eine Ausweitung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen. Dem sollen Doppelbesteuerungsabkommen bilateral entgegenwirken. Es handelt sich dabei um völkerrechtliche Verträge, welche die nationalen Steuertatbestände kollisionslösend beschränken und das Besteuerungsrecht dem Wohnsitzstaat oder dem Quellenstaat zuweisen (1). Die Vertragsstaaten sind nach der allgemeinen Regel des Völkerrechts "pacta sunt servanda" an den Inhalt des Doppelbesteuerungsabkommens gebunden. Erläßt der nationale Gesetzgeber eine Vorschrift, die im Widerspruch zu einem Doppelbesteuerungsabkommen steht, handelt er daher völkerrechtswidrig (2). Das völkerrechtliche Instrumentarium gegen

1

(1) Siehe V. Kogel *Doppelbesteuerungsabkommen-Kommentar*³, München 1996, Einl. Rz.45.

(2) Ein prominentes Beispiel für einen Vertragsbruch ist die Erweiterung der Hinzurechnungsbesteuerung des Außensteuergesetzes (AStG) im Steueränderungsgesetz vom 25.2.1992, BGBl I 1992, S.297 (vgl. H. Schwarz/J. Fischer-Zernin, RIW 1992, S.49, 51 ff.; H. Flick/F. Wassermeyer, [in:] Flick/Wassermeyer/Becker, Komm. zum AStG, § 20 AStG, Rz.12, 35; K. Vogel, *Doppelbesteuerungsabkommen-Kommentar* (Fn.1), Einl.,

einen Vertragsbruch steht jedoch nicht dem einzelnen Steuerpflichtigen, sondern allein der betroffenen Vertragspartei in ihrer Eigenschaft als Völkerrechtssubjekt zu (3). Deshalb stellt sich die Frage, ob nicht auch der in seinen Interessen negativ betroffene Steuerpflichtige den Vertragsbruch, das sog. Treaty overriding durch den nationalen Gesetzgeber, gegenüber den nationalen Behörden und Gerichten rügen kann.

II. DOPPELBESTEUERUNGSABKOMMEN UND NATIONALES RECHT

Um dem Steuerpflichtigen Schutz gegen den Bruch begünstigender Vereinbarungen in Doppelbesteuerungsabkommen durch den nationalen Gesetzgeber zuteil werden zu lassen, sehen einige Autoren den Vertragsbruch zugleich als Verstoß gegen nationales Recht an.

1. Schutz durch Art. 25 GG?

Nach Art. 25 GG sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts, die den Gesetzen vorgehen und Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes erzeugen. Einzelne Autoren versuchen die Vorschrift für den Fall des unilateralen Bruchs eines Doppelbesteuerungsabkommens zu aktivieren, indem sie den Satz "pacta sunt servanda" als "allgemeine Regel des Völkerrechts" verstehen (4). Erlasse der nationale Gesetzgeber ein Gesetz, das einer Doppelbesteuerungsabkommen-Norm inhaltlich widerspricht, so verstoße

120

Rz.131). Als Reaktion auf den innereuropäischen Standortwettbewerb auf dem Gebiet des Steuerrechts sieht § 10 Abs.6 AStG nunmehr die - vom Doppelbesteuerungsabkommen abweichende - Hinzurechnung sog. Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter der ausländischen Tochterkapitalgesellschaft bei der inländischen Muttergesellschaft vor, um den im Ausland niedrigbesteuerten Gewinn auf das deutsche Steuerniveau hochzuschleusen, Parallel dazu ersetzt § 20 Abs.1 und 2 AStG die nach dem Doppelbesteuerungsabkommen geltende Freistellung des in der ausländischen Betriebsstätte oder Tochterpersonengesellschaft erzielten Gewinns durch die Anrechnungsmethode, soweit es sich um Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter im Sinne des § 10 Abs.6 AStG handelt (sog. Switch-over-Klausel). Eingehend dazu R. Seer, IStR, S.481 (Teil I), S.520 (Teil II).

(3) Als spezifische Sanktionen kommen bei Vertragsverletzungen in Betracht: Kündigung, Suspendierung des Vertrages, Schadensersatz, Vergeltungsmaßnahmen.

(4) R. Eckert, RIW 1992, S.386, 387 f.

er nicht nur gegen das Doppelbesteuerungsabkommen, sondern zugleich auch gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts und damit gegen Art. 25 GG. Ein abkommensverdrängendes Gesetz benötige deshalb eine verfassungsändernde qualifizierte 2/3-Mehrheit im Sinne des Art. 79 Abs. 2 GG, um wirksam zu werden.

Dem ist jedoch nicht zu folgen. Das BVerfG hat festgestellt, daß die in Art. 25 GG zum Ausdruck gebrachte Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes nicht so weit geht, die Einhaltung bestehender völkerrechtlicher Verträge durch eine Bindung des Gesetzgebers an das ihnen entsprechende Recht zu sichern. Eine Vorrangstellung genießen nur die "allgemeinen Regeln des Völkerrechts", nicht aber Detailregelungen besonderer völkerrechtlicher Verträge. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) ist auch der allgemeine Rechtsgrundsatz "pacta sunt servanda" nicht geeignet, die einzelnen Normen völkerrechtlicher Verträge in allgemeine Regeln des Völkerrechts mit Vorrang vor innerstaatlichem Recht zu verwandeln (5). Die ganz herrschende Lehre beschränkt diesen Satz auf den Bereich des Völkerrechts, versteht ihn also gerade nicht als Umsetzungsnorm (6). Die allgemeine Regel des Völkerrechts "pacta sunt servanda" begründet nur eine Verbindlichkeit nach außen (gegenüber dem Vertragspartner), verleiht den Vereinbarungen aber keine Vorrangstellung nach innen (7). Art. 25 GG beläßt dem nationalen Gesetzgeber mithin die Verfügungsmacht über den Rechtsbestand auch dort, wo eine völkerrechtliche Bindung besteht, sofern diese nicht allgemeine Regeln des Völkerrechts zum Gegenstand hat. Die Doppelbesteuerungsabkommen gehen daher nicht nach Art. 25 Satz 2 GG (auch nicht über den allgemeinen Rechtsgrundsatz "pacta sunt servanda") automatisch den nationalen Steuergesetzen vor (8). Der unilaterale gesetz-

(5) BVerfG-Urt. v. 26.3.57 - 2 BvG 1/55 -, BVerfGE 6, S.309, 362 f. (Konkordat Heiliger Stuhl/Deutsches Reich); BVerfG-Beschl., v. 9.6.71 - 2 BvR 225/69 -, BVerfGE 31, S.145, 177 f. (Einfuhrumsatzsteuer).

(6) Siehe Th. Maunz, [in:] Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 25, Rz.29; K. Ipsen, *Völkerrecht*³, München 1990, § 74, Rz.16; I. Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*⁸, Köln u.a. 1994, Rz.583; R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*², München 1994, § 32 I, S.171.

(7) Siehe nur D; Birk, [in:] Hübschmann/Hepp/Spitaler, *AO/FGO*, Köln, § 2 AO, Rz.3 (Juli 1991) H.W. Kruse, [in:] Tipke/Kruse, *AO/FGO*, Köln, § 2 AO, Tz.1b (September 1994).

(8) Ebenso BFH-Urt. v. 1.2.89 - I R 74/86 -, BStBl.II 1990, S.4, 6; F; Wassermeyer, *StuW* 1990, s. 404, 411; H. Schaumburg (Fn.), S.16 f.; einengend und überzeugend Th. Scherer, *Doppelbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Diss., München 1995, S.33 ff., 38.

liche Bruch eines Doppelbesteuerungsabkommens verstößt demnach nicht gegen Art. 25 GG. Diese Vorschrift bietet also für den Steuerpflichtigen keinen wirksamen Schutz.

2. Schutz durch Art. 59 Abs. 2 GG?

Andere Autoren gehen einen anderen Weg und versuchen die Verfassungswidrigkeit eines unilateralen Bruches eines Doppelbesteuerungsabkommens aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG herzuleiten (9). Völkerrechtliche Verträge im Sinne des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes. Stimmt der Gesetzgeber dem völkerrechtlichen Vertrag *vorbehaltlos* zu, so verleiht das Zustimmungsgesetz dem gesamten ratifizierten Abkommen innerstaatliche Geltung (10). Das Zustimmungsgesetz besitzt eine Übernahmefunktion und macht sog. self-executing Verträge verbindlich für alle Normadressanten (11). Sowohl unter der Transformations- als auch unter der Vollzugstheorie (12) bestimmt sich der Rang der übernommenen Vertragsnorm nach dem Rang der Einbeziehungsnorm: Nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG ist sie ein einfaches (förmliches) Bundesgesetz (13). Das Zustimmungsgesetz zu einem Doppelbesteuerungsabkommen ist im Verhältnis zu nachfolgenden Bundesgesetzen, die mit dem völkerrechtlichen Vertrag kollidieren, nicht vorrangig. Die Zielsetzung, den Gesetzgeber nach erteilter Zustimmung für die Zukunft zu binden und dem Zustimmungsgesetz eine *Sperrwirkung* beizumessen, läßt Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG nicht erkennen (14). Vielmehr befinden sich das Zustimmungsgesetz und ein

122

(9) H; Wohlschlegel, FR 1993, S.48, 49, dazu näher R. Seer (Fn.2), S.483 f.

(10) Nach der *Transformationstheorie* bedürfen alle Völkerrechtsnormen für ihre innerstaatliche Geltung einer Umwandlung (Transformation) in eine staatliche Rechtsvorschrift. Die daneben vertretene *Vollzugstheorie* verlangt ebenfalls einen innerstaatlichen Rechtsakt zur Einbeziehung des Völkerrechts. Dieser transformiert das Völkerrecht jedoch nicht, sondern hat nur die Funktion eines Vollzugsbefehls, der die Anwendung des Völkerrechts innerstaatlich freigibt. Zur Abgrenzung siehe *pars pro toto* K. Stern, Staatsrech I, 2. Aufl. München 1994, § 14 I 3, S.480; K. Ipsen, Völkerrecht (Fn.6), § 74, Rz.47.

(11) Siehe BVerfG-Beschl. v. 9.12.70 - 1 BvL 7/66 -, BVerfGE 29, S.358, 360 (Deutsch-Niederländischer Ausgleichsvertrag).

(12) Dazu näher Fn. 10.

(13) Völlig herrschende Meinung, siehe nur K. Vogel; StuW 1985, 369, 377.

(14) Zutreffend BFH-Urt. v. 13.7.94 - I R 120/93 -, BStBl.II 1995, S.129, 130.

zeitlich später nachfolgendes Steuergesetz auf *derselben Normebene*, so daß ein Kollisionsproblem grundsätzlich nach den beiden allgemeinen Kollisionsregeln, *Lex posterior derogat legi priori* und *Lex specialis derogat legi generali* (15), zu lösen ist (16). Erläßt der Bundesgesetzgeber nach Inkrafttreten des Zustimmungsgesetzes eine Vorschrift, die das Doppelbesteuerungsabkommen korrigiert, so ist diese Norm zwar völkerrechtswidrig, nach dem *Lex posterior*-Satz aber gleichwohl innerstaatlich bindend (17). Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG vermittelt danach dem Steuerpflichtigen keinen Schutz nicht.

3. Schutz durch § 2 AO?

Nach § 2 AO gehen völkerrechtliche Verträge im Sinne des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, den Steuergesetzen vor. Die mißverständliche Vorschrift vermittelt den Eindruck, als sei ein Doppelbesteuerungsabkommen im Verhältnis zu den innerstaatlichen Steuergesetzen ein *lex superior* mit der Folge, daß es durch spätere innerstaatliche einfache Gesetze allein nicht mehr abgeändert werden könnte (18). Ein solches Rangverhältnis vermag § 2 AP jedoch nicht herzustellen, da er selbst nur einfaches Gesetzesrecht bildet und weder gegenüber den nationalen Gesetzen noch gegenüber den als Gesetz beschlossenen völkerrechtlichen Verträgen Priorität genießt (19). § 2 AO kann nach den allgemeinen Kollisions-

12

(15) Oder anders gewendet: *Lex generalis posterior non derogat legi speciali priori*.

(16) Siehe allgemein: Th. Maunz, [in:] Maunz/Dürig (Fn.6), Art. 25, Rz.29; K. Ipsen, *Völkerrecht* (Fn.6), § 74, Rz.47; I. Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht* (Fn.6), Rz.593; R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht* (Fn.6), § 32 ii 4, S.177.

Zum Verhältnis Doppelbesteuerungsabkommen/nationales Recht/ D; Birk, [in:] Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn.7), § 2 AO, Rz.163 (Juli 1991); H.W. Kruse, [in:] Tipke/Kruse (Fn.7); F. Wassermeyer, [in:] Lehner (Hrsg.), *Steuern im Europäischen Binnenmarkt*, Köln 1996, DStJG Bd. 19, S.151, 154.

(17) Deutlich K. Vogel, *Doppelbesteuerungsabkommen-Kommentar* (Fn.1), Einl., Rz.135.

(18) So in der Tat die "Klarstellung" im Bericht des Finanzausschusses v. 7.11.75, BT-Drucksache 7/4292, S.15; ebenso das Fehlverständnis in der älteren Rspr., siehe BFH-Urt. v. 15.6.73 - III 118/70-, BStBl.II 1973, S.810, 812; BFH-Urt. v. 26.1.77 - VIII R 109/75 -, BStBl.II 1977, S.283, 287.

(19) Zutreffend D. Birk, [in:] Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn.7), § 2 AO, Rz.4 (Juli 1991); H.W. Kruse, [in:] Tipke/Kruse (Fn.7), § 2 AO, Tz.1 (September 1994). Ein derartiger Vorrang hätte einer Art. 25 Satz. 2 GG entsprechenden Ergänzung des Grundgesetzes bedurft.

regeln nur insoweit den Vorrang der Doppelbesteuerungsabkommen von der nationalen Steuergesetzen "klarstellen", als die Doppelbesteuerungsabkommen *leges speciales* gegenüber den nationalen Steuergesetzen sind (20).

Das lenkt den Blick auf die methodische Einordnung von Doppelbesteuerungsabkommen. Begreift man diese etwa als *Schranken* (21) oder also *sachliche Steuerbefreiungs- bzw. Steuerermäßigungstatbestände* (22) so richten die sich gegen bestehende aus dem innerstaatlichen Recht ableitbare Steueransprüche. Mit dieser Wirkungsweise gehen sie dem innerstaatlichen Recht als *leges speciales* vor (23), so daß spätere Änderungen des insoweit generellen nationalen Steuergesetzes das Doppelbesteuerungsabkommen - wie es § 2 AO bestätigt - unberührt lassen. Versteht man die Doppelbesteuerungsabkommen dagegen mit *Dieter Birk* (24) als *Verteilungsnormen* (25), so handelt es sich bei ihnen um ein eigenständiges Regelungssystem, das gleichrangig neben den nationalen Steuergesetzen stehe. Die Doppelbesteuerungsabkommen-Normen sind nach dieser Ansicht nicht speziellere, sondern andersartige Normen, nicht *leges speciales*, sondern *leges aliae* (26). Deshalb versteht *Dieter Birk* § 2 AO als einfachgesetzliche Entbindung von der *Lex-posterior*-Regel (27). Diese Kollisionsregel sei nicht rechtslogisch begründet, sondern beruhe lediglich auf einer doppelten Vermutung: Zum ersten sei der spätere Ge-

(20) So die herrschende Meinung: siehe J. Weigell, RIW 1987, S.122, 125; F. Wassermeyer, StuW 1990, S.404, 411; V. Kluge, Das deutsche Internationale Steuerrecht², München 1992, S.214; H. Debatin, DStR-Beihefter 23/1992, S.2; H. Schaumburg, *Internationales Steuerrecht*, Köln 1993, S.17; W. Leisner, RIW 1993, S.1013, 1018 f.

(21) So H. Debatin, DStR-Beihefter 23/1992, S.2.

(22) So BFH-Urt. v. 14.3.89 - I R 20/87 -, BStBl.II 1989, S.649, 650; F. Wassermeyer, StuW 1990, S.404, 411; ders. (Fn.16), DStJG Bd.19 (1996), S.151, 154; T. Scheerer, *Doppelbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Fn.8), S.29.

(23) H. Debatin, DStR-Beihefter 23/1992, S.2;

(24) In: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn.7), § 2 AO, Rz.165 (Juli 1991).

(25) So etwa H. Schaumburg, *Internationales Steuerrecht* (Fn.20), S.5 ff.; K. Vogel, *Doppelbesteuerungsabkommen-Kommentar* (Fn.1), Einl., Rz.45/c, und Vor Art.6 - 22, Rz. 1 ff.

(26) Von einem abweichenden Ausgangspunkt ebenso F. Wassermeyer (Fn.16), DStJG Bd.19 (1996), S.151, 154 f.

(27) In: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn.7), § 2 AO, Rz.171 ff. (Juli 1991).

setzgeber dem früheren an Einsicht und Wissen überlegen; zum zweiten sei es der konkludente Wille des späteren Gesetzgebers, frühere und inhaltlich entgegenstehende Normen mit Erlaß der neuen Regel aufzuheben. Von dieser Regel könne der Gesetzgeber ohne weiteres abweichen. Wolle er den Vorrang der Doppelbesteuerungsabkommen (und damit die Durchbrechung der Lex-posterior-Regel) *für immer* sicherstellen, so böten sich ihm grundsätzlich zwei Wege an: Entweder er nehme bei jeder gesetzlichen Regelung einen Vorbehalt zugunsten bestehender Doppelbesteuerungsabkommen auf oder er *ziehe einen solchen Vorbehalt "vor die Klammer"* (28). Letzteres sei durch § 2 AO geschehen.

Diese dogmatische Grundlegung des § 2 AO vermeidet die im Verhältnis Doppelbesteuerungsabkommen/nationales Steuergesetz nicht durchgängig mögliche Qualifizierung als *lex specialis* bzw. *generalis* und vermag m.E. zu überzeugen. Vor allem entspricht sie dem aus Art. 23-26 GG ableitbaren *Verfassungsgebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung* innerstaatlichen Rechts. Danach ist bei nationalen Gesetzen zu beachten, daß unter mehreren Möglichkeiten der Auslegung diejenige vorzuziehen ist, die am ehesten im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland steht, und zwar auch dann, wenn das Gesetz später erlassen worden ist als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag (29). Das BVerfG hat diesen Grundsatz damit begründet, daß nicht angenommen werden könne, der Bundesgesetzgeber wolle sich völkerrechtswidrig verhalten. Deshalb sei auch ein späteres Gesetz im Einklang mit völkerrechtlichen Pflichten auszulegen, es sei denn, das Gegenteil werde klar bekundet (30). Versteht man § 2 AO als generelle Entbindung von der Lex-posterior-Regel, so wird dem verfassungsrechtlichen Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des nationalen Rechts weitestgehend Rechnung getragen. Enthält das Steuergesetz *keine ausdrückliche Kollisionsregel*, die den Lex-posterior-Satz wiederherstellt, so *geht das Doppelbesteuerungsabkommen dem konkurrierenden Steuergesetz vor* (31).

124

(28) So plastisch D. Birk., a.a.O., § 2 AO, Rz.173 (Juli 1991).

(29) Siehe etwa K. Ipsen, *Völkerrecht* (Fn.6), § 74, Rz.47; R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht* (Fn.6), § 32 II 4, S.177; für die Doppelbesteuerungsabkommen instruktiv Th. Scherer, *Doppelbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Fn.8), S.40.

(30) BVerfG-Beschl. v. 26.3.87 - 2 BvR 589/79 u.a. -, BVerfGE 74, S.358, 370 (EM-RK).

(31) Zu demselben Ergebnis gelangt die h.M., welche die Doppelbesteuerungsabkommen als *leges speciales* einordnet; *pars pro toto* H.W. Kruse, [in:] Tipke/Kruse (Fn.7), § 2 AO, Tz.1b (September 1994).

Gleichzeitig muß jedoch Beachtung finden, daß § 2 AO seinerseits nur den Rang eines einfachen (förmlichen) Bundesgesetzes besitzt. Der Bundesgesetzgeber hat es nach Erlaß des § 2 AO daher noch jederzeit in der Hand, diese generelle Kollisionsregel zu durchbrechen. Will er einem späteren Gesetz den Vorrang vor entgegenstehenden älteren Doppelbesteuerungsabkommen sichern, so kann er dies *ausdrücklich* festlegen und damit die allgemeine Kollisionsregel des § 2 AO außer Kraft setzen (32). Dabei hat der Bundesfinanzhof (BFH) die Suspendierung der Rechtsfolgen des Art. 16 Abs. 2 Doppelbesteuerungsabkommen-Polen durch den zeitlich später ergangenen § 50d Abs.1 Satz 1 EStG aufgrund der dort enthaltenen Wendung "ungeachtet des Abkommens" für wirksam und sogar für rechtmässig erklärt (33). Dieses Maß an Kenntlichmachung des Derogationswillens verlangt auch die herrschende Meinung in der Literatur (34). Danach ist es geboten, aber zur Wirksamkeit eines Vertragsbruches auch ausreichend, wenn der Gesetzgeber *klar* zum Ausdruck bringt, daß Doppelbesteuerungsabkommen in ihrer innerstaatlichen Geltung beschränkt werden. Der nationale Gesetzgeber kann damit Vorschriften eines Doppelbesteuerungsabkommen aushebeln, indem ein die Regel des § 2 AO durchbrechendes, vorrangiges *lex posterior specialis* erläßt. Obwohl der Wortlaut des § 2 AO den Eindruck erweckt, schützt die Vorschrift den Steuerpflichtigen hiervor nicht.

126

III. DOPPELBESTEUERUNGSABKOMMEN UND EUROPARECHT

Der Steuerpflichtige ist derartigen Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers gleichwohl nicht schutzlos ausgeliefert, wenn die nationale Vorschrift gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt. Dieser Schutz ist freilich von vornherein nicht umfassend, sondern beschränkt auf Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den Mitgliedsstaaten der

(32) D. Birk, [in:] Hübschmann/Hepp/Spitaliter (Fn.7), § 2 AO, Rz.174 (Juli 1991); Th. Scherer, *Doppelsteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Fn.8), S.40 ff.; F. Wassermeyer (Fn.16), DStJG Bd. 19 (1996), S.151, 155.

(33) BFH-Urt. v. 13.7.94 (Fn.14), BStBl.II 1995, S.129 f.

(34) J. Weigell, RIW 1987, S.122, 125; V. Langbein, RIW 1988, S.875, 878; D. Birk, a.a.O., § 2 AO, Rz.175 (Juli 1991); H. Schaumburg, *Internationales Steuerrecht* (Fn.20), S.17 f.; J.M. Mössner, *Rechtsschutz bei Treaty Overriding*, [in:] I. Fischer (Hrsg.), *Besteuerung internationaler Konzerne*, Köln 1993, S.113, 124; Th. Scherer, *Doppelbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Fn.8), S.42; F. Wassermeyer (Fn.16), DStJG Bd.19 (1996), S.151, 155.

Europäischen Union. Das Gemeinschaftsrecht gilt nicht nur unmittelbar, sondern besitzt darüber hinaus Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht (35). Im Falle einer Normenkollision ist das nationale Recht zwar nicht nichtig; es darf von dem jeweiligen Mitgliedstaat jedoch nicht mehr angewendet werden (36). Der Steuerpflichtige kann sich sowohl gegenüber den nationalen Finanzbehörden als auch gegenüber den Finanzgerichten unmittelbar auf den Vorrang des EG-rechts berufen. Einen solchen Vorrang genießen die Bestimmungen des EG-Vertrages (EG-Vertrag) als primäres Gemeinschaftsrecht, insbesondere die darin verbürgten vier sog. Grundfreiheiten. Für die Unternehmensbesteuerung kommt der in Art. 52 EGV gewährleistete *Niederlassungsfreiheit* besondere Bedeutung zu, deren Schutzwirkung nun exemplarisch dargestellt werden soll.

1. Der Schutz der sog. Grundfreiheiten, dargestellt am Beispiel der Niederlassungsfreiheit (Art. 52 EGV)

Die Niederlassungsfreiheit ist seit dem Ablauf der Übergangszeit (zum 31.12.1969) unmittelbar geltendes Recht (37). Art. 52 EGV gewährt das Recht auf freie Niederlassung nicht nur den Gemeinschaftsbürgern, sondern auch den in Art. 58 EGV bezeichneten Gesellschaften (Kapital- ebenso wie Personengesellschaften) (38). Durch den Bruch eines Doppelbesteuerungsabkommens kann die Niederlassungsfreiheit der betroffenen (im Inland ansässigen) Unternehmen unzulässigerweise beschränkt werden, wenn der nationale Gesetzgeber den steuerlichen Zugriff gegenüber

127

(35) Die Vorrangregel ist eine ungeschriebene Norm primären Gemeinschaftsrechts, siehe EuGH-Urt. v. 15.7.64 - Rs. 6/64 -, EuGHE 1964, S.1251, 1269 ff. (Costa/ENEL); EuGH-Urt. v. 17.12.70 - Rs. 11/70 -, EuGHE 1990, S.1125, 1135 (Int. Handelsgesellschaft), Das BVerfG ist dem gefolgt, siehe BVerfG-Urt. v. 9.6.71 - 2 BvR 225/69 -, BVerfGE 31, S.145, 174 (Umsatzausgleichsteuer); BVerfG-Urt. v. 22.10.86 - 2 BvR 197/83 -, BVerfGE 73, S.339, 375 ("Solange II"); BVerfG-Beschl. v. 8.4.87 - 2 BvR 687/85 -, BVerfGE 75, S.223, 244 (Kloppenburger).

(36) Vgl. nur zum Steuerrecht: Ch. Vedder, *Einwirkung des Europarechts auf das innerstaatliche Recht*, [in:] Lehner/Thömmes (Hrsg.), *Europarecht und Internationales Steuerrecht*, München 1994, S.4; St. Pieper, [in:] Birk (Hrsg.), *Handbuch des Europäischen Steuer- und Abgabenrechts*, Herne/Berlin 1995, § 3, Rz.35.

(37) EuGH-Urt. v. 21.6.74 - Rs. 2/74 -, EuGHE 1974, S.631, 652 (Reyners); EuGH-Urt. v. 27.9.88 - Rs. 81/87 -, EuGHE 1988, S. 5483, 5510 (Daily Mail).

(38) Vgl. A. Randelzhofer, [in:] Grabitz./Hilf (Hrsg.), *Kommentar zur Europäischen Union*, München, Art. 58 EGV, Rz.3 (September 1992).

dem Doppelbesteuerungsabkommens verschärft (39). So kommt ein Verstoß gegen die *sekundäre* Niederlassungsfreiheit des Art. 52 und Betriebsstätten in einem Mitgliedstaat (z.B. Irland, Belgien) durch Personen, die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates (Deutschland) ansässig sind, unzulässig beschränkt wird. Zwar fällt die Regelung *direkter* Steuern in die originäre Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten. Jedoch müssen diese ihre Befugnisse auch für die direkten Steuern unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben und damit auch in diesem Bereich die Niederlassungsfreiheit beachten (41).

Im Einklang mit den Vorstellung der Gründungsväter enthält Art. 52 EGV zunächst ein *Gebot der Inländergleichbehandlung* als *lex specialis* zu dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 6 Abs.1 EGV (42). Die Niederlassungsfreiheit verbietet es dem *Aufnahmestaat*, das aus einem anderen Mitgliedstaat stammende, sich niederlassende Unternehmen gegenüber den inländischen Unternehmen schlechterzustellen (43). Darüber hinaus muß aber auch der *Herkunftsstaat* Behinderungen der *grenzüberschreitenden* Niederlassung nach Art. 52 EGV besonders rechtfertigen. Zwar gelten die Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht für auf das Gebiet eines Mitgliedstaats beschränkte Sachverhalte (44). Der sich in einem anderen Mitgliedstaat (z.B. durch Gründung einer Tochtergesellschaft) Niederlassende kann sich aufgrund der Ausü-

(39) Als Beispiel sei wiederum auf die steuerverschärfenden Switch-over-Klausel des § 20 Abs.1 und 2 AStG hingewiesen, dazu eingehend R. Seer (Fn.2), S.520 ff.

(40) Zum sachlichen Anwendungsbereich des Art. 52 Abs.1 EGV statt vieler R; Erhard, [in:] Lenz (Hrsg.), *EG-Vertrag*, Köln u.a. 1994, Art. 52 EGV, Rz.2.

(41) Erst jüngst mehrfach klargestellt durch EuGH-Urt. v. 14.2.95 - Rs. c. 279/93 -, EuGHE I 1995, S.225 ff., Rdn. 21, 26 (Schumacker); EuGH-Urt. v. 11.8.95 - Rs. C 80/94 -, EuGHE I 1995, S.2493 ff., Rdn.16 (Wielockx); EuGH-Urt. v. 27.6.96 - Rs. C 107/94 - FR 1996, S.667, 667, Rdn. 36 (Asscher).

(42) Siehe R. Erhard, [in:] Lenz (Fn.40), Art. 52 EGV, Rz.4 f., m.v.N. aus der EuGH-Rspr.

(43) Aus der Rspr. des EuGH zu steuerlichen Diskriminierungen: EuGH-Urt. v. 28.1.86 - Rs. 270/83 -, EuGHE 1986, S.273, 304 ff. (avoir fiscal); EuGH-Urt. v. 13.7.93 - Rs. C 330/91 -, EuGHE I 1993, S.4017 (Commenrbank); EuGH-Urt. v. 12.4.94 - Rs. C 1/93 -, EuGHE I 1994, S.1137, 1155 ff. (Haliburton); EuGH-Urt. v. 11.8.95 (Fn.41, Wielockx).

(44) Vgl. EuGH-Urt. v. 8.12.87 - Rs. 20/87 -, EuGHE 1987, S. 4879, 4896 (Gauchard); EuGH-Urt. v. 20.4.88 - Rs. 204/87 -, EuGHE 1988, S.2029, 2039 (Bekaert); EuGH-Urt. v. 3.10.90 - Rs. C 54/88 u.a. -, EuGHE I 1990, S. 3537, 3549 (Nino u.a.).

bung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in dem anderen Mitgliedstaat diesem gegenüber in einer Lage befindet, die mit derjenigen anderer Personen vergleichbar ist, die sich gegenüber dem Aufnahmestaat auf die durch den EGV garantierten Rechte und Freiheiten berufen können (45). Ein deutscher Staatsangehöriger, der grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeiten entfaltet, braucht sich mithin nicht darauf verweisen zu lassen, daß das EG-Recht den Mitgliedstaaten nach Belieben überlasse, wie es seine eigenen Staatsangehörigen besteuert (46). Die Schlechterstellung eines Inländers (*umgekehrte* Diskriminierung) wurde in der Rechtssache Werner vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) ausnahmsweise nur deshalb hingenommen, weil es bei der bloßen Wohnsitzverlagerung an einer grenzüberschreitenden *wirtschaftlichen* Aktivität mangelt (47). Letztere liegt aber etwa bei der Gründung (und Unterhaltung) einer Tochtergesellschaft oder einer Betriebsstätte in einem anderen Mitgliedstaat vor, so daß sich auf die Tätigkeit der Tochtergesellschaft oder der Betriebsstätte beziehende, steuerverschärfende Korrekturen des Doppelbesteuerungsabkommens durch den Herkunftsstaat an Art. 52 EGV messen lassen müssen.

Das lenkt den Blick auf den Schutzbereich des Art. 52 EGV. Die bisher wohl vorherrschende Ansicht *beschränkt* die inhaltliche Reichweite des Art. 52 EGV (ebenso wie die des Art. 48 EGV) unter Berufung auf die Vorstellungen der Vertragsgründer und den Wortlaut des Art. 52 Abs.2 EGV auf das - allerdings weit verstandene - *Gebot der Inländergleichbehandlung* (48). Der EuGH hat bisher ebenfalls sowohl die Niederlassungsfreiheit des Art. 52 EGV als auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 48 EGV ganz überwiegend nur in ihrer Ausprägung als spezielle Dis-

(45) So jüngst deutlich EuGH-Urt. v. 27.6.96 (Fn.41, Asscher), Rdn.34; vgl. zuvor EuGH-Urt. v. 7.2.79 - 115/78 -, EuGHE 1979, S. 399, 410, Rdn.24 (Knors); EuGH-Urt. v. 3.10.90 - Rs. C 61/89 -, EuGHE I 1990, S.3551, 3567, Rdn.13 (Bouchoucha).

(46) So das durch das EuGH-Urt. v. 26.1.93 - Rs. C 112/91 -, EuGHE I 1993, S.463, 469 f., Rdn.17 (Werner), genährte Mißverständnis über die Zulässigkeit einer sog. *umgekehrten* Diskriminierung.

(47) Richtig gesehen etwa von R. Eckhoff, in: Birk (Fn.36), § 19, Rz.27; O. Thömmes, *Verbot der Diskriminierung von Steuerausländern und Steuerinländern*, in: Lehner (Fn.16), DStJG Bd.19 (1996), S.81, 84; A. Epiney, *Umgekehrte Diskriminierungen*, Habil., Köln u.a. 1995, S.275 f.

(48) Vgl. U. Everling, *DB* 1990, S.1853 f.; P. Troberg, [in:] von der Goeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zum E.W.G.-Vertrag*⁴, Baden-Baden 1991, Art. 52, Rz.37 f.; K. Hailbronner, [in:] Hailbronner/Magiera/Müller-Graff, *Handkommentar zum EWG-Vertrag*, Köln u.a. 1991, Art. 52, Rz.13 f.; für das Steuerrecht R. Eckhoff, [in:] Birk (Fn.36), § 19, Rz.17 ff.

130

kriminierungsverbote aktiviert, darunter aber auch sog. mittelbare (verdeckte) Diskriminierungen gefaßt (49). Das Gebot der Inländergleichbehandlung reicht aber gerade dann nicht aus, um die in Art. 52 EGV verbürgte Niederlassungsfreiheit zu gewährleisten, wenn die Freiheit zur Niederlassung nicht durch den Aufnahmestaat, sondern durch den *Herkunftsstaat* eingeschränkt wird (50). Sowohl der Wortlaut als auch der Zweck der Art. 48, 52 EGV weisen auf ein über das bloße Diskriminierungsverbot des Art. 6 Abs.1 EGV hinausreichendes Verständnis hin. Art. 52 Abs.1 EGV wendet sich gegen "*Beschränkungen* der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates". Art. 52 Abs.2 EGV erläutert dazu, daß die Niederlassungsfreiheit die Gründung und Leitung von Unternehmen nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen "*umfaßt*". Gerade das Wort "*umfaßt*" spricht dafür, daß der Vertragstext die Niederlassungsfreiheit nicht auf das Gebot der Inländergleichbehandlung beschränkt, sondern dieses Gebot nur als Ausschnitt eines *weiterreichenden Beschränkungsverbots* besonders hervorhebt (51). Art. 52 EGV soll den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten die Möglichkeit garantieren, sich überall in der Gemeinschaft unabhängig von der Staatsangehörigkeit (und dem Sitz der Gesellschaft, Art. 58 EGV) niederzulassen. Die Niederlassungsfreiheit dient so dem in Art. 3 lit. c), 7a Abs.2 EGV als Rechtssatz vorgegebenen Ziel, einen Binnenmarkt herzustellen, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist. Diese teleologische Ausrichtung ist zum Anlaß zu nehmen, Art. 52 EGV nicht mehr als bloßes Diskriminierungsverbot, sondern als ein darüber hinausgehendes Beschränkungsverbot aufzufassen (52).

(49) Aus der jüngeren Rspr. siehe nur EuGH-Urt. v. 14.2.95 (Fn.41, Wielockx), Rdn.26 ff.; EuGH-Urt. v. 27.6.96 (Fn.41, Asscher), Rdn.36 ff.

(50) Klarsichtig E. Steindorff, *EuR* 1988, S.19, 21.

(51) Überzeugend B. Knobbe-Keuk, *DB* 1990, S.2573, 2574; P. Behrens, *EuR* 1992, S.145, 151.

(52) So mit zunehmender Tendenz in der europarechtlichen Literatur: siehe A; Bleckmann, *DVBl* 1986, S.69, 72; E. Steindorff, *EuR* 1988, S.19, 21; D. Blumenwitz, *NJW* 1989, S.621, 622 f.; B. Knobbe-Keuk, *DB* 1990, S.2576, 2574 f.; P. Behrens, *EuR* 1992, S.145, 151; W.-H. Roth, [in:] Dausers (Hrsg.), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, München 1996, E.L., Rz.69 ff.; ausführlich A; Epiney, *Umgekehrte Diskriminierungen* (Fn.47), S.60 ff.; für das Steuerrecht neben B. Knobbe-Keuk, a.a.O.; J.H. Kaiser, *BB* 1991, S.2052, 2057 f.; W. Leisner, *RfW* 1993, S.1013, 1020; O. Thömmes (Fn.47), *DStJG* Bd.19 (1996), S.81, 87 f.; A. Rädler/M. Lausterer/J. Blumenberg, *DB-Beilage* Nr. 3:1996, S.9.

Die Rechtsprechung des EuGH tendiert seit einiger Zeit zu einem immer weiteren Verständnis der Art. 48, 52 EGV (53). Insbesondere in den Doppelniederlassungsfällen subsumiert der EuGH auch nicht diskriminierende Vorschriften unter das Verbot des Art. 52 EGV (54). In den Gründen zur Daily-Mail-Entscheidung stellt das Gericht ausdrücklich fest, daß Art. 52 EGV es dem Herkunftsstaat *verbietet*, die Niederlassung seiner Staatsangehörigen oder einer nach seinem Recht gegründeten, der Definition des Art. 58 EGV genügenden Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu *behindern* (55). In der Rechtssache Gebhard versteht der EuGH Art. 52 EGV ebenfalls als ein Beschränkungsverbot und statuiert für die Rechtfertigung eines Eingriffs in die weit verstandene Niederlassungsfreiheit nunmehr kumulative Voraussetzungen, von denen das Diskriminierungsverbot lediglich eine unter mehreren darstellt. Der EuGH hat damit im Geltungsbereich der Art. 52, 58 EGV seine Rechtsprechung in Richtung eines allgemeinen Beschränkungsverbots weiterentwickelt. Die Ausweitung der Niederlassungsfreiheit in zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot entspricht der Entwicklung, welche die EuGH-Rechtsprechung seit geraumer Zeit für die Waren- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 30, 59 EGV bereits genommen hat (56). Es leuchtet wenig ein, warum die Waren- und Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbote, die Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit aber nur also Diskriminierungsverbote wirken sollen. Die Waren- und Personenverkehrsfreiheiten stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern erfassen die unterschiedlichen Facetten wirtschaftlicher Bewegung der am Markt Teilnehmenden (57). Durch die Garantie dieser Freiheiten soll die vollständige Mobilität wirtschaftlich tätiger Personen im Gemeinschaftsge-

(53) Vgl. dazu die eingehende Untersuchung von A. Epiney, *Umgekehrte Diskriminierungen* (Fn.47), S.51 ff.

(54) EuGH-Urt. v. 12.7.84 - Rs. 10/83 -, EuGHE 1984, S.2971, 2984 f., Rdn. 17 ff. (Klopp); EuGH-Urt. v. 30.4.85 - Rs. 96/85 -, EuGHE 1986, S.1475, 1485 f., Rdn. 13 (Zweigniederlassung Ärzte); EuGH-Urt. v. 20.5.92 - Rs. C 106/91 -, EuGHE I 1992, S.3351, 3382 ff., Rdn. 20 ff. (Ramrath).

(55) EuGH-Urt. v. 27.9.88 (Fn.37, Daily Mail), Rdn.16.

(56) Siehe EuGH-Urt. v. 11.7.74 - Rs. 8/74 -, EuGHE 1974, S.837, 852 f., Rdn.5 ff. (Benoit u. Dassonville), zu Art. 30 EGV; EuGH-Urt. v. 3.12.74 - Rs. 33/74 -, EuGHE 1974, S.1299, 1309 ff., Rdn.10 ff. (van Ninsbergen), zu Art. 59 EGV.

(57) Siehe A. Epiney, *Umgekehrte Diskriminierungen* (Fn.47), S.64, Fn.158, zu den Personenverkehrsfreiheiten: "Art. 48 EGV erfaßt die unselbständige, Art. 52 EGV die selbständige erwerbstätigkeit und Art. 59 EGV das Erbringen von Dienstleistungen".

biet und damit die Mobilität der Produktionsfaktoren im Hinblick auf die Errichtung des Gemeinsamen Marktes (§ 2 EGV) sichergestellt werden. Insofern beruhen alle Personenverkehrsfreiheiten auf parallelen Ansätzen (58).

Die traditionelle Auffassung führt dagegen ins Feld, daß die Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit einen *dauerhaften* Aufenthalt in dem jeweiligen Mitgliedstaat bedingen. Soweit noch keine gemeinschaftsweite Harmonisierung erfolgt sei, behalte der jeweilige Mitgliedstaat die Kompetenz, die Ausübung dauerhafter Tätigkeiten in seinem Hoheitsgebiet zu regeln. Wenn nun die Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit ebenso wie Art. 30, 59 EGV weit als Beschränkungsverbote ausgelegt würden, werde der Geltungsanspruch des innerstaatlichen Rechts als solcher in Frage gestellt (59). Die damit vollzogene Aubzw. Abwertung nach der Dauer des Aufenthalts erweist sich indessen als kaum nachvollziehbar. Der vorübergehende Charakter des Aufenthalts einer Person mag für die systematische Einteilung der Grundfreiheiten sinnvoll sein. Für die Frage der Rückwirkung der Grundfreiheiten auf das nationale Recht aber gibt diese Differenzierung wenig her (60). Eine an Art. 3 lit. a) und c) EGV orientierte teleologische Auslegung gebietet vielmehr die parallele Behandlung der vier Grundfreiheiten, denen im Hinblick auf die Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 7a Abs.2 EGV) eine strukturell ähnliche Rolle zukommt. Art. 52 EGV garantiert eben nicht nur Niederlassungsgleichheit, sondern darüber hinausgehend (im Wortlaut zum Ausdruck gelangend) Niederlassungsfreiheit. Im Binnenmarkt sichern deshalb Art. 48, 52 EGV die freie Standortwahl über die mitgliedstaatlichen Grenzen hinweg für die - nichtselbständige oder selbständige - wirtschaftliche Betätigung von EG-Angehörigen (61). Das damit in Art. 52 Abs.1 EGV enthaltene *Beschränkungsverbot* richtet sich auch an den *Herkunftsmitgliedstaat* (62): Dieser darf seine Staatsangehörigen bei der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat nicht behindern. Eine solche Beschränkung kann auch in einer verschärften Besteuerung der im Her-

(58) Zutreffend A. Epiney, a.a.O., S.64.

(59) So insb. U. Everling, *Db* 1990, S.1853, 1857 f.; mit Blick auf die Kompetenzen der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern ebenso R. Eckhoff, in Birk (Fn.36), § 19, Rz.21.

(60) Vgl. A. Epiney, *Umgekehrte Diskriminierungen* (Fn.47), S.67.

(61) So richtig B. Knobbe-Keuk, *DB* 1990, S.2575, 2577.

(62) Zutreffend EuGH-Urt. v. 27.9.88 (Fn.37, Daily Mail), a.a.O.

zustufen sind (67). Ein Mitgliedsstaat besitzt gegenüber gemeinschaftswidrigen Steuervergünstigungen anderer Mitgliedstaaten kein Selbsthilferecht, von einem anderen Mitgliedstaat gemeinschaftswidrig gewährte Beihilfen durch unilaterale Gegenmaßnahmen zu sanktionieren, sondern hat die verhältnismäßigen und zugleich wirksameren gemeinschaftsrechtlichen Rechtsbehelfe zu ergreifen (vgl. Art. 169, 173 Abs.1, Art. 175 Abs.1 EGV) (68). Der unilaterale Bruch eines Doppelbesteuerungsabkommens, der zugleich die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt, kann demnach nicht durch den Hinweis gerechtfertigt werden, der andere (Vertragssund) Mitgliedsstaat gewähre gemeinschaftswidrig Beihilfen. Daher verletzt eine derartige staatliche Maßnahme den Steuerpflichtigen in seiner Niederlassungsfreiheit. Das gleiche gilt mutatis mutandis für die anderen Grundfreiheiten des EGV.

2. Gemeinschaftsrechtliche Pflichten zur Beseitigung der Doppelbesteuerung (Art. 220 EGV) und zur loyalen Zusammenarbeit

Grundfreiheiten und Doppelbesteuerungsabkommen stehen nicht beziehungslos nebeneinander, sondern ergänzen sich vielmehr. Um die Freizügigkeit für natürliche und juristische Personen zu erreichen (Art. 3 lit. c) i.V.m. Art. 48, 52, 58 EGV) sieht es Art. 220 EGV als unumgänglich an, daß die Mitgliedstaaten untereinander Verhandlungen einleiten, um die Doppelbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft zu beseitigen (69). Art. 220 EGV dient funktional dazu, die staatsrechtliche Vertragsschließungsbefugnis der Mitgliedstaaten aufrechtzuerhalten, in eine *gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung* zu verwandeln und zur Erreichung konkreter, in der Vorschrift selbst festgelegter Ziele im Gemeinschaftsinteresse zu mobilisieren

134

(67) Zu den Beihilfen rechnen daher auch Steuervergünstigungen und -befreiungen, vgl. EuGH-Urt. v. 10.6.93 - Rs. C 183/91 -, EuGHE I 1993, S.3137, 3147, Rdn.3 ff. (Kommission/Griechenland); EuGH-Urt. v. 15.4.94, Rs. C 387/92, EUGHEI 1994, S.877, 907, Rdn.13 (Banco Exterior de Espana); aus der Literatur statt vieler: F.H. Weing, [in:] con der Goeben/Thiesing/Ehlermann (Fn.48), Art. 92 EGV, Rdn.4.

(68) Dazu eingehend R. Seer (Fn.2), S.522 ff.

(69) Art. 220 EGV formuliert dazu einen "in den Zielen konkretisierten Auftrag an die Vertragsstaaten", so I. Schwarz, [in:] von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Fn.48), Art. 220 EGV, Rz.15; M. Lehner, *Möglichkeiten zur Verbesserung des Verständigungsverfahren auf der Grundlage des EWG-Vertrages*, Diss., München 1982, S.140: "konkrete Handlungspflicht". Den *funktionalen Zusammenhang* zwischen den bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen und der Niederlassungsfreiheit erkennt auch W.-H. Roth, [in:] Dausers (Fn.52), E.II, Rz.80.

(70). Zwar stellt Art. 220 EGV idealiter auf den Abschluß eines multilateralen Doppelbesteuerungsabkommens zwischen sämtlichen Mitgliedstaaten ab (71). Solange es an einem solchen mangelt, ist es aber das Netz der zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten abgeschlossenen bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen, durch welche die Mitgliedstaaten dem Gebot des Art. 220 EGV nachkommen (72). Die Doppelbesteuerungsabkommen erhalten damit die *gemeinschaftsrechtliche Funktion*, durch Beseitigung der Doppelbesteuerung zwischen den Mitgliedstaaten steuerliche Hindernisse für das Funktionieren des Binnenmarktes abzubauen und damit zugleich die Personenverkehrsfreiheiten (einschließlich der Niederlassungsfreiheit) für grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten zu gewährleisten. Haben sich zwei Mitgliedstaaten auf ein bestimmtes Doppelbesteuerungsabkommen in Erfüllung der durch Art. 220 EGV gestellten Aufgabe völkerrechtliche wirksam geeinigt, so gebietet die *gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit (Gemeinschaftstreue)* (73) den beiden Mitgliedstaaten, das abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen auch einzuhalten. Der allgemeine Rechtsgrundsatz "pacta sunt servanda" gilt damit nicht nur auf der Ebene des Völkerrechts, sondern findet parallel dazu über die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit, die ihre spezielle Ausprägung in Art. 5 EGV gefunden hat (74), Eingang in das Gemeinschaftsrecht. Bricht ein Mitgliedstaat der Europäischen Union ein mit einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossenes Doppelbesteuerungsabkommen, so bricht er nicht nur das Völkerrecht, sondern verstößt zugleich gegen das Gebot der Gemeinschaftstreue (75). Verletzt er zugleich eine der im EG-Vertrag statuierten Grundfreiheiten, so kann der davon betroffene Steuerpflichtige den

(70) I. Schwarz, a.a.O., § 220 EGV, Rz.26.

(71) C. Vedder, [in:] Lehner/Thömmes (Fn.36), S.10; Th. Scherer, *Doppelbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Fn.8), S.86 f., halten sogar nur ein solches für geeignet, den Auftrag des Art. 220 EGV zu erfüllen.

(72) Eingehend M. Lehner (Fn.69), S.142 ff., 147; außerdem M. Schweitzer, [in:] Grabitz/Hilf (Fn.38), Art. 220 EGV, Rz.4 (Mai 1995); R. Voß, [in:] Dausen (Fn.52), Abschnitt J, Rz.52; K. Vogel, *Doppelbesteuerungsabkommen-Kommentar* (Fn.1), Einl., Rz.23.

(73) Die sog. Gemeinschaftstreue trifft auch die Beziehungen der Mitgliedstaaten untereinander, siehe M. Zuleeg, [in:] von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Fn.48), Art. 5 EGV, Rz.1; A. v. Bogdandy, [in:] Grabitz/Hilf (Fn.38), Art. 5 EGV, Rz.6, 9; C.O. Lenz (Fn.40), Art. 5, Rz.7 f.

(74) M. Zuleeg, a.a.O. R.v. Bogdandy, a.a.O., beide m.w.N. aus der Judikatur des EuGH.

(75) Dazu eingehend R. Seer (Fn.2), S.522 ff. m.w.N.

völkerrechtlichen Verstoß Individualrechtsverletzung sogar gegenüber den nationalen Behörden und Gerichten rügen. Insoweit setzt das Europarecht dem nationalen Gesetzgeber zusätzliche Grenzen.

IV. RESÜMEE

Der nationale Gesetzgeber, der Vereinbarungen eines Doppelbesteuerungsabkommens nach dessen Inkrafttreten "korrigiert", verstößt gegen Völkervertragsrecht. Die nationale Vorschrift ist zwar völkerrechtswidrig, aber gleichwohl innerstaatlich bindend. Art. 25 GG und Art. 59 Abs.2 GG stehen dem nicht entgegen. § 2 AO schließt dem unilateralen Bruch eines Doppelbesteuerungsabkommens nur dann aus, wenn das spätere Steuergesetz keine ausdrückliche Kollisionsregel enthält, die den Lex-posterior-Satz wiederherstellt. Der Gesetzgeber wird nicht durch § 2 AO daran gehindert, das abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen "auszuhebeln". Nationales Verfassungs- und Steuerrecht setzen dem deutschen Gesetzgeber daher keine wirksamen Grenzen. Einen wirksamen Schutz im Geltungsbereich der europäischen Gemeinschaftsrechts können dem Steuerpflichtigen in bestimmten Fällen die sog. Grundfreiheiten des EGV vermitteln. Besondere Bedeutung kommt dabei der in ihrer Niederlassungsfreiheit (Art. 52 Abs.1 EGV) zu, die als Beschränkungsverbot aufzufassen ist. Beeinträchtigungen der Niederlassungsfreiheit werden nicht dadurch gerechtfertigt, daß der nationale Gesetzgeber eine nach Art. 92 ff. EGV gemeinschaftswidrige steuerliche Beihilfe derogiert. Bricht ein Mitgliedstaat der Europäischen Union ein mit einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossenes Doppelbesteuerungsabkommen, so verletzt er nicht nur das Völkerrecht, sondern verstößt zugleich gegen das Gebot der Gemeinschaftstreue. Ein nationales "treaty overriding", das etwa Vorschriften des Doppelbesteuerungsabkommens Deutschland - Polen einseitig aushebelt (76), wäre nicht mehr ohne weiteres möglich. Nach einem Beitritt Polens zur Europäischen Union müßte sich der nationale Gesetzgeber mit der europarechtlichen Dimension seines Vertragsbruchs auseinandersetzen. Unternehmen, deren wirtschaftliche Aktivitäten in Polen durch den deutschen Steuergesetzgeber behindert werden, hätten die reale Aussicht, eine individuelle Rechtsverletzung rügen zu können. Es bleibt ganz im Sinne des Jubilars zu hoffen, daß diese Vision in Kürze zur Realität wird!

(76) Siehe z.B. bei Fn.33.

Tax regime of European holdings. Considerations on the anti-avoidance provisions contained in the Italian regime of Community dividends

Francesco Amyas d'Aniello

1. Introduction. - 2. The Luxembourg *holding*. - 2.1. The *Sociétés de Participations Financières*, Soparfi. 2.1.1. Taxation of inbound and outbound dividends. - 2.1.2. Taxation of capital gains. - 2.2. The 1929 *holding*. - The Dutch *holding*. - 4. The Spanish *holding*. - 5. A brief look at other European *holdings*. - 6. Italian *holdings* and the anti-avoidance legislation in the regime of Community dividends.

1. Introduction

Tax legislation is now more than ever undergoing a profound evolution, a process the roots of which are represented by a plurality of reasons, both social and economic.

Market globalisation with the elimination of frontiers and the European Community monetary unification will substantially change economic and financial relations: in the near future we will be able to sign contracts, submit tax returns or establish a company by means of a personal computer.

Obviously, these are changes that involve the whole of one's social life (in terms of the consumer's new approach to products and of the way in which intellectual professions are currently carried out) in the main, however, they concern - at least in this initial phase - the entrepreneurial world, once restricted to the narrowness of local borders, but now subject to increasingly more competitive and sophisticated stimuli outside of these borders.

Having unleashed this free market, there are crucial contraindications for the most part to do with the progressive *deregulation* of a number of economic sections, those of telecommunications and insurance being cases in point.

The risk is that the market might gradually take on the institutional role for the organising of social relations and for the distribution of wealth, without an external guarantor, be it ethics or law, balancing economic considerations and civil rights. It is now an established opinion that the market is absolutely incapable of regulating itself and it is therefore inconceivable to envisage a legislation that would be subject to economic laws (be they related to ownership or company activity and contracts), being that the regulation of the economic system is precisely the function of the law.

In this respect, tax law is one of those juridical sciences which precisely because of its social role is more exposed to the evolution of the social context and therefore, compared to other sciences, it is influenced by and is more attentive to the real needs of praxis in the increasingly arduous search to justify its existence. The main role of tax law has also been that of realising and improving the social nature of the state: tax law, the expression of the world's evolution from a disorganised set of individuals at the embryonic stages of community life, has always supported, justified or, in any case tried to give a meaning to those taxes which make of the general public a civilised community.

Thus, the objective of the redistribution and development of the social nature of the civil state, proper to tax law seems to be losing gradually its traditional role of inspiration behind public finance because of the new function tax law is starting to take on in the eyes of economic operators. Tax legislation is seen in the context of the globalisation of consumption and of the free circulation of means and persons, as a lever, or rather as an economic variable capable of causing capital and income to shift from one state to another, in terms of international fiscal competition. Having lost its original function, all things pertaining to tax law become nothing more than a cost, a simple item of the profit and loss account.

138

Nowadays, fiscal competition serves as an instrument to attract investments and to enrich countries (Netherlands, Belgium, Luxembourg, Ireland, Great Britain, and Spain) which, precisely thanks to their ability to welcome and adapt to this new 'role' economic operators attach to tax law - in the ability, that is, to create a fiscal system certainly 'asphyxiating' for individuals but still permissive and proving efficient to companies - have found a way to attract huge international capital and to offer themselves as priority junctions for placing and channelling foreign investment. Thus tax law as a science seems a faraway memory. This article takes into full account this new character pertaining to tax law and to its rapid internationalisation and it therefore strives to describe one of the many aspects and elements that feed its evolution: the taxation regime of *international holdings*. In order to serve as an interesting read this paper will confine itself to looking at only a few European fiscal systems, leaving aside non-EC countries, and trying where possible, considering the complexity of the subject matter, to seize on the subtle differences between the countries. In the final part, I analyse art. 96-bis of the consolidated act of income taxation and art. 27-bis of the D.P.R. September 29th 1973, no. 600, trying to explain and justify the anti-avoidance provisions contained therein.

2. The Luxembourg holding

It might be the efficiency or the confidential nature of its banking system, the happy geographical location, the straightforwardness of its taxation system, or perhaps it might be for all of these reasons that Luxembourg has always been a spot favoured by *holding companies*.¹

The Grand-Duché is normally considered a regular stop for any company intending to start on a policy of international fiscal planning², allowing international investors to take advantage of a wide range of tax incentives going beyond what is normally gained by using of a local *holding*.

This discussion, however, will be focusing on the description of the latter.

It is a well-known fact that the Luxembourg fiscal system, normally, provides for two different kinds of *holdings*³: the *Sociétés de Participations Financières*, also called Soparfi⁴, and the 1929 *holdings*.⁵

Two different *holdings* that despite their being worlds apart - they responded to different needs in the international market when they were introduced by the Luxembourg legislator - constitute an attractive fiscal *cocktail* for all international operators. Though these companies' only or main object is the management of share portfolios, there is no doubt that from a tax point of view, strictly speaking, these companies appear as two pro-

134

¹ For a detailed discussion of the opportunity Luxembourg has to offer in terms of international tax planning, see: P. J. Warner, *Luxembourg in International Tax Planning*, IBFD publications, 1997; A. Ginsberg, *International Tax Planning*, Kluwer, 1994. On the Luxembourgian fiscal system in general, see: *European Tax Handbook*, IBFD publications, 1998, 307 ff.; *La fiscalità internazionale*, in *Guida Normativa*, Dossier no. 10, 1997, 69 ff.; P. Valente, *Competizione fiscale, tax planning e armonizzazione comunitaria, temi a confronto in ambito internazionale*, in *il fisco*, 1997, no. 47, 13291 ff.; Loyens-Lefebvre-Rädler, *European Tax Network, The Parent-Subsidiary Directive and International Tax Planning*, IBFD publications, 1992, 57 ff.; *The Taxation of Companies in Europe, Luxembourg*, IBFD publications.

² Reputation that can be considered an advantage, but at second glance it can also be seen as damaging. Recently in fact a growing number of economic operators have preferred over Luxembourg countries which only on the surface appear more advantageous, the Netherlands and the UK. These countries, as we shall later examine, offer similar tax advantages for holding companies.

³ In this discussion, we will not be looking at the so-called *Milliardaire Holding Companies* and *Financial Holding Companies*, dealt with by P.J. Warner in the work cited., IBFD publications, 290 ff.

⁴ Soparfi was born following the application of the Grand-Duché's rules December 24th 1990, with which Luxembourg receives the Community Directive n. 90/435, more commonly known as the Parent-Subsidiary directive.

⁵ The 1929 *holding*, as the date clearly suggests, was introduced with law July 31st 1929.

foundly different juridical entities: choosing one over the other, as we shall later discuss in more detail, will be strictly linked to the difference in the respective fiscal regimes and to whether the opportunity exists to make use of the network of international treaties stipulated by Luxembourg.

2.1. The Sociétés de Participations Financières or Soparfi

Differently to the 1929 holding company, the Soparfi⁶ is an ordinary company with no special regulating law; its only regulating source is found in the *ius commune* and its corporate purpose is that of holding participations in other companies.⁷

⁶ For a detailed discussion on the tax regime of Soparfi see E. Bruin, *The new Holding company: modern fashion of an older principle*, in *European taxation*, 1991, no. 4, 91 ff.; E. Bruin, *Luxembourg, Implementation of the Parent-Subsidiary Directive*, in *European taxation*, 1992, 159 ff.; R. Molitor-L. Thomas, *Le régime des sociétés mères et filiales, évolution et perspective*, *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, Association luxembourgeoise des juristes de banque, Lancier, 1994, vol. 2, 1059-1076; A. Gandolfi-G. Tarantini, *Le Società Finanziarie in Lussemburgo*, Quaderni no. 7, in *Società, Bilancio e Contabilità*, 1995. In the latter work, the authors give a satisfactory summary of Soparfi's advantages and then compare Soparfi to the 1929 Holding; P. J. Warner, in the work cited, IBFD publications, 1997, 187 ff.; A. Pesch, *Luxembourg: Participation exemption and other changes*, in *European taxation*, 1998, no. 4, 135 ff., in which the author describes changes to the so-called *participation exemption* following the ECJ judgement in the *Denkavit* case, October 17th 1996 (C-283/94, C-291/94, C-292/94), changes to do with the holding of the participation at the time of dividend distribution and also with 'the reduction of the holding percentage from 25% to 10% for distributions to EC companies'. See also, J. Schaffner-G. Duseman, *Post-Denkavit changes in the Luxembourg tax legislation: the new parent-subsidiary rules*, in *EC Tax Review*, 1998, no. 1, 37 ff., where the authors supply a summary of 'the parent-subsidiary rules before 1998' and 'the new parent-subsidiary legislation'; F. Poddighe-M. Cei, *Problematiche di fiscalità internazionale, La holding lussemburghese*, in *il fisco*, 1998, no. 3, 856 ff.; F. Franzina-G.L. Pozzi, *Il nuovo privilegio di affiliazione in Lussemburgo*, in *il fisco*, 1998, no. 6, 2046 ff.; F. Poddighe-M. Cei, *Gli arbitraggi di fiscalità internazionale, il ruolo delle holding companies*, in *il fisco*, 1998, no. 22, 7246 ff.; P. Valente, *Capital gains: gli effetti della riforma nella tax competition*, in *il fisco*, 1998, no. 44, 14695 ff.

⁷ See P. J. Warner, in the work cited, IBFD Publications, 1997, 187. The author giving an outline of the tax regime for dividends and capital gains that a Soparfi receives and realises, observes that: 'there is no separate legal form, or election, necessary to benefit from the exemptions. They apply to all fully-taxable resident limited companies. The name usually applied to companies which are normally taxable, but which have the sole activity of holding participation in other companies is the SOPARFI. For ease, this term is used in the text to refer to such companies from time to time. It should always be borne in mind that any fully-taxable Luxembourg company may make use of the exemptions.'

Upon certain conditions, this type of *holding* offers essentially the following two advantages: total exemption from local income tax on inbound and outbound dividends⁸ and capital gains realised on the sale of qualifying shareholdings go untaxed.

Indeed, it is not a fiscal regime that fails to observe the *ius commune*, in other words it is not a *tax holiday*, instead it is exemption limited to those profits constituted by dividends (or capital gains) deriving from the management of so-called qualifying shareholdings.

In other words, the Soparfi is a normal Luxembourg company, subject to the normal rules of Luxembourg tax legislation, and benefiting from a particular regime, *participation exemption*.

The paragraphs that follow will attempt to summarise, in the light of the most recent legislative changes on the subject, the conditions to which said exemptions are subordinated.⁹

2.1.1 Taxation of inbound and outbound dividends

With respect to the tax regime of dividends, we should first of all distinguish inbound dividends, in other words those distributed by subsidiaries, from outbound dividends, those paid out by the Luxembourg company to its shareholders, natural persons, partnerships or companies.

According to the international treaties stipulated by Luxembourg, the dividends a Luxembourg company receives are normally subject to local taxation, the other contracting state may however operate a withholding tax on outbound dividends.¹⁰

In more detail, the dividends that a Soparfi receives are subject to

⁸ In detail, the tax burden on companies in Luxembourg is equivalent to 37.45% if you add corporate income tax and the municipal business tax on profits; for a more detailed discussion please refer to: A. Pesch., in the work cited, in *European taxation*, no. 4, 1998, 135 ff. The author states that 'the reduction of the corporate income tax rate from 32% to 30% leads to an overall corporate tax rate of 37.45% (corporate income tax and municipal business tax on profits for the city of Luxembourg)'; S. Arts, *Recent legislative changes in Luxembourg, corporate income taxes and national net wealth taxes*, in *The OFC Report 1998/99*, Milton Grundy, 1998, 147.

⁹ One needs to bear in mind that the Soparfi, as the 1929 holdings in effect, are in any case subject to the tax on the raising of capital (1%) and to the net worth tax. Here, the taxable base does not include substantial shareholdings (by this, one means those corresponding to at least 10% or those having an acquisition price of at least 50 million Luxembourg francs).

¹⁰ We should note that according to the Directive no. 435/90, in the presence of certain conditions inside the European Community, both inbound and outbound dividends are not subject to any withholding tax. For bibliographic details regarding the implementation in Italy of this Directive, please refer to footnote no. 61.

taxation in Luxembourg, but enjoy exempt tax status (corporate income tax and municipal tax) upon the following conditions:

a) the shareholding corresponds to at least 10% of the capital¹¹ of the company distributing the dividends (be it a foreign or Luxembourg company), or the acquisition price is of at least LUF 50 million;

b) the subsidiary (Luxembourg or foreign) is fully liable to a tax that corresponds to the national Luxembourg corporation tax (this condition is no longer required when the subsidiary is resident in the EC and satisfies the requirements as contained in the parent-subsidiary directive)¹²;

c) the substantial shareholding has been held in a continuous way since the beginning of its accounting period and, in any case, has been held for at least 12 months.¹³

Should all these conditions subsist at the same time, being that they

¹¹ P. J. Warner's work that has been quoted is particularly interesting at the point where he states: 'it is the percentage of the capital held and not, as often in Anglo-Saxon countries, the percentage of the voting rights, that is used to determine the level of the shareholding. This implies that non-voting shares and variable dividend rights could be used to ensure that the investment achieves the required level to benefit from the exemptions.'

¹² According to the administration's practice in Luxembourg, the taxable profits of said company - calculated with similar methods to those used in Luxembourg - should be subject to a 15% effective tax rate. See A. Pesch, in the work cited, in *European taxation*, 1998, no. 4, 137 ff.; J. Schaffner-G. Duseman, in the work cited, in *EC Tax Review*, 1998, no. 1, 39, where the authors state that: 'as there is no text nor any jurisprudence regarding the minimum and average tax rate which has to be applied in order to benefit from the participation exemption, one has to refer to the administration's practice which requires an effective tax rate of at least 15% in the country of residence of the subsidiary. Moreover the method for calculating the profits which are subject to this foreign tax should not be significantly different from that used in Luxembourg.' On this point, see also. P. J. Warner, in the work cited, IBFD publications, 1997, 193; F. Poddighe- M. Cei, in the work cited, in *il fisco*, 1998, no. 22, 7248 ff. Also of interest is the interpretation supplied by A. Pesch., in the work cited, in *European taxation*, 1998, no. 4, 137: 'the requirement is no longer applicable for EC companies. Therefore, dividends derived from companies which do not satisfy the condition (for example, Irish companies benefiting under the IFSC regulations from a 10% tax rate and some companies in Madeira falling under a favourable tax regime) should qualify for the new Luxembourg participation exemption'. This interpretation is also supported by J. Schaffner, *Luxembourg Soparfi regime remains attractive*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1998, no. 8-9, 389 ff., in the section where the author states that: 'the law of December 23, 1997 introduces additional flexibility in respect of this *subject to tax* condition. Under the new regime, this test will not have to be passed anymore by companies listed in the EC Parent-Subsidiary Directive. Accordingly, Luxembourg may not deny the participation exemption to an entity covered by the Directive, but enjoys a favourable tax regime.'

¹³ According to a recent change in the legislation, with which Luxembourg acknowledges the principle contained in the ECJ Denkvit decision (ECJ October 17th

are not to be intended as alternatives, dividends collected by a Soparfi will be exempt from taxation in Luxembourg.

Dividends paid by a Soparfi to its shareholders are normally subject to a withholding tax of 25%, or to the inferior rate provided in treaties on double taxation concluded by Luxembourg. However, when the recipient is a company resident in a Member State of the European Community in accordance with Art. 2 of the Directive 435/90¹⁴, the dividends will be exempt from the withholding tax provided that the requisites listed in letters a, b and c (naturally from a reverse point of view) be satisfied.

2.1.2 Taxation of capital gains

The taxation regime of capital gains realised on a sale of a substantial shareholding in other companies resident in Luxembourg or in other jurisdictions constitute without a doubt one of the more interesting aspects of the favourable tax regime meant for this type of Luxembourg company.

According to the majority of treaties against double taxation concluded by Luxembourg, profits deriving from the sale of participations in non-resident companies are subject to taxation exclusively in the country in which the parent company has fixed its residence, Luxembourg, where said profits are in turn exempt from municipal taxes upon the following conditions¹⁵:

143

1996, joint cases nos. C-283/94, C-291/94, C-292/94, Pres. Almeida, Rel. Jonn, in *Corr. Trib.*, 1996, no. 45, 3433 ff.), said condition can be deemed fulfilled even when the above mentioned time of possession has not been satisfied but the company has committed itself to satisfying the latter in the future. On this point, see G. Maisto, *Lussemburgo, nuova esenzione in arrivo per i dividendi 1998*, in *Il Sole 24 Ore*, January 1998, 31.

¹⁴ A summary on this is offered in *Taxation of Companies in Europe, Luxembourg*, IBFD Publications. Stated here is that: 'in order to qualify for the exemption, the parent company must have the form of one of the companies listed in the Annex to the Directive, be subject to a corporate income tax levied by an EU member state without the possibility of an option of being exempt, and, according to the tax laws of a Member State, is considered to be resident in that state without, for the purposes of a tax treaty concluded with a third state, being considered to be resident for tax purposes outside the European Union.'

¹⁵ Please refer to: *Taxation of Companies in Europe, Luxembourg*, IBFD Publications; A. Pesch., in the work cited, in *European Taxation*, 1998, no. 4, 137; J. Schaffner-G. Duseman, in the work cited, in *EC Tax Review*, 1998, no.1, 41; F. Poddighe-M. Cei, in the work cited, in *il fisco*, 1998, no. 3, 858 and in *il fisco*, 1998, no. 22, 7248; P. J. Warner, in the work cited, IBFD Publications, 1997, 204.

a) the shareholding concerns a company (resident or foreign) liable to a tax which corresponds to the Luxembourg corporation tax¹⁶;

b) the shareholding qualifies for the exemption if it corresponds to at least 25% of the stock, or if its acquisition price was at least 250 million Luxembourg francs;

c) the qualifying shareholding and all shares sold must have been held for a period of 12 months preceding the beginning of the accounting period of the sale.¹⁷

Having examined the necessary conditions in order to benefit from the exemption on capital gains, it should now emerge clearly that these requisites appear strangely different to those bringing about exemption on dividends (as described in the previous paragraph). It is my view that this dichotomy, one of the main elements of the fiscal regime setting Luxembourg *holdings* apart from European *holdings* (compare them for example to Spanish and Dutch holdings), needs to be looked at carefully since it could arise that a Luxembourg holding, in respect of a same subsidiary, benefits from the exemption on dividends received, but then is taxed on capital gains realised.

2.2 The 1929 holding

144

The 1929 Luxembourg *holding* is without a doubt the oldest and most popular type of company. Though extensively used in the past, it has gradually been put aside because of the introduction of anti-avoidance provisions in different countries. Then, a severe blow, though not a fatal¹⁸ one, came from the reception on the part of all member countries of the Parent-Subsidiary Directive, no. 435, July 23rd 1990.

¹⁶ See footnote no. 12 for an explanation of what is intended by a subsidiary being subject to a corporate tax which is similar to that levied in Luxembourg, according to the practice of the Luxembourg tax authorities.

¹⁷ According to P. J. Warner, in the work cited, IBFD Publications, 1997, 204, this time of possession of the shareholding, no longer existing with reference to dividends if not within the limits listed in footnote 13, can be circumvented: 'changing the accounting period end shortly after the purchase of a major shareholding could be a tax efficient move'.

¹⁸ The 1929 holding still remains, in my view, an excellent tool for the management of substantial assets. It is also an excellent holding for natural persons resident in jurisdictions considered as tax havens by the various international tax systems. However, one cannot deny that the company in question, the existence of which is known to the Italian tax authorities, has not been inserted (an oversight perhaps?) in the Decree of the Ministry of Finance of April 24, 1992, in *Guida Normativa, Il Sole 24 Ore*, 1992, no. 30, pages 2 and ff., containing the so-called black list of countries with a privileged fiscal regime and therefore this company may still be used in the tax planning of Italian companies. On this point see: *La Fiscalità Internazionale in Guida Normativa, Dossier no. 10*, 1997, pages 47 ff; P. Valente, in the work cited, in *il fisco*,

The 1929 company, detailed in the Luxembourg law of July 31 1929¹⁹, enjoys an almost exempt tax status being liable to only the *droit d'abonnement annuel* and the *droit d'apport*, the Italian 'imposta di registro'.

The first is an annual registration tax of 0.2% on the value of their shares in the previous year. To avoid cases being started up over the determination of the actual value of participations, administrative praxis has elaborated general evaluation criteria:²⁰ for companies listed at the stock exchange one refers to the average trend of the quotation in the last year, whereas for other companies the parameter adopted is represented by the nominal value of stock (that is, stock plus the contingent contributed surplus). Should the subsidiary company distribute a dividend which is over 10% of the paid-up capital, then the tax is calculated on the greater amount between the nominal value of shares and the value obtained by multiplying the distributed dividends of the last year by a fixed coefficient of 10.

1997, no. 45, 13291 ff.; P. Marino, *Paradisi fiscali: problemi applicativi e proposte di modifica*, in 'Aspetti fiscali delle operazioni internazionali, various authors, ed. by V. Uckmar-C. Garbarino, Milan, 1995, 420 ff.; P. Adonnino, *Stati e territori aventi regime fiscale privilegiato e la loro concreta identificazione*, in *Dir. e prat. trib.*, 1993, no.3, 500 ff.; T. Di Tanno, *L'indeducibilità dei componenti negativi di reddito nei rapporti con residenti in paradisi fiscali individuati nel D. M. 24 Aprile 1992*, in *Boll. Trib.*, 1992, no. 18, 1405 ff.; Cordeiro-Guerra, *Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in Paesi o territori a bassa fiscalità*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, 283 ff.; Fiorentino, *Alcune riflessioni sull'operatività dell'art. 76, comma settimo-bis, e settimo-ter del Tuir e connesse implicazioni in tema di soggettività tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, 1160 ff.; A. Manzini, *Nuove norme contro l'abuso dei 'paradisi fiscali'*, in *Le società*, 1992, no. 1, 16 ff.; U. Perrucci, *Ora sotto tiro anche l'elusione internazionale*, in *Boll. Trib.*, 1992, 15, 3816 ff.; S. Mayr, *Anche l'Italia avrà una legge contro le cosiddette 'società oasi' estere?* in *Corr. Trib.*, 1991, no. 43, 3192 ff.; and in *Tax Planning International review*, August 1992, 27.

¹⁹ For a detailed analysis of this law see P.J. Warner, *op. cit.*, IBFD Publications, 1997, 275 ff., where the author looks at other activities this type of company may run beyond the mere holding of interests. See also: F. Poddighe-M. Cei, *op.cit.*, in *il fisco*, 1998, no. 3, 858, and in *il fisco*, 1998, no. 22, 7248; A. Gandolfi-G. Tarantini, *op. cit.*, in *Società Bilancio e Contabilità*, 1995, Allegato no. 7; G. Maisto, *Le nuove disposizioni sul Lussemburgo sul regime fiscale delle società 'holding'*, in *Dir. prat. trib.*, 1978, I, 615 ff.; G. Kioes-E. Lecuit, *Business Operations in Luxembourg*, in *Tax Management Portfolio*, Washington, 1972,2, 164; Kreditbank S.A. Luxembourggoise, *Holding Companies in the Grand-Duchy of Luxembourg*, Lussemburgo, 1970; B. Delvaux- E. Reiffers, *Les sociétés holding au Grand-Dutché de Luxembourg*, Lussemburgo, 1969.

²⁰ It should be noted that alternative evaluation methods leading to a smaller value may be negotiated with the local administration where special justifications apply. Whatever the case, the yearly tax must be paid every trimester, that is, by the 20th of the following month the company pays a quarter of the annual tax.

The duty chargeable on contributions of capital²¹ - 1% of the capital contributed to the company - is without a doubt the greater cost that this type of company²² has to bear.

If then, the tax regime of the 1929 holding appears at first to be advantageous, as profits received - for the purposes of this article only dividends and capital gains are considered, and as previously mentioned, said companies can also run other types of business - are subject to no taxes, one should however point out that said company cannot make use of the international treaties stipulated by Luxembourg (and this means that dividends and capital gains the same company makes are often subject to heavy taxation in the country of residence of the subsidiary). Nevertheless, there is no doubt that the 1929 companies can definitely improve the tax efficiency of numerous tax-planning schemes,²³ lending themselves as they do to the management of family estates.

3. The Dutch holding.

The tax regime of Dutch holdings, also known by Dutch participation exemption, is only one of the advantages offered by the country of tulips: tax advantages ranging from incentives for shipping enterprises²⁴ to those meant for financing companies²⁵, for the so-called sub-licensing compa-

²¹ The reader should bear in mind that the Soparfi, though with some exceptions, is subject to this tax.

²² However, the tax-planning opportunities to reduce its impact are various. See on this point: P.J. Warner, *op.cit.*, IBFD Publications, 1997, 283.

²³ It should suffice to mention the opportunities offered by art. 1, subsection 1, legislative decree November 21 1997, no. 461 in terms of the Italian taxation regime for capital gains realised by non-resident subjects. Effective since July 1 1998 and substantially amending art. 20 of the D.P.R. December 22 1986, no. 917, its recent version lays down that for the purposes of taxation of non-residents the following are considered as produced in the territory of the state: 'miscellaneous income from activities carried on in the territory of the state and from goods that are found in the territory of the state, and from capital gains obtained on the sale of participations in resident companies, with the exception of those deriving from the sale of participations in resident companies that are non-qualifying under letter c-bis of subsection 1 article 81, negotiated in reserved markets, even if held in the territory of the state'.

²⁴ See on this point P. Kager- D. Prinsen, *Tax Incentives for Netherlands-based Maritime Shipping Enterprises Reviewed in an International Context*, in *Intertax*, 1996, no. 4, 118 ff.

²⁵ For a detailed discussion of the tax regime of Dutch financing companies see: C.J. Langereis-M.I.E. van Herksen, *International Aspects of Dutch Financing Companies*, in *Intertax*, 1997, no. 6-7, 265ff.; R.A. van der Laan-J. Ppen, *About Netherlands Finance centres and More*, in *Intertax*, 1996, no. 5, 208 ff.; P. Lier, *The Netherlands International Finance Company*, in *Tax Planning International Review*, 1997, no. 2, 12 ff.

nies; advantages are in the form of the many and diverse rulings to be negotiated with the local financial administration.²⁶

The Netherlands are not a tax haven (the corporate income tax rate is 35%, a rate which on its own compared to Italy's IRPEG and IRAP, emerges as advantageous) but simply a country whose tax system is able to attract capital world-wide and that therefore plays an important role in the world's economy.

As with Luxembourg holdings, the attraction of Dutch holdings²⁷ is linked both to the exemption regime on dividends and capital gains realised on qualifying participations (we will be referring to participation exemption) and to the wide network of international treaties concluded by the Netherlands, treaties that, in the majority of cases, considerably reduce withholdings on inbound and outbound dividends²⁸, interests and royalties. Another aspect that Dutch holdings share with Luxembourg is

²⁶ For a thorough discussion on the subject, see *International Guide to Advance Rulings, The Netherlands*, IBFD Publications, where 'cost-plus rulings' and the so-called 'rulings for holding, licence, finance companies' are dealt with or again, refer to P. Lier, *The Netherlands Tax-Ruling Policy in the Netherlands*, in *Tax Planning International Review*, 1995, no. 5, 28ff.

²⁷ The Dutch holding has been greatly discussed in legal literature: F. Poddighe- M. Cei, *Ancora sugli arbitraggi di fiscalità internazionale, la holding olandese*, in *il fisco*, 1999, 4, 1065; J.B.M.R. van der Voort, *Holding Companies and Tax Planner's guide, The Netherlands*, in *International Tax Review Supplement*, October 1998, 19 ff.; *European Tax Handbook*, 1998, IBFD Publications, 339 ff.; T. Blokland - J.J. Burgers, *The Netherlands: New Dutch Rules on the Taxation of gain derived from 'Substantial Participation'*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1997, no. 7, 321 ff.; *La Fiscalità Internazionale*, in *Guida Normativa, Dossier no. 10*, 1997, 71 ff.; P. Valente, in the work cited, in *il fisco*, 1997, no. 45, 13291 ff.; P. M. Smit, *The Netherlands: Changes in the Participation Exemption*, in *European Taxation*, 1997, no. 8, 279 ff.; here, the author, with a brief discussion on the new fiscal aspects introduced in Netherlands with law December 13 1996, gives an overview of the tax regime of holdings and financing companies; R. Betten, *The Netherlands: The New Income Tax Regime for Substantial Shareholders*, in *European Taxation*, 1997, no. 5, 165 ff.; R. Betten, *The Netherlands: Participation Exemption, Deductibility of Certain Costs*, in *European taxation*, 1997, no. 8, 165 ff.; P. Valente, in the work cited, in *Dir. Prat. Trib.*, 1997, no.1, 20 ff.; K.W. Walkenburg, *Netherlands: Holding Structures and Exemptions from Capital Duty and Overview of Recent Developments Concerning Non-Discrimination Provision in Tax Treaties*, in *European Taxation*, 1995, no. 6, 170 ff.; R. Rouwers, *Netherlands: Reduction of Dutch Withholding Tax for Pass-Through Dividends*, in *Bulletin for Fiscal Documentation*, 1995, no. 3, 113 ff.; D. Snowden, in *European Taxation*, 1994, no. 5, 139; G. Maisto- C. van der Brunhorst, *Netherlands-Italy: Taxation of Cross-Border Dividends*, in *European Taxation*, 1993, no. 3, 286 ff.; Loyens, Lefebvre, Rädler, *op. cit.*, IBFD Publications, 1992, 63 ff.; E. McGregor, in the work cited, IBFD, 1992, no. 7, 340 ff.; G. te Spenke- A.P. Lier, *Taxation in the Netherlands*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1992, 79-85.

²⁸ R. Rouwers focuses on this aspect particularly, in the work cited, IBFD, 1995, no. 3, 113 ff.. The author here outlines the Dutch fiscal legislation which allows for

the possibility or rather the ease with which the local revenue authorities may be contacted in order to effectively make use of the so-called 'advance tax ruling system'.

According to current legislation, the applicability of the Dutch participation exemption is subordinated to the following conditions:

1) the Dutch company²⁹ holds at least 5%³⁰ of the nominal paid-up share capital of the subsidiary;

2) the participation is not held as 'inventory': in other words, the participation should not have been purchased to be immediately resold. The Dutch tax authorities have pointed out that this last condition is meant to prevent the trading of 'shelf-companies': this makes it understood that said condition is satisfied when the subsidiary carries on an actual economic activity³¹;

3) the subsidiary is fully liable to income tax imposed by the country in which it is resident;³²

4) the subsidiary has corporate status³³ and the capital is divided into shares;

5) the participation is not held by the Dutch holding solely for investment purposes (*portfolio investment test*). In other words, the Dutch company should have a real economic interest for investing in a specific

148

the withholding on dividends applied in the country of residence of the subsidiary to be used in order to reduce the withholding on dividends redistributed by the Dutch company to its shareholders. On this point see also: P. Lief- F. van Horzen, *Netherlands Withholding Tax Credit For Redistributed Foreign Dividends*, in *Tax Planning International Review*, 1995, no. 6, 3 ff., and *The Netherlands Changes its Rules on Unilateral Relief for Double Taxation*, in *Tax Planning International Review*, 1996, no. 7, 3 ff.

²⁹ It is assumed that the Dutch holding's juridical form is the *Besloten Vennootschap*, commonly known as BV, or of a *Naamloze Vennootschap*, also referred to as NV.

³⁰ It is important to remind the reader here that under very specific circumstances a smaller participation may qualify.

³¹ Please note these are the two conditions which need to be fulfilled for the participation exemption to be applied to a shareholding in another Dutch company. On this point see Loyens, Lefebvre, Rädler, IBFD Publications, 1992, 65.

³² Contrary to what happens in Luxembourg where administrative praxis has fixed a minimum rate to which the income of the non-resident subsidiary company should be subject, in the Netherlands it is sufficient that the foreign income be subject to taxation as no quantitative limit is set, at least in theory. On this point see P. Valente, in the work cited, in *il fisco*, 1997, no. 45, 13293. One should also note that some countries (for example, Hong Kong) are not considered sovereign states for the purposes of the *participation exemption*.

³³ The *Staats-Secretaris van Financien* n. DGO 97-00417 of September 17 1997 has fixed the conditions whereupon the *participation exemption* is applied to *partnerships* also.

company, that is, it should be interested and in some way connected to the business of the subsidiary.³⁴

If the subsidiary is resident in an EC Member State and the so-called *portfolio investment test* has not been satisfied, the *participation exemption* may still apply if the following requirements are met:

1) the Dutch company holds a participation corresponding to at least 25% of the nominal paid-up share capital of the non-resident company; if resident in a Member State with which the Netherlands has concluded a tax treaty providing for voting rights as the criterion for benefiting from a reduced dividend withholding tax rate³⁵, it will correspond to 25% of the voting rights in the subsidiary company;

2) the subsidiary must be subject in its country of residence to a tax on its profits, as provided in the EC Directive no. 435/90, without being exempt or having the option of being exempt;

3) both the Dutch company and the subsidiary have a legal form mentioned in the EC Directive no. 435/90;

4) both the Dutch company and the subsidiary are not considered as resident outside the EC under treaties between the Member State and a third country;

5) the subsidiary, for purposes of taxation, is resident in an EC Member State.

14'

Should the above mentioned conditions be met, the Dutch holding will be able to receive dividends and realise capital gains for shareholdings in resident and non-resident companies under a fully exempt regime. It should also be underlined that in the case of shareholding in a non-resident company, it is very likely that the Dutch company, thanks to the excellent network of international treaties enjoyed by Netherlands and also in the light of the regime for dividends paid inside the EC as it appears in Directive no. 435/90, will receive said profits without them being taxed or, if taxed the collection will be minimal in the source country (withholding tax).

If the Dutch holding company is a so-called *intermediate Dutch holding company*, in other words it is in turn controlled by another non-resident company, dividends distributed to its shareholders are normally subject to a 25% withholding. However, international treaties concluded by

³⁴ The participation of a Dutch holding in non-resident financial companies, often located in low tax jurisdictions, is another question. A recent *Ministeriële regeling* has laid down in definite terms the strict conditions to be fulfilled in order to benefit from the *Dutch participation exemption* with respect to a participation in financial companies.

³⁵ This criterion of the voting rights is included in the treaties against double taxation concluded between the Netherlands and Germany, Italy, Ireland, and the UK.

the Netherlands reduce this rate considerably³⁶ which is even brought to zero when dividends are distributed to companies resident in an EC Member State if the following conditions are satisfied:

1) the parent company has continuously held for at least a year prior to the date agreed to distribute profits, a shareholding corresponding to at least 25%³⁷ of the nominal value of the capital of the Dutch company or, if resident in a state with which the Netherlands have concluded a treaty against double taxation providing for voting rights as the criterion for benefiting from a reduced dividend withholding tax rate, it will correspond to 25% of the voting rights. However, the Dutch company, also if said time has not elapsed, may distribute dividends without operating a withholding if it supplies the tax authorities with a guarantee: however, should the participation be reduced to below 25% during the year, the withholding will still be due;³⁸

2) both the parent company and the Dutch company are fully liable in their country of residence to one of the income taxes listed in the EC Directive no. 435/90: in this respect, the participation exemption regime, from which the Dutch company may benefit, is considered on its own to satisfy said condition;

3) both the parent company and the Dutch company are formed according to one of the juridical forms listed in the Directive 435/90;

4) both the parent company and the Dutch company cannot be considered as resident in territories that are outside of the EC under treaties concluded with a non-EC country;

5) the parent company is resident for tax purposes in an EC Member State;

150

³⁶The treaty against double taxation concluded between the Netherlands and the Dutch Antilles is particularly important due to its use in international tax planning. This treaty, undergoing negotiation anew, is both in its original and in its future version, positively favourable if not unique in its genre. See on this point *Taxation & Investment in the Caribbean, The Netherlands Antilles*, IBFD Publications.

³⁷ Where certain conditions are satisfied, the percentage comes down to 10%. The following conditions will need to be met:

a) dividends distributed are exempt, or entitle one to a tax credit in the EC Member State where the parent company is resident under article 4 of Directive no. 435/90;

b) the EC Member State where the parent company is resident applies article 5 of the Directive no. 435/90 should the company distribute dividends to a Dutch company holding at least 10% of that company.

Currently, these conditions are met by only four EC Member States: Germany, Greece, Luxembourg and the UK. For a more detailed study of this refer to: *The Taxation of Companies in Europe, the Netherlands*, IBFD Publications and *European Tax Handbook, The Netherlands*, IBFD Publications, 1998, 343.

³⁸ See Loyens-Lefebvre, Rädler, in the work cited, IBFD Publications, 1992, 74-75.

6) the Dutch company within a month starting from the deliberation of distribution of dividends, that is, from when dividends accrue notifies the tax authorities and provides information on the parent company;

7) the treaty against double taxation concluded between the Netherlands and the country of residence of the parent company does not contain an anti-avoidance clause preventing the parent company from benefiting from the lower taxation on the dividends from the Dutch company.

However, the attraction of the Dutch holding companies of which a general outline has been given should be seen and analysed in the light of the entire Dutch tax system in order to be understood in its entirety: particularly important are the rules concerning the deductibility of interests paid (for example on loans contracted by Dutch holdings to acquire substantial shareholdings) operating costs related to shareholdings, depreciation of subsidiary companies, and those rules setting the terms and the limits of financing with such holdings.

4. The Spanish holding

151

Spain can no longer be seen either as a surprise country or as an unknown entity: it cannot be denied in fact that among the so-called Latin countries (Italy included) it is the one which, at least in the last decade, has above all others carried out crucial changes in terms of productivity, efficiency and modernisation.³⁹ The sequel to this social and economic development has been an evolution of the internal tax system which has played an important part in assisting and boosting the country's economic growth.⁴⁰

The most obvious example of the modernity of the Spanish tax system⁴¹ is definitely the *International Spanish Holding Regime* introduced

³⁹ Spain is in fact one of the EC countries whose gross national product registers the highest of annual growths.

⁴⁰ Consider for example the tax incentives for companies established in the Canary Islands. See on this point: A. De Juan y Ledesma, *Canary islands and Madeira Free Zone Regimes: Some Issues and Prospects*, in *European Taxation*, 1997, 5, 173 ff.; T. Rosembuj, *Fiscal Opportunities in the canary Islands*, in *Intertax*, 1996, 10, 396 ff.; J. Romero, *Utilización de la Zona Especial Canaria (ZEC) por sociedades residentes in Espana*, in *Impuestos*, N. 7, 1995.

⁴¹ For a brief outline of the Spanish tax system see: *The Taxation of Companies in Europe, Spain*, IBFD Publications; *European Tax Handbook, Spain*, IBFD Publications, 1998, 439 ff..

with law no. 20 December 20, 1996, whereby the Spanish government has successfully increased Spain's attraction on the international scene by reducing, where specific conditions are met, the risk of double taxation on inbound and outbound dividends.

The object of a Spanish holding⁴² is the management of participations in companies that do not reside in Spain. Upon certain conditions the Spanish holding benefits from a favourable tax regime for dividends collected and paid and for capital gains realised on such a portfolio: this tax regime, however, cannot be applied automatically by the holding, but is subject to a special permission to be obtained from the financial administration.⁴³

The company applying for the tax regime of Spanish holdings should fill in an apposite form to be sent to the local revenue authorities which,

⁴² For a detailed analysis of the tax regime for Spanish holdings see: M. Cruz Amorós- S. Barrenechea, *Holding Companies: a Tax planner's Guide, Spain*, October 1998, 25 ff.; C. Gabarrò, *The Spanish Holding Company Regime- An Illustration*, in *Tax Planning International Review*, 1989, no. 5, 3ff., in which the author, using illustrative graphs, highlights the benefit of using Spanish holdings in tax planning; J. Albós, *Tax System for Holding Companies for Foreign Securities*, in *Intertax*, 1998, no. 4, 141 ff.; A. Escada, -J. M. Cusi, *More on Holding Company Regime*, in *European Taxation*, 1997, no. 11, 424 ff.; J.J. Terraza-N. J. Muniz, *Spain: New Holding Company Regime*, in *European Taxation*, 1997, no. 4, 145 ff.; P. Valente-Terraza, *La nuova holding spagnola*, in *Commercio Internazionale*, 1997, no. 7, 335 ff.; J. Martin, *The Tax Scheme Applicable to Spanish Foreign Securities Companies*, in *Tax Planning International Review*, 1997, no. 5, 21 ff.; S. G. Hironi, *Spain, Tax Change Seen as Incentives for Foreign Firms*, in *Tax Planning International Review*, 1997, no. 4, 30ff.; R. Cesero, *Spain: New Holding Company Regime for Outbound Investments*, in *Intertax*, 1996, no. 12, 460 ff.; R. G. de Membrillera Dolset-H. Rodriguez Molnar, *How Spain Treats Inward and Outward Investment via Tax Havens*, in *tax Planning International Review*, 1995, no. 3, 13 ff., which lists the countries included in the Spanish black list.

⁴³ See: A. Escoda, - J. M. Cusi, in the work cited, in *European Taxation*, 1997, no. 11, 426.

⁴⁴ On this point see R. Casero, in the work cited, in *Intertax*, 1996, no. 12, 471; A. Escoda- J. M. Cusi, in the work cited, in *European Taxation*, 1997, no. 11, 426, in which the authors list the documents to be attached to the form submitted to the Spanish authorities to be granted the tax regime in question:

- articles of association of the applying company;
- list of the foreign subsidiary companies;
- description of business carried on by the subsidiaries;
- opening balance or final balance of the requesting company;
- description of the company structure of the group.

These documents need to be sent to: Dirección General de Tributos, Guzmán el Bueno 139, Madrid 23071, Spain.

This approval is not subject to time limits, the favourable regime will therefore apply for as long as the circumstances listed by the benefiting company in the application form remain unchanged.

under article 38 of the Spanish tax law, are required to provide a reply within three months, silence being taken as consent.⁴⁴ Whereas the advantages of the Spanish holding are similar to those already highlighted with reference to Dutch and Luxembourg holdings, (i.e. exemption of inward and outward dividends and capital gains realised) the conditions of application are considerably different, which sets the Spanish holding apart from other holdings.

More in detail, the dividends the Spanish holding receives are considered exempt in the presence of the following conditions:

1) the Spanish company holds, directly or indirectly⁴⁵, at least 5% of the stock of a non-resident company;

2) the participation has been held continuously for at least a year prior to the date dividends or capital gains are accrued;⁴⁶

3) the subsidiary is fully liable to a local income tax, without having the option of being exempt, that corresponds to the Spanish one and is not resident in a so-called tax haven;⁴⁷

4) profits the subsidiary receives are from an *active business* carried on outside the Spanish territory;⁴⁸

5) the Spanish company is internally organised in such a way that it cannot be regarded as a paper company;

6) on capital gains realised on the sale of participations and satisfying the requisites listed above, if the buyer is a Spanish resident, he will not be

⁴⁵ It is important to note that the Spanish company in order to benefit from the exemption regime for dividends and capital gains should also indirectly hold 5% of the stock of the subsidiary. Which means that if the Spanish company holds 5% of, for example a Dutch company which in turn possesses 5% of an Italian company, the Spanish company will not benefit from this regime with respect to the indirect participation in the Italian company. See, on all point raised, R. Casero, in the work cited, in *Intertax*, no. 12, 1996, 464.

⁴⁶ The observations made by R. Casero are particularly pertinent: 'the legislation also established a minimum duration of holding of one year prior to the date when dividends are accrued, which, according to the Spanish tax legislation, is when the general shareholders' meeting agrees the distribution of profit; this is the date when dividends are placed at the disposition of the shareholder or recipient, and when the tax liability arises in respect of dividends.'

⁴⁷ For a list of countries considered by the Spanish legislation to be tax havens see C. Gabarró, in the work cited, in *Tax Planning International Review*, 1998, no. 5, 4.

⁴⁸ More specifically, at least 90% of profits must be from a business effectively carried on outside the Spanish territory and included in this 90% are profits derived from transfers of assets strictly connected to the business carried on, dividends and capital gains from stock transfers in non-resident companies that would have qualified for exemption. See A. Escoda-J.M. Cusi, in the work cited, in *European Taxation*, 1997, no. 11, 425.

'connected' to the seller. The concept of 'being connected' is that included in the internal rules regulating the so-called arm's length transactions.⁴⁹

It behoves one to mention, however, that even when the circumstances reported above are satisfied, the Spanish holding may not qualify for the special tax exemption regime if considered 'tax-transparent'. In other words, if a Spanish company is considered in the same way as an Italian partnership (in the sense that income is imputed directly to its members proportionally to their contributions) dividends received and capital gains realised through the management of participations in non-resident companies will not qualify for the special exemption regime in question. According to Spanish legislation a holding is tax-transparent when:

1) over 50% of their assets is made up of securities. However, securities which entitle to at least 5% of the voting rights in subsidiaries and are held in a non-passive capacity do not qualify here. This explains the importance of there actually being an organisation of people and means to justify the existence of management of a portfolio of investments;

2) over 50% of its capital belongs to only one nucleus or to a group with maximum 10 members.

Therefore, in the presence of the above detailed circumstances (in other words, if one passes the 'transparency' test) the Spanish holding will be able to receive dividends and realise capital gains without paying any form of income tax. The most significant advantage the Spanish tax regime has over the Dutch and Luxembourg holdings is the greater facility with which dividends are distributed to their foreign shareholders, be they companies or individuals, without operating a withholding.

Indeed, in order to benefit from this exemption on dividends paid to their foreign shareholders, when such dividends are made up of income which is made exempt through the application of the rules above mentioned, it suffices that the shareholders are not resident in one of the countries which Spanish legislation considers as tax havens. Whereas, if the dividend distributed by the Spanish holding is made up of non-exempt income, the requisites mentioned above not being satisfied, then a 25% withholding will be applied; an inferior rate will be applied if provided for in a treaty against double taxation signed by Spain and the country in which the shareholder receiving the dividend is resident.

If the Spanish holding has both types of income, that is, exempt and taxed, the part made up of the exempt income will be considered distributed first thus allowing for the payment of withholding taxes to be deferred.⁵⁰

⁴⁹ Details in this respect are found in R. Casero, in the work cited, in *Intertax*, 1996, no. 12, 465, footnote 14.

⁵⁰ On this point see A. Escoda-J.M. Cusi, in the work cited, in *European Taxation*, 1997, no. 11, 425; *The Taxation of Companies in Europe, Spain*, IBFD Publications.

In the light of this outline of the Spanish tax regime, it should clearly emerge how this type of company, when used in conjunction with a Dutch or Luxembourg company, may come to be an excellent tool for transporting dividends from Europe to the US and more generally to third countries, in total or partial exemption. The main limitation of this company is, however, represented by the fact that there is no exemption on the dividends paid to companies resident in tax havens: a limitation that excludes this company from all those tax planning schemes that use off-shore companies.

5. A brief look at other European holdings

We have been looking at the tax regimes of the most common European holding companies, and in this brief section we will dwell instead on other favourable tax regimes meant to accommodate the holding companies present in the old continent.

To contrast an ever increasing flight of capital and taxable income, a large number of EC countries have gone about equipping their systems with forms of tax relief to accommodate holding companies: such a tax policy is born of the realisation that the integration process of the European market, has meant that tax competition, at least up to this day, is one of the few levers the single Member States have left to attract new investments.

Besides, the European legislative picture currently offers many more tax opportunities: among these there is the favourable tax regime of Belgian holdings⁵¹, similar to the tax regime of the Luxembourg Soparfi⁵², and recently become more appealing thanks to the recent Royal Decree December 20, 1996, published in the *Official Gazette*, December 31 of the same year. According to these innovations, profits and capital gains from

⁵¹ For an in-depth discussion see: B. Boone- P. Coosemans, *New Belgian Tax Measures Confirmed By Law of 13 June 1997*, in *Intertax*, 1998, no. 1, 31 ff.; P. Lion-S. Douénias, *The New Belgian Participation Exemption Regime*, in *European Taxation*, 1997, no. 3, 95 ff., in which the authors analyse recent Belgian tax laws; G. De Neef-B. Malvaux, *New Belgian Rules on Dividend Income and Capital Gain Exemption*, in *Intertax*, 1997, no. 8-9, 290 ff.; P. Goris, *Belgium: Participation exemption Modified and Other 1997 Budget Measures*, in *European Taxation*, no. 3, 95 ff.; D. Snowden, in the work cited, in *European Taxation*, 1994, no. 5, 139 ff.; Loyens-Lefebvre-Rädler, op. cit., IBFD Publications, 1992, 17 ff..

⁵² The conditions for the application of the participation exemption in Belgium are in fact very similar to those provided for by Luxembourg's legislation (95% for dividends and 100% for capital gains). Indeed, the Belgian holding benefits from the exemption on dividends paid by a subsidiary when the following conditions are contemporaneously satisfied:

managing participations in financial companies resident in Europe⁵³ and benefiting from a favourable tax regime may be exempted from tax on income attributable to the Belgian holding. This type of holding is also favourable if one considers that the capital gains it realises on the sale of shareholdings are generally exempt regardless of the percentage of the subsidiary held or of the amount of the initial investment.

The so-called International Headquarters Companies⁵⁴ have also been greatly used recently in international tax planning. Though it appears they should become obsolete starting April 6th 1999, due to the recent legislative amendments brought about in the UK⁵⁵, they still keep the considerable advantage of distributing exempt dividends even when the receiving party is resident in a tax haven. In other words, using this company is extremely advantageous in terms of fiscal costs when this company is made to combine with a Soparfi or a Dutch

1) the Belgian company holds at least 5% of the paid-up capital of the subsidiary, or has an acquisition price of at least 50 million Belgian francs. There are cases, however, that do not set such conditions (insurance companies for example);

2) the subsidiary is subject to a corporate income tax in its country of residence similar to that of Belgium and is not resident in a country the tax system of which is substantially more advantageous than the Belgian one. Special rules provide for financing, investment, treasury and offshore subsidiaries.

It is important to highlight also that capital gains realised by the Belgian holding are normally exempt regardless of the shareholding or the amount of the initial investment.

⁵³ The reference is to *Belgian Coordination Centres* - B. Gangemi addresses these centres in detail in *Belgian Coordination Centres from An Italian Perspective*, in *European Taxation*, 1995, no. 8, 274 ff.; and the *Irish International Finance Service Centre* - for a thorough discussion on the Irish tax system. C. Haccius, *Ireland in International tax Planning*, in IBFD Publications 1995.

⁵⁴ For a detailed analysis refer to: A. Crosti, *Utilizzo della International Headquarters Company come strumento di pianificazione fiscale: alcune considerazioni*, in *il fisco*, 1998, no. 35, 11541 ff.; D. Hughes, *United Kingdom: Recent Changes to the UK Tax Credit Regime, the Abolition of ACT and Certain related Matters*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1998, no. 1, 19 ff.; and M. Gammie, *The End of Imputation; Changes in UK Dividend Taxation*, in *Intertax*, 1997, no. 10, 333 ff., in which the authors highlight the impact of the recent legislative changes on UK holdings; for an analysis of the Headquarters Companies' regime see also E. Houghey, *Foreign Income Dividends-One year On*, in *Tax Planning International Review*, 1995, no. 11, 13 ff.; E. Tomsett, *United Kingdom: Holding Company Regime*, in *IBFD*, 1993, no. 10, 559 ff.; J. Cooklin, *International Headquarters*, in *European Taxation*, 1994, no. 9, 320ff.; J. Graham, *The EC Parent-Subsidiary Directive and UK Advantage Corporation Tax: Abuse by the Tax Authorities*, in *European Taxation*, 1992, no. 10, 353 ff.

⁵⁵ On this point, apart from the literature listed in footnote 53, refer to the thorough analysis by H. Nowlan, *The Abolition of ACT*, in *The Corporate Tax Review*, Volume I, Issue 2, 1998, 195 ff.; M. Gammie, *UK Imputation, Past, Present and Future*, in *IBFD Publications*, 1998, no. 10, 445 ff..

holding, being that it allows to distribute dividends to those shareholders that are not resident in one of the countries protected by tax treaties, without the burden of heavy withholding taxes on outbound dividends. It behoves one to mention, however, that no exemption is provided for in respect of capital gains realised on the sale of shareholdings in other companies and dividends received by subsidiaries and in turn generated by exempt capital gains; The International Headquarter Company does not in fact benefit from tax incentives in respect of such profits.

The Austrian holding⁵⁶ is doubtless interesting to consider, especially when the not too strict local anti-avoidance provisions are complied with. Together with the Cypriot holding, the Austrian holding - being also assisted by a wide network of international tax treaties - is traditionally known as one of the best vehicles to channel investments in Eastern Europe, particularly in Russia.

The Austrian International Holding Companies benefit from an exemption regime on dividends received and capital gains realised through shareholdings in non-resident companies where these same shareholdings correspond to at least 25% of the paid-up capital of the subsidiary and have been continuously held for at least two years.⁵⁷

At the time of writing, the tax regime from which Danish holdings⁵⁸ would benefit is still not clear. The bill L51 of the Danish Minister of Finance seems to have been drafted, at least judging by the initial rumours on the matter, so as not to violate agreements made between EU countries having adopted the Code of Conduct approved by the Ecofin Council on 1/12/1997. More specifically, the new Danish holding should benefit from tax exemption on dividends paid by subsidiaries in which it holds at least 25% of paid-up share capital on condition that the latter carries on an active business⁵⁹, it seems regardless of the level of taxation to which they are subject (of course one needs to consider the existence of CFC legislation in Denmark). Furthermore, these holdings are

⁵⁶ See *European Tax Handbook, Austria*, IBFD Publications, 1998, 45 ff.; R. Leiter, *Austria: Holding Company Taxation in Austria*, in IBFD, 1997, no. 4, 173 ff.; G. Gahleitner, *Austria: Implementation of the parent-Subsidiary Directive and New Anti-Abuse Provisions*, in IBFD, 1995, no. 5, 219 ff.

⁵⁷ This duration is, however, mitigated by the *Denkavit* judgement of the ECJ which is often being referred to.

⁵⁸ For an introduction see F. Andreoli - G. Maisto, *Copenhagen, in vista sconti sui dividendi delle holding estere, il Sole -24 Ore*, January 7th 1999, 19.

⁵⁹ Though still not possible to divine what the Danish legislator might mean for active business, it can be inferred that this point will be the main element focused on to assess what it encompasses and the actual usefulness of the new Danish tax regime for holding companies.

exempt from income tax for capital gains realised on the sale of qualifying participations (the 25% should apply once more in order to qualify) on condition that they have been continuously held for at least three years. Last but not least, in that the practical side of the following is of some interest: exemption from withholding on dividends paid by Danish holdings to non-resident companies holding at least 25% of their paid-up capital.

In conclusion, within the EU (German holdings have not been covered, they benefit from a special exemption regime on dividends received and on capital gains realised on qualifying participations) there is a plurality of tax systems, all meant to encourage and assist holding companies. Such regimes, though special each in their own particular way, have a common denominator: the provision that exempts from taxation income (dividends and/or capital gains) accrued by managing a portfolio of investments, in the presence of certain conditions. Though some forms of exemption are atypical (and here I would certainly include the tax regime of Austrian international holding companies), their presence noticeably altering tax competition inside the single market, it cannot be denied that there is a certain uniformity in the tax relief provisions on dividends and capital gains introduced by the majority of Member States. The observations made raise a good number of questions to do with the course the EU should take in the harmonisation of the taxation systems meant for companies' income: in other words, once the majority of countries joining the single market, having come to the decision of favouring the tax regime for holdings, there is still to ask whether this tax harmonisation process often talked about by Ecofin Ministers will model itself on taxation systems based on flexibility and competition or instead will centre upon a rigid form, ill-disposed towards the development of intra-Community investments.⁶⁰

158

6. Italian holdings and the anti-avoidance provisions in the regime on Community dividends

Differently to a great number of European countries, Italy is not equipped with *ad hoc* tax legislation for holdings, thus leaving the interpreter with the task of locating, in that magma of rules regulating our tax

⁶⁰ For a brief look at tax incentives within the EU see E. Nuzzo, *Le incentivazioni fiscali e le attività economiche in ambito CEE*, in *Rass. Trib.*, 1998, no. 5 1211 ff.; P. Valente- M. Magenta, *Incentivi fiscali agli investimenti: analisi comparatistica*, in *il fisco*, 1999, 15, 4247 ff.

system, those provisions which might apply to or influence the life of a holding resident in Italy.

Though a great deal has been written on the taxation of foreign dividends⁶¹ regulated by articles 96 and 96 bis of D.P.R. of December 22 1986 no. 917 and on the application of withholding taxes on dividends abroad (in and out) provided for in articles 27 and 27 bis of D.P.R. 600/1973 (al-

⁶¹ Italian literature addressing the implementation of the Parent-Subsidiary on the part of the Italian legislator is by now extremely vast. We here suggest: G. Maisto, *The Implementation of the Ec Parent-Subsidiary Directive in Italy*, in *Intertax*, 1992, no. 8-9, 502 ff.; A. Fantozzi, *Italy Welcomes Further EC Harmonization*, in *IBFD*, 1993, no. 9, 474 ff.; S. Mayr, 1993, no. 9, 493ff.; *European Tax Handbook, Italy*, 1998, 287; A. Manganelli, *Tax Treaty and Anti-Avoidance Implications of the Implementation of the Parent-Subsidiary Directive*, in *European Taxation*, no. 10, 1993, 333 ff., in which the authors also attempts to describe tax planning the object of which is to avoid the application of the anti-avoidance provision; S. Capolupo, *Dividendi di società non residenti*, in *il fisco*, 1993, no. 20, 5927 ff.; S. Mayr, *Le norme antielusione nell' applicazione della direttiva madre-figlia*, in *Corr. Trib.*, 1993, no. 20, 1237ff.; F. Artini, *Dividendi distribuiti da società 'figlie' CEE: gli adempimenti nel mod. 760*, in *Corr. Trib.*, 1994, no. 20, 1287 ff.; E. Pistone, *Agevolazioni nella distribuzione di utili intracomunitari*, in *Corr. Trib.*, 1994, no. 27, 1765 ff., id., *Distribuzione di dividendi comunitari: aspetti operativi*, in *Corr. Trib.*, 1994, no. 28, 1825 ff.; S. Mayr, *Tassazione in Italia degli utili distribuiti da società 'figlia' tedesca*, in *Corr. Trib.*, 1994, no. 29, 1889 ff.; G. Escalar, *Alcuni problemi connessi all'applicazione della normativa 'madre e figlia' ai dividendi in entrata in Italia*, in *Rass. Trib.*, 1995, no. 9, 1407, in which the author analyses two interesting aspects: the combination of the exemption regime of Community dividends with refunds provided for in international conventions and the taxation regime of Dutch holdings granted participation exemption. See also F. Rossi Ragazzi, *Direttiva 'madre-figlia' e convenzioni bilaterali*, in *Rass. Trib.*, 1996, no. 4, 797 ff.; G. Maisto, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra 'società madri' e 'società figlie'*, Milan, 1996. See also ECJ's judgement October 17 1996, joint cases ns. C-283/1994, C-291/1994 and C-292/1994, *Denkavit International BV, Vitic Amsterdam BV and Voomer BV against Bundesamt für Finanzem*, (so-called *Denkavit case*), published in *Riv. Dir. Trib.*, 1997, II, 359 with note by F. A. D'Aniello, *direttiva 'madre-figlia': la deliberazione di distribuzione dei dividendi non è più il termine finale per il calcolo del periodo minimo di detenzione della partecipazione nella società controllata*. Refer to: G. maisto, *The EC Court's Interpretation of the parent-Subsidiary Directive under the Denkavit case*, in *Intertax*, 1997, 180 ff.; P. Valente, *davanti al giudice i benefici per 'Madri' e 'Figlie'*, in *Comm. Int.*, 1997, 87 ff.; S. Mayr, *La pronuncia della Corte CE su Direttiva Madre-Figlia: alcuni risvolti pratici*, in *Corr. Trib.*, 1997, 644 ff.; F. Astolfi, *Direttiva Madre-Figlia no. 90/435 del 1990 e prima interpretazione della Corte di Giustizia Ce*, in *Giur. imp.*, no. 3 1997, 393 ff.; F. Frantina-G. L. Pozzi, *Le ritenute sui dividendi intracomunitari. Conseguenze in Italia e in Lussemburgo della sentenza della CJCE del 17 ottobre 1996*, in *il fisco*, 1997, 2974 ff.; E. Bidoggia, *Direttiva madre-figlia e periodo di possesso della partecipazione*, in *Boll. Trib.*, 1997, 484 ff.; S. Cipollina, *Il privilegio di affiliazione fra diritto interno e diritto comunitario: il caso Denkavit*, in *Riv. dir. fin. Sc. Fin.*, 1997, 12 ff.; A. Stesuri, *Holding periodo minimo ed esenzione fiscale dei dividendi 'madre-figlia' in GT*, 1997, 612.

so in the light of recent legislative changes)⁶² little attention has been paid to the essence of the anti-avoidance provision introduced by the Italian legislator going back now to 1992 when implementing the parent-subsidiary directive.

Superficiality or perhaps an atavistic belief that such rules have little practical importance - considering the difficulty the Italian tax authorities have to apply them - has led to only a few authors attempting to give a clear meaning to legislation which might seem on the surface easy to comprehend and straightforward but which is in fact extremely important both in terms of theory and in terms of practice.

We find a great number of multinationals (American, Japanese or residing in non-EC countries) that through their European holdings invest in Italy, buying already existing companies, thus starting up a new business. Well, in all these cases, and with the same ritualy, we ask whether one applies the regime of the so-called *Community dividends* and therefore (referring exclusively to the object of this discussion) the exemption from withholding on dividends paid by the Italian company to the European holding when the final beneficiary of the investment is not a European resident. It is customary for foreign multinationals to operate within the EC through holdings located in favourable jurisdictions (particularly in Holland and in Luxembourg) and through these to co-ordinate their business in the old continent. When one wishes to buy an Italian company, or start a new business, it is the European holding of the extra-EC group that co-ordinates and realises the practical side of the investment, acting as intermediary with the new shareholder. The question being raised is therefore obvious: are dividends distributed by the Italian company to the European holding of the extra-EC group exempt from withholdings in Italy under the parent-subsidiary directive or, - seen that the final beneficiary of the investment is not resident in Europe - are these dividends still subject to the so-called Italian withholding tax?

Again, consider the further question which might arise if (and it often arises in practice) the acquired Italian company as a result of its new investment in turn acquires (and/or has a share portfolio) shares of another European company. In this case, one is bound to ask whether, supposing all other conditions provided for in art. 96-bis are satisfied, dividends distributed by the European subsidiary can use the exemption provided for by the regime on European dividends or whether, for the same

⁶² Consider for example the reorganisation of the regime of unearned and miscellaneous income brought about with legislative decree November 21 1997, and the provisions in matter of the substitute tax for the imputation tax and tax credit on company profits contained in legislative decree December 18 1997, no. 467.

reasons as reported above, they need to be fully taxed in Italy or, in the presence of certain conditions, whether they should be partially taxed under art. 96 of D.P.R. 917/1986.

The problem facing the interpreter then is that of identifying the essence of the anti-avoidance provision of art. 96-bis, subsection 7, D.P.R. 917/1986 on income taxation and that of art. 27-bis, subsection 5, D.P.R. no. 600/1973, on withholdings. These articles do not grant the benefits of exemption 'to companies as in subsection 1 that are controlled directly or indirectly by one or more non-EC residents' unless they prove 'they were not established with the sole or main purpose of benefiting from the regime in question'. A broad interpretation of this provision would heavily penalise Italian companies - the tax burden of which is already very high compared to the rest of Europe - that would see themselves losing, if acquired or established by non-EC companies, those benefits accorded by the Community directive in matter of exemption on European dividends.

Having reconstructed the terms of the question being investigated, we should first of all identify the scope of application of the two anti-avoidance provisions, similarly worded but addressing a different matter.

Undoubtedly, the fundamental condition that exists for both, without which we do not have abuse of any kind, is that the Italian company be controlled, directly or indirectly by a subject that is not an EC resident. However, where article 27, in its final subsection, D.P.R. 600/1973 provides that the setting up of a company for avoidance purposes - and therefore a formation the sole purpose of which is to benefit from the parent-subsidiary directive - should concern the parent company that is resident in another EC country, but is in turn controlled by a resident outside the EC, article 96 bis, subsection seven, D.P.R. 917/1986 refers to the Italian company which in its turn has shareholdings in other European companies, but is controlled by a subject outside the EC.

This difference - as we shall later see and discuss, there are important consequences as to the field of application of the two articles - is obviously the result of the subject-matter of the two articles being different: article 96 bis, D.P.R. 917/1986 addresses the Italian taxation regime on dividends paid by European subsidiaries, whereas, article 27, D.P.R. 600/1973 refers to the withholding on dividends paid by Italian companies to parent companies resident in the EC.⁶³

Moreover, the above mentioned provisions, once the subjects potentially attracted within their sphere of application have been identified,

⁶³ This question is thoroughly dealt with by G. Maisto, in the work cited, Milano, 1996, 301 ff. The author backs up this interpretation by noting that 'the anti-avoidance provision can only address subjects taxable in Italy and not subjects (non-resident subsidiaries) without the requirements for taxation in Italy'.

specify that in any case these subjects must be controlled, either directly or indirectly, by a subject who is not resident in the EC.

As to the meaning of this concept of control as it appears in the provisions, an authoritative opinion⁶⁴ - seen the objectives pursued by the anti-avoidance legislation - is in favour of an innovative interpretation that goes beyond the civil law regime. More particularly, this concept of control contained in these provisions should not be understood, shall we say, in a civil law context but as 'the overall participating share in the capital held by non-EC residents, even if there is no connection'. This interpretation, relying as it does on the premise that the articles in question have a purely quantitative content, meaning and application - seen that they address dividends, withholdings and therefore, numbers and figures - if it can be considered more pragmatic, it is also more restrictive compared to the interpretation to give to article 2359 of the Civil Code.

Indeed, even if we leave aside the simplification in operational terms that said theory entails, the latter is still, in my opinion, a way of 'vulgarising' or excessively relying on the quantitative aspect of this concept of control by reducing it to a simple numerical event and therefore tearing it away from all aspects of substance and quality. Nor can we omit here to state that said interpretation (though certainly innovative and not without charm when we consider its practical aspects) conflicts with the all-important fact that those who can influence company choices, also in terms of dividend distribution, do not always coincide with those holding the largest share of capital, and therefore, even holding a simple 30% may mean control in the sense described above. Moreover, if we were to accept this interpretation, that is, should we wish to quantify this meaning of control and take articles 96-bis and 27-bis solely as referring to a numerical fact then the consequences of this approach are not easily explained: it is not always the case that the amount of capital held corresponds exactly to the right (or power) to receive dividends, and therefore to have them flow outside the Community.

Part of the literature⁶⁵ upholds that because many tax provisions⁶⁶, in defining the concept of control, expressly refer to the civil code and because the provision in question does not do so, the conclusion to be drawn from this is that: 'in the absence of this explicit reference, the term control is to be interpreted differently to its accepted meaning as it appears in the Civil Code'. This view is not shared by the author since by

⁶⁴ G. Maisto, in the work cited, 1996, 303 ff.

⁶⁵ G. Maisto, in the work cited, Milano 1996, 304.

⁶⁶ Consider articles 76, sub-section 7-bis and 96 D.P.R. 917/1986 and article 1, sub-section 1, letter e, of legislative decree 544/1992.

following this interpretation one would arrive at the absurd conclusion that anyone, in the silence of the law, might be free to define the concept of control at their discretion according to their particular problem thus aggravating the uncertainty of this text of tax legislation. Besides, to confute this opinion, we could reply that the fact that these tax provisions frequently make reference to the civil code concept of control⁶⁷ proves once again the compatibility of the civil code understanding of the term with the tax legislation. Indeed, had the legislator wished to attribute the concept of control merely a quantitative meaning then he would surely have been more direct - specifying the percentage to be held in order to qualify for the exemption (25%) contained in the parent-subsidiary directive being a clear example of this directness - .

In conclusion, despite obvious application complexities⁶⁸ and loopholes when faced with the practical difficulty of verifying in detail the requisites of control as expressed by the civil code legislation, no other paths seem feasible when defining the concept of control - to which the anti-avoidance legislation⁶⁹ makes reference - other than that which has the tax legislator taking a clear stand.

In this last respect, particularly interesting and not just on theory is the case where the participation in the Italian company has been contributed, directly or indirectly, in a trust⁷⁰ resident in a non-EC country.

As is well known, the trust agreement is characterised by the presence of three different contractual parties (trustee, settlor, beneficiary)

⁶⁷ For the purpose of identifying the concept of control, consider article 76, subsection 7-bis, D.P.R. 917/1986, expressly referring to article 2359 C.C., with regard to the relationship between Italian companies and companies resident in non-EU countries and having a privileged tax system. Besides, the civil code concept of control appears to apply also with reference to article 54, subsection 2-bis and 67, subsection 1-ter of D.P.R. 917/1986 which, by referring expressly to art. 2426, subsection 1, no. 4, c.c. are commonly interpreted in the light of art.2359 as far as identifying controlled and/or affiliated companies is concerned.

⁶⁸ Consider for example the case of a European parent company of an Italian company controlled by a voting trust in which various non- EC and EC subjects take part. Difficult to solve is also the case that has a European parent company controlled by three companies, two of which are non-EC, together holding about 51% of share capital and one European

with the remaining 49%: in this case, should no agreements be in place between the two non-EC companies,

then it will be the European company to effectively have control.

⁶⁹ Consider the meaning the concept of control is attributed in article 76, subsection 5, D.P.R. 917/1986 by the circular of the Direzione generale imposte dirette, Div. IX, September 22 1980 no. 32/9/2267 in *Boll. Trib.*, 1990, 1644 ff..

⁷⁰ We here mention only a few of the names from what has now become an extremely rich Italian literature on the Anglo-Saxon institute of the trust: R. France

whose powers and rights vary according to real needs that can be the most diverse (in general terms, one can distinguish between discretionary and non discretionary, revocable and irrevocable trust) and whose fiscal residences may vary also. Therefore, if a participation in an Italian company or in a European company in turn controlling the Italian company is contributed in a trust, in order to determine the residence of the subject controlling directly or indirectly the Italian company, regardless of who the beneficiary of the dividend and the participation holder⁷¹ might be, one will need to consider the criterion as expressed in article 2359 of the Civil Code. In other words, one will need to verify who, of the subjects making up the trust, has the majority of votes in the ordinary meeting or who, according to voting rights or by virtue of particular contractual obligations, has particular influence in the trust. To this end, one will need to establish whether the concept of 'holding' the participation in the Italian company is to be understood in its formal sense (in which case the country of residence of the trustee will apply) or in its substantive sense (in this case the country of residence of the settlor will apply in the presence of a revocable trust whereas, the country of residence of the trustee will apply with a irrevocable and discretionary trust). In this respect, the author does not share the position of those⁷² who seem to attribute relevance in every case to the country of residence of the beneficiary seeing that the latter cannot generally exercise any decisional power with reference to these participations and that the beneficiary could change - revocable trust - before receiving the dividends or could transfer to a non-EC country only after the trust has been set up (avoiding therefore the obligations of tax legislation).

schelli, *Entry Trust e Trustee*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1940, 573 ff.; id., *Il Trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, 183 ff.; A. Gambaro, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trust nei Paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 101 ff.; M. Lupoi, *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aia del 10 luglio 1985*, in *Vita Notarile*, 1992, 662 ff.; F. Tundo, *Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del "Trust"*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, 1285 ff.; F. Gallo, *Trust, interposizione ed elusione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 1997, 1043 ff.; G. Maisto, *The Taxation of Trust in Civil Law Countries, Aspects of Trust Taxation*, in *European Taxation*, 1998, no. 8, 242 ff.; R. Greco-I. Rossi, *La circolazione dei trust esteri in Italia* (note to Comm. trib. prov. Of Milan, section XLVIII no. 348/48/97/1998; Comm. trib. prov. of Turin, section XIV, no. 537/14/97/1997 and Comm. trib. prov. of Modena, section II, no. 49/1998) in *Riv. dir. trib.*, 1998, no. 10, II, 321 ff..

⁷¹G. Maisto, in the work cited, Milan, 1996, 310, believes that 'control should be intended as participation to the capital and as entitlement to the income derived therefrom (dividends)'.

⁷² See G. Maisto, in the work cited, Milan, 1996, 310.

The anti-avoidance legislation, besides being applied where a non-EU resident subject has control, finds application in the situation where an Italian parent company (art. 96-bis) or of a European parent company (art. 27-bis) have been formed for avoidance purposes, that is, where the sole or main purpose is to benefit from the exemptions offered by the parent-subsidiary directive. The presence of the 'sole' or 'main' avoidance purpose leads to the following first observation: the so-called '*mixed holdings*', that is those holdings carrying out other industrial or commercial activities, as well as managing a share portfolio, will never be considered as formed for that exclusive purpose; and the so-called '*pure holdings*', by which we mean companies with a large portfolio of participations that effectively serve as co-ordinators and administrators between the controlled companies.

But beyond this specification, the true difficulty is in understanding the meaning to give to the word '*formed*' used in the two anti-avoidance provisions: it is in other words advisable to establish whether this term should be interpreted literally or by taking into account the aim pursued by the legislation in which it is inserted.

Indeed, accepting a strictly literal interpretation⁷³ and keeping to the semantic meaning of '*formed*', the anti-avoidance legislation would end up losing all its practical importance: it could easily be circumvented by avoiding the setting up a company and using instead either a dormant company or an already existing company, or again by setting up a company in a non-EC jurisdiction (for example in the Isle of Man) only to transfer in a second moment its corporate domicile in Italy or in another European country. In other words, if said interpretation of the anti-avoidance legislation were to be followed, one cannot hide the fact that it would be so simple to circumvent the legislation purely by avoiding the setting up a new holding company.

Then, in the light of the above mentioned dangers of espousing a strictly literal interpretation for the anti-avoidance legislation - an interpretation that therefore relies exclusively on a hermeneutic principle that, though paramount, does not enjoy exclusiveness - and considering the ends pursued of preventing that the use of European companies controlled by non-EC residents should be the result of the exclusive or main purpose of benefiting from the application of the parent-subsidiary directive, it seems more advisable to follow a logical/systematic interpretation, one that for example takes into account *ex* article 12 *prel. disp.* to the Civil Code: 'the proper meaning of the words considered as a con-

⁷³ Interpretation shared by: G. Maisto, in the work cited, Milan, 1996, 311 ff.; A. Manganeli, in the work cited, in *European Taxation*, 1993, no. 10, 339.

nected whole and considered according to the legislator's intention'.⁷⁴ And identifying such intention will not take the form of a subjective effort based on when the provision came into force, but will take into account, in objective terms, the *ratio legis* and therefore the aim and the objective function of the provision: in other terms, this process will require keeping in mind not so much the legislator's specific intention at the time but the aim of the provision, its function, such as is evinced from its systematic placing within the regime of taxation of Community dividends.

Well, it would seem justified to say that the objective function of the anti-avoidance clause is to hit all those cases in which European companies, controlled by non-EC subjects, have been structured (not just formed) with in mind the sole or principal aim of benefiting from the privileged taxation regime contained in the parent-subsidiary directive, regardless of the fact that they may have been formed, acquired or may be the result of transferral of domicile or of another special operation. Indeed, it would be absurd to consider the parent-subsidiary directive non-applicable (with the consequent application of the withholding) where there was a dividend distribution by an Italian company in favour of a Dutch company newly formed by an American company and, at the same time, consider non-vitiated the same company set-up merely because the Dutch company has been acquired and not formed *ex novo* by the American company. I have trouble convincing myself that the legislator or rather the entire legislation regulating the taxation of Community dividends could allow for such manifest avoidance practices to occur!

Besides, it is clear that this anti-avoidance legislation prejudices all those companies formed (again, to be intended, as underlined earlier, in the sense of the companies being organised) before the coming into force of the parent-subsidiary directive seen that the avoidance would not have been sought, at that time, if the rules did not exist. This, however, does not mean that an Italian or European company formed before such date but acquired only in a second moment by a non-EC company with the sole or main purpose of benefiting from the parent-subsidiary directive may consider itself exempt from the anti-avoidance legislation. What is important in my opinion is the moment in which the international company set-up was completed and not the date of the formation of the po-

⁷⁴ As to the content and the limits of the interpretation of tax legislation: F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, VI th edition, Naples, 1993, 47 ff.; R. Lupi, *Diritto tributario, parte generale*, II nd edition, 1994, Milano 27 ff.; A. Amatucci, *L'interpretazione delle legge tributaria*, in *Trattato di Diritto Tributario diretto da Andrea Amatucci*, 1994, vol. 1, tome II, chapter XIII; P. Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile*, Naples, 1997, 95 ff..

tentially elusive company: in other words, one should consider the date in which the structure, benefiting from the parent-subsidiary directive, was effectively formed.⁷⁵

Nonetheless, one should mention once again that companies that besides benefiting from the parent-subsidiary directive also have other interests, will never be hit by the current Italian anti-avoidance legislation: an American multinational forming a holding in the Netherlands to manage and co-ordinate all of its European activities, and to benefit from the Dutch international tax treaties, from the parent-subsidiary directive and, more generally, from all of the advantages to which a holding located in the Netherlands is entitled, will not be considered elusive with reference to its Italian company shareholding seen that it has other interests besides that of having shares in the Italian company.

To complete this investigation we should bear in mind that articles 27-bis, last sub-section, D.P.R. 600/1972 and 96-bis, subsection 7, D.P.R. 917/1986 are grounded on the concept of direct or indirect control of the Italian company by non-EC resident subjects and therefore should be examined in the light of those bilateral agreements containing a provision analogous to article 24, subsection 5 of the OECD model type Convention⁷⁶. This 'standard' clause expresses more or less the same idea in the various international tax treaties and provides that: 'Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar enterprises of the first-mentioned State are or may be subjected.' Indeed, in view of this provision we have to agree with those⁷⁷ who maintain that an Italian parent company controlled, for example, by an American company cannot be subjected to requirements that are more burdensome compared to those of an Italian company controlled instead by a company residing in any other EC country. This means that the anti-avoidance clause contained in article 96-bis of D.P.R. 917/1986 is to be considered ineffective with respect to Italian parent companies directly or indirectly controlled by subjects residing in one of the countries which have signed an agreement against double taxation containing a provision

⁷⁵ G. Maisto is of different opinion, in the work cited, Milan, 1996, 318.

⁷⁶ See list of bilateral conventions concluded by Italy in the Italian version of this article (footnote 76)

⁷⁷ G. Maisto, in the work cited, 1996, pages 322-324; A. Manganelli, in the work cited, in *European Taxation*, no. 10, 1993, 339.

analogous to article 24, subsection 5, OECD Model Convention. If it were not considered thus, then the Italian parent company merely because of its controlled by a subject resident, for example, in the US would be subject to - in ostensible and inadmissible violation of the pactional regime - a more burdensome tax treatment, (dividends received by European subsidiaries would be taxed totally or partially, according to art. 96 D.P.R. 917/1996) than the same Italian company would receive were it controlled by an EC resident subject. The question is made even more complicated when the Italian parent company is controlled by a non-EC resident only indirectly, perhaps through another European holding: this problem might be solved by appealing indirectly (being that the relationship between the Italian parent company and the European sub-holding is the only one to be direct) to the treaty between Italy and the non-EC country, treaty containing a provision analogous to the one above mentioned.

The question of applicability of article 27-bis, last sub-section D.P.R. 600/1973, deserves a separate mention in the light of the anti-avoidance legislation of certain international treaties signed by Italy.

Article 27-bis does not specifically address the taxation regime of an Italian company, but only the withholdings on outbound dividends in favour of non-resident shareholders. Indeed, the withholding on dividends, though final and non-refundable (at least normally) is not in theory a tax burden for the distributing company, but only an onus for the shareholder receiving the dividends and therefore, it cannot be considered attracted within the field of application of the anti-discrimination clause in question.

However, the matter gets more complicated when a clause of equal tenor is contained in the treaty against double taxation between the country of residence of the European parent company with a shareholding in the Italian company and that in which the shareholder controlling the same parent company resides (let us suppose an only and direct subject for ease of exposition). Consider the classic example of a target Italian company wholly owned by a Dutch company which in turn is entirely owned by an American company. The withholding that is paid on dividends by the Italian company, provided the requirements set down in the anti-avoidance legislation are fulfilled and in accordance with the reduction granted in article 10 of the treaty against double taxation between Italy and the Netherlands, undoubtedly represents a tax burden for the Dutch company, which, merely because of its being controlled by an American company is subject to a more burdensome tax treatment than it would receive were it controlled by an EC-resident subject. Said circumstance seems to clash with article 28 of the tax treaty between the Netherlands and the United States, which contains the often mentioned

anti-discrimination clause: a clash which is, however, only apparent if only we consider that this treaty cannot in any way concern those cases in which the above mentioned tax load depends on a third state, Italy, and not directly on the other contracting country, the Netherlands.

In conclusion, the anti-avoidance clauses contained in articles 96-bis and 27-bis of D.P.R. 917/1986 pose difficult interpretative questions of clear practical importance and to these questions one has tried to supply some answers that would take into due consideration the *ratio legis* of the entire tax legislation and interrelations with international treaties against double taxation.

Francesco Amyas d'Aniello

Il regime fiscale delle holding europee. Riflessione a margine della normativa anti-abuso contenuta nella disciplina italiana dei dividendi comunitari

di **Francesco Amyas d'Aniello** *

1. Introduzione. - 2. La *holding* lussemburghese. - 2.1. La *Société de Participations Financières* o anche Soparfi. - 2.1.1. Tassazione dei dividendi in entrata ed in uscita. - 2.1.2. La tassazione dei *capital gains*. - 2.2. La *holding* del 1929. - 3. La *holding* olandese. - 4. La *holding* spagnola. - 5. Breve panoramica sulle altre *holding* europee. - 6. Le *holding* italiane.

1. INTRODUZIONE

La legislazione tributaria è ora più che mai soggetta ad un profonda evoluzione, che trova le proprie radici in una pluralità di motivazioni, sia di carattere sociale che economico.

In primo luogo è indubbio che la globalizzazione dei mercati di riferimento come l'abbattimento delle frontiere e l'unificazione monetaria nella comunità europea, rappresentano fenomeni che modificheranno nella sostanza i rapporti economico-patrimoniali: in un futuro prossimo sarà possibile siglare un contratto, presentare la dichiarazione dei redditi, o costituire una società telematicamente, mediante l'utilizzo di un personal computer.

Ovviamente si tratta di cambiamenti che involgono tutti gli aspetti della vita sociale (dal nuovo modo in cui il consumatore si pone di fronte al prodotto alle moderne modalità di espletamento delle professioni intellettuali) ma che interessano principalmente, almeno in questa fase iniziale, il mondo imprenditoriale che, tradizionalmente ancorato agli angusti confini locali, si trova ora costretto a confrontarsi all'esterno, scoprendo nuove e più sofisticate leve di competitività.

La sfrenata libertà del mercato comporta, d'altronde, alcune controindicazioni e non di poco conto come, principalmente, la progressiva *deregulation* alla quale sono soggetti alcuni comparti economici come quello delle telecomunicazioni o quello assicurativo.

Si rischia in tal modo che il mercato assuma progressivamente il ruolo istituzionale di organizzatore di relazioni sociali e di redistributore di ricchezza, senza la possibilità di essere regolato da un garante esterno, sia esso la morale o il diritto, che ponga su un piano di equilibrio le ragioni economiche e i diritti civili. È oramai opinione consolidata ritenere che il mer-

* La versione italiana differisce in alcune parti da quella in inglese dello stesso articolo

cato è assolutamente incapace di autocorreggersi ed è dunque inconcepibile prevedere una legislazione soggetta alle leggi economiche (siano esse di matrice proprietaria o imprenditoriale contrattuale), essendo funzione principale del diritto proprio la regolamentazione del sistema economico.

In tal senso, il diritto tributario è una di quelle scienze giuridiche che, proprio per la sua funzione sociale, risente più delle altre delle evoluzioni del contesto sociale, e più delle altre, segue ed è attenta alle esigenze reali della prassi nella ricerca sempre più ardua di dare una giustificazione alla propria esistenza. Funzione principale della disciplina tributaria è sempre stata quella di realizzare e valorizzare la natura sociale dello Stato: espressione dell'evolversi del mondo, da un insieme disorganico di individui alle prime embrionali forme di comunità, il diritto tributario ha sempre assecondato, giustificato o, comunque, cercato di dare un senso, una ragione a quei contributi (le imposte) che fanno di una collettività una comunità civile.

Ebbene, l'obiettivo di redistribuzione e di potenziamento della natura sociale dello Stato civile, insito nella funzione originaria del diritto tributario, sembra lentamente perdere il suo tradizionale ruolo ispiratore della finanza pubblica a causa del nuovo ruolo che tale disciplina incomincia ad assumere agli occhi degli operatori economici. Da questo punto di vista la legislazione fiscale, invero, viene avvertita, in un'ottica di globalizzazione dei consumi e di libertà di circolazione di mezzi e di persone, come una leva, o meglio, una semplice variabile economica capace di spostare, in termini di concorrenza fiscale internazionale, capitali e redditi da una nazione ad un'altra: è così che il diritto tributario, persa la sua funzione originaria, viene ad assumere sembianze di (nulla più che) un costo, un volgare elemento del Conto Economico, che riducendo il suo peso, aumenta i profitti.

In una realtà come quella odierna in cui la concorrenza fiscale si pone come uno strumento per attrarre investimenti e per arricchire Paesi (l'Olanda, Belgio, Lussemburgo, Irlanda, Inghilterra, ed in ultimo anche la Spagna) che, proprio nella capacità di cogliere e di adattarsi a questo nuovo "ruolo" che gli operatori economici assegnano al diritto tributario - nella capacità cioè di creare un sistema fiscale sicuramente "asfissiante" per le persone fisiche e tuttavia permissivo ed allo stesso tempo efficiente per le imprese - hanno trovato il modo per attrarre ingenti capitali internazionali e porsi così come snodo prioritario per la canalizzazione e localizzazione degli investimenti esteri, il diritto tributario come scienza sembra ormai essere un lontano ricordo. Il presente articolo prende atto di questa nuova natura del diritto tributario e della sua rapida internazionalizzazione e cerca, pertanto, di descrivere solo uno dei tanti aspetti o elementi che ne alimentano l'evoluzione: il regime di tas-

szazione delle *international holding*. Al fine di non tediare il lettore la presente trattazione affronterà solo alcuni regimi fiscali europei, tralasciando i Paesi non aderenti alla CE, cercando per quanto sia possibile, data la complessità della materia affrontata, di cogliere le sottili differenze che vi sono da Paese a Paese. Nell'ultima parte, invece, si cercherà di analizzare l'art. 96-bis del testo unico delle imposte sui redditi e l'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, cercando di capire e dare un senso concreto alla clausole anti-abuso ivi contenute.

2. LA HOLDING LUSSEMBURGHESE

Sarà per l'efficienza, o meglio, per la riservatezza del suo sistema bancario, per la felice collocazione geografica, per la semplicità del sistema fiscale, o, forse per tutte complessivamente queste ragioni, che il Lussemburgo è da sempre il Paese preferito per la localizzazione delle *holding companies* (1).

Il Gran Ducato è, infatti, comunemente considerato una tappa fissa per qualsiasi impresa che intenda iniziare una politica di pianificazione fiscale internazionale (2), consentendo agli investitori internazionali di usufruire di una ampia gamma di opportunità fiscali che vanno al di là dei meri vantaggi derivanti dalla utilizzazione di una *holding* locale, alla cui descrizione, comunque, è circoscritta l'attenzione di chi scrive.

È noto che il sistema fiscale lussemburghese, in linea di principio, prevede due diverse tipi di (3): la *Société de Participations Financières*, det-

172

(1) Per un'ampia ed esaustiva trattazione delle opportunità offerte dal Lussemburgo in termini di *tax-planning* internazionali si veda: P.J. WARNER, *Luxembourg in International Tax Planning*, IBFD Publications, 1997; A. GINSBERG, *International Tax Planning*, KLUWER, 1994. Sul sistema fiscale lussemburghese in generale si veda: *European Tax Handbook*, IBFD Publications, 1998, pagg. 307 e seguenti; *La Fiscalità Internazionale*, in "Guida Normativa, Dossier n. 10", 1997, pagg. 69 e seguenti; P. VALENTE, *Competizione fiscale, tax planning e armonizzazione comunitaria, temi a confronto in ambito internazionale*, in *il fisco*, n. 47/1997, pagg. 13291 e seguenti; LOYENS-LEFEBVRE-RÄDLER, *European Tax Network, The Parent-Subsidiary Directive and International Tax Planning*, IBFD Publications, 1992, pagg. 57 e seguenti; *The Taxation of Companies in Europe, Luxembourg*, IBFD Publications.

(2) Fama che può però essere considerata un vantaggio, ma anche una penalizzazione. Negli ultimi anni, infatti, sempre più operatori economici hanno preferito al Lussemburgo Paesi di fama, solo apparentemente, migliore quali l'Olanda o il Regno Unito, i quali, come si vedrà nel prosieguo, offrono pressoché gli stessi vantaggi fiscali sotto il profilo delle società di partecipazione azionaria.

(3) Nella presente trattazione non verranno analizzate, le cosiddette *Milliardaire Holding Companies* e *Financial Holding Companies* per le quali si rinvia a P.J. WARNER, *op. cit.*, IBFD Publications, pagg. 290 e seguenti.

ta anche Soparfi (4) e la *holding* del 1929 (5). Due diverse *holding*, che, nonostante siano lontane anni luce le une dalle altre essendo entrambe espressione delle diverse esigenze del mercato internazionale nel momento storico in cui furono introdotte dal legislatore lussemburghese, costituiscono un attraente *cocktail* fiscale per tutti gli operatori internazionali. Sebbene si tratti di società il cui oggetto unico o principale è la gestione di portafogli azionari, non vi è dubbio che da un punto di vista strettamente fiscale le stesse si configurano come due entità giuridiche profondamente diverse tra loro: la scelta dell'una piuttosto che dell'altra, come verrà evidenziato nel prosieguo, è pertanto strettamente legata alla diversità dei relativi regimi fiscali ed all'opportunità o meno di usufruire della rete di trattati internazionali conclusi dal Lussemburgo.

2.1. La Société de Participations Financières o anche Soparfi

La Soparfi (6) è una normale società commerciale lussemburghese, la quale, non essendo regolamentata (a differenza delle *holding* del 1929) da

(4) La Soparfi nasce come conseguenza dell'applicazione del regolamento granducale del 24 dicembre 1990, con cui il Lussemburgo recepi la Direttiva comunitaria n. 90/435, meglio nota come la Direttiva madre-figlia.

(5) La *holding* del 1929, come si può facilmente intuire, fu introdotta con la legge del 31 luglio 1929.

(6) Per una completa disamina del regime fiscale della Soparfi: E. BRUIN, *The new Holding company: modern fashion of an older principle*, in *European taxation*, 1991, n. 4, pagg. 91 e seguenti; E. BRUIN, *Luxemburg, Implementation of the Parent-Subsidiary Directive*, in "European taxation", 1992, pagg. 159 e seguenti; R. MOLITOR-L. THOMAS, *Le régime des sociétés mère et filiales, évolution et perspective*, Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg, Association luxembourgeoise des juristes de banque, Larcier, 1994, vol.2, 1059-1076; A. GANDOLFI-G. TARANTINI, *Le "Società Finanziarie in Lussemburgo"*, Quaderni n. 7, in *Società Bilancio e Contabilità*, 1995 in cui gli autori sintetizzano compiutamente i vantaggi della Soparfi e le sue differenze con la *Holding* del 1929; P.J. Warner, *op.cit.*, IBFD Publications, 1997, pagg. 187 e seguenti; A. PESCH, *Luxembourg: Participation Exemption and other changes*, in "European Taxation", 1998, n. 4, pagg. 135 e seguenti, in cui l'autore descrive i cambiamenti apportati alla disciplina della cosiddetta *participation exemption* a seguito del recepimento del principio espresso dalla sentenza (Denkavit) della Corte di Giustizia Europea del 17 ottobre 1996 (C-283/94, C-292/94) per quanto riguarda il requisito del possesso della partecipazione al tempo della distribuzione dei dividendi, nonché "the reduction of the holding percentage from 25% to 10% for distributions to EC companies". Si veda inoltre, J. SCHAFFNER-G. DUSEMAN, *Post-Denkavit changes in the Luxembourg tax legislation: the new parent-subsidiary rules*, in *EC-Tax Review*, 1998, n. 1, pagg. 37 e seguenti, in cui gli autori sintetizzano "the parent-subsidiary rules before 1998" e "the new parent-subsidiary legislation"; F. PODDIGHE-M. CEI, *Problemati-*

alcuna legge speciale, ha nel diritto comune la sua unica fonte normativa nella gestione di partecipazioni in altre società il suo oggetto sociale (7).

I vantaggi offerti da questo tipo di *holding* sono, al verificarsi di alcune condizioni, sostanzialmente due: l'esenzione totale dalla locale imposta sui redditi (8) dei dividendi in entrata ed in uscita e la non tassazione dei *capital gains* derivanti dalla cessione di partecipazioni qualificate.

Non si tratta, invero, di un regime fiscale derogatorio rispetto al diritto comune ovvero di una forma di *tax holiday*, bensì di una esenzione limitata a quella parte di utili costituita da dividendi (o *capital gains*) derivanti dalla gestione di partecipazioni cosiddette qualificate. In altri termini, la Soparfi è una normale società lussemburghese soggetta alle ordinarie norme di diritto fiscale comune lussemburghese, che tuttavia gode di un particolare regime per le partecipazioni in portafoglio (cosiddetta *participation exemption*). I paragrafi che seguono cercheranno di sintetizzare, alla luce dei più recenti cambiamenti legislativi intervenuti in materia, le condizioni cui è subordinata l'operatività di tali esenzioni (9).

che di fiscalità internazionale, *La holding lussemburghese*, in "il fisco", n.3, 1998, pagg. 856 e seguenti; F.FRANZINA-G.L.POZZI, *Il nuovo privilegio di affiliazione in Lussemburgo*, in "il fisco", n. 6, 1998, pagg. 2046 e seguenti; F.PODDIGHE-M.CEI, *Gli arbitraggi di fiscalità internazionale, il ruolo delle holding companies*, in "il fisco", n. 22, 1998, pagg. 7246 e seguenti; P.VALENTE, *Capital gains: gli effetti della riforma nella tax competition*, in "il fisco", n. 44, 1998, pagg. 14695 e seguenti.

174

(7) Si veda P.J. WARNER, *op. cit.*, IBFD Publications, 1997, pag. 187, in cui l'autore, descrivendo il particolare regime fiscale dei dividendi e dei *capital gains* ricevuti dalle Soparfi, osserva che "there is no separate legal form, or election, necessary to benefit from the exemptions. They apply to all fully-taxable resident limited company. The name usually applied to companies which are normally taxable, but which have the sole activity of holding participation in other companies is the SOPARFI. For ease, this term is used in the text to refer to such companies from time to time. It should always be borne in mind that any fully-taxable Luxembourg company may make use of the exemptions".

(8) In particolare il carico fiscale sulle società in Lussemburgo è pari al 37,45% se si sommano l'imposta sui redditi e l'imposta municipale sui profitti; per maggiori approfondimenti: A.PESCH, *op. cit.*, in "European Taxation", n. 4, 1998, pagg. 135 e seguenti, in cui l'autore prende atto che "the reduction of the corporate income tax rate from 32% to 30% leads to an overall corporate tax rate of 37,45% [corporate income tax and municipal business tax on profits (for the city of Luxembourg)]"; S.ARTS., *Recent legislative changes in Luxembourg, corporate income taxes and national net wealth taxes*, in "The OFC Report 1998/99", Milton Grundy, 1998, pagg. 147 e seguenti.

(9) Si tenga presente che le Soparfi, come del resto la *holding* del 29, sono comunque soggette alla imposta sui conferimenti (1%) ed alla *net worth-based tax*, alla cui base imponibile non concorrono le partecipazioni rilevanti (per tali intendendosi quelle almeno pari al 10% o che abbiano comportato un investimento iniziale di almeno 50 milioni di franchi lussemburghesi).

2.1.1. Tassazione dei dividendi in entrata ed in uscita

Per quanto riguarda il regime fiscale dei dividendi è in *limine* opportuno distinguere i dividendi in entrata, ovvero quelli distribuiti dalle società figlie, da quelli in uscita, ovvero quelli pagati dalla società lussemburghese ai propri soci, persone fisiche, *partnership* o società.

In base ai trattati internazionali stipulati dal Lussemburgo, i dividendi percepiti da una società lussemburghese sono, in linea di principio, ivi soggetti a tassazione, ferma restando la possibilità per l'altro Stato contraente di imporre una ritenuta fiscale sui dividendi in uscita (10).

In particolare i dividendi percepiti da una Soparfi sono soggetti a tassazione in Lussemburgo, ma sono ivi esenti da qualsiasi imposta (imposta sul reddito ed imposta municipale) nel caso in cui si verifichino le seguenti condizioni:

a) la partecipazione rappresenti almeno il 10% del capitale (11) della società (estera o lussemburghese) che distribuisce dividendi, ovvero abbia comportato un investimento iniziale di almeno 50 milioni di franchi lussemburghesi;

b) la società partecipata (lussemburghese od estera) sia assoggettata ad una imposta sui redditi corrispondente a quella nazionale lussemburghese (requisito non più richiesto nel caso in cui la società partecipata sia residente nella Comunità europea e soddisfi i requisiti previsti dalla direttiva madre-figlia) (12);

175

(10) Si ricorda che in base alla Direttiva comunitaria n. 435/90, al verificarsi di determinate condizioni all'interno della Comunità europea i dividendi non sono soggetti ad alcuna ritenuta fiscale in entrata ed in uscita: si veda per riferimenti bibliografici relativamente all'implementazione della citata direttiva comunitaria in Italia la nota n. 61.

(11) Di particolare interesse è P.J. WARNER, *op. cit.*, IBFD Publications, pag. 1997, 194, nella parte in cui l'autore afferma che "it is the percentage of the capital held and not, as often in Anglo-Saxon countries, the percentage of the voting rights, that is used to determine the level of the shareholding. This implies that non-voting shares and variable dividend rights could be used to ensure that the investment achieves the required level to benefit from the exemptions".

(12) Come tale si considera, secondo la prassi dell'Amministrazione fiscale lussemburghese, una società il cui reddito imponibile, calcolato con criteri simili a quelli lussemburghese, sia soggetto ad una aliquota del 15%. Sul punto A. PESCH., *op. cit.*, in "European Taxation", 1998, n. 4, pagg. 137 e seguenti; J.SCHAFFNER-G.DUSEMON, *op. cit.*, in "EC-tax review", 1998, n. 1, pag. 39, in cui gli autori affermano che "As there is no text nor any jurisprudence regarding the minimum and average tax rate which has to be applied in order to benefit from the participation exemption, one has to refer to the administration's practice which requires an effective tax rate of at least 15% in the country of residence of the subsidiary. Moreover the method of calculating the profits which are

c) la partecipazione sia stata detenuta ininterrottamente dall'inizio del periodo di imposta in cui sono stati distribuiti i dividendi e, comunque, per almeno 12 mesi (13).

Nel caso in cui si verificano tutte queste condizioni contemporaneamente, essendo le stesse previste in termini di cumulatività e non già di alternatività, i dividendi incassati dalla Soparfi saranno esenti da tassazione in Lussemburgo.

I dividendi pagati dalla Soparfi ai propri soci sono in linea di principio soggetti ad una ritenuta fiscale pari al 25%, ovvero alla minor misura prevista dai trattati contro le doppie imposizioni conclusi dal Lussemburgo: nel caso in cui però il percettore dei dividendi sia una società residente nella Comunità europea che soddisfi i requisiti previsti dall'art. 2 della Direttiva comunitaria 435/90 (14), i dividendi saranno esenti

subject to this foreign tax should not be significantly different from that used in Luxembourg". Si veda sul punto anche P.J. WARNER, *op. cit.*, IBFD Publications, 1997, 193; F. PODDIGHE-M.CEI, *op. cit.*, in "il fisco", n. 3, 1998, pagg. 858 e seguenti, ed in "il fisco", 1998, n. 22, pagg. 7248 e seguenti. Interessante è inoltre, l'interpretazione di A. Pesch., *op. cit.*, in "European Taxation", 1998, n. 4, pag. 137, secondo il quale poiché "the requirement is no longer applicable for EC companies. Therefore, dividends derived from companies which do not satisfy the condition (for example, Irish companies benefitting under the IFSC regulations from a 10% tax rate and some companies in Madeira falling under a favourable tax regime) should qualify for the new Luxembourg participation exemption". Tale interpretazione è confermata anche da J. SCHAFFNER, *Luxembourg Soparfi Regime Remains attractive*, in "Bulletin For International Fiscal Documentation", 1998, n. 8-9, pagg. 389 e seguenti, nella parte in cui l'autore afferma "the law of 23 December 1997 introduces additional flexibility in respect of this *subject to tax* condition. Under the new regime, this test will not have to be passed anymore by companies listed in the EC Parent-Subsidiary Directive. Accordingly, Luxembourg may not deny the participation exemption to an entity covered by the Directive, but enjoys a favourable tax regime".

176

(13) In base ad una recente modifica legislativa, con la quale il Lussemburgo ha recepito il principio espresso nella cosiddetta sentenza Denkvit della Corte di Giustizia Europea (Corte di Giustizia CE, 17 ottobre 1996, Procedimenti riuniti n. C-283/94, C-291/94 e C-292/94, Pres. Almeida, Rel. Jonn, in "Corr. Trib.", 1996, n. 45, pagg. 3433 e seguenti), tale condizione può considerarsi soddisfatta anche qualora il predetto limite temporale di detenzione non sia ancora soddisfatto ma la società si impegni a soddisfarlo in futuro: cfr. sul punto G. MAISTO, *Lussemburgo, nuova esenzione in arrivo per i dividendi 1998*, in "Il Sole-24 Ore", del 22 gennaio 1998, pag. 31.

(14) Per una sintesi si veda *Taxation of Companies in Europe, Luxembourg*, IBFD Publications, in cui si afferma che "in order to qualify for the exemption, the parent company must have the form of one of the companies listed in the Annex to the Directive, be subject to a corporate income tax levied by an EU Member State without the possibility of an option of being exempt, and, according to the tax laws of a Member State, is considered to be resident in that State without, for the purposes of a tax treaty concluded with a third State, being considered to be resident for tax purposes outside the European Union".

da ritenuta sempreché, comunque, le condizioni di cui alle lettere a-c (ovviamente nella prospettiva inversa) siano rispettate.

2.1.2. La tassazione dei capital gains

Il regime di tassazione dei *capital gains* realizzati attraverso la vendita di partecipazioni qualificate in altre società residenti in Lussemburgo o in altre giurisdizioni costituisce senza alcun dubbio l'aspetto più interessante del regime fiscale di favore previsto per questo tipo di società lussemburghese.

In base alla maggior parte dei trattati contro la doppia imposizione conclusi dal Lussemburgo, infatti, i proventi derivanti dalla cessione di partecipazioni in società non residenti sono soggetti a tassazione esclusivamente nel Paese di residenza della società madre, ovvero in Lussemburgo, ove tali proventi sono a loro volta esenti da imposte locali qualora ricorrano contemporaneamente le seguenti condizioni (15):

a) la partecipazioni riguardi una società (residente o straniera) che sia soggetta ad un'imposta sui redditi corrispondente a quella lussemburghese (16);

b) la partecipazione sia almeno pari al 25% del capitale sociale, ovvero abbia comportato un investimento iniziale almeno pari a 250 milioni di franchi lussemburghesi;

c) il tempo di detenzione della partecipazione sia di almeno 12 mesi continuativi, anteriormente alla data di inizio dell'esercizio in cui ha avuto luogo la cessione (17).

Dalla disamina delle condizioni necessarie per poter usufruire dell'esenzione dei *capital gains* appare evidente che le stesse risultino stranamente diverse da quelle necessarie per avvalersi dell'esenzione dei divi-

(15) Cfr., sul punto, tra gli altri: *Taxation of Companies in Europe, Luxembourg*, IBFD Publications; A. PESCH., *op. cit.*, in "European Taxation", n. 4, 1998, pag. 137; J. SCHAFFNER-G. DUSEMON, *op. cit.*, in "EC-tax review", n. 1, 1998, 41; F. PODDIGHE-M. CEI, *op. cit.*, in "il fisco", n. 3, 1998, pag. 858 ed in "il fisco", n. 22, 1998, pag. 7248; P.J. WARNER, *op. cit.*, IBFD Publications, 1997, 204.

(16) Si veda la nota n. 12 dove è spiegato cosa si intende, secondo la prassi dell'amministrazione finanziaria lussemburghese, che la società figlia sia soggetta ad un'imposta sui redditi corrispondente a quella lussemburghese.

(17) Secondo P.J. WARNER, *op. cit.*, IBFD Publications, 1997, pag. 204, tale limite temporale, non più esistente per i dividendi se non nei limiti indicati nella nota 13, può essere aggirato, atteso che "changing the accounting period end shortly after the purchase of a major shareholding could be a tax efficient move".

dendi (descritte nel paragrafo precedente). Tale dicotomia, che fra l'altro è uno dei principali elementi di differenziazione del regime fiscale delle *holding* lussemburghesi rispetto a quello delle altre *holding* europee (si pensi per esempio alle *holding* olandesi e spagnole), è, ad avviso di chi scrive, una componente che deve essere certamente valutata con attenzione potendo accadere che una *holding* lussemburghese, con riferimento ad una medesima società partecipata, beneficia dell'esenzione sui dividendi percepiti, ma si veda tassata sui *capital gains* realizzati.

2.2. La *holding* del 1929

La *holding* lussemburghese del 1929 costituisce senza dubbio la forma societaria più antica e conosciuta: forma che, utilizzatissima negli anni passati, è venuta però pian piano perdendo importanza a causa dell'introduzione nei diversi Paesi di clausole anti-abuso, subendo poi un duro, ma non mortale (18), colpo dalla ricezione in tutti i Paesi membri della Direttiva comunitaria n. 465 del 23 luglio 1990, nota come la direttiva madre-figlia.

178

(18) A mio avviso la *holding* del 29 rimane, comunque, un ottimo strumento per gestione di grosse liquidità ed anche un'ottima *holding* per persone fisiche residenti a loro volta in giurisdizioni considerate dalle varie legislazioni fiscali internazionali quali paradisi fiscali. Non si può negare comunque, che si tratta di una società, che, pur se nota all'autorità fiscale italiana, non è stata inserita (dimenticanza?) nel decreto del Ministero delle Finanze del 24 aprile 1992, in "il fisco", n. 20 / 1992, pag. 5210, contenente la cosiddetta *black list* dei Paesi a regime fiscale privilegiato e per ciò ancora validamente utilizzabile nei *tax-planning* delle società italiane. Si veda sul punto: *La Fiscalità Internazionale*, in "Guida Normativa, Dossier n. 10", 1997, pagg. 47 e seguenti; P. VALENTE, *op. cit.*, in "il fisco", n. 45, 1997, 13291 ss.; P. MARINO, *Paradisi fiscali: problemi applicativi e proposte di modifica*, in AA.VV., "Aspetti fiscali delle operazioni internazionali", a cura di V. UCKMAR-C. GARBARINO, Milano, 1995, pagg. 420 e seguenti; P. ADOMINO, *Stati e territori aventi regime fiscale privilegiato e la loro concreta identificazione*, in "Dir. e prat. trib.", 1993, n. 3, pagg. 500 e seguenti; T. DI TANNO, *L'indeducibilità dei componenti negativi di reddito nei rapporti con residenti in paradisi fiscali individuati nel D.M. 24 aprile 1992*, in "Boll. trib.", 1992, n. 18, pagg. 1405 e seguenti; CORDEIRO GUERRA, *Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in Paesi o territori a bassa fiscalità*, in "Riv. dir. trib.", 1992, I, pagg. 283 e seguenti; FIORENTINO, *Alcune riflessioni sull'operatività dell'art. 76, comma settimo-bis, e settimo-ter del Tuir e connesse implicazioni in tema di soggettività tributaria*, in "Riv. dir. trib.", 1994, I, pagg. 1160 e seguenti; A. MANZINI, *Nuove norme contro l'abuso dei "paradisi fiscali"*, in "Le società", 1992, n. 1, pagg. 16 e seguenti; U. PERRUCCI, *Ora sotto tiro anche l'elusione internazionale*, in "Boll. trib.", 1992, n. 2, pagg. 175 e seguenti, e *Legge finanziaria e abolizione dei paradisi fiscali*, in "il fisco", n. 15, 1992, pagg. 3816 e seguenti; S. MAYR, *Anche l'Italia avrà una legge contro le cosiddette "società oasi" estere?*, in "Corr. trib.", 1991, n. 43, pagg. 3192 e seguenti, e in "Tax Planning International Review", August 1992, 27;

La società del 29, prevista dalla legge lussemburghese del 31 luglio 1929 (19), è una società completamente esente dalle imposte sui redditi e soggetta esclusivamente al *droit d'abonnement annuel* ed al *droit d'apport*, la nostra corrispondente imposta di registro.

La prima è una tassa di iscrizione annuale determinata in misura proporzionale (0,2%) al valore effettivo delle partecipazioni in portafoglio nell'anno precedente. Al fine di evitare il sorgere di contenziosi per la determinazione del valore effettivo delle partecipazioni, la prassi amministrativa ha elaborato dei criteri di valutazione generali (20): per le società quotate si fa riferimento all'andamento medio della quotazione nell'ultimo anno, mentre per le altre società il parametro assunto è rappresentato dal valore nominale del titolo (per tale si intende il capitale sociale più l'eventuale soprapprezzo). Qualora però la società partecipata distribuisca un dividendo che oltrepassa il 10% del capitale versato la tassa è calcolata su di un valore pari al maggiore tra il valore nominale delle azioni ed un valore determinato moltiplicando i dividendi distribuiti nell'ultimo anno per un coefficiente fisso pari a 10.

L'imposta sui conferimenti (21), pari all'1% del capitale conferito nella società, rappresenta senza alcun dubbio il costo maggiore connesso all'utilizzazione di tale tipo di società (22).

(19) Per una completa analisi della legge si veda, P.J. WARNER, *op. cit.*, IBFD Publications, 1997, pagg. 275 e seguenti, in cui l'autore analizza anche le attività che tale tipo di società può svolgere oltre la mera detenzione di partecipazioni. Si veda inoltre: F. PODDIGHE-M. CEI, *op. cit.*, in "il fisco", n. 3, 1998, 858, ed in "il fisco", 1998, n. 22, 7248; A. GANDOLFI-G. TARANTINI, *op. cit.*, in "Società Bilancio e Contabilità", 1995, Allegato n. 7; G. MAISTO, *Le nuove disposizioni sul Lussemburgo sul regime fiscale delle società "holding"*, in "Dir.prat.trib.", 1978, I, pagg. 615 e seguenti; G. KIOES-E. LECUIT, *Business Operations in Luxembourg*, in "Tax Management Portfolio", Washington, 1972, 2, pag. 164; Kreditbank S.A. Luembourgeoise, *Holding Companies in the Grand-Duchy of Luxembourg*, Lussemburgo, 1970; B. DELVAUX-E. REIFFERS, *Les sociétés holding au Grand-Dutché de Luxembourg*, Lussemburgo, 1969.

(20) È opportuno, comunque, rilevare che è possibile negoziare con l'amministrazione locale dei metodi di valutazione alternativi che determinino anche un valore patrimoniale più basso, qualora ricorrano specifiche giustificazioni. In ogni caso la tassa di abbonamento deve essere versata per ogni anno con periodicità trimestrale, ciò a dire che entro il 20 del mese successivo a ciascun trimestre la società versa un quarto della tassa annuale.

(21) Per chiarezza si ricorda che anche la Soparfi, pur con alcune eccezioni, è soggetta a questo tipo di tassa.

(22) Vari, però, sono i *tax-planning* per ridurre la sua incidenza, si veda sul punto P.J. Warner, *op. cit.*, IBFD Publications, 1997, pag. 283.

Se, quindi, in apparenza il regime fiscale della *holding* del 1929 appare sicuramente vantaggioso, in quanto qualsiasi ricavo percepito (in questa sede si prendono in considerazione esclusivamente dividendi ed i *capital gains*, ma tali *holding* possono, come accennato, svolgere anche altre attività economiche) non è soggetto ad alcuna tassazione, occorre tuttavia rilevare che tale società non può beneficiare dei trattati internazionali stipulati dal Lussemburgo (il che comporta che i dividendi e i *capital gains* realizzati dalla stessa sono spesso soggetti ad una alta tassazione nel Paese di residenza della società partecipata). Ciò nonostante, non vi è dubbio che in ogni caso le società del 1929 possono certamente migliorare l'efficienza fiscale di numerosi *tax-planning* (23) ben prestandosi alla gestione ed alla amministrazione di patrimoni familiari.

3. LA HOLDING OLANDESE

Il regime fiscale delle *holding* olandesi, noto anche con il nome di *Dutch participation exemption*, è solo uno dei tanti vantaggi che offre il Paese dei garofani: vantaggi fiscali che vanno dai benefici concessi alle compagnie di navigazione (24) a quelli previsti per le società finanziarie (25) ovvero per le cosiddette *sub-licensing companies* e che, inoltre, si

180

(23) Basti pensare, tra l'altro, alle opportunità, in termini di tassazione italiana dei *capital gains* realizzati da soggetti non residenti, che l'art. 1, comma 1, del D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, in vigore dal 1° luglio 1998 ha aperto modificando sostanzialmente l'art. 20 del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, la cui lettera *f*, infatti, nella sua recente versione, stabilisce che ai fini dell'applicazione dell'imposta nei confronti dei non residenti si considerano prodotti nel territorio dello Stato "i redditi diversi derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato e da beni che si trovano nel territorio stesso, nonché le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti, con esclusione in ogni caso di quelle derivanti dalla cessione a titolo oneroso delle partecipazioni in società residenti non qualificate ai sensi della lettera *c-bis* del comma 1 dell'articolo 81, negoziate in mercati regolamentati, anche se detenute nel territorio dello Stato".

(24) Sul punto si veda P. KAGER-D. PRINSEN, *Tax Incentives for Netherlands-based Maritime Shopping Enterprises Reviewed in an International Context*, in "Intertax", 1996, n. 4, pagg. 118 e seguenti.

(25) Si veda per un approfondimento del regime fiscale delle società finanziarie olandesi: C.J. LANGEREIS-M.I.E. VAN HERKSEN, *Internazional Aspects of Dutch Financing Companies*, in "Intertax", 1997, n. 6-7, pagg. 265 e seguenti; R.A. VAN DER LAAN-J. PAPEN, *About Netherlands Finance Centres and More*, in "Intertax", 1996, n. 5, pagg. 208 e seguenti; P. LIER, *The Netherlands International Finance Company*, in "Tax Planning International Review", 1997, n. 2, pagg. 12 e seguenti.

concretizzano con i tanti e diversi *rulings* (26) negoziabili con l'amministrazione finanziaria locale.

L'Olanda non è un paradiso fiscale (l'aliquota dell'imposta sul reddito delle società è del 35%, che, comunque, già da sola a confronto di quella italiana - IRPEG ed IRAP - risulta piuttosto vantaggiosa), ma semplicemente un Paese con un sistema fiscale capace di attrarre capitali internazionali e di gestire così un ruolo sempre più importante nell'economia mondiale.

Come per le *holding* lussemburghesi, l'attrattività della *holding* olandese (27) è legata sia al regime di esenzione sui dividendi e *capital gains* realizzati su partecipazioni qualificate (parleremo per semplificare di *participation exemption*), sia all'ampia rete di trattati internazionali conclusi dall'Olanda, e che nella maggior parte dei casi riducono sensibilmente

(26) Si veda per una trattazione completa *International Guide To Advance Rulings, The Netherlands*, IBFD Publications, in cui si affrontano i cosiddetti "cost-plus rulings" ed i cosiddetti "rulings for holding, licence, finance companies" od anche P. LIER, *The Netherlands Tax-Ruling Policy in the Netherlands*, in "Tax Planning International Review", 1995, n. 5, pagg. 28 e seguenti.

(27) La *holding* olandese è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina: F. PODDIGHE-M. CEL, *Ancora sugli arbitraggi di fiscalità internazionale, la holding olandese*, in "il fisco", n. 4, 1999, pagg. 1065; J.B.M.R. VAN DER VOORT, *Holding Companies a Tax Planner's Guide, The Netherlands*, in "International Tax Review Supplement", October 1998, pagg. 19 e seguenti; *European Tax Handbook*, 1998, IBFD Publications, pagg. 339 e seguenti; T. BLOKLAND-J.J. BURGERS, *The Netherlands: New Dutch Rules on the Taxation of gain derived from "Substantial Participation"*, in "Bulletin For International Fiscal Documentation", 1997, n. 7, pagg. 321 e seguenti; *La Fiscalità Internazionale*, in "Guida Normativa, Dossier n. 10", 1997, pagg. 71 e seguenti; P. VALENTE, *op. cit.*, in "il fisco", n. 45, 1997, pagg. 13291 e seguenti; P.M. SMIT, *The Netherlands: Changes in the Participation Exemption*, in "European Taxation", 1997, n. 8, pagg. 279 e seguenti, in cui l'autore sintetizzando le novità fiscali introdotte in Olanda della legge del 13 dicembre 1996 fa una panoramica sul regime fiscale delle *holding* e delle finanziarie; R. BETTEN, *The Netherlands: the New Income Tax Regime for Substantial Shareholders*, in "European Taxation", 1997, n. 5, pagg. 165 e seguenti; R. BETTEN, *The Netherlands: Participation Exemption, Deductibility of Certain Costs*, in "European Taxation", 1997, n. 8, pagg. 165 e seguenti; P. VALENTE, *op. cit.*, in "Dir.Prat.Trib.", 1997, n. 1, pagg. 20 e seguenti; K.W. VALKENBURG, *Netherlands: Holding Structures and Exemptions from Capital Duty and Overview of Recent Developments Concerning non-Discrimination Provision in Tax treaties*, in "European Taxation", 1995, n. 6, pagg. 170 e seguenti; R. ROUWERS, *Netherlands: Reduction of Dutch Withholding Tax for Pass-Throught Dividends*, in "Bulletin For Fiscal Documentation", 1995, n. 3, pagg. 113 e seguenti; D. SNOWDEN, *op. cit.*, in "European Taxation", 1994, n. 5, pagg. 139 e seguenti; G. MAISTO-C. VAN DER BRUNHORST, *Netherlands-Italy: Taxation of Cross-Border Dividends*, in "European Taxation", 1993, n. 3, pagg. 286 e seguenti; LOYENS-LEFEBVRE-RÄDLER, *op. cit.*, IBFD Publication, 1992, pagg. 63 e seguenti; E. MCGREGOR, *op. cit.*, in "Bulletin for International Fiscal Documentation", 1992, n. 7, pagg. 340 e seguenti; G. TE SPENKE-A.P. LIER, *Taxation in the Netherlands*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1992, pagg. 79-85.

le ritenute fiscali sui dividendi (28), interessi e *royalties* in entrata ed in uscita. Altro aspetto in comune con il Lussemburgo è la possibilità o meglio la facilità con cui è possibile contattare e discutere con l'amministrazione finanziaria locale ed avvalersi, pertanto, in modo concreto del cosiddetto "advance tax ruling system".

Ai sensi della normativa vigente, l'applicabilità della *Dutch participation exemption* è subordinata al ricorrere delle seguenti condizioni:

1) la società *holding* olandese (29) detenga almeno il 5% (30) del valore nominale del capitale sociale della società partecipata;

2) la partecipazione non sia considerata come "un attivo circolante": in altri termini la partecipazione non deve essere stata acquistata per la successiva immediata rivendita. Le autorità fiscali olandesi hanno chiarito che tale condizione è prevalentemente finalizzata ad evitare il commercio delle cosiddette "shelf companies": il che fa intendere che tale condizione è in ogni caso soddisfatta qualora la società partecipata svolga una effettiva attività economica (31);

3) la società partecipata sia soggetta ad imposta sul reddito in forza della legge fiscale del proprio Paese di residenza (32);

(28) Di particolare interesse è l'articolo di R. ROUWERS, *op. cit.*, in "Bulletin for International Fiscal Documentation", 1995, n. 3, pagg. 113 e seguenti, in cui l'autore descrive la possibilità concessa dalla normativa fiscale olandese di utilizzare la ritenuta sui dividendi subita nel Paese di residenza della società partecipata al fine di ridurre l'eventuale ritenuta sui dividendi a loro volta pagati dalla società olandese ai propri soci. Su tale argomento si veda anche: P. LIEF-F. VAN HORZEN, *Netherlands Withholding Tax Credit For Redistributed Foreign Dividends*, in "Tax Planning International Review", 1995, n. 6, pagg. 3 e seguenti, e, *The Netherlands Changes its Rules on Unilateral Relief for Double Taxation*, in "Tax Planning International Review", 1996, n. 7, pagg. 3 e seguenti.

(29) Si assume che la *holding* olandese rivesta la forma giuridica di una *Besloten Vennootschap*, meglio nota come BV, ovvero di una *Naamloze Vennootschap*, detta anche NV.

(30) È comunque importante ricordare che in determinate condizione la percentuale di partecipazione può essere anche ridotta.

(31) Si noti che solo queste due sono le condizioni affinché la *participation exemption* possa essere applicata ad una partecipazione in un'altra società olandese. Si veda sul punto LOYENS-LEFEBVRE-RÄDLER, *op. cit.*, IBFD, Publications, 1992, pag. 65.

(32) A differenza del Lussemburgo, dove la prassi amministrativa ha individuato una aliquota minima a cui il reddito della società estera partecipata dovrebbe essere soggetto, in Olanda è sufficiente che il reddito estero sia soggetto ad imposizione non essendo prevista, almeno in teoria, alcuna limitazione quantitativa: sul punto, tra gli altri P. VALENTE, *op. cit.*, in "il fisco", n. 45, 1997, pag. 13293. Si noti, inoltre, che alcuni paesi (ad esempio *Hong Kong*) non sono considerati come stati sovrani ai fini nell'applicazione della *participation exemption*.

4) la società partecipata abbia personalità giuridica (33) ed il capitale sociale sia diviso in azioni;

5) la partecipazione non sia detenuta dalla *holding* olandese con esclusive finalità di investimento (*portfolio investment test*). In altri termini, è necessario che la società olandese abbia un effettivo interesse economico nell'investimento in quella determinata società, cioè sia interessata ed in qualche modo connessa al *business* della partecipata (34).

Nel caso in cui la società partecipata sia residente in uno Stato della Comunità europea ed il cosiddetto *portfolio investment test* non sia soddisfatto, la *participation exemption* trova comunque applicazione qualora ricorrano le seguenti condizioni:

1) la società olandese detenga una partecipazione almeno pari al 25% del valore nominale del capitale sociale della società estera ovvero, qualora sia previsto dal trattato contro le doppie imposizioni concluso dall'Olanda con l'altro Paese aderente alla Comunità europea al fine di beneficiare della riduzione della ritenuta sui dividendi (35), pari al 25% dei diritti di voto nella società partecipata;

2) la società partecipata sia soggetta nel Paese di residenza, senza possibilità di opzione o di esonero, ad una delle imposte sul reddito menzionate nella Direttiva CE n. 435/90;

3) sia la società olandese che la società partecipata rivestano una delle forme giuridiche menzionate nella Direttiva CE n. 435/90;

4) la società olandese e quella partecipata non siano considerabili come residenti in territori estranei alla Comunità europea in base a trattati conclusi con un Paese extra-CE;

5) la società partecipata risieda, ai fini fiscali, in uno Stato membro della Comunità europea.

Nel caso in cui le condizioni sopra menzionate vengano soddisfatte, la *holding* olandese potrà ricevere dividendi ovvero realizzare *capital gains*

(33) Il *Staats-Secretaris van Financien* n. DGO 97-00417 del 17 settembre 1997 ha stabilito le condizioni in presenza delle quali la *participation exemption* si applica anche alle *partnership*.

(34) Discorso a parte merita la partecipazione della *holding* olandese in società finanziarie estere, che spesso sono localizzate in giurisdizioni a bassa tassazione. Un recente *Ministerieële regeling* ha definito in modo tassativo le strette condizioni che devono essere soddisfatte al fine di beneficiare della *Dutch participation exemption* anche in relazione alla partecipazione in società finanziarie.

(35) Tale criterio dei diritti di voto è previsto nei trattati contro le doppie imposizioni conclusi dall'Olanda con la Germania, l'Italia, l'Irlanda e il Regno Unito.

relativamente alle partecipazioni in società residenti ovvero estere in completo regime di esenzione. È da sottolineare, inoltre, che, nel caso di partecipazione in società estera, tali proventi (dividendi e *capital gains*) con molte probabilità, data l'ottima *network* di trattati internazionali di cui gode l'Olanda ed alla luce altresì della disciplina dei dividendi pagati all'interno della Comunità europea di cui alla Direttiva 435/90, perverranno alla *holding* olandese senza scontare nessuna imposta o, al massimo, subendo lievi prelievi nel Paese di origine.

Nel caso in cui la *holding* olandese sia una cosiddetta *intermediate Dutch holding company*, sia cioè a sua volta controllata da un'altra società non residente, i dividendi distribuiti ai propri soci sono soggetti, in linea di principio, ad una ritenuta alla fonte del 25%. In ogni caso, i trattati internazionali conclusi dall'Olanda riducono sostanzialmente tale aliquota (36), che risulta persino azzerata nel caso di distribuzione di dividendi a società residenti in uno Stato membro della Comunità europea qualora si verifichino le seguenti condizioni:

1) la società madre abbia detenuto ininterrottamente da almeno un anno alla data della relativa delibera di distribuzione una partecipazione pari almeno al 25% (37) del valore nominale del capitale sociale della società olandese ovvero, qualora sia previsto dal trattato contro le doppie imposizioni concluso dall'Olanda con l'altro Paese aderente alla Comunità europea al fine di beneficiare della riduzione della ritenuta sui dividendi, pari al 25% dei diritti di voto. In ogni caso la società olandese, an-

184

(36) Di particolare rilievo, in quanto comunemente utilizzato nei *tax-planning* internazionali, è il trattato contro le doppie imposizioni concluso dall'Olanda con le Antille olandesi. Tale trattato, infatti, anche se in corso di nuova negoziazione, risulta essere, sia nella vecchiaia che nella prevista nuova versione, oltremodo vantaggioso se non addirittura assolutamente unico nel suo genere: si veda sul punto *Taxation & Investment in the Caribbean, The Netherlands Antilles*, IBFD Publications.

(37) Nel caso in cui si verifichino alcune condizioni la percentuale di possesso è ridotta al 10%. A tal fine, è necessario in particolare che:

a) i dividendi distribuiti siano esenti o, comunque, diano il diritto ad un credito di imposta nello Stato membro della CE, di residenza della società madre sulla base dell'articolo 4 della Direttiva CE 435/90;

b) lo Stato membro della CE, in cui è residente la società madre, applichi la regola prevista dall'articolo 5 della Direttiva CE 435/90 per l'ipotesi in cui una società ivi residente distribuisca dividendi ad una società olandese che ne possiede almeno il 10%.

Attualmente tali condizioni sono soddisfatte solo da quattro Paesi membri della Comunità europea: Germania, Grecia, Lussemburgo e Regno Unito. Per maggiori approfondimenti di particolare interesse: *The Taxation of Companies in Europe, The Netherlands*, IBFD Publications ed *European Tax Handbook, The Netherlands*, IBFD Publications, 1998, pag. 343.

che qualora tale termine non sia ancora decorso, può distribuire i dividendi senza operare alcuna ritenuta fiscale a condizione che rilasci una garanzia alle autorità fiscali: se tuttavia durante l'anno la partecipazione scende al di sotto del 25%, la ritenuta sarà comunque dovuta (38);

2) sia la società madre che la società olandese siano soggette nel Paese di residenza, senza possibilità di opzione o di esonero, ad una delle imposte sul reddito menzionate nella Direttiva CE n. 435/90: al riguardo il regime di *participation exemption*, di cui può eventualmente beneficiare la società olandese, è considerato di per sé idoneo a soddisfare tale condizione;

3) sia la società madre che la società olandese rivestano una delle forme giuridiche menzionate nella Direttiva CE n. 435/90;

4) sia la società madre che la società olandese non possano considerarsi come residenti in territori estranei alla Comunità europea in base a trattati conclusi con un Paese extra-CE;

5) la società partecipata risieda, ai fini fiscali, in uno Stato membro della Comunità europea;

6) la società olandese notifichi entro un mese dalla delibera di distribuzione dei dividendi, ovvero dal pagamento degli stessi, all'autorità fiscale alcune informazioni concernenti la delibera stessa e la società madre;

7) il trattato contro le doppie imposizioni concluso tra l'Olanda e il Paese di residenza della società madre non contenga una clausola anti-abuso che impedisca alla società madre di beneficiare della riduzione della tassazione sui dividendi ricevuti dalla società olandese.

1

L'attrattività del regime fiscale delle *holding* olandesi, così come ricostruito nei suoi lineamenti generali, dovrebbe, comunque, essere visto ed analizzato alla luce dell'intero sistema fiscale olandese per essere compreso nella sua globalità: di particolare rilevanza, infatti, sono le regole relative alla deducibilità degli interessi passivi (derivanti, ad esempio, dai mutui contratti dalle *holding* olandesi per l'acquisizione di partecipazioni rilevanti), dei costi di gestione di tali partecipazioni, delle svalutazioni dovute ad un deprezzamento delle società partecipate, nonché le norme che definiscono le modalità ed i limiti di finanziamento di tali *holding*.

4. LA HOLDING SPAGNOLA

La Spagna non è più una sorpresa e neanche una incognita: non si può negare, infatti, che, tra i Paesi cosiddetti latini (ivi compresa l'Italia),

(38) Si veda LOYENS-LEFEBVRE-RÄDLER, *op. cit.*, IBFD Publications, 1992, pagg. 74 e 75.

la Spagna è quello che più degli altri ha, almeno nell'ultimo decennio, realizzato decisivi cambiamenti in termini di produttività, di efficienza e di modernizzazione (39). A tale sviluppo sociale ed economico ha fatto seguito anche un'evoluzione del regime fiscale interno al quale bisogna certamente riconoscere il merito di avere assecondato, incentivato o comunque seguito la crescita economica del Paese (40).

L'esempio più lampante dell'acquisita modernità del sistema fiscale spagnolo (41) è senza alcun dubbio il cosiddetto *International Spanish Holding Regime* introdotto con la legge n. 20 del 20 dicembre 1996, attraverso il quale il governo spagnolo è riuscito ad aumentare l'attrattività della Spagna in ambito internazionale riducendo, in presenza di specifiche condizioni, il rischio di doppia tassazione sui dividendi in entrata ed in uscita.

In particolare la *holding* spagnola (42) è una società che ha per oggetto principale la gestione e l'amministrazione di partecipazioni in so-

(39) Non a caso la Spagna è, fra i Paesi aderenti alla Comunità europea, uno di quelli con la più elevata crescita annua del prodotto interno lordo.

(40) Si pensi, ad esempio, ai benefici fiscali previsti per le società costituite nelle Canarie. Sul punto si veda fra gli altri: A. DE JUAN Y LEDESMA, *Canary Islands and Madeira Free Zone Regimes: Some Issues and Prospects*, in *European Taxation*, 1997, 5, pagg. 173 e seguenti; T. ROSEMBUJ, *Fiscal Opportunities in the Canary Islands*, in "Intertax", 1996, 10, pagg. 396 e seguenti; J. ROMERO, *Utilización de la Zona Especial Canaria (ZEC) por sociedades residentes in Espana*, in "Impuestos n. 7", 1995.

(41) Per una sintesi sul sistema fiscale spagnolo: *The Taxation of Companies in Europe, Spain*, IBFD Publications; *European Tax Handbook, Spain*, IBFD Publications, 1998, pagg. 439 e seguenti.

(42) Per un ulteriore approfondimento del regime fiscale delle *holding* spagnole si vedano: M. CRUZ AMORÓS-S. BARRENECHEA, *Holding Companies a Tax Planner's Guide, Spain*, October 1998, pagg. 25 e seguenti; C. GABARRÒ, *The Spanish Holding Company Régime-An Illustration*, in "Tax Planning International Review", 1998, n. 5, pagg. 3 e seguenti, in cui l'autore, attraverso dei grafici esemplificativi, evidenzia l'utilità dell'utilizzo della *holding* spagnola in numerosi *tax-planning*; J. ALBÓS, *Tax System fo Holding Companies for Foreign Securities*, in "Intertax", 1998, n. 4, pagg. 141 e seguenti; A. ESCADA-J.M. CUSI, *More on Holding Company Regime*, in "European Taxation", 1997, n. 11, pagg. 424 e seguenti; J.J. TERRAZA-N. J. MUNÍZ, *Spain: New Holding Company Regime*, in "European Taxation", 1997, n. 4, pagg. 145 e seguenti; P. VALENTE-TERRAZA, *La nuova holding spagnola*, in "Commercio Internazionale", 1997, n. 7, pagg. 335 e seguenti; J. MARTIN, *The Tax Scheme Applicable To Spanish Foreign Securities Companies*, in "Tax Planning International Review", 1997, n. 5, pagg. 21 e seguenti; S.G. HIRONI, *Spain, Tax Change Seen as Incentive for Foreign Firms*, in "Tax Planning International Review", 1997, n. 4, pagg. 30 e seguenti; R. CESERO, *Spain: New Holding Company Regime for Outbound Investments*, in "Intertax", 1996, n. 12, pagg. 460 e seguenti; R.G. DE MEMBRILLERA DOLSET-H.RODRÍGUEZ MOLNAR, *How Spain Treats Inward and Outward Investment via Tax Heavens*, in "Tax Planning International Review", 1995, n. 3, pagg. 13 e seguenti, dove sono indicati i singoli Paesi ricompresi nella cosiddetta *black list* spagnola.

cietà non residenti nel territorio spagnolo e che, in presenza di alcune specifiche condizioni, gode di un regime fiscale di favore in relazione ai dividendi incassati e pagati ed ai *capital gains* realizzati su tali partecipazioni in portafoglio: tale regime fiscale, tuttavia, non può essere applicato automaticamente da parte delle società *holding*, ma è soggetto a specifica approvazione da parte della amministrazione finanziaria (43).

La società che intende beneficiare del regime fiscale delle *holding* spagnole deve, infatti, farne esplicita richiesta, mediante un apposito modello, all'amministrazione finanziaria locale, la quale, ai sensi dell'art. 38 della legge fiscale spagnola, è tenuta a rispondere entro tre mesi, considerandosi l'eventuale silenzio come silenzio-assenso così che, in mancanza di risposta, la richiesta verrà considerata come approvata (44). Mentre i vantaggi di cui la *holding* spagnola può beneficiare sono simili a quelli già evidenziati in relazione alle *holding* olandesi e lussemburghesi (i.e. esenzione dei dividendi in entrata ed in uscita e dei *capital gains* realizzati) le condizioni di applicazione sono significativamente differenti e rendono pertanto la *holding* spagnola del tutto peculiare rispetto alle altre.

In particolare, i dividendi percepiti dalla *holding* spagnola sono considerati esenti qualora si verifichino le seguenti condizioni:

1) la società spagnola possieda, direttamente od indirettamente (45), almeno il 5% del capitale sociale di una società non residente;

(43) Cfr. in particolare: A. ESCODA-J.M. CUSI, *op. cit.*, in "European Taxation", 1997, n. 11, pag. 426.

(44) Sul punto: R. CASERO, *op. cit.*, in "Intertax", 1996, n. 12, 471; A. ESCODA-J.M. CUSI, *op. cit.*, in "European Taxation", 1997, n. 11, pag. 426, i quali ultimi indicano i documenti che bisogna allegare al modello da presentare all'Amministrazione finanziaria spagnola al fine di ottenere il riconoscimento del regime fiscale *de quo*:

- statuto della società richiedente;
- lista delle società straniere partecipate;
- descrizione delle attività svolte dalle società partecipate;
- bilancio iniziale, ovvero, ultimo bilancio della società richiedente;
- descrizione della struttura societaria del gruppo.

Tale documentazione deve poi essere fatta pervenire al seguente indirizzo: Dirección General de Tributos, Guzmán el Bueno 139, Madrid 23071, Spain.

È, inoltre, rilevante evidenziare che tale approvazione non è assoggettata a limiti temporali, potendo il regime fiscale di favore essere applicato da parte della società beneficiaria fino a quando le circostanze evidenziate nel modulo di richiesta non siano mutate.

(45) È importante sottolineare che la società spagnola, al fine di beneficiare del regime di esenzione dei dividendi e dei *capital gains*, deve possedere anche indirettamente il 5% del capitale sociale della società partecipata. Ciò significa che qualora la società spagnola posseda il 5% di una società, ad esempio, olandese che a sua volta

2) la partecipazione sia stata posseduta ininterrottamente da almeno un anno alla data in cui i dividendi ovvero i *capital gains* sono maturati (46);

3) la società partecipata sia soggetta, senza possibilità di esenzione, ad un'imposta locale sul reddito simile a quella spagnola e, comunque, non risieda in un cosiddetto *Tax haven* (47);

4) i proventi ricevuti dalla società partecipata derivino da un *active business* svolto fuori dal territorio spagnolo (48);

5) l'amministrazione della società spagnola sia condotta attraverso una reale organizzazione idonea ad escludere che si tratti di una cosiddetta *paper company*;

6) in caso di *capital gains* derivanti da cessioni di partecipazioni che soddisfano i requisiti di cui sopra, è in fine necessario che, qualora l'acquirente sia residente in Spagna, esso non sia "legato" al venditore. Il concetto di legame è quello contenuto nelle norme interne che regolano le cosiddette *arm's-length transactions* (49).

È doveroso, comunque, rilevare che, quand'anche le condizioni di cui sopra siano rispettate, la *holding* spagnola potrebbe non beneficiare del particolare regime di esenzione qualora fosse considerata "trasparente" dal punto di vista fiscale. In altri termini, nel caso in cui la società spa-

188

detenga il 5% di una società italiana, la società spagnola non potrà godere di tale regime in relazione alla partecipazione indiretta nella società italiana. Si veda per tutti, R. CASERO, *op. cit.*, in "Intertax", n. 12, 1996, pag. 464.

(46) Sul punto, di particolare interesse l'osservazione di R. CASERO, *op. cit.*, in "Intertax", n. 12, 1996, pag. 464, il quale opportunamente rileva che "the legislation also established a minimum duration of holding of one year prior to the date when dividends are accrued, which, according to the Spanish tax legislation, is when the general shareholders' meeting agrees the distribution of profit; this is the date when dividends are placed at the disposition of the shareholder or recipient, and when the tax liability arises in respect of dividends".

(47) Per la lista dei Paesi considerati paradisi fiscali dalla legge spagnola si veda C. GABARRÓ, *op. cit.*, in "Tax Planning International Review", 1998, n. 5, pag. 4.

(48) Più precisamente almeno il 90% di tali proventi deve derivare da un'attività di impresa effettivamente svolta al di fuori del territorio spagnolo e si considerano inclusi in detto 90% sia i proventi derivanti dalla cessione di attività strettamente connesse al *business* esercitato sia i dividendi e i *capital gains* che derivano dal trasferimento di azioni in società non residenti che avrebbero soddisfatto i requisiti per l'esenzioni. Si veda A. ESCODA-J.M. CUSI, *op. cit.*, in "European Taxation", 1997, n. 11, pag. 425.

(49) Per un approfondimento di tale normativa si veda R. CASERO, *op. cit.*, in "Intertax", 1996, n. 12, pag. 465, nota 14.

gnola sia considerata, sotto il profilo fiscale, alla stregua di una società di persone italiana (nel senso cioè che il reddito realizzato viene imputato direttamente ai soci in proporzione della relativa partecipazione) i dividendi percepiti e i *capital gains* realizzati attraverso la gestione di partecipazioni in società non residenti non godrebbero del regime di esenzione *de qua*. In particolare, secondo la legge spagnola una *holding* è considerata trasparente dal punto di vista fiscale qualora:

1) più del 50% dell'attivo sia costituito da *securities*. In ogni caso, le *securities* che danno diritto almeno al 5% dei diritti di voto nelle società partecipate e che sono possedute in modo non passivo non rilevano a tal fine. A questo punto si comprende anche l'importanza dell'esistenza di una organizzazione di persone e di cose che provi l'esistenza di una effettiva gestione delle partecipazioni in portafoglio;

2) più del 50% del suo capitale appartenga ad un solo nucleo familiare ovvero ad un gruppo di non più di dieci soci.

Ove, quindi, ricorrano tutte le condizioni sopra meglio specificate (e sia altresì superato, per così dire, il test della "trasparenza"), la *holding* spagnola potrà ricevere dividendi ovvero realizzare *capital gains* senza pagare alcuna imposta sui redditi. Il maggiore vantaggio del regime fiscale spagnolo, però, consiste principalmente nella maggiore facilità, rispetto alla *holding* olandese ed alle *holding* lussemburghesi, di distribuire dividendi ai propri azionisti esteri, siano essi società ovvero persone fisiche, senza alcuna ritenuta di imposta.

Infatti, al fine di beneficiare di tale esenzione da ritenuta di imposta sui dividendi pagati ai propri soci esteri, ove tali dividendi siano composti da redditi esenti in forza delle norme sopra citate, è sufficiente che i soci non siano residenti in un Paese considerato dalla legge spagnola come un paradiso fiscale. Nel caso in cui, invece, il dividendo distribuito dalla *holding* spagnola sia composto da proventi non esenti, in quanto non rispondenti ai requisiti richiesti, dovrà essere applicata una ritenuta del 25%, ovvero inferiore qualora così preveda il trattato contro la doppia imposizione siglato dalla Spagna con il Paese in cui è residente il socio percipiente.

Nel caso in cui la *holding* spagnola disponga di entrambi i tipi di redditi, vale a dire sia di redditi esenti che di redditi tassati, si considererà distribuita per prima quella parte del reddito costituita da proventi esenti: in tal modo è quindi è possibile, qualora si disponga di entrambi i tipi di proventi, differire il pagamento delle ritenute fiscali (50).

(50) Sul punto: A. ESCODA-J.M. CUSI, *op. cit.*, in "European Taxation", 1997, n. 11, pag. 425; *The Taxation of Companies in Europe*, Spain, IBFD Publications.

Alla luce di questa, pur sintetica, descrizione del sistema fiscale delle *holding* spagnola è evidente come tale tipo di società, qualora utilizzato in combinazione con la *holding* olandese ovvero lussemburghese, possa costituire un ottimo strumento per trasportare, in totale o parziale esenzione, dividendi dall'Europa agli Stati Uniti e più in generale a Paesi extra-CE. Il limite fondamentale di tale tipo di società è tuttavia, a mio avviso, rappresentato dalla non esenzione da ritenuta dei dividendi da essa pagati a società residenti in paradisi fiscali: limite che tra l'altro esclude tale società da tutti quei *tax-planning* che prevedono l'utilizzo di società *off shore*.

5. BREVE PANORAMICA SULLE ALTRE HOLDING EUROPEE

Nonostante la mia analisi si sia soffermata esclusivamente sui regimi fiscali delle *holding companies* tradizionalmente più note che ci offre il panorama europeo, si cercherà, comunque, in questo breve paragrafo di dare un rapido sguardo anche agli altri regimi fiscali privilegiati per la localizzazione di società di partecipazione azionaria presenti nel vecchio continente. Ebbene l'aspetto che più sorprende è che, accanto agli ormai più noti Paesi europei sensibili alla concorrenza fiscale come leva di attrazione di investimenti, si sono aggiunti negli ultimi anni nuovi Paesi i quali, al fine di contrastare una fuga sempre più ingente di capitali e di redditi imponibili, si sono dotati di particolari norme fiscali agevolative per la localizzazione delle *holding companies*.

Il panorama legislativo europeo, invero, offre molte altre opportunità fiscali in relazione all'oggetto della presente trattazione, tra le quali, a mio avviso, di una certa importanza è il regime fiscale di favore previsto per le *holding* belghe (51), che, nonostante l'innegabile similitudine con la *Soparfi* lussemburghese (52), grazie al recente Decreto Regio del 20 dicem-

(51) Si veda per un approfondimento: B. BOONE-P. COOSEMANS, *New Belgian Tax Measures Confirmed by Law of 13 June 1997*, in "Intertax", 1998, n. 1, pagg. 31 e seguenti; P. LION-S. DOUÉNIAS, *The New Belgian Participation Exemption Regime*, in "European Taxation", 1997, n. 3, pagg. 95 e seguenti, in cui gli autori approfondiscono le recenti novità del sistema fiscale belga; G. De Neef-B. Malvaux, *New Belgian Rules on Dividend Income and Capital Gain exemption*, in "Intertax", 1997, n. 8-9, pagg. 290 e seguenti; P. GORIS, *Belgium: Participation exemption Modified and Other 1997 Budget Measures*, in "European Taxation", 1997, n. 3, pagg. 95 e seguenti; D. SNOWDEN, *op. cit.*, in "European Taxation", 1994, n. 5, pagg. 139 e seguenti; LOYENS-LE-FEBVRE-RÄDLER, *op. cit.*, IBFD Publications, 1992, pagg. 17 e seguenti.

(52) Piuttosto simili a quelle previste dalla legge lussemburghese sono, infatti, le condizioni per l'applicazione della *participation exemption* (95% per i dividendi e 100% per i *capital gains*) in Belgio. Invero la *holding* belga gode dell'esenzione per i dividendi

bre 1996, pubblicato sulla *Official Gazette* del 31 dicembre dello stesso anno, hanno aumentato la loro attrattività. Secondo queste recenti innovazioni, infatti, anche le partecipazioni in società finanziarie residenti in Europa (53) con regimi fiscali di favore sembrerebbero poter beneficiare dell'esenzione dei dividendi e dei *capital gains*. Questo tipo di *holding* appare, inoltre, molto attraente se si considera che i *capital gains* da essa realizzati attraverso la cessione di partecipazioni sono in linea di principio esenti indipendentemente dalla percentuale di possesso del capitale della società partecipata ovvero dall'ammontare dell'investimento iniziale.

Molto utilizzate nei *tax-planning* internazionali sono state, negli anni più recenti, anche le cosiddette *International Headquarter companies* (54)

pagati da una società figlia qualora si verificano contemporaneamente le seguenti condizioni:

1) la società belga detenga almeno il 5% del capitale sociale della società partecipata, ovvero il costo di acquisizione della stessa sia almeno pari a 50 milioni di franchi belgi. Ci sono, comunque, alcuni casi in cui tali requisiti non sono richiesti (es. società assicurative).

2) la società partecipata sia soggetta ad un'imposta sul reddito delle società nel suo Paese di residenza simile a quella belga ed in ogni caso non sia residente in un Paese il cui sistema fiscale è sostanzialmente più vantaggioso di quello belga. Particolari norme sono previste per le *financing, investment, treasury and offshore subsidiaries*.

È importante sottolineare che i *capital gains* realizzati dalla *holding* belga sono in linea di principio esenti indipendentemente dalla quota di partecipazione ovvero dall'ammontare dell'investimento iniziale.

(53) Per tali si intendano le *Belgian Coordination Centres* - in relazione alle quali segnalo per la completezza di esposizione B. GANGEMI, *Belgian Coordination Centres from an Italian Perspective*, in "European Taxation", 1995, n. 8, pagg. 274 e seguenti - e le *Irish International Finance Service Centre* - si segnala per una più ampia analisi del sistema fiscale irlandese C. HACCIUS, *Ireland in International Tax Planning*, IBFD Publications, 1995.

(54) Si veda per un approfondimento della questione: A. CROSTI, *Utilizzo della International Headquarters Company come strumento di pianificazione fiscale: alcune considerazioni*, in "il fisco", n. 35, 1998, pagg. 11541 e seguenti; D. HUGHES, *United Kingdom: Recent Changes to the UK Tax Credit Regime, the Abolition of ACT, and Certain Related Matters*, in "Bulletin for International Fiscal Documentation", 1998, n. 1, pagg. 19 e seguenti e M. GAMMIE, *The End of Imputation; Changes in UK Dividend Taxation*, in *Intertax*, 1997, n. 10, 333 ss., in cui gli autori evidenziano gli effetti sulle *UK holding* dei recenti cambiamenti normativi; per una disamina del regime delle *International Headquarters* si vedano fra gli altri E. HOUGHEY, *Foreign Income Dividends - One Year On*, in "Tax Planning International Review", 1995, n. 11, pagg. 13 e seguenti; E. TOMSETT, *United Kingdom: Holding Company Regime*, in "Bulletin for International Fiscal Documentation", 1993, n. 10, pagg. 559 e seguenti; J. COOKLIN, *International Headquarters*, in "European Taxation", 1994, n. 9, pagg. 320 e seguenti; J. GRAHAM, *The EC Parent-Subsidiary Directive and UK Advantage Corporation Tax: Abuse by the Tax Authorities*, in "European Taxation", 1992, n. 10, pagg. 353 e seguenti.

che, nonostante dovrebbero diventare obsolete dal 6 aprile 1999 a causa delle modifiche legislative introdotte nel Regno Unito (55), avevano, ed hanno tuttora, il non irrilevante vantaggio che i dividendi da esse distribuiti sono esenti da ritenuta anche nel caso in cui il percipiente sia residente in un paradiso fiscale. In altri termini, l'utilizzo di questa società appare molto utile qualora sia combinato con una Soparfi ovvero una *holding* olandese, in quanto permette la possibilità di distribuire utili ad azionisti i quali non siano residenti in Paesi protetti da trattati contro la doppia imposizione. Limite di queste società rimane invece la tassazione dei *capital gains* realizzati attraverso la cessione di partecipazioni in altre società ovvero dei dividendi ricevuti dalle società partecipate generati a loro volta da *capital gains* esenti, infatti, la *International Headquarter company* non gode di alcuna esenzione fiscale con riferimento a tali proventi. Anche in tali casi, comunque, gli esperti di fiscalità internazionale hanno escogitato, attraverso, ad esempio, l'interposizione di una *holding* olandese che emette due diverse categorie di azioni una in favore della società inglese e l'altra in favore di una società *offshore*, diverse soluzioni che neutralizzano tale problema.

Altrettanto attraente, anzi direi incredibilmente vantaggioso qualora si soddisfino le non insuperabili norme anti-abuso locali, è la *holding* austriaca (56), che inoltre, insieme alla *holding* cipriota, è tradizionalmente considerata, grazie ai trattati fiscali internazionali stipulati, uno dei migliori *vehicle* attraverso cui pilotare gli investimenti nell'Europa orientale ed in particolare in Russia. Le *Austrian International Holding Companies* godono, infatti, di un regime di esenzione per quanto riguarda i dividendi percepiti e i *capital gains* realizzati in relazione a partecipazioni in società non residenti pari almeno al 25% del loro capitale sociale per un ininterrotto periodo di due anni (57) e, pertanto, qualora utilizzate nel

(55) Su tale argomento, oltre alla dottrina citata nella nota 53, si segnala per la completezza di esposizione e la pluralità delle problematiche affrontate H. NOWLAN, *The Abolition of ACT*, in "The Corporate Tax Review", Volume 1, Issue 2, 1998, pagg. 195 e seguenti; M. GAMMIE, *UK Imputation, Past, Present and Future*, in *Bulletin For International Fiscal Documentation*, 1998, n. 10, 429 ss.; P. Baker, *Some Aspects of United Kingdom Double Taxation Relief*, in *Bulletin For International Fiscal Documentation*, 1998, n. 10, pagg. 445 e seguenti.

(56) Si veda fra tutti: *European Tax Handbook, Austria*, IBFD Publications, 1998, 45 ss.; R. Leiter, *Austria: Holding Company taxation in Austria*, in "Bulletin for International Fiscal Documentation", 1997, n. 4, pagg. 173 e seguenti; G. Gahleitner, *Austria: Implementation of the Parent-Subsidiary Directive and New Anti-Abuse Provisions*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1995, n. 5, pagg. 219 e seguenti;

(57) Tale limitazione temporale è, comunque, relativamente ai dividendi, attenuata dalla più volte richiamata sentenza *Denkavit* della Corte di Giustizia europea.

rispetto delle surrichiamate norme anti-elusive, possono diventare degli ottimi strumenti per il rimpatrio di profitti realizzati da società residenti in giurisdizioni *offshore*.

Non ancora chiaro al momento in cui si sta terminando il presente lavoro è il nuovo regime fiscale di cui beneficerebbero le nuove *holding* danesi (58) previste nella proposta di legge L51 del Ministro delle finanze austriaco. Proposta di legge che, almeno dalle prime indiscrezioni, sembrerebbe essere stata redatta in modo tale da non violare gli accordi presi dagli Stati darenti alla UE con l'adozione del Codice di condotta approvato dal Consiglio Ecofin del 1° dicembre 1997. La nuova *holding* danese, più precisamente, dovrebbe godere di una esenzione fiscale per i dividendi pagati dalle società partecipate in cui essa detiene almeno il 25% del capitale sociale a condizione che, però, quest'ultima svolga una attività effettiva (59) indipendentemente, almeno sembra, dal livello di tassazione al quale queste sono soggette. Inoltre tali nuove società di partecipazioni goderebbero anche di una esenzione di imposta sui redditi per le plusvalenze realizzate attraverso la cessione di partecipazioni qualificate (il limite dovrebbe essere sempre il 25%) a condizione che siano state detenute per un periodo di almeno tre anni. Infine e non di scarso interesse pratico sembrerebbe essere l'esenzione da ritenuta sui dividendi pagati da tali *holding* danesi a società non residenti che detengano almeno il 25% del loro capitale sociale.

19

Orbene, all'interno della Comunità europea (non si è fatto cenno alle *holding* tedesche che comunque godono di un particolare regime di esenzione per i dividendi incassati ed i *capital gains* realizzati su partecipazioni qualificate) coesistono diversi regimi fiscali di favore per le *holding companies* i quali, nella loro diversità, hanno come comune denominatore la possibilità di esentare da imposte i redditi (dividendi e/o *capital gains*) maturati dalla gestione economica delle partecipazioni in portafoglio sempre che si verifichino specifiche condizioni. Al di là di alcune forme patologiche (tra le quali includerei certamente il regime fiscale delle *Austrian international holding companies*), la cui presenza altera oltremodo la concorrenza fiscale all'interno della Comunità europea e sembra incompatibile con il Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese approvato dal Consiglio Ecofin il 1° dicembre 1997, si rileva, a mio avviso,

(58) Per un primo appunto si veda F. ANDREOLI-G. MAISTO, *Copenhagen, in vista sconti sui dividendi delle holding estere*, in "Il Sole-24 Ore" del 7 gennaio 1999, pag. 19.

(59) Nonostante non sia ancora possibile prevedere cosa il legislatore danese intenda per attività effettiva, si intuisce che tale punto costituirà l'elemento principale per valutare l'ampiezza e l'effettiva utilità del nuovo regime fiscale danese per le società di partecipazione azionaria

una certa uniformità tra le varie norme agevolative la tassazione dei dividendi ed i *capital gains* introdotte da molti Stati membri. Tale constatazione mi induce a fare alcune considerazioni e, in particolare, a chiedermi come ed in quale direzione debba essere indirizzato il processo di armonizzazione, su base europea, dei sistemi di tassazione sulle imprese. In altri termini e con particolare riferimento all'oggetto della presente trattazione, constatata l'oramai generalizzata tendenza all'interno della Comunità ad agevolare la posizione fiscale delle società di partecipazione azionaria, ci si chiede se forse non sia più rapido e conveniente procedere ad una armonizzazione verso il basso, intendendosi per tale, un invito a modellare i sistemi impositivi europei più rigorosi (pochi in tema di tassazione delle *holding companies*) su quelli, assai più competitivi e numerosi, degli altri *partners* europei (60). D'altra parte anche alla luce della nuova normativa antielusione, introdotta dal D.Lgs dell'8 ottobre 1997, n. 358 (61), non sembrerebbe sanzionabile il comportamento di chi, guardando al di fuori dei propri confini geografici, si accorga che nell'ambito della Comunità europea vi sono Paesi che offrono delle condizioni più favorevoli alla localizzazione delle *holding companies* e pertanto si indirizzi verso questi: invero, non si può negare all'operatore economico il diritto, costituzionalmente garantito, di scegliere, tra le diverse opzioni, quella economicamente più conveniente.

194

6. LE HOLDING ITALIANE

A differenza di molti degli altri Paesi europei, l'Italia non si è dotata di una normativa fiscale *ad hoc* per le società di gestione di partecipazioni sociali, lasciando così all'interprete il compito di ricercare, nel conculso magma delle norme che regolano il nostro sistema fiscale, quelle che possono in realtà riguardare o comunque influenzare la vita di una *holding* residente in Italia.

Se, tuttavia, molto si è scritto sul regime di tassazione dei dividendi

(60) Per una sintesi delle incentivazioni fiscali all'interno della Comunità europea si veda E. NUZZO, *Le incentivazioni fiscali e le attività economiche in ambito CEE*, in "Rassegna tributaria", 1998, n. 5, pagg. 1211 e seguenti.

(61) Per un primo commento sulla nuova normativa antielusione si veda, fra gli altri: R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in "Rassegna tributaria", 1997, 5, pagg. 1099 e seguenti; P. PICCONE FERRAROTTI, *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del D.Lgs. n. 358/1997 (art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973)* in "Rassegna tributaria", 1997, 5, pagg. 1147 e seguenti; R. LUNELLI, *Normativa antielusione*, in "il fisco", n. 30, 1997, pagg. 8491 e successive; P.M. TABELLINI, *Il progetto governativo antielusione*, in "Boll. Trib.", 1997, pagg. 1063 e seguenti.

esteri (62) regolamentato dagli art. 96 e 96-bis del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, nonché sull'applicazione delle ritenute fiscali sui dividendi da e verso l'estero contenuto di cui agli artt. 27 e 27-bis del D.P.R.

(62) La letteratura italiana sull'implementazione della Direttiva madre-figlia da parte del legislatore italiano è ormai estremamente vasta. Tra gli altri si ricordano: G. MAISTO, *The Implementation of the EC Parent-Subsidiary Directive in Italy*, in "Intertax", 1992, n. 8-9, 502 ss.; A. FANTOZZI, *Italy Welcomes Further EC Harmonization*, in "Bulletin for International Fiscal Documentation", 1993, n. 9, pagg. 474 e seguenti; S. MAYR, *Implementation Of The Parent-Subsidiary Directive*, in "Bulletin for International Fiscal Documentation", 1993, n. 9, pagg. 493 e seguenti; *European Tax Handbook, Italy*, 1998, 287; A. MANGANELLI, *Tax Treaty and Anti-avoidance Implications of the Implementation of the Parent-Subsidiary Directive*, in "European Taxation", n. 10, 1993, pagg. 333 e seguenti, in cui l'autore cerca anche di descrivere alcuni tax-planning finalizzati ad evitare l'applicazione della clausola anti-elusiva; S. CAPOLUPO, *Dividendi di società non residenti*, in "il fisco", n. 20, 1993, pagg. 5927 e seguenti; S. MAYR, *Le norme antielusione nell'applicazione della direttiva madre-figlia*, in "Corr. Trib.", 1993, n. 20, pagg. 1237 e seguenti; F. Artini, *Dividendi distribuiti da società "figlie" CEE: gli adempimenti nel mod. 760*, in "Corr. Trib.", 1994, n. 20, pagg. 1287 e seguenti; E. PISTONE, *Agevolazioni nella distribuzione di utili intracomunitari*, in "Corr. Trib.", 1994, n. 27, pagg. 1765 e seguenti, Id., *Distribuzione di dividendi comunitari: aspetti operativi*, in "Corr. Trib.", 1994, n. 28, pagg. 1825 e seguenti; S. MAYR, *Tassazione in Italia degli utili distribuiti da società "figlia" tedesca*, in "Corr. Trib.", 1994, n. 29, pagg. 1889 e seguenti; G. ESCALAR, *Alcuni problemi connessi all'applicazione della normativa "madre e figlia" ai dividendi in entrata in Italia*, in "Rassegna Tributaria", 1995, n. 9, pagg. 1407 e seguenti, ove l'autore approfondisce due interessanti problemi, vale a dire quello della cumulabilità del regime di esclusione da imposizione dei dividendi comunitari con i rimborsi accordati dalle convenzioni internazionali e quello del regime di tassazione della *holding* olandese che beneficia della cosiddetta "*participation exemption*". In ultimo si veda anche F. ROSSI RAGAZZI, *Direttiva "madre-figlia" e convenzioni bilaterali*, in "Rassegna Tributaria", 1996, n. 4, pagg. 797 e seguenti; G. MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra "società madri" e "società figlie"*, Milano, 1996. In relazione alla sentenza della Corte di Giustizia Ce (De Almeida, Presidente; Jann, Relatore) del 17 ottobre 1996, caso riuniti nn. C-283/1994, C-291/1994 e C-292/1994, *Denkavit International BV, Vitic Amsterdam BV e Voomeer BV contro Bundesamt für Finanzen*, (cosiddetta sentenza "Denkavit"), pubblicata in "Riv. Dir. Trib.", 1997, II, 359 con nota di F.A. D'Aniello, *Direttiva "madre-figlia: la deliberazione di distribuzione dei dividendi non è più il termine finale per il calcolo del periodo minimo di detenzione della partecipazione nella società controllata*, si vedano fra gli altri: G. MAISTO, *The EC Court's Interpretation of the Parent-Subsidiary Directive under the Denkavit case*, in *Intertax*, 1997, pagg. 180 e seguenti; P. VALENTE, *Davanti al giudice i benefici per "Madri" e "Figlie"*, in "Comm. Int.", 1997, pagg. 87 e seguenti; S. MAJR, *La pronuncia della Corte Ce su Direttiva "Madre-Figlia": alcuni risvolti pratici*, in "Corr. Trib.", 1997, pagg. 644 e seguenti; F. ASTOLFI, *Direttiva Madre-Figlia n. 90/435 del 1990 e prima interpretazione della Corte di Giustizia Ce*, in "Giur. imp.", n. 3, 1997, pagg. 393 e seguenti; F. FRANTINA-G.L. POZZI, *Le ritenute sui dividendi intracomunitari. Conseguenze in Italia e in Lussemburgo della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 17 ottobre del 1996*, in "il fisco", n. 11, 1997, pagg. 2974 e seguenti; E. BIDOGLIA, *Direttiva madre-figlia e periodo di possesso della partecipazione*, in "Boll. trib.", 1997, pagg. 484 e seguenti; S. CIPOLLINA, *Il privilegio di affiliazione fra diritto interno e diritto comunitario: il caso Denkavit*, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1997, pagg. 12 e seguenti; A. STESURI, *Holding periodo minimo ed esenzione fiscale dei dividendi "madre-figlia"*, in GT, 1997, pag. 612.

n. 600/1973 (anche alla luce dei recenti cambiamenti normativi) (63), poco, a mio avviso, si è affrontato ed approfondito il significato della norma antielusiva introdotta dal legislatore italiano ormai nel lontano 1992 in sede di implementazione della Direttiva madre-figlia.

Sarà stato per superficialità ovvero per l'atavica convinzione che tali norme abbiano in realtà una scarsa valenza pratica in quanto difficilmente applicabili da parte delle autorità fiscali italiane che solo pochi autori hanno approfondito e cercato di dare un significato chiaro ad una normativa a cui, al di là della apparente semplicità, devono benvero riconoscersi implicazioni pratiche e teoriche di notevole rilevanza.

Non sono certamente poche, infatti, le multinazionali americane, giapponesi o comunque residenti in Stati non aderenti alla Comunità europea che, attraverso le proprie *holding* europee, investono in Italia acquistando imprese già esistenti ovvero iniziando una nuova attività. Ebbene, in tutti questi casi si ripropone, sempre con la solita ritualità, lo stesso interrogativo: ci si chiede cioè se la disciplina cosiddetta dei "dividendi comunitari" e, quindi (con circoscritto riferimento all'oggetto della presente riflessione), l'esenzione da ritenuta fiscale sui dividendi pagati dalla società italiana alla *holding* europea, trovi applicazione anche nel caso in cui il beneficiario finale dell'investimento non sia residente in Europa. È, infatti, consuetudine che le multinazionali estere operino all'interno della Comunità attraverso *holding* localizzate in giurisdizioni favorevoli (in particolare Olanda e Lussemburgo) attraverso le quali coordinano le proprie attività nel vecchio continente. Quando si vuole acquisire una azienda italiana, ovvero iniziare una nuova attività, è la *holding* europea del gruppo extra-CE a coordinare e realizzare praticamente l'investimento ed a fare, nel contempo, da tramite con il nuovo azionista. Il quesito che sorge, pertanto, è chiaro: i dividendi distribuiti dalla società italiana alla *holding* europea del gruppo extra-CE sono esenti da ritenuta fiscale in Italia in base alla Direttiva madre-figlia ovvero, in quanto il beneficiario finale dell'investimento non è residente in Europa, i dividendi sono sempre soggetti alla cosiddetta *Italian withholding tax*?

Ancora, si pensi all'ulteriore questione che sorgerebbe (e nella pratica sorge assai spesso) nel caso in cui la società italiana acquisita ovvero frutto del nuovo investimento, proceda ad acquisire a sua volta (e/o abbia in portafoglio) azioni di un'altra società europea. In tal caso, è inevitabile chiedersi se, supponendo che tutte le altre condizioni previste dal-

(63) Si pensi al riordino della disciplina tributaria dei redditi di capitale e dei redditi diversi introdotta dal D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461 nonché alle disposizioni in materia di imposta sostitutiva della maggiorazione di conguaglio e di credito di imposta sugli utili societari contenute nel D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 467.

l'art. 96-bis siano soddisfatte, i dividendi distribuiti dalla *subsidiary* europea possano usufruire dell'esenzione prevista dalla disciplina dei dividendi europei ovvero, per gli stessi motivi di cui sopra, debbano essere interamente tassati in Italia ovvero, ricorrendone le condizioni, parzialmente ai sensi dell'art. 96 del D.P.R. n. 917/1986.

Il problema che, pertanto, si pone all'interprete è quello di individuare la reale portata della norma anti-elusiva contenuta sia nell'art. 96-bis, comma 7, del D.P.R. n. 917/1986, in tema di imposte sui redditi nonché nell'art. 27-bis, comma 5, del D.P.R. n. 600/1973, in tema di ritenute fiscali, i quali, come è noto, negano la concessione dei benefici dell'esenzione "alle società di cui al comma 1 che risultano controllate direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in Stati della Comunità europea" a meno che dimostrino "di non essere state costituite allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime in esame". Una disposizione questa che, qualora interpretata in modo estensivo, penalizzerebbe oltre modo le società italiane le quali (già di per sé soggette ad una pressione fiscale che non ha paragoni in Europa) vedrebbero perdere, ove acquisite o costituite da società extra-CE, anche i vantaggi che la direttiva comunitaria ha previsto in termini di detassazione dei dividendi europei.

Così ricostruiti gli esatti termini della questione oggetto di indagine, occorre *in limine* individuare il campo di applicazione delle due norme anti-elusive aventi la medesima dicitura ma diversi soggetti destinatari.

Certamente la condizione base per entrambe, in mancanza della quale non si può neanche parlare di abuso, è che la società italiana sia controllata, direttamente o indirettamente, da un soggetto non residente nella Comunità europea. Mentre, però, l'art. 27, ultimo comma, del D.P.R. n. 600/1973 prevede che la costituzione elusiva e, come tale, esclusivamente ispirata al fine di godere della Direttiva madre-figlia, debba riguardare la società madre residente in un altro Paese europeo, ma controllata a sua volta da un residente extra-CE, l'art. 96-bis, comma 7, del D.P.R. n. 917/1986 fa riferimento alla società italiana che a sua volta possiede partecipazioni in altre società europee, ma è controllata da un soggetto extra-CE.

Tale differenza - che, come si rileverà in appresso, comporta rilevanti conseguenze in ordine al rispettivo ambito di operatività dei due articoli - dipende ovviamente dalla diversa materia trattata dalle due norme: l'art. 96-bis del D.P.R. n. 917/1986 riguarda, infatti, il regime di tassazione in Italia dei dividendi pagati da società figlie europee, mentre l'art. 27 del D.P.R. 600/1973 concerne la ritenuta fiscale sui dividendi pagati dalle società italiane alle società madri residenti all'interno della Comunità europea (64).

(64) Tale problematica viene affrontata in modo analitico da G. MAISTO, *op. cit.*, Milano, 1996, pagg. 301 e seguenti, il quale, inoltre, suffraga tale interpretazione os-

Entrambe le surrichiamate norme, poi, una volta identificati i soggetti potenzialmente attratti nel loro campo di applicazione, chiariscono che tali soggetti devono, comunque, essere controllati, direttamente od indirettamente, da parte di un soggetto non residente nella Comunità europea.

In ordine al significato da attribuire al concetto di controllo contenuto in tali norme, un'autorevole opinione (65) propende, alla luce delle finalità istituzionalmente perseguite dalla normativa anti-abuso, per una interpretazione innovativa che esula completamente dalla disciplina civilistica, ritenendo in particolare che il concetto di controllo contenuto nelle norme *de quibus* non debba essere inteso in senso, per così dire, civilistico, ma piuttosto "come quota di partecipazione al capitale complessivamente detenuta da residenti extra-CE, anche se non collegati fra loro". Si tratta di una interpretazione che, riposando sul rilievo che gli artt. 96-bis del D.P.R. n. 917/1986 e 27-bis del D.P.R. n. 600/1973 abbiano un contenuto, un significato ed un'applicazione puramente quantitativa trattando di dividendi, di ritenute, e quindi di numeri e cifre, se è senz'altro più pragmatica, è, nel contempo, certamente più restrittiva rispetto a quella contenuta nell'art. 2359 del Codice Civile.

Benvero, anche a prescindere dalla semplificazione operativa che tale teoria certamente comporta, la stessa appare, a parere di chi scrive, "volgarizzare" o comunque quantificare eccessivamente il concetto di controllo riducendolo ad una semplice rilevazione numerica avulsa da qualsiasi considerazione qualitativa-sostanziale. Né, d'altra parte, può qui omettersi di rilevare che tale interpretazione (per quanto indubbiamente innovativa e non priva di fascino anche e soprattutto sul piano pratico) urta con l'assorbente rilievo che chi influisce sulle scelte di una società, anche in termini di distribuzione di dividendi, non coincide sempre con chi detiene la parte maggiore del suo capitale, così che anche la detenzione di un semplice 30% può significare controllo in tal senso. Inoltre, anche a voler accogliere tale interpretazione, anche a volere cioè quantificare il significato di controllo e vedere solo in un'ottica numerica gli artt. 96-bis e 27-bis, non se ne comprendono le conseguenze: non è sempre detto, infatti, che la quantità del capitale posseduto rifletta il diritto ovvero il potere a ricevere dividendi e a farli, quindi, defluire al di fuori della Comunità.

servando che "la norma anti-abuso non può che indirizzarsi a soggetti passivi d'imposta in Italia e non certo a soggetti (le società figlie non residenti) che non realizzano alcun presupposto di tassazione in Italia".

(65) G. MAISTO, *op. cit.*, Milano, 1996, pagg. 303 e seguenti.

Né appare parimenti condivisibile l'ulteriore osservazione (66) secondo cui il richiamo esplicito contenuto in alcune norme fiscali (67) all'art. 2359 del Codice Civile. "per qualificare il controllo rilevante dovrebbe indurre a concludere che, in assenza di tale espresso riferimento, il termine controllo deve essere interpretato con accezione diversa rispetto a quella civilistica". Seguendo tale interpretazione, infatti, si arriverebbe all'assurdo che chiunque, nel silenzio della legge, sarebbe libero di definire il concetto di controllo a sua discrezione in funzione del suo problema specifico aggravando ancor di più l'incertezza che già vige nel dettato normativo fiscale. D'altronde, a confutazione di tale opinione il frequente richiamo delle norme fiscali al concetto civilistico di controllo (68) non fa che confermare la compatibilità del significato codicistico di controllo con la normativa fiscale. Benvero, se il legislatore avesse voluto dare al concetto di controllo esclusivamente un significato quantitativo, sarebbe stato sicuramente più diretto, come è stato nel definire la percentuale di possesso (25%) che occorre detenere al fine di poter beneficiare dell'esenzioni previste dalla Direttiva madre-figlia.

In conclusione, nonostante le ovvie complessità applicative (69) e le scappatoie che possono aprirsi di fronte alla difficoltà pratica di verificare puntualmente i requisiti di controllo richiesti dalla normativa civilistica, non sembrano praticabili altre strade, se non quella di una chiara presa di posizione del legislatore fiscale, per definire il concetto di controllo richiamato dalla normativa anti-elusiva (70).

(66) G. MAISTO, *op. cit.*, Milano, 1996, pag. 304.

(67) Si pensi agli artt. 76, comma 7-bis, e 96 del D.P.R. 917/1986 e all'art. 1, comma 1, lettera e), del D.Lgs. n. 544/1992.

(68) Si pensi all'art. 76, comma 7-bis, del D.P.R. n. 917/1986 che richiama esplicitamente l'art. 2359 del Codice Civile, ai fini dell'individuazione del concetto di controllo relativamente al rapporto tra società italiane ed imprese residenti in Stati non appartenenti alla Comunità europea aventi un regime fiscale privilegiato. D'altra parte, il concetto civilistico di controllo sembra valido anche per gli artt. 54, comma 2-bis, e 67, comma 1-ter, del D.P.R. n. 917/1986 che richiamando esplicitamente l'art. 2426, comma 1, n. 4, del Codice Civile vengono comunemente interpretati per quanto attiene all'individuazione delle società di controllate e/o collegate alla luce dell'art. 2359 del Codice Civile.

(69) Basti pensare al caso in cui la società europea madre di una società italiana sia controllata da un patto di sindacato di cui facciano parte diversi soggetti extra-CE e CE. Di difficile soluzione è anche il caso in cui la società madre europea sia posseduta da tre società, due delle quali extra-CE, che detengano insieme circa il 51% del capitale sociale ed una europea che detenga il restante 49%: in tal caso il controllo effettivo, in assenza di accordi tra le due società extra-CE, dovrebbe essere esercitato dalla società europea.

(70) Si pensi al significato attribuito al concetto di controllo di cui all'art. 76, comma 5, del D.P.R. n. 917/1986 dalla circolare della Dir. gen. imposte dirette, Div. IX, del 22 settembre 1980 n. 32/9/2267 in "Boll.trib.", 1990, pagg. 1644 e seguenti.

Sempre in quest'ottica, di particolare interesse non solo teorico è il caso in cui la partecipazione nella società italiana sia stata conferita, direttamente ovvero indirettamente, in un *trust* (71) residente in un Paese non aderente alla Comunità europea.

Come è noto il *trust agreement* è caratterizzato dalla partecipazione di tre diverse figure contrattuali (*trustee, settlor, beneficiary*) con diversi poteri e diritti in funzione delle più disparate esigenze concrete (in linea generale è possibile distinguere tra *discretionary* o *non discretionary, revocable* od *irrevocable trust*) ed eventualmente con diverse residenze fiscali. Pertanto, nel caso in cui venga conferita in un *trust* una partecipazione in una società italiana ovvero in una società europea che a sua volta controlli la società italiana, al fine di individuare la residenza del soggetto che controlla direttamente ovvero indirettamente la società italiana bisognerà tenere conto, indipendentemente da chi sia il titolare del dividendo e il detentore della partecipazione (72), del criterio stabilito dall'art. 2359 del Codice Civile. In altri termini, sarà necessario verificare chi, tra i tre soggetti che compongono il *trust*, dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria ovvero, in base ai diritti di voto o in virtù di particolari vincoli contrattuali, possa ivi esercitare un'influenza dominante. A tal fine, occorrerà quindi stabilire se il concetto di "detenzione" della partecipazione nella società italiana debba essere inteso in senso formale (nel qual caso è indubbio che rileverà sempre il Paese di residenza del *trustee*) ovvero sostanziale (in tal caso rileverà il Paese di residenza del *settlor* qualora si è in presenza di *trust revocable* ovvero il Paese di residenza del *trustee* in caso di *trust irrevocable* e *discretionary*). Al riguardo non appare, infatti, condivisibile la posizione di chi (73) sem-

(71) Nell'ambito della ormai ricca letteratura italiana sull'istituto anglosassone del *trust*, si ricordano tra i tanti: R. FRANCESCHELLI, Voce *Trust e Trustee*, in "Nuovo Digesto Italiano", Torino, 1940, pagg. 573 e seguenti; Id., *Il Trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, pagg. 183 e seguenti; A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trust nei Paesi di civil law*, in "Riv. dir. civ.", 1984, I, pagg. 101 e seguenti; M. LUPOI, *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aia del 10 luglio 1985*, in "Vita Notarile", 1992, pagg. 662 e seguenti; F. TUNDO, *Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del "Trust"*, in "Dir.prat.trib.", 1993, pagg. 1285 e seguenti; F. GALLO, *Trust, interposizione ed elusione fiscale*, in "Rassegna Tributaria", 1997, pagg. 1043 e seguenti; G. MAISTO, *The Taxation of Trust in Civil Law Countries, Aspects of Trust Taxation*, in "European Taxation", 1998, n. 8, pagg. 242 e seguenti; R. GRECEO-I. ROSSI, *La circolazione dei trust esteri in Italia* (nota a Comm.trib.prov. di Milano, sez. XLVIII n. 348/48/97/1998; Comm.trib.prov. di Torino, sez. XIV, n. 537/14/97/1997 e Comm.trib. prov. di Modena, sez. II, n. 49/1998), in *Riv. dir. trib.*, 1998, n. 10, II, pagg. 321 e seguenti.

(72) Sul punto G. MAISTO, *op. cit.*, Milano, 1996, pag. 310, il quale ritiene che "il controllo dovrebbe essere inteso come partecipazione al capitale e titolarità del relativo reddito (dividendi)".

(73) Si veda G. MAISTO, *op. cit.*, Milano, 1996, pag. 310.

brerebbe ritenere rilevante in ogni caso il Paese di residenza del *beneficiary* atteso che non soltanto questi, in linea di principio, non può esercitare alcun potere decisionale con riferimento a tali partecipazioni, ma comunque potrebbe cambiare (*trust revocable*) prima di ricevere i dividendi ovvero trasferirsi in un Paese extra-CE solo in un momento successivo alla costituzione del *trust* (così eludendo, tra l'altro, i vincoli posti dalla normativa fiscale).

Oltre al controllo da parte di un soggetto non residente nella Comunità europea, la normativa anti-abuso trova, inoltre, applicazione nell'ipotesi in cui la società madre italiana (art. 96-*bis*), ovvero la società madre europea (art. 27-*bis*), siano state costituite con finalità elusive, vale a dire con l'esclusivo o principale scopo di beneficiare delle esenzioni previste dalla Direttiva madre-figlia. L'esclusività o prevalenza della finalità elusiva conduce, al riguardo, ad una prima constatazione: non potranno mai essere considerate costituite elusivamente sia le cosiddette *holding* miste, cioè quelle società che svolgono, a *latere* della gestione del portafoglio azioni, anche altre attività di tipo industriale ovvero commerciale, sia le cosiddette *holdings* pure, intendendosi per tali quelle società con ampio portafoglio di partecipazioni che effettivamente svolgono un'attività di coordinamento e di amministrazione fra le società controllate.

Al di là di tale precisazione, la vera difficoltà interpretativa sta, tuttavia, nel capire il significato da attribuire alla parola "costituzione" utilizzata nelle due norme anti-elusive: è necessario cioè stabilire se tale termine debba essere interpretato in modo letterale ovvero tenendo conto delle finalità perseguite dalla normativa in cui è inserito.

Invero, accogliendo un'interpretazione rigorosamente letterale (74) ed attenendosi al mero significato semantico della parola "costituzione", la normativa anti-abuso finirebbe per perdere tutta la sua rilevanza pratica: essa potrebbe facilmente essere aggirata evitando la costituzione di qualsiasi società ed utilizzando o una cosiddetta *dormant or shelf company*, o comunque una società già esistente ovvero costituendo una società in una giurisdizione extra-CE (ad esempio nell'Isola di Man) che solo successivamente trasferisca la propria sede sociale ed amministrativa in Italia ovvero in un altro Paese europeo. In altri termini, ove si voglia seguire una tale interpretazione della normativa anti-elusione, non si può nascondere la semplicità con cui quest'ultima potrebbe essere aggirata evitando puramente la costituzione di una nuova società *holding*.

Orbene, proprio alla luce dei descritti pericoli insiti in un'interpretazione strettamente letterale della normativa anti-elusione - che faccia cioè

(74) Alla quale aderiscono fra gli altri: G. MAISTO, *op. cit.*, Milano, 1996, pagg. 311 e seguenti; A. MANGANELLI, *op. cit.*, in "European Taxation", 1993, n. 10, pag. 339.

leva esclusivamente su di un criterio ermeneutico che, se è senz'altro prioritario e prevalente, non ha tuttavia carattere esclusivo - e considerando le finalità da essa normativa perseguite di impedire che l'utilizzazione di società europee controllate da soggetti non residenti nella Comunità sia ispirata dall'esclusiva o prevalente finalità di beneficiare dell'applicazione della Direttiva madre-figlia, appare pertanto preferibile un'interpretazione logico-sistematica che tenga conto *ex art.* 12 disp. prel. al codice civile del "significato proprio delle parole in connessione tra loro e secondo l'intenzione del legislatore" (75). Intenzione che tuttavia non andrà individuata soggettivamente con riferimento meramente temporale al momento di entrata in vigore della norma, ma piuttosto oggettivamente con riguardo alla volontà dell'ordinamento, alla *ratio legis*, e, quindi, al fondamento, allo scopo ed alla funzione obiettiva della norma: in altri termini, occorrerà tenere conto non già della volontà contingente del legislatore ma dello scopo della norma, della sua funzione, quale risulta altresì dal suo collocamento sistematico con intera disciplina di tassazione dei dividendi comunitari.

Ebbene sembra possibile affermare che la funzione obiettiva della clausola anti-abuso sia quella di colpire tutti quei casi in cui le società europee, controllate da soggetti extra-CE, siano state organizzate (e non solo costituite) al solo o principale fine di beneficiare del regime di tassazione agevolato previsto dalla Direttiva madre-figlia, indipendentemente quindi dal fatto che siano state costituite ovvero acquisite ovvero siano frutto di un trasferimento di sede o di qualche altra operazione straordinaria. Benvero, sarebbe senz'altro assurdo considerare non applicabile la normativa madre-figlia (con conseguente applicazione della ritenuta fiscale) nel caso di distribuzione di dividendi da parte di una società italiana in favore di una società olandese neocostituita da una società americana e contemporaneamente considerare non viziata la medesima costruzione societaria per il solo fatto che la società olandese sia stata acquistata e non costituita *ex novo* dalla società americana. Mi è difficile pensare che il legislatore o meglio l'intera normativa che regola la tassazione dei dividendi comunitari possa consentire e permettere delle pratiche elusive così palesi.

(75) In ordine al contenuto ed ai limiti dell'interpretazione della legge tributaria si vedano fra gli altri: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI ediz., Napoli, 1993, pagg. 47 e seguenti; R. LUPI, *Diritto Tributario, parte generale*, II Ed., 1994, Milano, pagg. 27 e seguenti; A. AMATUCCI, *L'interpretazione della legge tributaria*, in "Trattato di Diritto Tributario diretto da Andrea Amatucci", 1994, vol.1, tomo II, capit.XIII; P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, 1997, pagg. 95 e seguenti.

D'altra parte, non vi è dubbio che tale normativa anti-abuso non pregiudichi, comunque, tutte quelle strutture societarie costituite (nel senso, come si è detto, di organizzate) anteriormente alla entrata in vigore della Direttiva madre-figlia giacché non poteva esservi a quel tempo lo scopo di eludere norme non ancora esistenti. Il che tuttavia non significa che una società italiana ovvero europea costituita anteriormente a tale data ma acquistata solo successivamente da una società extra-CE al solo o principale fine di beneficiare della Direttiva madre-figlia possa considerarsi immune dalla normativa anti-elusione. Ciò che rileva, a mio avviso, è il momento in cui la struttura societaria internazionale è stata completata e non la data di costituzione della società potenzialmente elusiva: bisognerà in altri termini tenere conto della data in cui la struttura, che beneficia della Direttiva madre-figlia, sia stata effettivamente realizzata (76).

In ogni caso, è doveroso ribadire, per quanto ce ne sia ancora bisogno, che le società effettivamente operative ovvero che abbiano anche altri interessi oltre quello di beneficiare della normativa madre-figlia non potranno mai essere attaccate dalla vigente normativa antielusiva italiana: una multinazionale americana che costituisca una *holding* in Olanda per la gestione ed il coordinamento di tutte le sue attività europee, nonché per beneficiare dei trattati fiscali internazionali olandesi, della Direttiva madre-figlia e più in generale di tutti i vantaggi di cui possa beneficiare una *holding* localizzata nei Paesi Bassi, non potrà, con riferimento alla partecipazione nella società italiana, essere considerata elusiva avendo altri interessi oltre a quello di detenere le azioni nella società italiana.

A completamento della indagine sin qui svolta ed essendo, come si è detto, gli artt. 27-bis, ultimo comma, del D.P.R. n. 600/1973 e 96-bis, comma 7, del D.P.R. n. 917/1986 basati sul concetto di controllo diretto o indiretto della società italiana da parte di soggetti non residenti in Stati membri, appare infine opportuno procedere ad una loro analisi anche alla luce di quegli accordi bilaterali che contengono una disposizione analoga all'art. 24, quinto comma, della Convenzione-tipo dell'OCSE (77). Tale clausola

(76) Di diversa opinione è G. MAISTO, *op. cit.*, Milano, 1996, pag. 318.

(77) Trattasi delle convenzioni bilaterali concluse dall'Italia con i seguenti Paesi: Algeria (art. 25, par. 4), Argentina (art. 25, par. 4), Austria (art. 25, par. 4), Belgio (art. 24, par. 4), Brasile (art. 24, par. 3), Canada (art. 22, par. 3), Cina (art. 24, par. 4), Cipro (art. 24, par. 4), Cecoslovacchia (art. 24, par. 4), Corea (art. 24, par. 4), Costa D'Avorio (art. 23, par. 4), Danimarca (art. 25, par. 4), Ecuador (art. 25, par. 4), Egitto (art. 24, par. 4), Filippine (art. 23, par. 4), Finlandia (art. 24, par. 4), Francia (art. 25, par. 4), Germania (art. 25, par. 4), Giappone (art. 24, par. 3), Regno Unito (art. 25, par. 4), Grecia (art. 25, par. 4), India (art. 25, par. 4), Indonesia (art. 24, par. 4), Irlanda (art. 23, par. 4), Israele (art. 20, par. 5), Jugoslavia (art. 24, par. 4), Kenia (art. 24, par. 3),

"standard", ripetuta in modo pressoché uguale nei diversi trattati fiscali internazionali, prevede, infatti, che "le imprese di uno Stato contraente il cui capitale è interamente controllato o parzialmente detenuto o controllato, direttamente o indirettamente, da uno o più residenti dell'altro Stato contraente, non sono soggette nel primo Stato a tassazione o altro requisito diverso o più oneroso rispetto alla tassazione e alle condizioni alle quali sono soggette imprese similari del primo Stato". Orbene, alla luce di tale norma non può che condividersi la posizione di chi (78) sostiene che una società madre italiana controllata ad esempio da una società americana non può essere trattata in modo più oneroso di come la stessa società italiana sarebbe trattata qualora fosse controllata da una società residente in un qualsiasi altro Paese aderente alla Comunità europea. Ciò significa che la clausola anti-abuso contenuta nell'art. 96-bis del D.P.R. n. 917/1986 deve pertanto ritenersi inoperante per le società madri italiane direttamente o indirettamente controllate da persone residenti in Paesi che abbiano siglato un accordo per evitare le doppie imposizioni contenenti una disposizione analoga all'art. 24, quinto comma, della Convenzione-tipo dell'OCSE. In caso contrario, infatti, la società madre italiana per il solo fatto di essere controllata da una persona residente, ad esempio, negli Stati Uniti, riceverebbe, in palese ed inammissibile violazione della disciplina pattizia, un trattamento fiscale più gravoso - integrale (ovvero parziale in applicazione dell'art. 96 del D.P.R. n. 917/1986) tassazione dei dividendi ricevuti dalle *subsidiaries* europee - di quello che la stessa riceverebbe qualora fosse controllata da una persona residente in Europa. La questione, tuttavia, si complica allorché la società madre italiana sia controllata dalla persona residente in un Paese extra-CE solo indirettamente, per esempio attraverso un'altra *holding* europea: il problema potrebbe comunque essere superato invocando indirettamente (essendo diretto solo il rapporto tra la società madre italiana e la *sub-holding* europea) il trattato tra l'Italia ed il Paese extra-CE contenente una norma analoga a quella sopra descritta.

Kuwait (art. 24, par. 4), Lussemburgo (art. 25, par. 4), Malaysia (art. 24, par. 4), Malta (art. 23, par. 4), Marocco (art. 22, par. 4), Mauritius (art. 24, par. 4), Messico (art. 23, par. 4), Norvegia (art. 25, par. 4), Paesi Bassi (art. 25, par. 4), Pakistan (art. 24, par. 4), Polonia (art. 24, par. 4), Portogallo (art. 23, par. 5), Romania (art. 26, par. 4), Singapore (art. 23, par. 4), Spagna (art. 23, par. 4), Sri Lanka (art. 25, par. 4), Stati Uniti (art. 23, par. 4), Svezia (art. 25, par. 4), Svizzera (art. 25, par. 4), Tanzania (art. 23, par. 4), Thailandia (art. 23, par. 4), Trinidad e Tobago (art. 23, par. 4), Tunisia (art. 23, par. 4), Turchia (art. 24, par. 4), Ungheria (art. 25, par. 4), Venezuela (art. 24, par. 4) e Zambia (art. 23, par. 4).

(78) G. MAISTO, *op. cit.*, Milano, 1996, pagg. 322-324; A. MANGANELLI, *op. cit.*, in "European Taxation", n. 10, 1993, pag. 339.

Discorso a parte merita poi il problema della applicabilità dell'art. 27-*bis*, ultimo comma, del D.P.R. n. 600/1973, alla luce della normativa anti-discriminazione contenuta, appunto, in alcuni trattati internazionali siglati dall'Italia. L'art. 27-*bis* citato, infatti, non tratta specificamente il regime di tassazione di una società italiana, ma esclusivamente le ritenute sui dividendi in uscita verso soci non residenti. Invero, la ritenuta sui dividendi, anche se definitiva e non rimborsabile, non rappresenta almeno teoricamente un carico fiscale per la società distributrice, ma soltanto un onere per il socio che percepisce i dividendi e pertanto non può certamente essere considerata attratta nel campo di applicazione della clausola anti-discriminazione *de qua*.

Il discorso, però, si complica qualora una clausola di uguale tenore sia contenuta nel trattato contro la doppia imposizione siglato tra il Paese di residenza della società madre europea che partecipa la società italiana e quello di residenza dell'azionista (si supponga unico e diretto per semplicità) che controlla la stessa società madre. Si pensi ad esempio al caso classico in cui la società *target* italiana sia interamente posseduta da una società olandese che sia a sua volta interamente controllata da una società statunitense. Orbene, la ritenuta fiscale sui dividendi versata dalla società italiana, sempre che ricorrano le condizioni stabilite nella norma antielusiva ed in armonia con la riduzione accordata dall'art. 10 del trattato contro le doppie imposizioni tra Italia e Olanda, rappresenta senz'altro un carico fiscale per la società olandese, la quale per il solo fatto di essere controllata da una società statunitense è soggetta ad un carico fiscale maggiore di quello al quale sarebbe sottoposta qualora fosse controllata da un'altra persona residente all'interno della Comunità europea. Tale circostanza appare in contrasto con l'art. 28 del trattato fiscale tra l'Olanda e gli Stati Uniti, contenente la più volte citata clausola anti-discriminazione: contrasto, però, solo apparente, ove solo si consideri che tale trattato non può in alcun modo riguardare i casi in cui il predetto carico fiscale dipende da uno Stato terzo, l'Italia, e non direttamente dall'altro Paese contraente, l'Olanda.

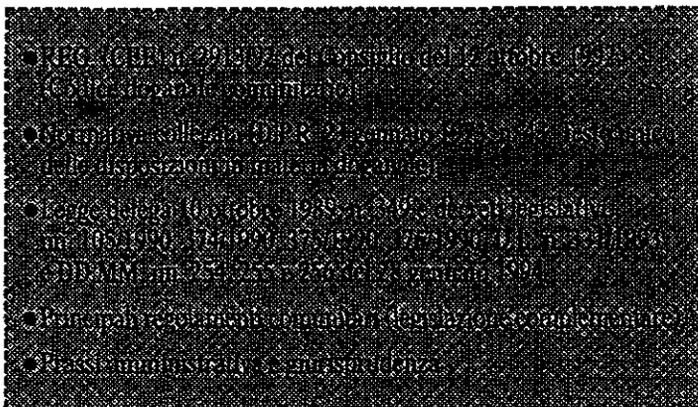
In conclusione, e come si è evidenziato in queste brevi note, le clausole antielusive contenute nei più volte citati artt. 96-*bis* del D.P.R. 917/1986 e 27-*bis* del D.P.R. n. 600/1973 pongono difficili dubbi interpretativi di indiscutibile rilevanza pratica ed ai quali si è cercato, per quanto possibile, di dare delle risposte che allo stesso tempo tenessero in considerazione la *ratio legis* dell'intera normativa fiscale e le interrelazioni con i trattati internazionali contro la doppia imposizione.

Francesco Amyas d'Aniello

*Nelle librerie specializzate
o con richiesta diretta all'editore*

N. Pollari • A. Casertano • P. Debidda

I DIRITTI DI CONFINE LE DOGANE E IL MERCATO COMUNE EUROPEO



sesta edizione 1998 • 1999
pagg. 772 • £. 60.000

Richiesta con pagamento anticipato a:

ETI S.p.A. • Viale Mazzini, 25 • 00193 Roma
versando l'importo di £. 60.000 sul c/c postale n. 61844007
o con assegno bancario, N.T.

Sezione II - Giurisprudenza
Section II - Decisions of the Courts

II - A) Giurisprudenza dell'Unione Europea
EU Case-Law

Corte di Giustizia delle Comunità Europee

Rassegna di giurisprudenza comunitaria
(a cura della redazione di Napoli)
(*Editorial staff of Naples*)

1A) EC COURT OF JUSTICE, SECTION I, JUDGEMENT OCTOBER 21 1999, CASE C-233/98, PRESIDING JUDGE L. SEVON, REFEREE M. WATHELET - *HAUPTZOLLAMT NEUBRANDENBURG C/O LENSING & BROCKHAUSEN GMBH.*

Customs duties - Drawback of import duties for goods in external Community transit - Competence of the Member State under which the customs office of departure operates - Upon notification of the term (three months) to prove the place of infringement - Subsists.

Refund of duties irregularly received - Upon actual payment of duties in the Member State of infringement - Does not subsist.

Article 36, no. 3 of the EEC Council Regulation, December 13 1976, no. 222, regarding Community transit, amended by EEC Council Regulation, February 22 1990, no. 474, that abolishes the delivery of a transit notice when crossing an internal Community border, as it is to be considered in conjunction with art. 11 bis of the EEC Commission Regulation, March 27 1987, no. 1062, containing provisions of application and simplification measures of the Community transit regime, amended by the EEC Commission Regulation, May 29 1990, no. 1429, should be interpreted in the sense that the Member State under whose authority the customs office of departure operates may proceed with the collection of import duties only if the same has notified the principal debtor the term of three months to supply the proof of where the infringement or irregularity has actually taken place and the same party has omitted to give proof.

The Member State under whose authority the customs office of departure operates, the which State has proceeded with retrieving the duties with respect to goods in Community transit in violation of the above mentioned provisions, is under the obligation to refund the duties irregularly received. This refund is not dependent on whether the duties owed by the principal debtor have been paid in the Member State in which the infringement has taken place.

1B) CORTE DI GIUSTIZIA CE, SEZ. I, SENT. 21 OTTOBRE 1999, CAUSA C-233/98, PRES. L. SEVON, REL. M. WATHELET - *HAUPTZOLLAMT NEUBRANDENBURG C/O LENSING & BROCKHAUSEN GMBH.*

Dazi doganali - Recupero dei dazi all'importazione per merci in transito comunitario esterno - Competenza dello Stato membro della dogana

na di partenza – Limitatamente all'intimazione del termine (tre mesi) per provare il luogo dell'infrazione – Sussiste.

Rimborso dei dazi irregolarmente percepiti - Limitatamente all'effettivo pagamento dei dazi nello Stato membro dell'infrazione – Non sussiste.

L'articolo 36, n. 3 del regolamento (CEE) del Consiglio 13 dicembre 1976, n. 222, relativo al transito comunitario, modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 22 febbraio 1990, n. 474, che abolisce la consegna dell'avviso di passaggio all'attraversamento di una frontiera interna comunitaria, in quanto combinato con l'art. 11 bis del regolamento (CEE) della Commissione 27 marzo 1987, n. 1062, che reca disposizioni di applicazione e misure di semplificazione del regime di transito comunitario, modificato dal regolamento (CEE) della Commissione, 29 maggio 1990, n. 1429, deve essere interpretato nel senso che lo Stato membro da cui dipende la dogana di partenza può procedere al recupero dei dazi all'importazione solo se ha indicato all'obbligato principale il termine di tre mesi per fornire la prova del luogo in cui l'infrazione o l'irregolarità è stata effettivamente commessa e quest'ultimo ha omesso di dare tale prova.

Lo Stato membro da cui dipende l'ufficio doganale di partenza, il quale abbia proceduto al recupero dei dazi relativi a merci in transito comunitario in violazione delle disposizioni sopracitate, è tenuto a rimborsare i dazi irregolarmente percepiti. Tale rimborso non è subordinato alla condizione che i dazi dovuti dall'obbligato principale siano stati versati nello Stato membro in cui ha avuto luogo l'infrazione.)*

210

(*) Competenza e modalità per il recupero dei diritti doganali relativi a merci in transito comunitario.

La sentenza in commento trae origine da un ricorso pregiudiziale ex art. 177 del Trattato CE con cui si chiedeva alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di interpretare gli articoli 36 del regolamento (CEE) del Consiglio 13 dicembre 1976, n. 222, come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio del 22 febbraio 1990, n. 474 e 11 bis del regolamento (CEE) della Commissione 27 marzo 1987, n. 1062 in materia di transito comunitario.

Come è noto, il transito è un regime doganale che ha lo scopo di agevolare la circolazione delle merci grazie alla semplificazione delle formalità da assolvere al momento del passaggio delle frontiere di un paese terzo.

Senza voler entrare nel merito della disciplina del transito comunitario, per la quale si rinvia tra gli altri ai contributi di M. AMELIO, *Elementi di diritto doganale*, in *Rassegna di diritto e tecnica doganale e delle imposte di fabbricazione*, 9/1997, p. 719 e ss. e di P. CIARCIA, *La tariffa doganale e le attività dell'Unione Europea*, in *Rassegna di diritto e tecnica doganale e delle imposte di fabbricazione*, 7-8/1998, p. 463 e ss., è opportuno ricordare che tale regime comporta, in particolare, che le merci possano circolare in sospensione del pagamento dei relativi diritti (dazi e iva) sotto il vincolo di una garanzia pari all'importo degli stessi diritti dovuti e posta in essere al momento dell'accensione del transito.

Nel caso di specie, la controversia aveva ad oggetto una spedizione di profilati di acciaio polacchi vincolata a transito comunitario esterno: si trattava, in sostanza, di merci non comunitarie né immesse in libera pratica sul territorio comunitario, ma allo stato estero e destinate ad un altro paese membro. L'agenzia doganale Lensing & Brockhausen aveva richiesto, difatti, all'Hauptzollamt Neubrandenburg l'accensione del regime di transito comunitario esterno e l'emissione della relativa documentazione (la dichiarazione T1) necessaria per scortare la merce fino all'ufficio doganale di destinazione di Charleroi, in Belgio.

Successivamente, la documentazione comprovante la regolare conclusione dell'operazione non perveniva all'ufficio di partenza che, quindi, provvedeva a emettere un avviso di ricerca volto ad accertare l'esito del regime del transito: ne risultava che la partita di profilati non era stata presentata all'ufficio doganale di destinazione come stabilito e che i relativi diritti doganali erano rimasti evasi. L'Hauptzollamt emetteva, allora, un avviso di pagamento al fine di recuperare dazi e iva dovuti.

L'agenzia Lensing & Brockhausen provvedeva a produrre una lettera di carico CMR comprovante l'avvenuta consegna della merce in territorio belga e il connesso pagamento dei profilati d'acciaio da parte della ditta destinataria; si opponeva, inoltre, alla formale richiesta di pagamento dell'Hauptzollamt sostenendo che le autorità doganali competenti per l'emissione dell'ingiunzione al pagamento dei diritti doganali e alla relativa riscossione dovessero essere quelle del luogo in cui l'infrazione era stata commessa e, quindi, le autorità doganali belghe.

Il combinato disposto degli artt. 36 del regolamento (CEE) n. 222/77 e 11 bis del regolamento (CEE) n. 1062/87, in materia di transito comunitario, attribuisce la competenza al recupero dei diritti all'importazione, allorché venga commessa un'infrazione, al paese in cui è stato posto in essere l'illecito. Tali norme disciplinano altresì le ipotesi nelle quali non è possibile stabilire il luogo in cui è stato commesso l'illecito: in particolare, quando le merci non sono state presentate all'ufficio di destinazione, il recupero dei dazi e dell'iva all'importazione spetta allo stato membro da cui dipende l'ufficio di partenza o l'ufficio di passaggio all'ingresso nella Comunità.

Tale principio impronta, a ben vedere, anche altri regimi di circolazione delle merci: è del 5 agosto 1994 la sentenza, n. 7302, con cui la prima sezione della Corte di Cassazione italiana ha deciso la controversia relativa a beni vincolati a regime T.I.R. (regime avente ad oggetto i trasporti internazionali su strada e disciplinato dalla Convenzione di Ginevra del 1975) sancendo che la competenza a emettere l'ingiunzione fiscale volta a recuperare i diritti doganali evasi spetta all'ufficio doganale di partenza.

Nella disciplina del transito comunitario le autorità dell'ufficio doganale di partenza devono, inoltre, provvedere a notificare all'obbligato principale le ir-

regolarità accertate e devono indicare, nella stessa notifica, il termine (di tre mesi secondo il disposto dell'art. 11 bis) entro il quale l'obbligato principale può fornire la prova della regolarità dell'operazione di transito o del luogo in cui è stata effettivamente commessa l'infrazione.

La Corte, accogliendo la tesi prospettata dall'Avvocato Generale Mischo nelle conclusioni presentate il 1° luglio 1999, ritiene che lo stato membro nell'atto con il quale comunica all'interessato che l'operazione vincolata al transito non ha avuto buon fine è obbligato a indicare altresì il termine di tre mesi entro il quale l'obbligato principale potrà presentare eventuali prove a suo favore; tale termine, difatti, costituisce un vero e proprio obbligo la cui violazione impedisce allo Stato di procedere al recupero dei diritti evasi.

La seconda questione su cui la Corte si è pronunciata riguardava le condizioni relative al rimborso dei diritti irregolarmente riscossi da parte dello stato in cui è situato l'ufficio di partenza. Il governo tedesco subordinava il rimborso di dazi e iva riscossi, come chiarito, in violazione del combinato disposto dell'articolo 36 del regolamento (CEE) del Consiglio 13 dicembre 1976, n. 222, come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio del 22 febbraio 1990, n. 474 e dell'articolo 11 bis del regolamento (CEE) della Commissione 27 marzo 1987, n. 1062, alla condizione che gli stessi fossero stati versati allo stato membro competente (lo stato belga).

La Corte ha ritenuto che il governo tedesco, proprio in quanto incompetente a percepire i diritti evasi, non poteva trattenere quanto irregolarmente riscosso nemmeno per la parte dei diritti costituenti risorse proprie della Comunità. Dalla pronuncia in oggetto emerge la rilevanza che la Corte attribuisce al rispetto del diritto comunitario da parte degli stati membri, anche laddove vengano poste in pericolo le esigenze del sicuro ed efficace prelievo delle risorse finanziarie della Comunità. Difatti, la tutela degli interessi finanziari, obiettivo primario che ha stimolato negli ultimi anni interventi *ad hoc* da parte delle istituzioni comunitarie, non può realizzarsi se non nel pieno rispetto della legislazione comunitaria.

Claudia Fusco

2A) EC COURT OF JUSTICE, SECTION I, JUDGEMENT SEPTEMBER 7 1999, CASE C- 61/98, PRESIDING JUDGE J.- P. PUISOCHET, REFEREE M. WATHELET - *DE HAAN BEHEER BV c/O INSPECTEUR DER INVOERRECHTEN EN ACCIJNZEN TE ROTTERDAM.*

Customs duties - Community fraud with external transit operations - Emergence of customs obligation - Obligation of the customs authorities to notify the liable subject acting in good faith of the possible fraud to his prejudice - Does not subsist.

Refund or relief on import and export tariffs - National authorities let infringements go ahead - Absence of simulation and negligence attributable to the liable subject - Question of whether it amounts to a 'special situation' ex art. 13, no. 1 of the EEC Council Regulation, July 2 1979, no. 1430 - It subsists.

Invalidity of the Commission's decision February 18 1998, C (98) 372 fin. on the non-existence of a 'special situation' - It subsists.

Community law does not require that the customs authorities, informed of the possibility of a fraud with respect to goods in external transit, should inform the interested party of the investigation being carried out. Therefore, under art. 11, no. 1, lett. c) of the Council Regulation, September 17 1990 no. 2762, concerning Community transit, the principal debtor is under the obligation to pay the duties and other tariffs owed as a result of infringements or other irregularities connected to the carrying out of this regime, even when it has acted in good faith.

However, the fact that the national authorities have consented - in the interests of the investigation - that infringements and irregularities should go ahead without informing the interested party, so that a customs obligation emerges to his cost, places this same party in a special situation when compared to other operators carrying on the same business. Therefore, for the purposes of a refund or of relief on import and export tariffs, the situation in which the liable subject finds himself, liable subject to which no simulation or negligence may be attributed, amounts to a 'special situation' as in art. 13, no. 1 EC Council regulation, July 2 1979, amended by EC council Regulation October 7 1986, no. 3069.

It follows that the decision of the Commission, February 18 1998, C (98) 372 fin, in which the same Community institutions has denied the existence of a special situation in favour of the liable subject defined as above, is not valid.

2B) CORTE DI GIUSTIZIA CE, SEZ. QUINTA, SENT. 7 SETTEMBRE 1999, CAUSA C - 61/98, PRES. J.-P. PUISOCHET, REL. M. WATHELET - *DE HAAN BEHEER BV c/O INSPECTEUR DER INVOERRECHTEN EN ACCIJNZEN TE ROTTERDAM.*

Dazi doganali - Frode comunitaria nell'ambito di operazioni di transito esterno - Nascita dell'obbligazione doganale - Obbligo delle autorità do-

ganali di avvertire il soggetto passivo in buona fede dell'eventuale frode a suo danno – Non sussiste.

Rimborso o sgravio dei diritti all'importazione o all'esportazione - Assenso delle autorità nazionali al perpetrarsi delle infrazioni — Assenza di simulazione e di negligenza imputabili al soggetto passivo – Integrazione estremi di "situazione particolare" ex art. 13, n. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio 2 luglio 1979, n. 1430 – Sussiste.

Invalidità della decisione della Commissione 18 febbraio 1998, C (98) 372 fin. sull'inesistenza di una "situazione particolare" – Sussiste.

Il diritto comunitario non impone alle autorità doganali, che siano a conoscenza dell'eventualità di una frode in relazione a merci in transito esterno, di informare l'interessato dello svolgimento delle relative indagini. Pertanto, ai sensi dell'articolo 11, n. 1, lett c) del regolamento del Consiglio 17 settembre 1990 n. 2762, in materia di transito comunitario, l'obbligato principale è tenuto a pagare i dazi e gli altri diritti esigibili in seguito ad infrazioni o irregolarità connesse allo svolgimento di tale regime, anche quando abbia agito in buona fede.

Tuttavia, la circostanza che le autorità nazionali abbiano, nell'interesse dell'inchiesta, deliberatamente consentito il perpetrarsi delle infrazioni e delle irregolarità senza informare l'interessato, facendo così sorgere un'obbligazione doganale a suo carico, pone quest'ultimo in una situazione eccezionale rispetto agli altri operatori che svolgono la stessa attività. Pertanto, ai fini del rimborso o dello sgravio di diritti all'importazione o all'esportazione, la situazione in cui si trova il soggetto passivo, al quale non siano imputabili simulazione o negligenza, integra gli estremi della "situazione particolare" di cui all'art. 13, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 2 luglio 1979, n. 1430, modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 7 ottobre 1986, n. 3069.

Ne consegue che la decisione della Commissione del 18 febbraio 1998, C (98) 372 fin., nella quale la stessa istituzione comunitaria ha negato l'esistenza della situazione particolare a favore del soggetto passivo caratterizzato come sopra, è invalida. ()*

(*) Esigenze di indagine delle autorità doganali e tutela dell'obbligato principale in buona fede.

La sentenza in commento ha ad oggetto l'interpretazione del diritto comunitario in relazione a un'operazione commerciale relativa a svariate partite di sigarette di provenienza estera situate in alcuni depositi doganali dei Paesi Bassi. Tali merci non comunitarie dovevano giungere ad Anversa per essere successivamente esportate in paesi terzi ed erano state, pertanto, vincolate al regime del transito comunitario esterno.

In seguito al mancato appuramento delle procedure di transito e alle indagini condotte in collaborazione con le autorità belghe, le dogane olandesi accertavano che le merci non erano mai giunte in Belgio ma che erano sta-

te immesse in consumo nei Paesi Bassi senza, quindi, il pagamento dei relativi dazi doganali. In effetti, le operazioni riguardavano più transiti, sulla cui regolarità e durante il cui svolgimento, le autorità avevano forti sospetti di frodi perpetrate a danno del bilancio comunitario.

L'agenzia doganale De Haan aveva creduto in buona fede che tutte le operazioni di transito si fossero svolte regolarmente e contestava agli inquirenti olandesi di non averla resa edotta dei preparativi alle frodi di cui erano al corrente; le autorità olandesi, d'altro canto, pretendevano dalla De Haan il versamento dei dazi gravanti su tutte le partite di sigarette.

In sostanza, la Tariefcommissie chiedeva alla Corte se in base alla normativa o alle consuetudini doganali le autorità di uno stato membro avessero l'obbligo di informare il soggetto passivo in buona fede delle operazioni fraudolente il cui compimento faceva nascere più obbligazioni doganali a suo carico.

L'articolo 11, n. 1 lett. c), del regolamento (CEE) del Consiglio n. 2726/90 del 17 settembre 1990 dispone *tout court* che, nei casi di infrazione o di irregolarità commessi nell'ambito di una procedura di transito, l'obbligato principale è tenuto al pagamento dei dazi. La disciplina comunitaria, quindi, non condiziona la nascita dell'obbligazione alla buona fede del soggetto passivo né prevede l'obbligo di informazione da parte delle autorità inquirenti nell'ambito delle inchieste volte ad accertare l'esistenza di operazioni fraudolente; anzi, a tal riguardo, la Corte ritiene che proprio la particolare finalità delle indagini condotte giustifica il comportamento omissivo delle autorità doganali.

La Corte, conformemente alla sua precedente giurisprudenza (si veda in particolare, la sent. della Corte di Giustizia del 26 novembre 1998, causa C-370/96, *Covita*), respinge anche l'obiezione sollevata dalla De Haan sull'intempestiva contabilizzazione dei dazi per il recupero a posteriori. Il mancato rispetto dei due giorni per contabilizzare i diritti dovuti, difatti, non intacca la validità dell'obbligazione né il recupero degli stessi diritti (purché le autorità si attivino entro il termine di tre anni) ma incide sui rapporti tra la Comunità e lo stato membro nel senso che quest'ultimo, all'atto del versamento delle risorse proprie, sarà tenuto al pagamento degli interessi di mora. A tal proposito è opportuno rilevare, come sottolineato dall'Avvocato Generale Jacobs al punto 52 delle sue conclusioni, che il regolamento (CEE) del Consiglio n. 1854/89 del 14 giugno 1989 che fissa il termine di due giorni e stabilisce le altre modalità per il recupero a posteriori dei diritti all'importazione o all'esportazione, ha l'obiettivo di rendere uniformi le procedure doganali all'interno della Comunità di modo che gli operatori non siano sottoposti a trattamenti differenti a causa dell'applicazione di regole diverse; non ha, invece, tra i suoi obiettivi quello di sottrarre i soggetti passivi al pagamento dei relativi diritti.

Se è, quindi, vero che gli obbligati sono tenuti al pagamento dei diritti dal momento che non esiste un obbligo di informazione da parte delle autorità inquirenti, è pur vero, tuttavia, che bisogna prendere in considerazione la situazione in cui verte il soggetto passivo nel caso di specie.

Secondo la disciplina comunitaria le autorità doganali non possono procedere al recupero dei diritti soltanto quando siano incorse in errore non rilevabile dal debitore che sia in buona fede e abbia rispettato tutte le prescrizioni relative alla dichiarazione doganale (cfr. art. 5, n. 2 del regolamento (CEE) del Consiglio n. 1679/79 del 24 luglio 1979); inoltre, non si può procedere al recupero dei dazi neppure nelle ipotesi in cui l'operatore si trovi in una delle situazioni particolari elencate nell'art. 13, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio n. 1430/79 del 2 luglio 1979, e cioè quando la situazione non è addebitabile a negligenza manifesta o a simulazione dell'operatore stesso.

Occorre rilevare che la valutazione circa l'esistenza della summenzionata situazione particolare atta a giustificare lo sgravio dei dazi deve essere svolta alla luce del principio di equità. Secondo quanto disposto dalla Corte di Giustizia nella sent. 25 febbraio 1999, causa C-86/97, *Woltmann*, tale principio generale dell'ordinamento comunitario trova applicazione anche nel settore doganale in quanto è stato introdotto sotto formula di clausola nell'art. 905 del regolamento (CEE) della Commissione n. 2454/93 del 2 luglio 1993 in tema di attuazione del codice doganale comunitario.

La validità del principio di equità comporta, in conclusione, che non è possibile accollare il debito doganale ad un operatore economico i cui comportamenti fraudolenti siano stati "consentiti" dalle autorità doganali; se si ragionasse diversamente si opererebbe, infatti, un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti economici che svolgono la medesima attività. E' importante sottolineare che la risoluzione del caso si ispira, pertanto, al rispetto di principi che operano in maniera ormai consolidata in tutti i settori del diritto comunitario e che permeano anche la disciplina doganale.

Claudia Fusco

3A) EC COURT OF JUSTICE, SECTION V, JUDGEMENT JUNE 17 1999, C-166/98. PRESIDING JUDGE J.P. PUISOCHET, REFEREE M. WATHELET, *SOCIÉTÉ CRITOURIDIENNE DE DISTRIBUTION (SOCRIDIS) C/O RECEVEUR PRINCIPAL DES DOUANES.*

Harmonisation of excise on alcoholic beverages - Directives 92/83/EEC and 92/84/EEC - Different regimes for wine and beer. Clash with art. 95 of the EC Treaty (now art. 90, paragraph 2, EC) - Does not subsist.

Directives 92/83/EEC and 92/84/EEC that providing for the harmonisation of excise on alcohol and on alcoholic beverages establish a different regime in matter of excise on wine and beer, do not clash with art. 945, second paragraph of the Treaty (now art. 90, second paragraph, EC) that bans the member State from applying to products from other Member States internal taxes intended to protect indirectly other products.

3B) CORTE DI GIUSTIZIA CE, SEZ. V, SENT. 17 GIUGNO 1999, C-166/98. PRES. J.P. PUISOCHET, REL. M. WATHELET, *SOCIÉTÉ CRITOURIDIENNE DE DISTRIBUTION (SOCRIDIS) C/O RECEVEUR PRINCIPAL DES DOUANES.*

21

Armonizzazione accise sulle bevande alcoliche - Direttive 92/83/CEE e 92/84/CEE - Regimi differenziati per vino e birra. Contrasto con art. 95 del Trattato CE (ora art. 90, secondo comma, CE) - Non sussiste.

Le direttive 92/83/CEE e 92/84/CEE che, provvedendo in materia di armonizzazione delle accise sull'alcole e sulle bevande alcoliche, istituiscono un regime differenziato in materia di accise sul vino e sulla birra, non contrastano con l'art. 95, secondo comma, del Trattato (ora art. 90, secondo comma, CE) che fa divieto allo Stato membro di applicare a prodotti provenienti da altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni. ()*

Sentenza

1. Con ordinanza 21 aprile 1988, pervenuta nella cancelleria il 29 aprile seguente, il Tribunal de grande instance di Foix ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE (ex art. 177), una questione pregiudiziale relativa alla validità delle direttive del Consiglio 10 ottobre 1992, 92/83/CEE, relativa all'armonizzazione delle strutture delle accise sull'alcole e sulle bevande alcoliche (GU L 316, pag. 21) e 92/84/CEE, relativa al riavvicinamento delle aliquote di accisa sull'alcole e sulle bevande alcoliche (GU L 316, pag. 29).

2. Tale questione è stata sollevata nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto un ricorso proposto dalla Société critouridienne de distribution (in prosieguo: la "Socridis") al fine di ottenere lo sgravio delle accise da essa versate nel periodo maggio-dicembre 1993.

3. Dinanzi al giudice nazionale, la Socridis ha fatto valere che le direttive 92/83 e 92/84 erano contrarie all'art. 95, secondo comma, del Trattato (divenuto, in seguito, a modifica, art. 90, secondo comma, CE), in quanto, istitutive di un sistema di tassazione che autorizzerebbe prassi discriminatorie ed anticoncorrenziali, le quali avvantaggerebbero indirettamente la produzione del vino a danno di quella della birra.

4. L'art. 95 del Trattato così 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 simili.

Inoltre, nessuno Stato membro applica ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni.

(...)"

5. La direttiva 92/83 fissa il campo di applicazione e le modalità di determinazione dell'importo dell'accisa comune per i prodotti considerati.

6. Essa prevede, all'art. 3, che l'accisa riscossa dagli Stati membri sulla birra sia determinata con riferimento al numero di ettolitri/gradì Palto o di ettolitri/titolo alcometrico effettivo o di prodotto finito e, all'art. 9, n. 1, che l'accisa riscossa sul vino sia fissata con riferimento al numero di ettolitri di prodotto finito.

7. La direttiva 92/84 fissa, all'art. 5, in 0 ECU/ettolitro di prodotto l'aliquota minima dell'accisa sul vino, a decorrere dal 1° gennaio 1993 e, all'art. 6, in 0,748 ECU per ettolitro/gradì Palto o 1,87 ECU per ettolitro/grado alcolico di prodotto finito l'aliquota minima dell'accisa sulla birra.

8. In Francia, gli artt. 438 e 520 A del codice generale delle imposte (in prosieguo: "il codice"), adottati per dare attuazione alle direttive 92/83 e 92/84, prevedono la riscossione di:

-un tributo fissato a 54,80 FF/hl, per i vini spumanti, e a 22 FF/hl, per gli altri vini (art. 438 del codice);

- un tributo specifico sulle birre, la cui aliquota per ettolitro è fissata a 6,25 per grado, per le birre il cui titolo alcometrico non sia superiore a 2,8% vol., e a 12,50 FF per grado alcometrico, per le altre birre (art. 520 A del codice).

9. Dinanzi al giudice nazionale, la Socridis fa valere che, anteriormente all'armonizzazione comunitaria, birra e vino erano tassati in Francia in base agli stessi criteri (solo il volume) ed aliquote analoghe (19,50 FF/hl per la birra e 22 FF/hl per il vino).

10. L'armonizzazione avrebbe avuto come conseguenza, in tale Stato, di imporre, da un lato, una modifica dei criteri di tassazione della birra mediante

l'introduzione del criterio del titolo alcometrico e, dall'altro, un rilevante aumento delle accise riscosse sulla birra.

11. Dopo aver accertato che la disciplina francese adottata in conformità delle direttive 92/83 e 92/84 comportava una tassazione della birra nettamente più elevata di quella applicata al vino, il giudice nazionale ha disposto la sospensione del procedimento ed ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

“ Se le direttive del Consiglio 92/83 e 92/84, recanti armonizzazione delle accise, siano invalide alla luce del Trattato istitutivo della Comunità europea, in particolare dell'art. 95, secondo comma, del medesimo, in quanto:

- hanno fissato una tassazione minima della birra pari a 1,87 ECU per grado e per ettolitro;

- nel contempo, autorizzano una tassazione del vino in rapporto al solo volume, con aliquota minima pari a zero, imponendo quindi agli Stati membri di aumentare la tassazione della birra fino al detto minimo e comportando di conseguenza la creazione di divari di tassazione, che possono essere discriminatori, tra vino e birra”.

12. La Socridis contesta la validità delle direttive 92/83 e 92/84 sostanzialmente adducendo tre motivi. Anzitutto, esse violerebbero l'art. 95 del Trattato, in particolare il secondo comma del medesimo. Inoltre, esse violerebbero l'art. 93 CE (ex art. 99) posto che, su un elemento essenziale, non procederebbero affatto al ravvicinamento dei criteri di tassazione, ma al contrario aggraverebbero le disparità esistenti tra gli Stati membri e, di conseguenza, gli ostacoli agli scambi derivanti da tali disparità. Infine, la motivazione delle direttive 92/83 e 92/84 non soddisferebbe le prescrizioni dell'art. 253 CE (ex art. 190).

21

Sulla compatibilità delle direttive 92/83 e 92/84 con l'art.95 del Trattato

13. Secondo la Socridis, l'art. 95, secondo comma, del Trattato, pone esso stesso direttamente un criterio di proporzionalità da applicare, segnatamente, alla base imponibile, alle modalità di riscossione e alle aliquote dei tributi. Pertanto, uno Stato membro contravverrebbe a questa disposizione del Trattato tassando più gravemente una bevanda importata rispetto ad una bevanda nazionale concorrente, nei limiti in cui il divario sia sproporzionato rispetto al grado di differenza riscontrabile tra le due categorie di bevande considerate.

14. Su punto, la Socridis argomenta che i divari di tassazione, imposti e giustificati dalle direttive 92/83 e 92/84, eccedono manifestamente le differenze obiettivamente riscontrabili tra la birra e il vino.

15. Inoltre, la fissazione di un'aliquota zero come aliquota minima di accisa sul vino costituirebbe un'autorizzazione permanente, conferita agli Stati membri, di esentare il vino da qualsiasi tributo. Tale esenzione favorirebbe

una produzione fondamentale per gli Stati dell'Europa del Sud, per i quali la birra non rappresenterebbe nè un settore nè una bevanda culturalmente di rilievo. Sei Stati membri farebbero del resto applicazione di tale aliquota minima: la Repubblica federale di Germania, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica italiana e il Granducato di Lussemburgo, nonchè, in seguito alla sua adesione alla comunità, la Repubblica d'Austria.

16. Va preliminarmente ricordato che l'art. 95 del Trattato è inteso, nel suo complesso, a garantire la libera circolazione delle merci tra gli Stati membri in normali condizioni di concorrenza, mediante l'eliminazione di ogni forma di protezione che possa risultare dall'applicazione di tributi interni discriminatori nei confronti delle merci originarie di altri Stati membri e a garantire l'assoluta neutralità dei tributi interni riguardo alla concorrenza fra merci nazionali e merci importate.

17. In tale prospettiva, l'art. 95, secondo comma del Trattato, ha più in particolare la funzione di inibire qualsiasi forma di protezionismo fiscale indiretto nel caso di prodotti che, senza essere similari, ai sensi del primo comma, a prodotti nazionali, nondimeno si trovino con taluni di essi in un rapporto di concorrenza anche parziale, indiretta o potenziale (v. sentenza 9 luglio 1987, causa 356/85, Commissione/Belgio, Racc. pag. 3299, punti 6 e 7).

18. Sotto tale profilo, solo i vini di consumo corrente, che sono in generale vini a buon mercato, presentano un numero sufficiente di caratteristiche in comune con la birra per costituire un'alternativa di scelta per il consumatore e possono, quindi, essere considerati in rapporto di concorrenzialità con la birra, ai sensi dell'art. 95, secondo comma, del Trattato (v. sentenza Commissione/Belgio, citata, punto 11). Ne consegue che l'eccezione di invalidità basata su questa disposizione, sollevata dalla Socridis contro l'accisa minima fissata dalla direttiva 92/84, riguarda quest'ultima solo nei limiti in cui si applica ai vini di consumo corrente.

19. Risulta inoltre dalla giurisprudenza della Corte che le direttive non violano il Trattato per il fatto che esse attribuiscono agli Stati membri un margine di valutazione sufficientemente ampio per consentire loro di attuarle in senso conforme alle prescrizioni del Trattato (v., in tal senso, sentenza 13 luglio 1989, causa 5/88, Wachauf, Racc. pag. 2609, punto 22).

20. Orbene è certo che le direttive 92/83 e 92/84 si limitano ad imporre agli stati membri l'obbligo di applicare un'aliquota minima di accisa sulla birra. Questi ultimi conservano, quindi, un margine di valutazione sufficiente per stabilire, tra la tassazione del vino e quella della birra, un rapporto che escluda qualsiasi protezionismo a favore della produzione nazionale, ai sensi dell'art. 95 del Trattato.

21. L'eccezione di invalidità relativa all'incompatibilità tra le direttive 92/83 e 92/84 e l'art. 95, secondo comma, del Trattato deve pertanto essere respinta.

Sulla violazione dell'art. 93 CE

22. Argomentando che l'art. 93 CE si prefigge di attenuare gli ostacoli agli scambi derivanti dalle disparità tra i sistemi fiscali nazionali, anche qualora questi ultimi siano applicati in modo non discriminatorio, la Socridis fa valere che un intervento del Consiglio in forza di questa disposizione deve mirare non soltanto ad attenuare le disparità di tassazione, comprese quelle tra prodotti che si trovano tra loro in concorrenza, ma, inoltre, a non legittimare la creazione o il mantenimento di rapporti di tassazione censurati o censurabili alla luce dell'art. 95, secondo comma, del Trattato.

23. Poichè le direttive 92/83 e 92/84, prosegue la Socridis, si fermano ad un livello molto inferiore a quello che sarebbe stato necessario per operare un ravvicinamento minimo dei rapporti di tassazione tra il vino e la birra, il Consiglio avrebbe violato l'art. 93 CE.

24. Tali argomenti non possono essere accolti.

25. Come ha giustamente rilevato l'avvocato generale, al paragrafo 51 delle sue conclusioni, lo scopo perseguito dal legislatore comunitario nell'adottare le direttive 92/83 e 92/84 non era il ravvicinamento delle tassazioni del vino e della birra. In forza delle competenze espressamente conferitegli dall'art. 93 CE e, nell'intento di procedere all'istituzione e al funzionamento del mercato interno, il Consiglio ha voluto, da un lato, ravvicinare le normative nazionali relative alle accise sui vini e, dall'altro, quelle relative alle accise sulla birra.

26. Inoltre, emerge da una costante giurisprudenza che le istituzioni comunitarie possono procedere all'armonizzazione graduale di un settore o al ravvicinamento per fasi successive delle normative nazionali. L'attuazione di tali provvedimenti è, infatti, generalmente difficoltosa, poichè presuppone, da parte delle istituzioni comunitarie competenti, l'elaborazione, muovendo da norme nazionali disparate e complesse, di regole comuni che siano conformi agli obiettivi definiti dal Trattato e che ottengano il consenso di una maggioranza qualificata dei membri del consiglio o addirittura, come nel campo fiscale, l'unanimità di questi ultimi (v. in tal senso sentenze 29 febbraio 1984, causa 37/83, Rewe-Zentrale, Racc. pag. 1229, punto 20, e 13 maggio 1997, causa C-233/94, Germania/Parlamento e Consiglio, Racc. pag. I-2405, punto 43).

27. L'eccezione di invalidità relativa all'incompatibilità tra le direttive 92/83 e 92/84 e l'art. 93 CE deve pertanto essere respinta.

Sulla violazione dell'obbligo di motivazione

28. Secondo la Socridis, le direttive 92/83 e 92/84 non contengono alcuna motivazione adeguata che consenta di giustificare, da un lato, il ricorso, per la sola birra, ad un secondo criterio di tassazione, ossia il titolo alcolico, e, dall'altro, la differenza tra le aliquote minime di accisa rispettivamente fissate per il vino e la birra.

29. Con riguardo ai criteri di tassazione della birra, è sufficiente rilevare che nel settimo "considerando" della direttiva 92/84 si legge: "considerando che i metodi di tassazione della birra sono diversi nei vari Stati membri e che è possibile consentire che tale differenza persista prevedendo in particolare un'aliquota minima espressa in relazione all'estratto originale e al titolo alcolico del prodotto".

30. In ordine alla differenza tra le aliquote minime rispettivamente applicabili al vino e alla birra, essa non è *stricto sensu*, una misura adottata dal Consiglio, bensì la conseguenza dei ravvicinamenti parallelamente operati tra le aliquote di accisa nazionali previste rispettivamente sul vino e sulla birra, con la conseguenza che essa non richiedeva alcuna motivazione specifica. Contrariamente a quanto asserisce la Socridis, e come già sottolineato al precedente punto 25, la direttiva 92/84 non si prefigge il ravvicinamento delle accise sul vino e sulla birra, ma è intesa a fissare un'aliquota minima per le accise su ciascuna delle due categorie di prodotti, come evincesi dal terzo "considerando" di questa direttiva.

31. Conseguentemente, l'eccezione di invalidità relativa alla violazione dell'art. 253 CE va parimenti respinta.

32. Emerge dal complesso delle considerazioni che precedono che l'esame della questione prospettata non ha posto in luce alcun elemento atto ad inficiare la validità delle direttive 92/83 e 92/84.

222

Sulle spese

33. Le spese sostenute dai governi francese e spagnolo, nonché dal Consiglio e dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Il presente procedimento riveste nei confronti delle parti nel procedimento *a quo* il carattere di un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, al quale spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (Quinta Sezione)

pronunciandosi sulla questione sottoposta dal Tribunal de grande instance di Foix, con ordinanza 21 aprile 1998, dichiara:

L'esame della questione pregiudiziale non ha posto in luce alcun elemento atto ad inficiare la validità delle direttive del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/83/CEE, relativa all'armonizzazione delle strutture delle accise sull'alcole e sulle bevande alcoliche, e 92/84/CEE, relativa al ravvicinamento delle aliquote di accisa sull'alcole e sulle bevande alcoliche.

(*) Rinnovato vigore all'antica "querelle" tra vino e birra

Il legislatore comunitario, nel secondo comma dell'art. 95 CE, detta un principio generale nell'intento di evitare che l'ampio potere discrezionale la-

sciato agli Stati membri in materia fiscale si traduca nell'adozione di misure protezionistiche a vantaggio di un determinato settore della produzione nazionale. La disposizione appare alquanto generica e, a ben pensarci, non potrebbe essere diversamente poichè essa mira a colpire quella vasta gamma di prodotti che, non presentando caratteristiche di similarità, non possono essere ricondotti nella previsione normativa contenuta nel primo comma.

Nella sentenza in esame, la Corte di Giustizia, al fine di individuare, in concreto, i presupposti al verificarsi dei quali tale disposizione risulta applicabile, afferma che: "*l'art. 95, secondo comma del Trattato, ha più in particolare la funzione di inibire qualsiasi forma di protezionismo fiscale indiretto nel caso di prodotti che, senza essere simili, ai sensi del primo comma, a prodotti nazionali, nondimeno si trovino con taluni di essi in un rapporto di concorrenza anche parziale, indiretta o potenziale*".

Pertanto, sembra potersi desumere, dal tenore del secondo comma dell'art. 95 e dalla giurisprudenza della Corte (v., in particolare, oltre alla sentenza in esame, anche le sentenze, solitamente indicate con le seguenti espressioni: "Trattamento fiscale del vino e della birra" del 9 luglio 1987, causa 365/85, Racc. 1987, pag. 3299; "Trattamento fiscale del vino II" del 12 luglio 1983, causa 170/78, Raccolta 1983, p. 2265; "Trattamento fiscale del vino I" del 27 febbraio 1980, causa 170/78, Raccolta 1980, p. 417), che per dichiarare un'imposizione interna - o, addirittura, la direttiva che ha consentito tale imposizione - incompatibile con la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 95 CE, occorre verificare, in primo luogo, se esiste un "rapporto di concorrenzialità" fra prodotti nazionali e prodotti importati; ed, in secondo luogo, occorre dimostrare che l'onere fiscale considerato esplica un effetto protezionistico favorevole al prodotto nazionale concorrente (ad esempio, determina un calo nei consumi dei prodotti importati a vantaggio dei prodotti nazionali concorrenti. V, in tal senso, la già citata sentenza "Trattamento fiscale del vino e della birra" del 9 luglio 1987, causa 365/85, Racc. 1987, pag. 3299, punti 15 e 16 della motivazione).

Nel caso in esame, la Corte è chiamata a decidere sulla validità, alla luce della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 95 CE, delle direttive 92/83/CEE (relativa all'armonizzazione delle strutture delle accise sull'alcole e sulle bevande alcoliche) e 92/84/CEE (relativa al ravvicinamento delle aliquote di accisa sull'alcole e sulle bevande alcoliche), in attuazione delle quali la Francia ha adottato una normativa che comporta una tassazione della birra nettamente più elevata di quella del vino.

Pertanto, è interessante chiedersi a quali criteri la Corte può ricorrere per accertare se esiste o meno un effettivo rapporto di concorrenzialità tra vino e birra. A riguardo è utile richiamare la giurisprudenza della Corte in merito all'antica "querelle" tra vino e birra (v., in particolare, la sentenza "Trattamento fiscale del vino I" del 27 febbraio 1980, causa 170/78, Raccolta

1980, p. 417, punti 6 e 7 della motivazione). L'orientamento, espresso dalla Corte nel corso delle numerose decisioni sull'argomento, consente di affermare che i criteri da adottare sono molto generici e mirano a verificare se esiste, in primo luogo, un certo "grado di sostituzione" fra prodotti importati e prodotti nazionali, capace di dar vita ad una "scelta alternativa per i consumatori"; ed, in secondo luogo, se esistono "connessioni più o meno dirette" fra le due bevande alcoliche. A riguardo, A. Mattera Ricigliano afferma che la potenziale sostituibilità fra prodotti non può essere determinata con riferimento alle abitudini dei consumatori, perchè essendo queste ultime mutevoli nel tempo e nello spazio non possono considerarsi come un dato certo. E' necessario, invece, individuare criteri generali di valutazione che devono, peraltro, collocarsi in una prospettiva comunitaria. In merito, osserva autorevolmente A. Tizzano: *"..... sostituibili sono tutti i prodotti che si trovano collegati sul piano economico, in modi e condizioni che non è dato, si ripete, precisare in astratto. Non basta, ad esempio, osservare che in linea generale il consumo delle arance può considerarsi sostitutivo di quello delle mele. Per l'applicazione della norma in esame (art. 95, secondo comma) sarà invero necessario stabilire se in concreto l'aumento del prezzo delle mele sia idoneo o meno a risolversi nell'aumento della domanda di arance. Dunque, verificare la sostituibilità dei prodotti significa valutarne la natura, le caratteristiche dei consumi, quelle dei mercati in causa, la specifica contingenza economica, ecc. Ecco perchè si sottolinea giustamente che l'applicazione dell'art. 95, secondo comma, diversamente dal primo comma, implica una specifica e difficile valutazione di carattere economico"*.

Con riferimento alla questione che ci occupa, la Corte evidenzia che solo i vini di consumo corrente, che sono in generale i vini a buon mercato, presentano un numero sufficiente di caratteristiche in comune con la birra per costituire un'alternativa di scelta per il consumatore. Solo tali vini, quindi, possono essere considerati in rapporto di concorrenzialità con la birra, ai sensi dell'art. 95, secondo comma, del Trattato. Pertanto, la Società ricorrente avrebbe dovuto invocare l'invalidità della direttiva 92/84/CEE, facendo riferimento solamente all'accisa minima che si applica ai vini di consumo corrente; ed in tal caso, avrebbe dovuto dimostrare, ai fini della violazione del secondo comma dell'art. 95 CE, che l'onere fiscale sul prodotto importato (birra) esplicava un effetto protezionistico favorevole al prodotto nazionale concorrente (vino), determinando, ad esempio, il calo del consumo di birra a vantaggio del consumo di vino.

Invece, la Società invocava l'invalidità delle direttive 92/83/CEE e 92/84/CEE perchè contrarie all'art. 95, secondo comma, del Trattato in quanto istitutive di un sistema di tassazione che autorizzerebbe prassi discriminatorie ed anticoncorrenziali, le quali avvantaggerebbero indirettamente la produzione del vino a danno di quella della birra. A riguardo, la Corte non ha accolto il ricorso perchè, sulla base di precedente giurisprudenza consoli-

data (v., in tal senso, sentenza del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Raccolta* 1989, pag. 2609, punto 22), le direttive non violano il Trattato in quanto esse attribuiscono agli Stati membri un margine di valutazione sufficientemente ampio da consentire loro di attuarle in senso conforme alle prescrizioni del Trattato. Nel caso di specie, infatti, poichè le direttive si limitano ad imporre alla Francia l'obbligo di applicare un'aliquota minima di accisa sulla birra, tale Stato, al pari degli altri Stati membri, gode di una ampia discrezionalità per stabilire tra la tassazione del vino e quella della birra un rapporto che escluda qualsiasi protezionismo a favore della produzione nazionale.

E' da ricordare, inoltre, che la *Socridis* contestava la validità delle direttive 92/83/CEE e 92/84/CEE affermando anche che esse violerebbero l'art. 93 CE in quanto non procederebbero affatto al ravvicinamento dei criteri di tassazione tra il vino e la birra ma, anzi, aggraverebbero le disparità esistenti tra gli Stati membri e, di conseguenza, gli ostacoli agli scambi derivanti da tali disparità. Infine, la Società sosteneva che le direttive citate non conterebbero alcuna motivazione adeguata, tale da giustificare, da un lato, il ricorso, per la sola birra, ad un particolare criterio di tassazione, ossia il titolo alcolico e, dall'altro, la differenza tra le aliquote minime di accisa rispettivamente fissate per il vino e per la birra.

Con riferimento all'art. 93 CE, il quale mira ad attenuare gli ostacoli agli scambi derivanti dalle disparità tra i sistemi fiscali nazionali, la Corte mette in evidenza che il legislatore comunitario, con le direttive 92/83/CEE e 92/84/CEE, non si prefigge, come scopo, quello di ravvicinare le tassazioni del vino e della birra, bensì quello di ravvicinare, da un lato, le normative nazionali relative alle accise sui vini e, dall'altro, quelle relative alle accise sulla birra. Infine, in merito alla violazione dell'obbligo di motivazione delle direttive 92/83/CEE e 92/84/CEE, la Corte pone in rilievo che la differenza tra le aliquote minime applicabili al vino e alla birra non è una misura adottata dal legislatore comunitario ma rappresenta la conseguenza dei ravvicinamenti, parallelamente operati, tra le aliquote delle accise nazionali previste rispettivamente sul vino e sulla birra; pertanto, a giudizio della Corte, non era necessaria alcuna motivazione specifica. Per la dottrina in materia cfr. AMATUCCI F. *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998; CONFALONIERI S., *La Corte di Giustizia della Comunità Europea ritorna sulla libera circolazione delle merci con riferimento agli artt. 9 ss. e 95 del Trattato CEE*, "Rivista di diritto tributario", n. 9, II, pp. 711 ss.; MATTERA RICIGLIANO A., *Il Mercato Unico Europeo*, Utet, Torino, 1990, pp.109-124.; TIZZANO A., *Sul divieto di discriminazioni fiscali nella CEE*, "Foro italiano", IV, 1976, pp. 318-324; Per la bibliografia in materia di accise, si rimanda alle opere citate nella nota a margine della Sent. 10 giugno 1999, C - 346/97, pubblicata in questo numero.

4A) EC COURT OF JUSTICE, SECTION I, JUDGEMENT JUNE 10 1999, C-346/97. PRESIDING JUDGE P. JANN, REFEREE J.C. MOITINHO DE ALMEIDA. *BRAATHENS SVERIGE AB c/O RIKSSKATTEVERKET.*

Directive 92/81/EEC - 'Unconditional' provision and 'sufficiently precise' - Direct applicability by the national judge - Subsists.
Excise harmonised on mineral oils - Exemption regime ex art. 8, no. 1, lett. b) Directive 92/81/EEC - Indirect tax with specific purpose calculated on fuel consumption - Is due.

The 'unconditional' and 'the sufficiently precise' nature of Directive 92/81/EEC in matter of excise allows for direct application to be invoked before the national judge.

Under art. 8, no.1, lett. b) of Directive 92/81/EEC the exemption regime for the harmonised excise on mineral oils used as fuels for air navigation is applied also to an indirect tax with specific purpose (ecological tax on aircraft exit gases) calculated on fuel consumption.

4B) CORTE DI GIUSTIZIA CE, SEZ. V, SENT. 10 GIUGNO 1999, C-346/97. PRES. P. JANN, REL. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA. *BRAATHENS SVERIGE AB c/O RIKSSKATTEVERKET.*

226

Direttiva 92/81/CEE – Disposizione “incondizionata” e “sufficientemente precisa” – Applicabilità diretta del Giudice nazionale – Sussiste.
Accise armonizzate sugli oli minerali – Regime di esonero ex art. 8, n.1, lett. b) Direttiva 92/81/CEE – Imposta indiretta avente finalità specifica calcolata sui consumi di carburante – Spetta.

Il carattere “incondizionato” e “sufficientemente preciso” della Direttiva 92/81/CEE in materia di accise consente di invocare l'applicazione diretta innanzi al giudice nazionale.

Ai sensi dell'art. 8, n.1, lett. b) della Direttiva 92/81/CEE il regime di esonero previsto per l'accisa armonizzata sugli oli minerali utilizzati come carburanti per la navigazione aerea si applica anche ad un' imposta indiretta avente finalità specifica (tassa ecologica sui gas di scarico di aerei) calcolata, però, sul consumo di carburante.()*

Sentenza

1. Con ordinanza 3 settembre 1997, pervenuta in cancelleria il 6 ottobre successivo, il Tribunale amministrativo per la provincia del Dalarnas ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE (ex art. 177), tre questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 8, n. 1, della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/81/CEE relativa all'armonizzazione delle

strutture delle accise sugli oli minerali (GU L 316, pag. 12)

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la Braathens Sverige AB (già Transwede Airways AB; in prosieguo: la "Braathens") e l'ufficio centrale delle imposte svedese in merito al pagamento, per periodi compresi tra il gennaio 1995 e il giugno 1996, di una tassa nazionale per la tutela dell'ambiente sulla navigazione aerea interna a carattere commerciale.

Normativa comunitaria

3. Secondo l'art.1 della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/12/CEE relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa (GU L 76, pag.13):

"1. La presente direttiva stabilisce il regime dei prodotti sottoposti alle accise e ad altre imposte indirette gravanti, direttamente o indirettamente, sul consumo di questi prodotti, ad esclusione dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte stabilite dalla Comunità.

2. Le singole disposizioni relative alle strutture e alle aliquote delle accise sui prodotti ad esse soggetti sono contenute in direttive specifiche".

4. A tenore dell'art. 3, nn. 1 e 2, della medesima direttiva:

"1. La presente direttiva è applicabile, a livello comunitario, ai prodotti seguenti, come definiti nelle direttive ad essi relative:

- gli oli minerali;
- l'alcole e le bevande alcoliche;
- i tabacchi lavorati.

2. I prodotti di cui al paragrafo 1 possono formare oggetto di altre imposizioni indirette aventi finalità specifiche, nella misura in cui esse rispettino le regole di imposizione applicabili ai fini delle accise o dell'I-VA per la determinazione della base imponibile, il calcolo, l'esigibilità e il controllo dell'imposta".

5. Secondo l'art. 1, nn. 1 e 2, della direttiva 92/81, gli Stati membri applicano agli oli minerali un'accisa armonizzata conformemente alla presente direttiva e stabiliscono le proprie aliquote conformemente alla direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/82/CEE, relativa al ravvicinamento delle aliquote delle accise sugli oli minerali (GU L 316, pag.19).

6. Per quanto riguarda gli oli minerali diversi da quelli per i quali è stato fissato un livello di accisa dalla direttiva 92/82, l'art.2, n.2 della direttiva 92/81, dispone che essi "sono assoggettati all'accisa se sono destinati ad essere utilizzati, se sono messi in vendita o se sono utilizzati come combustibili o carburanti. L'aliquota del diritto esigibile è fissata, a seconda dell'uso, al livello applicabile al combustibile o al carburante per motori equivalente".

7. L'art.8, n.1, della direttiva 92/81, dispone:

"1. Oltre alle disposizioni generali relative alle esenzioni per un uso determinato dei prodotti soggetti ad accisa, contenute nella direttiva 92/12/CEE

e fatte salve altre disposizioni comunitarie, gli Stati membri esentano dall'accisa armonizzata i prodotti elencati in appresso alle condizioni da essi stabilite, allo scopo di garantire un'agevole e corretta applicazione di tali esenzioni ed evitare frodi, evasioni o abusi:

(.....)

b) gli oli minerali forniti per essere utilizzati come carburanti per la navigazione aerea diversa dall'aviazione privata da diporto.

Ai fini della presente direttiva, per aviazione privata da diporto si intende l'uso di un aeromobile da parte del proprietario dello stesso o della persona fisica o giuridica che può utilizzarlo in virtù di un contratto di locazione o qualsiasi altro titolo, per scopi non commerciali ed in particolare per scopi diversi dal trasporto di passeggeri o merci o dalla prestazione di servizi a titolo onero o per conto di autorità pubbliche.

Gli Stati membri possono limitare l'ambito di questa esenzione alle forniture di carboturbi (codice NC 27100051);

(.....)".

Normativa nazionale

8. Dall'ordinanza di rinvio emerge che fino al 1° gennaio 1997, la lag (1988:1567) om miljorskatt pEa inrikes flygtrafik (legge istitutiva di una tassa ecologica sulla navigazione aerea interna; in prosieguo; la "legge del 1988") prevedeva il versamento allo Stato, in occasione del traffico aereo interno a carattere commerciale, di una tassa per la protezione dell'ambiente, calcolata sul consumo di carburante e sulle emissioni di idrocarburi ed ossido di azoto.

9. Nel 1995 e nel 1996 la detta tassa veniva calcolata, ai sensi dell'art. 6, n.1, della legge del 1988, nella versione applicabile ai fatti di cui alla causa a qua, sulla scorta dei dati forniti dal Luftfartsverket (amministrazione nazionale dell'aviazione civile) relativi al consumo di carburante nonché alle emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto del tipo di aereo mobile utilizzato su un tragitto aereo medio. La tassa veniva percepita, conformemente all'art. 6, n. 2, della legge del 1988, per ogni volo in ragione di una corona svedese per chilogrammo di combustibile consumato e di 12 SKR per chilogrammo di emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto. Nel caso in cui non sussistessero informazioni attendibili relative alle emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto ai sensi dell'art.6, n.1, della legge del 1988, la tassa veniva calcolata secondo un metodo basato sul peso massimo consentito dall'apparecchio al decollo.

10. La legge del 1988 veniva abrogata dalla legge (1966:1407) con effetto dal 1° gennaio 1997. A partire da tale data, la benzina per aeromobili e il cherosene sono esentati dall'imposta sull'energia e sull'ossido di carbonio in forza della lag (1994:1771) on skatt pEa energi (legge in materia di tassa sull'energia).

La controversia di cui alla causa a qua

11. Il Skattemyndigheten i Kopparbergs lan (denominato Skattemyndigheten per la provincia del Dalarnas dal 1° gennaio 1997; in prosieguo "le autorità tributarie"), ha, mediante più avvisi di accertamento d'imposta, reclamato alla Braathens il pagamento della tassa prevista dall'art. 6 della legge del 1988, nella sua versione modificata per periodi compresi tra gennaio 1995 e giugno 1996. A seguito di un reclamo introdotto dalla Braathens nei confronti di tali avvisi di accertamento d'imposta, questi ultimi venivano confermati con decisione delle autorità tributarie 15 agosto 1996. La Braathens proponeva allora un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo per la provincia del Dalarnas.

12. Con decisione del giudice a quo, per quanto riguarda taluni periodi, e delle autorità fiscali, per altri, alla Braathens veniva concessa la sospensione del pagamento dell'imposta, essendo l'esito della causa di cui al procedimento principale incerto. Con decisione 12 giugno 1997, il Riksskatteverket (ufficio centrale delle imposte) si sostituiva al Skattemyndigheten per la provincia del Dalarnas nel contesto del procedimento di cui alla causa a qua.

Le questioni pregiudiziali

13. Dinanzi al giudice a quo, le parti nel procedimento principale hanno sostenuto punti di vista divergenti sulle questioni se l'imposta controversa rientrava nella sfera di applicazione della direttiva 92/81, se tale direttiva aveva effetti diretti e se era possibile scindere la detta imposta in una parte conforme al diritto comunitario e in una parte non conforme a tale diritto. Il giudice a quo, nutrendo fondati dubbi quanto alla soluzione da dare a tale questione ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se i provvedimenti impositivi adottati ai sensi della legge n. 1567/1988 istitutiva della tassa ecologica sul traffico aereo nazionale ed oggetto del presente giudizio siano in contrasto con la direttiva del Consiglio 92/81/CEE (direttiva sugli oli minerali), il cui art.8, n. 1, lett. b) obbliga gli Stati membri ad esentare dall'accisa armonizzata gli oli minerali forniti per essere utilizzati come carburanti per la navigazione aerea diversa dall'aviazione privata da diporto.

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se la norma di cui all'art. 8, n. 1, lett. b), della direttiva sugli oli minerali abbia effetto diretto, con la conseguenza che possa essere invocata da un singolo dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale di uno Stato membro.

3) Se, nell'ipotesi in cui la direttiva sugli oli minerali trovi applicazione nel caso di specie, in considerazione del fatto che la tassa ecologica svedese viene determinata in parte sulla base del consumo di carburante ed in parte

sulla base delle emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto, si possa distinguere nei provvedimenti impositivi contestati una parte compatibile con la normativa comunitaria da una parte con essa non compatibile”.

Sulla prima e sulla terza questione pregiudiziale

14. Preliminarmente va ricordato che, secondo la costante giurisprudenza, non spetta alla Corte, in forza dell'art. 234 del Trattato CE, pronunciarsi sulla compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario. Essa è nondimeno competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione di diritto comunitario che possano metterlo in grado di valutare tale compatibilità per la soluzione della controversia di cui è investito (v., in particolare, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa, Racc., pag. 1141, in particolare pag. 1158).

15. Ciò considerato, la prima e la terza questione debbono essere intese nel senso che il giudice nazionale vuole in sostanza sapere se l'art. 8, n.1, della direttiva 92/81, osti alla riscossione di una tassa, quale quella che colpisce il traffico aereo commerciale interno svedese, calcolata in funzione dei dati relativi al consumo di carburante ed alle emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto in occasione di un tragitto aereo medio del tipo dell'aereo utilizzato.

230

16. Il Riksskatteverket sostiene che l'imposta controversa nel procedimento principale costituisce, in realtà, una tassa per la protezione dell'ambiente che, contrariamente a quanto affermato dalla Braathens e dalla Commissione, non colpisce direttamente il consumo di carburante, ma le emissioni corrispondenti all'inquinamento prodotto dal traffico aereo nazionale a carattere commerciale dall'ossido di carbonio e dagli idrocarburi, di modo che le direttive 92/12 e 92/81 sono prive di pertinenza.

17. Riksskatteverket rileva a questo proposito che dai lavori preparatori della legge del 1988 emerge che l'obiettivo del legislatore era quello di limitare l'inquinamento prodotto dal traffico aereo, di compensare la parte dei costi macroeconomici del traffico aereo attribuibili alle emissioni di gas di scarico prodotte da tale traffico e di incentivare lo sviluppo dei motori da aviazione più ecologici.

18. Per quanto riguarda la determinazione di tale inquinamento, il Riksskatteverket sostiene che il metodo più soddisfacente sia quello consistente nel calcolare il quantitativo di sostanze inquinanti espulse dall'aereo, operazione che può farsi a partire sia dal numero dei litri di carburante consumato, sia dal volume di inquinamento emesso.

19. Il Riksskatteverket sostiene che il consumo di carburante non viene preso in considerazione nel calcolo dell'inquinamento dovuto alle emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto, su cui viene calcolata una parte della tassa controversa nel procedimento principale. Il calcolo viene effettuato in funzione delle informazioni fornite dall'amministrazione dell'aviazione civile e ri-

guardante le dette emissioni per tipo di aereo su un tragitto medio, cosa che consentirebbe di ricavare un inquinamento medio.

20. Per quanto riguarda la parte della tassa controversa riguardante le emissioni di ossido di carbonio, che è il prodotto della combustione del carburante contenuto nei serbatoi dell'aereo, il metodo di calcolo più preciso, che è stato accolto, sarebbe quello consistente nel prendere come base le informazioni relative al carburante consumato. Si tratterebbe, in realtà, di un calcolo forfettario del quantitativo medio consumato da un aereo su un segmento tipo di volo, di modo che la detta tassa verrebbe prelevata in occasione di ciascun volo e non già sul quantitativo di cherosene effettivamente bruciato, cosa che dimostrerebbe che non si tratta di un'imposta sul consumo di carburante.

21 Il Riksskatteverket conclude che, nella misura in cui la tassa controversa nel procedimento principale non costituisce un'imposta sul carburante utilizzato, ma una tassa ecologica che colpisce le emissioni inquinanti dovute al traffico aereo commerciale interno, le direttive 92/12 e 92/81 non sono applicabili. In subordine, il Riksskatteverket sostiene che, ad ogni modo, la parte della detta tassa che è basata sulle emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto è conforme al diritto comunitario nella misura in cui non vi è un nesso diretto tra consumo di carburante e tali emissioni.

22. Si deve rilevare che la tassa contestata nella causa a qua è calcolata a partire dai dati forniti dall'amministrazione nazionale dell'aviazione civile per quanto riguarda il consumo di carburante e le emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto del tipo dell'aereo considerato su una tratta aerea media.

231

23. Orbene, secondo l'art. 1, n. 1, della direttiva 92/12, questa stabilisce il regime dei prodotti sottoposti alle accise e ad altre imposte indirette gravanti, direttamente o indirettamente, sul consumo di questi prodotti. Del resto, come giustamente rilevato dalla Braathens e dalla Commissione, esiste un nesso diretto e indissolubile tra il consumo di carburante e le sostanze inquinanti contemplate dalla legge del 1988 che vengono emesse all'atto di tale consumo, di modo che la tassa controversa, sia per quanto riguarda la quota calcolata sulle emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto, sia per quanto riguarda la quota fissata in funzione del consumo di carburante e riguardante le emissioni di ossido di carbonio, deve considerarsi colpire il consumo di carburante stesso ai fini dell'applicazione delle direttive 92/12 e 92/81.

24. A questo proposito, dall'art. 8, n. 1. lett. b) della direttiva 92/81, emerge che una tassa come quella oggetto della causa a qua è incompatibile con il regime dell'accisa armonizzata attuato dalle menzionate direttive. Infatti, consentire agli Stati membri di colpire con un'altra imposta indiretta i prodotti

che, come nella specie, debbono essere esonerati dall'accisa armonizzata conformemente all'art. 8, n. 1, lett. b) della direttiva 92/81, toglierebbe a tale disposizione ogni effetto utile.

25. Uno Stato membro che ha istituito una siffatta imposizione non potrebbe, pertanto, avvalersi della facoltà prevista dall'art. 3, n. 2, della direttiva 92/12 di mantenere o istituire imposte nazionali che perseguono fini specifici per i prodotti assoggettati all'accisa armonizzata.

26. Ciò considerato, alla prima e alla terza questione, si deve rispondere nel senso che l'art. 8, n.1, della direttiva 92/81 osta alla riscossione di una tassa quale quella di cui trattasi nella causa a qua che colpisce il traffico aereo commerciale interno e che è calcolata in funzione dei dati relativi al consumo di carburante ed alle emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto in occasione di un tragitto aereo medio del tipo dell'aereo utilizzato.

Sulla seconda questione pregiudiziale

27. Secondo il Riksskatteverket, la direttiva 92/81 non produce effetti diretti. Infatti, da un lato, tale direttiva avrebbe lo scopo di armonizzare le legislazioni degli Stati membri e non creerebbe, pertanto, diritti a favore dei singoli e, dall'altro, difetterebbe di precisione e di chiarezza e la sua applicazione richiederebbe l'adozione di norme di procedure complementari.

28. Tale argomentazione non può essere condivisa.

29. Secondo la costante giurisprudenza della Corte, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato (v., a proposito dell'art. 13 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145, pag.1), sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, Becker, Racc. pag. 53, punto 25).

30. Benchè la direttiva 92/81 implichi, a favore degli Stati membri, un margine di discrezionalità più o meno ampio per l'attuazione di talune delle sue disposizioni, non si può tuttavia negare ai singoli il diritto di far valere quelle disposizioni che, tenuto conto del loro specifico oggetto, sono atte ad essere isolate dal contesto ed applicate come tali (v., *mutatis mutandis*, sentenza Becker, già citata, punto 29).

31. Ora, tale è il caso nella specie. Infatti, l'art. 8, n.1, lett. b), della direttiva 92/81, impone agli Stati membri, da un lato, un obbligo chiaro e preciso di non assoggettare all'accisa armonizzata il carburante utilizzato dalla navigazione aerea diversa dall'aviazione privata da diporto. Dall'altro, il mar-

gine di discrezionalità riservato agli Stati membri dalla formula introduttiva del detto art. 8, n. 1, secondo la quale le esenzioni sono concesse dagli Stati membri "alle condizioni da essi stabilite, allo scopo di garantire un'agevole e corretta applicazione di tali esenzioni ed evitare frodi, evasioni o abusi" non può mettere in discussione il carattere incondizionato dell'obbligo di esenzione previsto da tale disposizione (v., *mutatis mutandis*, sentenza Becker, già citata, punti 32-35).

32. Ciò considerato, l'obbligo di esonerare dall'accisa armonizzata il carburante utilizzato dalla navigazione aerea diversa dall'aviazione privata da diporto è sufficientemente chiaro, preciso ed incondizionato per conferire ai singoli il diritto di avvalersene dinanzi al giudice nazionale per opporsi ad una normativa nazionale incompatibile con tale obbligo.

33. Di conseguenza, la seconda questione pregiudiziale deve essere risolta nel senso che l'obbligo previsto dall'art. 8, n.1, lett. b), della direttiva 92/81, di esonerare dall'accisa armonizzata gli oli minerali forniti per essere utilizzati come carburante per la navigazione aerea diversa dall'aviazione privata da diporto può essere invocato dai singoli dinanzi al giudice nazionale per opporsi ad una normativa nazionale con esso incompatibile.

Sulle spese

34. Le spese sostenute dalla Commissione che ha presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

P.Q.M.

LA CORTE (Quinta Sezione)

pronunciandosi sulle questioni sottoposte al Tribunale amministrativo per la provincia del Dalamas con ordinanza 3 settembre 1997, dichiara:

1) L'art. 8, n. 1, della direttiva del consiglio 19 ottobre 1992, 92/81/CEE, relativa all'armonizzazione delle strutture delle accise sugli oli minerali, osta alla riscossione di una tassa quale quella di cui trattasi nella causa a qua che colpisce il traffico aereo commerciale interno e che è calcolata in funzione dei dati relativi al consumo di carburante ed alle emissioni di idrocarburi e di ossido di azoto in occasione di un tragitto aereo medio del tipo dell'aereo utilizzato.

2) L'obbligo previsto dall'art. 8, n. 1, lett. b), della direttiva 92/81, di esonerare dall'accisa armonizzata gli oli minerali forniti per essere utilizzati come carburante per la navigazione aerea diversa dall'aviazione privata da diporto può essere invocato dai singoli dinanzi al giudice nazionale per opporsi ad una normativa nazionale con esso incompatibile.

(*) Interpretazione logico-sistematica (o estensiva?) nei regimi di esonero.

Le massime in rassegna appaiono di particolare interesse in quanto, nella prima, si afferma il principio generale secondo il quale le disposizioni delle Direttive che appaiono, dal punto di vista sostanziale, "incondizionate" e "sufficientemente precise", producono effetti giuridici direttamente operanti negli ordinamenti nazionali interni; nella seconda, invece, potrebbe affacciarsi l'ipotesi di una interpretazione estensiva di disposizioni interne a norme comunitarie disciplinanti regimi agevolativi.

In riferimento alla prima massima, nella sentenza in esame, la Corte ha dichiarato che l'obbligo, contenuto nell'art. 8, n.1, lett. b) della direttiva 92/81/CEE, di esonerare dall'accisa armonizzata gli oli minerali forniti per essere utilizzati come carburante per la navigazione aerea è "sufficientemente chiaro, preciso ed incondizionato" da attribuire ai cittadini svedesi il diritto di avvalersene direttamente dinanzi al giudice nazionale. E' da osservare che tale decisione rappresenta un'ulteriore conferma dell'orientamento già espresso dalla Corte in precedenti sentenze (si vedano le sentenze 5 maggio 1979, in causa n. 148/78, 6 maggio 1982, in causa n. 8/81, 6 maggio 1985 in causa n. 102/79, 20 aprile 1993, nelle cause riunite C. 71/1991 e C. 178/1991) e, da tempo, condiviso anche dalla Corte Costituzionale italiana (v., in proposito, la "storica" sent. del 18 aprile 1991, n. 168). In particolare, nelle sentenze citate, la Corte di Giustizia ha osservato che, nei casi in cui le Autorità comunitarie impongono, mediante direttiva, agli Stati membri di adottare un determinato comportamento, l'effetto utile dell'atto verrebbe attenuato se, da un lato, agli amministrati fosse precluso di avvalersene in giudizio e, dall'altro, ai giudici nazionali, di assumerlo a base delle loro decisioni; sicchè, a giudizio della Corte, se l'obbligo imposto da una direttiva risulta essere sufficientemente "chiaro, preciso ed incondizionato" e se il termine stabilito per la sua attuazione è scaduto, gli Stati destinatari inadempienti non possono applicare la propria normativa nazionale, non ancora adeguata, a chi si sia conformato alle disposizioni della Direttiva stessa. In via generale, la Corte ha individuato tre ipotesi ben precise alle quali ricondurre gli effetti giuridici diretti di una direttiva: a) quando l'interpretazione di norme nazionali disciplinanti l'oggetto di direttive è dubbia, tale interpretazione deve conformarsi al contenuto della direttiva; b) quando la direttiva chiarisce la portata di un obbligo già previsto dal Trattato o sceglie una tra più interpretazioni possibili di una norma del Trattato, la sua interpretazione può considerarsi come *vincolante*; c) quando la direttiva impone allo Stato un obbligo, sia pure di risultato, ma non implicante necessariamente l'emanazione di atti di esecuzione *ad hoc*, gli individui possono invocarla innanzi ai giudici nazionali per far valere gli effetti che essa si propone.

In riferimento alla seconda massima, è da osservare che la controversia, oggetto della sentenza in esame, verte sulla riscossione della tassa ecologica svedese alla luce del regime di esonero dall'accisa armonizzata, così come disciplinato dall'art. 8, n. 1, lettera b) della Direttiva 92/81/CEE. Nella fattispecie, la Corte afferma che la tassa svedese, pur avendo come finalità specifica quella di ridurre l'inquinamento prodotto dai gas di scarico degli aerei, si configura, per le modalità di calcolo adoperate ai fini della sua applicazione, come una vera e propria imposta indiretta sul carburante. Pertanto, tale tassa - andando a colpire un prodotto (gli oli minerali utilizzati come carburante) che a norma dell'art. 8, n.1, lett. b) della direttiva 92/81/CEE, deve essere esonerato dall'accisa armonizzata - risulta incompatibile con il regime risultante dalle direttive 92/12/CEE e 92/81/CEE. Con riferimento alla questione va messo in evidenza che la Corte è giunta a siffatta decisione non per ragioni di estensione delle ipotesi normative contenute nella legge istitutiva della tassa svedese a quella disciplinata dall'art. 8, n. 1, lettera b) della Direttiva 92/81/CEE.; ma perché, mettendo in rilievo - attraverso un'interpretazione logico-sistematica della normativa nazionale svedese - il nesso diretto ed indissolubile che esiste tra il consumo di carburante ed i gas di scarico prodotti dagli aerei, la tassa controversa viene ad essere ricondotta al regime di esonero previsto per l'accisa armonizzata. Per la dottrina in materia Cfr. BARONE A., *L'efficacia diretta delle Direttive fra certezze (comunitarie) e fraintendimenti (nazionali)*, "Foro it.", 1996, IV, pp. 358 ss.; SACCHETTO, *Immediata applicabilità delle direttive fiscali CEE*, Rassegna tributaria, 1986, p. 212; CERRATO M., *Spunti intorno alla struttura e ai soggetti passivi delle accise*, "Rivista di diritto tributario", n. 4, I, 1996, pp. 215 ss.; CENTORE P., *Codice dell'IVA comunitaria e delle accise*, Ipsoa, Milano, 1995; CONFALONIERI S., *La Corte di Giustizia della Comunità europea ritorna sulla libera circolazione delle merci con riferimento agli artt. 9 ss e 95 del Trattato CEE*, "Rivista di diritto tributario", n. 9, II, pp. 711 ss.; DE ANTONI F., *Accise: testo unico e norme applicabili (Imposte fabbricazione, importazioni)*, in "Commercio Internazionale", 1996 (Suppl. 17); FICHERA F., *L'armonizzazione delle accise*, "Rivista di scienza delle finanze e diritto finanziario", I, 1997, pp. 216 ss.; FORTE F., *Iva, accise e grande mercato europeo*, Giuffrè, Milano, 1990; GIANNINI S., *Le accise in Europa e le proposte di armonizzazione*, in *Rapporto Prometeia, 1993: l'Italia nella CEE. Convenienze e pericoli della piena integrazione fiscale*, Il Mulino, Bologna, 1990; MARIELLA G. - PIZZULLO G., *La cooperazione internazionale amministrativa nel settore doganale in materia di accise*, "Il Fisco", n. 11, 1996, pp. 2716 ss.; PACE E., *Il mondo delle accise: le imposte di fabbricazione. I monopoli fiscali e le imposte doganali*, in A. AMATUCCI (diretto da), *Trattato di diritto tributario*, Vol IV, Cedam, Padova, 1994; POLLARI N. - GRAZIANO G., *I reati tributari in materia di accise e di dogane*, Ipsoa, Milano, 1990, PROCOPPIO M.A., *Imposizione*

indiretta sulla raccolta di capitali, in "Rassegna tributaria", n. 5, 1996, pp. 1137 ss.; STEFANI G., *Le finanze della Comunità Europea ed il contribuente italiano - IVE ed accise*, "Bollettino tributario d'informazioni", n. 21, 1992, pp. 1637 ss..

Daniela Conte

II - B) Altre sentenze e decisioni
Other cases and judgements

1A) ITALY - SUPREME COURT OF CASSATION - CIVIL SECTION I - JUDGEMENT DECEMBER 9 1998 - MARCH 22 1999, NO. 2643 (Presiding Judge Grieco; Referee Cicala; Public Prosecutor Gambardella, (conclusion conforming to the Prosecutor's request)

VAT- Territoriality of the tax - Provision of services of contract by tender - Realisation of an industrial plant in a non-EC country - Exclusion of tax - It applies - Consideration for the contract work including supplies of machinery to install on the plant - Services relating to the contract cannot be separated - Exclusion of tax extended to supplies - It applies

Under article 7, paragraph 4, lett. a), D.P.R. no. 633 1972, provisions of services regarding immovables and those relating to the execution of work on immovables fall within the VAT field of application when immovables are located in the territory of the Italian state. As corollary, if the immovables are located outside, there is no prerequisite of territoriality for subjecting to tax services contract work services rendered in relation to these immovables.

The revenue authorities cannot tax separately the part of the contract by tender (which in this case concerns as single operation the realisation of works in Israel and the production of machines to be incorporated in the same factory) that relates to the transfer of machines, and apply a different regime with regard to the identification of the place in which the contract is considered performed. ()*

237

(*) The judgement being reviewed is the first decision of legitimacy to refer to the qualification for VAT purposes of a contract by tender (specifically, of sub-contracted work) negotiated between two Italian companies for the realisation of a factory located in Israel and for the production of machines (working granite) to be incorporated in the same industrial works.

The contractor was billing for progress on work the client company, including both the construction work and the value of machines, and invoking non application of VAT for the entire operation, under art. 7, subsection 4, D.P.R. no. 633 1972. However, according to the revenue authorities only the construction work referred to provisions relating to immovables to be considered performed outside of the Italian state, by virtue of the rule above mentioned, whereas, the production of machinery should be seen as a supply of movables in favour of a subject resident in Italy.

The *thema decidendum* is therefore constituted by the (possible) legitimacy of breaking up the contract by tender in question; a single contract stipulated for the construction of works located in Israel and made up of two agreements, one referring to the carrying out of provisions relating to the im-

movables and the other referring to the transfer of machinery, with application of a different VAT regime with regard to the precise identification of the place in which the contract is considered performed.

Article 7, paragraph 4, letta), D.P.R. no. 633 1972 lays down that the provision of services relating to immovables, including: 'provisions pertaining to the preparation and co-ordination of the execution of the works relating to immovables, are considered as carried out in the territory of the state when the immovables are located therein'. The Court states precisely that this provision establishes that services relating to immovables and those pertaining to the execution of the works fall within the VAT field of application, because of the element relating to the territory, if the immovables are located in the territory of Italian state. As corollary to this, if the contract by tender refers to immovables located outside the EU no territorial prerequisites subsist for VAT taxation to occur with respect to the services rendered (according to the fin. min. risol. December 17 1991, no. 465215, in *Corr. Trib.*, 1992, 1123, 'the provision of services for the realisation of construction work abroad', including contract work, subcontracted work, job design and management of the works relating to the immovables, 'are operations outside the VAT field of application, for lack of the territorial prerequisite', under art. 7, subsection 4, lett. a, D.P.R. no. 633).

238

The Court upholds furthermore that the contract in question cannot be subjected to separate taxation with respect to the transfer of machinery since the revenue authorities did not maintain that the contracts decided on were simulated, stipulated fraudulently or that they concealed a sale of machinery to be considered, instead, as movables (under art. 7, paragraph 4, lett. b D.P.R. no. 633, the provisions of services relating to movables 'are considered as carried out in the territory of the state when performed therein'). In point of fact, the machines were destined for incorporation in the factory building and they were by necessity part of the immovables, under art. 812 c.c., 'as would be deemed logical seeing that the industrial apparatus in question is of a considerable size and weight'.

As regards the territoriality aspect for the purposes of VAT, art. 7, subsection 4, D.P.R. no. 633 cannot be interpreted as allowing for the unity of the contract by tender to be broken up, as if it were composed of more than one agreement, 'relating to the single provisions decided on', each characterised by a particular regime with regard to the identification of the place in which the provisions are considered as carried out (as to particular issues that might arise in a civil law context and relating to contracts by tender and to their treatment for the purposes of income taxation, see COMELLI, *Osservazioni in tema di criteri di valutazione delle opere pluriennali d'appalto*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, I, 1722 ff.)

Consequently, the provision of services arising from the performance of the contract by tender in question are to be qualified as a unity, since the re-

alisation of the industrial works destined to incorporate the machines (to work the granite) is intrinsically a single operation. It follows that, under art. 7, paragraph 4, lett. a) D.P.R. no. 633, the provisions of services in question are carried out outside the territory of the state, as the immovables are located in Israel and therefore do not fall within the scope of application of the tax for lack of the territorial element.

The conclusions the judgement reviewed comes to are therefore wholly shared in terms of both the *ratio* and the *littera* of the provision above mentioned, and also in terms of the unity of the contract stipulated, which cannot be divided in different agreements between the parties, as if these were each to subject to an independent regime for the purposes of the territoriality of the tax.

Alberto Comelli

*
* * *

1B) ITALIA - SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE I CIVILE - SENTENZA 9 DICEMBRE 1998 - 22 MARZO 1999, N. 2643 (Pres. Grieco; Rel. Cicala; P.M. Gambardella, concl. conf.)

239

I.V.A. - Territorialità dell'imposta - Prestazioni di servizi di appalto - Realizzazione di uno stabilimento industriale in un Paese extracomunitario - Esclusione dall'imposta - Sussiste - Corrispettivo dell'appalto comprensivo delle forniture di macchinari da installare nello stabilimento - Inscindibilità della pattuizione - Estensione alle forniture del regime di esclusione dall'imposta - Opera

Ai sensi dell'art. 7, comma 4, lett. a), del D.P.R. n. 633 del 1972, le prestazioni di servizi relative a beni immobili e quelle afferenti all'esecuzione di lavori immobiliari rientrano nella sfera di applicazione dell'iva se l'immobile si trova nel territorio dello Stato italiano. Quale corollario, se l'immobile è situato all'estero non sussiste il presupposto territoriale per assoggettare ad imposta le prestazioni di servizi di appalto afferenti al bene medesimo.

Non è consentito all'Amministrazione finanziaria sottoporre a tassazione separata la parte del contratto di appalto (che nel caso di specie concerne unitariamente la realizzazione di una fabbrica in Israele e la produzione di macchinari destinati ad essere incorporati nel medesimo stabilimento) relativa alla cessione dei macchinari, con applicazione di un proprio regime in ordine all'individuazione del luogo in cui il contratto si considera eseguito.)*

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Risulta dalla narrativa "in fatto" della sentenza impugnata che la società S.D. di Tel Aviv aveva appaltato alla C. S.p.A. di Firenze la costruzione ed il completamento di un parco industriale composto di quattro fabbriche complete di macchinari. La C. subappaltava la realizzazione di una delle fabbriche alla S.a.s. B. e C. - che ha per oggetto la produzione di macchine per la lavorazione del granito - con la clausola specifica che il prezzo non fosse soggetto ad Iva ai sensi dell'art.7, quarto comma, lettere a) e b) del D.P.R. n. 633/1972.

A sua volta, la S.a.s. B. e C. subappaltava alla società greca G.H. L. le opere murarie, mentre produceva direttamente le macchine destinate ad essere incorporate nello stabilimento. Emetteva, quindi, nei confronti della C. fatture a titolo di stato di avanzamento sia per le opere edilizie sia per il valore delle macchine, invocando per l'intera operazione l'esenzione Iva.

La Amministrazione però riteneva che solo l'opera di costruzione attinente a servizi relativi a beni immobili da considerarsi effettuati all'estero ai sensi del quarto comma dell'art. 7 della L. n. 633/1972, mentre i macchinari dovevano ritenersi oggetto di una fornitura i beni mobili in favore di "residente" in Italia.

240

La S.a.s. B. e C. ricorreva alla giustizia tributaria che condivideva le argomentazioni della contribuente. In particolare, la sentenza ora impugnata affermava che le prestazioni connesse ad un contratto di appalto debbono essere considerate unitariamente senza che sia possibile scorporare il contratto stesso in due parti; specie quando oggetto del contratto sia la posa in opera di uno stabilimento industriale, in ordine al quale la collocazione dei macchinari è essenziale la costruzione dei muri.

Ricorre per Cassazione la Amministrazione deducendo un unico articolato motivo. La contribuente resiste con controricorso e, preliminarmente, eccepisce la inammissibilità del ricorso notificato a mezzo posta il 23 aprile 1997 "a Pietrasanta (Lucca) Via M. n. 80" (con cartolina di ritorno consegnata ad una "impiegata"), ancorchè nell'atto di costituzione e controdeduzione in appello la contribuente avesse eletto domicilio presso i mandatarî difensori "in Pietrasanta Via del M. n. 61 (studio associato M.).

Diritto - Deve essere preliminarmente esaminata e respinta la eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di notifica. E', infatti, insegnamento di questa Corte che la notificazione del ricorso per cassazione in luogo - eventualmente - diverso rispetto a quello dovuto quando sussista comunque una connessione fra il luogo ove la notifica è avvenuta ed il destinatario, non è inesistente, ma solo - se del caso - nulla; e la nullità della notifica è sanata con effetto ex tunc dalla costituzione in giudizio dell'intimato (Cass. 8 marzo 1996, n. 1862).

Ed invero, la nullità della notificazione, perchè eseguita in luogo diverso dal domicilio eletto, è sanata con efficacia ex tunc dalla costituzione in giudizio del destinatario dell'atto, dovendo derivarsi da tale circostanza che l'atto ha raggiunto il suo scopo (Cass. 6 dicembre 1988, n. 6628). Nel caso di specie, ammesso che la elezione di domicilio presso uno studio commercialistico agli effetti della controversia d'appello esplicasse effetti anche ai fini della notifica del ricorso per cassazione, è comunque evidente che trattavasi - a tutto concedere - di nullità della notifica, dal momento che essa era avvenuta presso la sede della società resistente a mani di un'impiegata. Il ricorso deve però essere rigettato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con l'unico motivo di ricorso la Amministrazione deduce "violazione e falsa applicazione degli artt. 3, primo comma, 7 e 8 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 come modificati dal D.L. 30 agosto 1993, n. 331, convertito con modificazioni dalla L. n. 427/1993 nonchè insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360, nn. 3 e 5 del codice di procedura civile.

L'Amministrazione sottolinea che l'art. 7 del D.P.R. n. 633/1972 ribadisce il principio della territorialità per l'applicazione dell'imposta (di cui all'art. 1 del D.P.R. in questione), e - dopo avere individuato l'ambito geografico a cui fare riferimento - definisce le cessioni di beni e le prestazioni di servizi rilevanti ai fini dell'applicazione del tributo rispettivamente quando le prime sono riferite a beni esistenti nel territorio nazionale e le seconde quando sono rese da soggetti che hanno il domicilio nel medesimo territorio. Il criterio secondo cui "le prestazioni di servizi si considerano effettuate nel territorio dello Stato quando sono rese da soggetti che hanno il domicilio nel territorio stesso o da soggetti ivi residenti" subisce due deroghe in base alle lettere a) e b) del quarto comma dell'art. 7 del D.P.R. n. 633/1972. Secondo la lettera a) "le prestazioni di servizi relativi a beni immobili, comprese le perizie, le prestazioni di agenzia e le prestazioni inerenti alla preparazione e al coordinamento dell'esecuzione dei lavori immobiliari, si considerano effettuate nel territorio dello Stato quando l'immobile è situato nel territorio stesso"; secondo la lettera b) "le prestazioni di servizi, comprese le perizie, relative a beni mobili materiali e le prestazioni di servizi culturali, scientifici, artistici, didattici, sportivi, ricreativi e simili, nonchè le operazioni di carico, scarico, manutenzione e simili, accessorie ai trasporti di beni, si considerano effettuate nel territorio dello Stato quando sono eseguite nel territorio stesso".

Dunque, la lettera a), con specifico riferimento alle prestazioni di servizi relative a beni immobili e quelle inerenti alla esecuzione dei lavori immobiliari, stabilisce che per l'applicazione del tributo l'immobile deve trovarsi nel ter-

ritorio dello Stato italiano. Se, quindi, il contratto d'appalto, che ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. n. 633/1972 costituisce una tipica prestazione di servizi, concerne un bene immobile situato all'estero non sussistono i presupposti per l'assoggettamento all'imposta. E questa interpretazione della norma non è contestata dalla Amministrazione, che però vuole sottoporre a separata tassazione Iva la parte del contratto relativa alla cessione dei macchinari.

Nel caso di specie, tuttavia, la Amministrazione non sostiene, nè mai ha sostenuto, che i contratti dedotti in giudizio fossero simulati, o stipulati in frode alla legge, che essi occultassero una vendita di macchinari da considerare beni mobili.

Nè è qui in discussione l'accertamento dei giudici di merito secondo cui i macchinari in questione erano destinati all'incorporazione nel fabbricato, che essi fossero quindi destinati a costituire parte di un immobile, ai sensi dell'art. 812 del codice civile, come del resto logico trattandosi di apparecchiature industriali di considerevole peso e mole. Mentre, per altro verso, la legge offre alcun appiglio per spezzare la unitarietà di un contratto di appalto scindendolo in più accordi, relativi alle singole prestazioni dedotte ed applicando a ciascuna di esse un proprio regime circa la individuazione del luogo ove esso si considera eseguito. Quindi, il contratto in questione deve ritenersi eseguito in Israele, al di fuori della Comunità Europea.

242

La decisione del giudice tributario appare correttamente ed adeguatamente motivata in relazione al disposto dell'art. 7 del D.P.R. n.

633/1972; e non occorre prendere in considerazione le argomentazioni "ad abundantiam" formulate in riferimento all'art. 8 del medesimo D.P.R. soprattutto per evidenziare come la contribuente non abbia tratto alcun beneficio finanziario dalla operazione fiscale, e subirebbe un ingiustificato onere a seguito dell'accoglimento delle tesi della Finanza.

In definitiva, il ricorso deve essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M. - La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente alle spese che liquida in lire 150.000 (oltre a lire 18.000.000 per onorari).

(*) La sentenza in rassegna costituisce, a quanto consta, la prima decisione di legittimità con riferimento alla qualificazione ai fini dell'iva di un contratto d'appalto (più precisamente, di subappalto) stipulato tra due società italiane per la realizzazione di una fabbrica situata in Israele, compresa la produzione di macchinari per la lavorazione del granito destinati ad essere incorporati nello stesso stabilimento industriale.

L'appaltatore emetteva delle fatture nei confronti della società committente, a titolo di stato di avanzamento dei lavori, sia per le opere edilizie, e sia per il valore delle macchine, invocando l'esclusione ai fini dell'iva per l'intera operazione, ai sensi dall'art. 7, comma 4, del D.P.R. n. 633 del 1972.

Tuttavia, secondo l'Amministrazione finanziaria, solamente l'opera di costruzione si riferiva a servizi relativi a beni immobili da considerarsi effettuati fuori del territorio dello Stato italiano, in virtù della norma da ultimo citata, mentre la produzione dei macchinari doveva essere qualificata come l'oggetto di una fornitura di beni mobili a favore di un soggetto residente in Italia.

Il *thema decidendum* è quindi costituito dalla (eventuale) legittimità della scomposizione del contratto di appalto in questione, stipulato unitariamente per la costruzione di uno stabilimento situato in Israele, in due distinti accordi, di cui uno afferente alla realizzazione di servizi relativi al bene immobile e l'altro alla cessione dei macchinari, con applicazione di un diverso regime ai fini dell'iva in ordine alla precisa individuazione del luogo nel quale il contratto medesimo si considera eseguito.

Sotto il profilo normativo, secondo il disposto dell'art. 7, comma 4, lett. a), del D.P.R. n. 633 del 1972, le prestazioni di servizi relativi a beni immobili, comprese "le prestazioni inerenti alla preparazione e al coordinamento dell'esecuzione dei lavori immobiliari, si considerano effettuate nel territorio dello Stato quando l'immobile è situato nel territorio stesso". Come afferma esattamente la Suprema Corte, questa disposizione stabilisce che le prestazioni relative a beni immobili e quelle afferenti all'esecuzione di lavori immobiliari rientrano nel campo di applicazione dell'imposta, sotto il profilo dell'elemento territoriale, se l'immobile si trova nel territorio dello Stato italiano. Quale corollario, se il contratto d'appalto si riferisce ad un bene immobile situato al di fuori dell'Unione europea, non sussiste il requisito territoriale ai fini dell'assoggettamento all'iva delle relative prestazioni di servizi (secondo la risol. min. fin. 17 dicembre 1991, n. 465215, in *Corr. trib.*, 1992, 1123, "le prestazioni di servizi relativi alla realizzazione di opere edili all'estero", compresi gli appalti, i subappalti, la progettazione e la direzione dei lavori immobiliari, "costituiscono operazioni fuori del campo di applicazione dell'iva, per carenza del presupposto della territorialità", ai sensi dell'art. 7, comma 4, lett. a, del D.P.R. n. 633).

Altrettanto esattamente la Corte ritiene che il contratto in esame non possa essere sottoposto ad una tassazione separata relativamente alla cessione dei macchinari, non avendo l'Amministrazione finanziaria sostenuto che i contratti dedotti in giudizio fossero simulati, o stipulati in frode alla legge e che essi occultassero una vendita di macchinari da considerare, viceversa, come beni mobili (ai sensi dell'art. 7, comma 4, lett. b, del D.P.R. n. 633, le prestazioni di servizi relative a beni mobili materiali "si considerano effettuate nel territorio dello Stato quando sono eseguite nel territorio stesso"). Difatti, i macchinari erano destinati ad essere incorporati nel fabbricato e costituivano necessariamente parte di un bene immobile, ai sensi dell'art. 812 c.c., "come del resto logico trattandosi di apparecchiature industriali di considerevole peso e mole".

24

Sotto il profilo della territorialità ai fini dell'iva, non è legittima l'interpretazione dell'art. 7, comma 4, del D.P.R. n. 633 che consenta di spezzare l'unitarietà di un contratto di appalto, come se fosse in realtà composto da più accordi, "relativi alle singole prestazioni dedotte", ciascuna delle quali caratterizzata da un proprio regime in ordine all'individuazione del luogo in cui le prestazioni si considerano eseguite (con riferimento ad alcune problematiche di tipo civilistico afferenti al contratto di appalto, nonché al trattamento ai fini delle imposte sui redditi, cfr. COMELLI A., *Osservazioni in tema di criteri di valutazione delle opere pluriennali d'appalto*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, I, 1722 ss.). Conseguentemente, le prestazioni di servizi che scaturiscono dall'esecuzione dello specifico contratto di appalto in questione sono da qualificare in modo unitario, in quanto è intrinsecamente unitaria la realizzazione dello stabilimento industriale destinato a incorporare le macchine (per la lavorazione del granito). Ne discende che, ai sensi dell'art. 7, comma 4, lett. a), del D.P.R. n. 633, le prestazioni di servizi *de quibus* sono poste in essere al di fuori del territorio dello Stato, in quanto l'immobile è situato in Israele e, quindi, sono escluse dalla sfera di applicazione dell'imposta per l'insussistenza dell'elemento territoriale.

Le conclusioni cui perviene la sentenza in rassegna sono, pertanto, pienamente condivisibili con riferimento sia alla *ratio* e alla *littera* della disposizione da ultimo citata, e sia alla unitarietà dello specifico contratto d'appalto stipulato, il quale non può essere scisso in più accordi tra le parti, come se ciascuno di questi fosse da sottoporre ad un'autonoma disciplina ai fini della territorialità dell'imposta.

2A) ITALY - SUPREME COURT OF CASSATION - CIVIL SECTION I - JUDGEMENT 25 JANUARY - 30 JULY 1999, NO. 8266 (Presiding Judge: P. Senofonte; Referee: U.R. Panebianco; Prosecutor: R. Palmieri, conclusion conforming to the prosecutor's request).

Double Taxation Conventions - Convention between Italy and the Netherlands - Dividend Distribution to Parent Company - Tax Exemption - Conditions required - Minimum participation percentage in the share capital - Necessary - Time participation has been held - Does not apply.

Article 7, subsection 2, second paragraph of the convention against double taxation between Italy and the Netherlands of 24 January 1957 enacted with law 18 June 1960, no. 704, in order to be exempted from taxation in Italy on dividends paid by a company with domicile for tax purposes in Italy to a company with domicile for tax purposes in the Netherlands, requires solely that the latter own a participation of at least 75% of share capital at the time of the decision for the distribution and the payment, regardless of the length of time the above mentioned participation has been held.

In matter of dividends taxation in the State of the receiver is a general rule and exceptions in this respect are only provided for in a situation in which the foreign company is more firmly rooted in the State of source. ()*

24

(*) The Court is called upon to pass judgement on a case arising before the implementation of the Directive of the Council July 23 1990, no. 90/435/EEC, regarding the taxation of dividends distributed at the end of the 80s by an Italian company to the two Dutch parent companies, with participations of over 75%.

Specifically, the Court passes judgement on the interpretation of art. 7, subsection 2, second paragraph of the Convention against double taxation between Italy and the Netherlands, January 24 1957, enacted by law June 18 1960, no. 704, under which: 'Italy will not tax dividends paid to a company with domicile for tax purposes in the Netherlands, if this company effectively and directly owns at least 75% of paid-up share capital of the company with domicile for tax purposes in Italy, with the exception of dividends that for the former constitute income of a permanent establishment in Italy.'

The judges specify that in order to qualify for the exemption in the source state, in the way envisaged by the legislator, the period of possession of the participation is irrelevant, the only relevant fact being the participation percentage held.

(In this respect see judgement by the Commissione Tributaria Centrale, January 15 1979, no. 14058 in Codice delle Convenzioni, cit., 977. On requisites needed in order to qualify for the exemption see circ. June 14 1966,

no. 360093, in Boll. Trib. 1966, 1654 and circ. June 27 1966 no. 360370, in Codice delle Convenzioni cit., 969).

The 1957 Convention was supplanted by the Convention signed at Hague on May 8 1990, ratified by law July 26 1993, no. 305 (in S.O. to the Official Gazette no. 194, August 19 1993).

Article 7 of the old Convention set down, in general terms, the principle of taxation of dividends in the state of source.

The new rule on dividends appears in art. 10 of the Convention signed at the Hague. In accordance with what is stated in the current OECD model, this Convention sets down the principle of taxation in the State of the receiver, and establishes also a similar, however limited, taxing power for the source state should the actual beneficiary of the dividends be a subject resident in the other contracting state.

Differently to what is provided for in the old convention, on which the Cassation has ruled, in lieu of the exemption from taxation in the presence of a participation percentage in the Italian distributing company equivalent to 75%, the current Convention provides as relief that dividends should be subject to a withholding tax of 5%, 10%, 15% according to the percentage of participation held.

In detail, art. 10 of the Convention between Italy and the Netherlands, signed at the Hague on May 8 1990, sets down that if the receiver is the actual beneficiary the tax should not exceed:

- 5% of the gross amount of dividends if the actual beneficiary is a company which has held over 50% of shares with voting rights in the company paying the dividends, for a period of twelve months prior to the decision to distribute;
- 10% of the gross amount of dividends if the actual beneficiary is a company not treated as above but which has held shares with voting rights for 10% or over of the company paying the dividends, for a period of 12 months prior to the date in which distribution was decided on;
- 15% in all other cases.

The above mentioned requisite has been envisaged in other conventions stipulated between Italy and other countries (Japan, Kenya, France, South Africa ...) (M. Piazza covers some aspects of the relating to the period of possession requisite 'L'applicazione dei trattati contro le doppie imposizioni con procedura diretta o mediante istanza di rimborso, Riv. dir. trib., 1999, IV, 343).

Conversely, this requisite is referred to as optional in paragraph 2 of art. 3 of Directive 435/1990 (see G: Maisto, Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra società madri e società figlie, Milan, 1996, 39; A. Fantozzi, L'Attuazione della direttiva Cee madre-figlia in Italia. Confronto fra la direttiva cee e la legge italiana di attuazione, Riv. dir. trib. 1993, 521; on other issues, for

example on what applies when assessing whether the requisite *de quo* is present, see EU Court of Justice, October 17, 1996, judgements no. C-283/94, C-291/94, C-292/94, in *Dir. prat. trib.*, 1996, II, 1164, comment by M. Calcagno; on the conventional regime seen in relation to the parent-subsidiary directive, see F. Rossi Ragazzi, *Direttiva "madre-figlia e convenzioni bilaterali*, *Rass. Trib.*, 1996, 797.

In the Netherlands continued possession for a certain period of time does not constitute a requisite to qualify for the so-called 'participation exemption'. In the presence of certain conditions, the regime of participation exemption, regulated by art. 13 of the 1969 Corporate Income Tax Act, grants the exemption on dividends distributed to a mother company resident in the Netherlands and owning at least 5% of its subsidiary's shares, even if the latter is resident in a non-EC country.

If the subsidiary is not resident in the Netherlands, among other requisites, such privilege will be granted on condition that the same company is subject in its country of residence to a tax corresponding to 'venootschapsbelasting' (corporate income tax) (A. Pistone, *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalisation: profili internazionali e comparati*, Padua, 1994, 258, 156, A. Peter Lier, *Taxation in the Netherlands*, Kluwer, 1992, 79; *Tassazione delle società in Europa, The Netherlands*, V. III, page 3 ff., IBFD, translation and ed. IPSOA, 1993; on a recent ruling of the Supreme Dutch Court in matter of participation exemption, *Riv. dir. trib.*, 1995, I, Rubrica di dir. internazionale, ed. C. D'Andria and A.- Manganelli, 979; on recent amendments to the regime of participation exemption, *Riv. dir. trib.*, 1998, Rubrica di diritto internazionale ed. G. Maisto, IV, 122; on Dutch law implementing the Parent-Subsidiary Directive and the previous participation exemption system, *Commentary on the implementation of the EC direct tax measures in the Netherlands*, IBFD Publications BV, suppl. no. 6, March, 1993; G. Maisto, C. van der Bruinhorst, *Netherlands-Italy: Taxation of Cross-Border Dividends*, *European Taxation*, 1993, 291 ff.).

With the second maxim the Court, in disagreement with the financial administration authorities which uphold that the tax exemption in Italy would postulate the existence of a permanent establishment, affirms the principle of dividends taxation in the country of residence of the receiving party.

The Court deems that this principle - which conforms to the OECD model convention against double taxation - can exceptionally be opposed when the foreign company is firmly rooted in the country of source, Italy.

The Court's dictum is correct since - as established also in the OECD model convention and in both texts in matter of conventions against double taxation between Italy and the Netherlands - with a permanent establishment the presence is so firmly rooted that dividends are attracted to taxation in the country where the permanent establishment is located.

However, the Court does not explain what is to be understood by 'being firmly rooted' and the case put forward in support of the enunciated principle is quite weak.

The judges regard art. 10, subsection 2 of the new model convention between Italy and the Netherlands as expressing the affirmed maxim, in that, alongside the taxation in the country of the subject receiving the dividends, it also provides for a reduced collection with respect to the State of source.

However, the reference to this part of the provision is not pertinent since by applying the provisions above mentioned, the attraction to taxation which thereby ensues is not the result of this 'being firmly rooted'. In point of fact, according to this provision, it does not follow that the more deeply rooted this presence is (always providing that this fact can be quantified in terms of participation percentage) the greater the taxation will be, as the judges would have it. On the contrary, the provision in question, sets down a form of collection that, as the participation percentage grows, is diminished rather than being augmented should the domestic withholding be greater (provided for in article 27 D.P.R. September 1973, no. 600).

As earlier stated, a reference to subsection 7 article 10 of the new Convention between Italy and the Netherlands and to the principle of the force of attraction belonging to the permanent establishment might have been more pertinent.

2B) ITALIA - SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE I CIVILE - SENTENZA 25 GENNAIO - 30 LUGLIO 1999, N. 8266 (Pres. Senofonte; Rel. Panebianco; P.M. Palmieri, concl. conf.)

Convenzioni contro le doppie imposizioni- Convenzione Italia/Olanda - Distribuzione di dividendi a società madre - Esenzione dalla tassazione - Condizioni richieste - Percentuale minima di partecipazione al capitale sociale - È necessaria - Durata del periodo di possesso della partecipazione - Non rileva.

L'art. 7, comma 2, secondo periodo della convenzione contro le doppie imposizioni fra l'Italia ed i Paesi Bassi del 24 gennaio 1957, resa esecutiva con legge 18 giugno 1960, n. 704, ai fini dell'esonero della tassazione in Italia dei dividendi corrisposti da una società avente il domicilio fiscale in Italia ad una società con domicilio fiscale nei Paesi Bassi, richiede unicamente che quest'ultima società sia titolare di una quota pari almeno al 75% del capitale sociale al momento della deliberazione e del versamento, indipendentemente dalla durata della predetta partecipazione.

In materia di dividendi la tassabilità nello Stato del percipiente costituisce una regola generale e le eccezioni al riguardo sono previste unicamente in ipotesi nelle quali si verifica un maggior radicamento della società straniera nello Stato della fonte. ()*

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

2.

La S.r.l. O., con sede in M.S.G., e la società olandese I.B.V, con sede in W., titolare quest'ultima di una quota pari al 99% del capitale sociale della O. S.r.l., chiedevano con istanza del 9 settembre 1989 all'Intendenza di Finanza di Macerata il rimborso della somma di L. 204.201.018 versata il 15 marzo 1988 a titolo di ritenuta d'acconto IRPEG sui dividendi distribuiti con delibera del 1° febbraio 1988, deducendo che tale ritenuta non era dovuta ai sensi dell'art. 7 della Convenzione tra l'Italia ed i Paesi Bassi firmata all'Aja il 24 gennaio 1957 ed approvata con legge 18 giugno 1960, n. 704, la quale prevede, al fine di evitare la doppia imposizione, l'inapplicabilità della ritenuta fiscale sui dividendi erogati a società olandesi che siano titolari di almeno il 75% del capitale sociale di società italiane.

La medesima O. S.r.l. e la società olandese O.B.V., con sede in W., titolare quest'ultima di una quota pari al 75,10% acquistata il 21 dicembre 1988, chiedevano con istanze del 31 luglio 1991 e del 28 giugno 1991 all'Intendenza di Finanza di Macerata il rimborso della somma di L. 123.637.000 versata il 16 luglio 1990 a titolo di ritenuta d'acconto IRPEG sui dividendi distribuiti con delibera del 1° giugno 1990 e relativi ad una riserva straordinaria formatasi con gli utili pregressi riguardanti l'esercizio sociale 1988, richiamando la citata Convenzione anche per tale ritenuta, di cui deducevano quindi l'inapplicabilità.

Formatosi in entrambi i casi il silenzio-rifiuto, la O. S.r.l. e le due società olandesi proponevano distinti ricorsi per ciascuna delle due questioni.

La Commissione Tributaria di primo grado di Macerata con distinte decisioni accoglieva i ricorsi, ritenendo soddisfatta l'unica condizione richiesta dalla Convenzione e cioè la titolarità da parte di entrambe le società olandesi di una quota non inferiore al limite del 75%.

La Commissione Tributaria di secondo grado, previa riunione dei ricorsi nell'ambito di ciascuna questione, confermava tali decisioni che venivano a loro volta confermate, dopo la riunione in un unico procedimento, dalla Commissione Tributaria Centrale la quale escludeva, in quanto non prevista dalla Convenzione, la necessità, sostenuta dalla Amministrazione Finanziaria, del concorso dell'ulteriore condizione costituita dalla titolarità di detta quota per tutto l'esercizio sociale, essendo sufficiente che sussista al momento della delibera di approvazione dei dividendi.

Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione il Ministero delle Finanze, deducendo un unico motivo di censura.

Resiste con controricorso l'O. S.r.l..

MOTIVI DELLA DECISIONE

250

Con l'unico motivo di ricorso il Ministero delle Finanze denuncia violazione dell'art. 7, comma 1, della Convenzione fra l'Italia ed i Paesi Bassi del 24 gennaio 1957, resa esecutiva con legge 18 giugno 1960, n. 704. Premesso che l'accordo internazionale era stato raggiunto per evitare la doppia imposizione, fissando come regola generale il principio della tassabilità dei redditi nel Paese in cui sono prodotti, deduce il ricorrente che, relativamente ai dividendi, è stata prevista un'eccezione nel senso che essi sono tassabili nel Paese del percipiente ed al riguardo sostiene che, poiché i dividendi sono la naturale remunerazione del capitale investito nella società, è necessario però che costituiscano redditi di una stabile organizzazione nell'altro Paese, come si deduce anche dagli avverbi "effettivamente e direttamente" usati per designare la titolarità della partecipazione.

La censura è infondata.

L'Amministrazione Finanziaria ripropone - in questa sede - la propria interpretazione dell'art. 7, comma 2, secondo periodo, della richiamata Convenzione tra l'Italia ed i Paesi Bassi del 24 gennaio 1957, resa esecutiva con legge 18 giugno 1960, n. 704, in base alla quale, ai fini dell'esonero della tassazione in Italia dei dividendi corrisposti da una società avente il domicilio fiscale in Italia ad una società con domicilio fiscale nei Paesi Bassi, non è sufficiente che la partecipazione di quest'ultima non sia inferiore al 75% del capitale, ma è altresì necessario il concorso di un ulteriore requisito costituito dalla presenza di una correlazione fra impiego del capitale e sua remu-

nerazione, come si desumerebbe dagli avverbi "effettivamente e direttamente" usati per designare la titolarità del capitale investito, con la conseguenza che la tassazione deve ritenersi invece operante nel caso, come quello in esame, in cui l'acquisto delle quote da parte della società olandese sia avvenuto poco prima della percezione dei dividendi.

Ma una tale interpretazione, nell'assoluta mancanza di indicazioni normative in tal senso, non può essere condivisa, richiedendo unicamente la disposizione in esame, ai fini dell'esenzione della tassabilità in Italia dei dividendi, che la società avente domicilio fiscale nei Paesi Bassi sia titolare di una quota pari ad almeno il 75% del capitale sociale al momento della deliberazione e del versamento, indipendentemente dalla durata di una tale partecipazione.

Né la tesi dell'Amministrazione Finanziaria può ritenersi sorretta dagli avverbi "effettivamente e direttamente" contenuti nella Convenzione per connotare la proprietà delle quote, essendo evidente che in tal modo si sono volute unicamente evitare situazione di interposizioni fittizie o di interferenze di società non residenti nei Paesi Bassi ma con partecipazioni in società olandesi.

Anzi, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, la quale ha sostenuto la necessità, perché si configurino il diritto all'esenzione e la tassabilità nel Paese da cui provengono i capitali, che il reddito sia frutto di una stabile organizzazione in Italia, va sottolineato che proprio in relazione a tale ipotesi è stato previsto invece, in via di eccezione, che i dividendi siano tassati in Italia ("... fatta eccezione per i dividendi che costituiscono per la prima società redditi di una stabile organizzazione in Italia della sua impresa").

In altri termini, l'elemento della "stabile organizzazione" (la cui definizione è data dall'art. 1, lettera e), della stessa Convenzione), richiesto dall'Amministrazione Finanziaria per giustificare l'esenzione dalla tassazione in Italia, comporta invece, per espressa previsione, la tassabilità in Italia, diversamente dall'ipotesi, ricorrente nel caso in esame, in cui esso manchi.

Non è superfluo inoltre rilevare che con la successiva Convenzione, resa esecutiva in Italia con legge 26 luglio 1993, n. 305, all'art. 10, dopo l'affermazione di principio della tassabilità dei dividendi nello Stato in cui è residente la società che li percepisce, è stata prevista l'imponibilità in percentuale ridotta anche nello Stato in cui vengono corrisposti qualora ricorra il presupposto quantitativo della detenzione delle azioni per un determinato periodo di tempo (dodici mesi).

Come si vede, in materia di dividendi la tassabilità nel Paese del percipiente costituisce una regola generale riaffermata anche recentemente e le eccezioni al riguardo sono previste proprio in ipotesi che evidenziano un maggior radicamento della società straniera in Italia, diversamente da quanto affermato dall'Amministrazione Finanziaria.

Infine, a dimostrazione del fatto che il richiamato principio costituisce una costante nelle convenzioni internazionali in ambito europeo, non è del pari superfluo richiamare l'art.5 della Direttiva CEE n. 90/435 il quale espressamente dichiara esenti da ritenuta alla fonte gli utili distribuiti "da una società figlia alla sua società madre almeno quando quest'ultima detiene una partecipazione minima del 25% del capitale della società figlia", senza alcun riferimento alla durata di una tale partecipazione.

Il ricorso deve essere pertanto rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M. - La Corte suprema di cassazione rigetta il ricorso e condanna l'Amministrazione Finanziaria al pagamento dell'onorario che liquida in L. 7.000.000 oltre alle spese liquidate in L. 225.000.

(*) Con la sentenza in epigrafe la Corte di legittimità si pronuncia su una controversia sorta prima dell'attuazione della direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, n. 90/435/CEE, concernente la tassazione di dividendi distribuiti al termine degli anni '80 da una società italiana alle due società olandesi madri, con partecipazioni superiori al 75%

La Corte si pronuncia specificamente sull'interpretazione dell'art. 7, comma 2, secondo periodo della Convenzione contro le doppie imposizioni fra l'Italia e l'Olanda del 24 gennaio 1957, resa esecutiva con legge 18 giugno 1960, n. 704, (in Codice delle Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni, a cura di L. A. Ardino, S. Gnechchi Ruscone, 1983, IPSOA, 95, 961) in base al quale "...l'Italia non tasserà i dividendi corrisposti ad una società avente il domicilio fiscale nei Paesi Bassi, se la detta società sia effettivamente e direttamente proprietaria di almeno il 75% del capitale, effettivamente versato, della società avente il domicilio fiscale in Italia, fatta eccezione per i dividendi che costituiscono per la prima società redditi di una stabile organizzazione in Italia della sua impresa".

I giudici di legittimità chiariscono che ai fini dell'esenzione da tassazione nel paese della fonte, così come ha previsto il legislatore, è indifferente il periodo di detenzione, essendo rilevante unicamente la percentuale di partecipazione.

(In senso conforme cfr decisione della Commissione Tributaria Centrale 15 gennaio 1979, n. 14058 in Codice delle Convenzioni, cit., 977. Sulla documentazione necessaria per usufruire della predetta esenzione v. circ. 14 giugno 1966, n. 360093, in Boll. trib. 1966, 1654 e circ. 27 giugno 1966, n. 360370, in Codice delle Convenzioni cit., 969).

La Convenzione del 1957 è stata sostituita dalla Convenzione firmata a l'Aja l'8 maggio 1990, ratificata con legge 26 luglio 1993, n. 305 (in S.O. alla G. U. n. 194 del 19.8.1993).

L'art. 7 della vecchia Convenzione stabiliva, in linea generale, il principio della tassazione dei dividendi nello Stato della fonte.

La nuova norma in tema di dividendi è contenuta nell'art. 10 della Convenzione firmata all'Aja. Conformemente a quanto previsto dal vigente modello OCSE, la predetta convenzione stabilisce il principio della tassazione nello Stato del soggetto percipiente, riservando un analogo potere impositivo, limitato, anche allo Stato della fonte, qualora l'effettivo beneficiario dei dividendi sia un soggetto residente nell'altro Stato contraente.

Diversamente da quanto previsto nella vecchia Convenzione, su cui si è pronunciata la Cassazione, in luogo dell'esonero da tassazione in presenza di una percentuale di partecipazione nella società italiana erogante pari al 75%, la vigente Convenzione prevede quale agevolazione una ritenuta alla fonte sui dividendi pari al 5%, al 10%, ovvero al 15% a seconda della percentuale di partecipazione detenuta.

In particolare, l'art. 10 della Convenzione Italia Olanda, sottoscritta all'Aja l'8 maggio 1990 dispone che se il percettore è l'effettivo beneficiario, l'imposta non può eccedere :

- il 5% dell'ammontare lordo dei dividendi se il beneficiario effettivo è una società che ha detenuto oltre il 50% delle azioni con diritto di voto della società che paga i dividendi durante un periodo di dodici mesi precedenti la data della delibera di distribuzione;

- il 10% dell'ammontare lordo dei dividendi se il beneficiario effettivo è una società che non ha diritto al trattamento previsto nel punto precedente ma che ha detenuto il 10% o più delle azioni con diritto di voto della società che paga i dividendi durante un periodo di dodici mesi precedenti la data della delibera di distribuzione;

- il 15% in tutti gli altri casi.

La nuova Convenzione, rispetto al modello OCSE, ed a quanto previsto nella precedente convenzione degli anni '50, subordina la tassazione ridotta al possesso della partecipazione da parte della società beneficiaria per un determinato periodo di tempo prima della data della distribuzione.

La predetta condizione è stata prevista anche da altre convenzioni stipulate dall'Italia con altri paesi (Giappone, Kenia, Francia, Sud Africa...) (per alcuni aspetti circa il requisito del periodo di possesso, v. M. Piazza, L'applicazione dei trattati contro le doppie imposizioni con procedura diretta o mediante istanza di rimborso, Riv. dir. trib., 1999, IV, 343).

Tale requisito, viceversa, è previsto come facoltativo nel par. 2 dell'art. 3 della direttiva n. 435/1990 (cfr G. Maisto, Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra società madri e società figlie, Milano, 1996, 39; A. Fantozzi, L'attuazione della direttiva Cee madre-figlia in Italia. Confronto fra la direttiva Cee e la legge italiana di attuazione, Riv. dir. trib. 1993, 521; per altri aspetti, in particolare circa il momento rilevante ai fini dell'accertamento della sussistenza del requisito de quo, Corte di Giustizia dell'UE, 17 ottobre 1996, decisioni n. C-283/94, C- 291/94, C. 292/94, in Dir. prat. trib., 1996, II, 1164,

con nota di M. Calcagno; sui rapporti fra regime convenzionale e direttiva madre figlia, F. Rossi Ragazzi, *Direttiva "madre figlia" e convenzioni bilaterali*, *Rass. trib.*, 1996, 797).

Il possesso ininterrotto per un determinato lasso temporale, viceversa, non è richiesto nei Paesi Bassi come requisito per poter usufruire del c.d. regime della "participation exemption", disciplinato dall'art. 13 del Corporate Income Tax Act del 1969, in base al quale, in presenza di talune condizioni, i dividendi distribuiti ad una società madre residente nei Paesi Bassi che possiede almeno il 5% delle azioni della società figlia, residente anche in un paese extra U.E. sono esenti da tassazione in capo alla società percipiente.

Se la società figlia non è residente nei Paesi Bassi, fra le altre condizioni, in particolare, siffatto privilegio sarà riconosciuto a condizione, che quest'ultima sconti nello stato di residenza un'imposta paragonabile alla "venootschapsbelasting" (imposta sui redditi societari) (A. Pistone, *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, Padova, 1994, 258, 156, A. Peter Lier, *Taxation in the Netherlands*, Kluwer, 1992, 79; *Tassazione delle società in Europa, Paesi Bassi*, V. III, pag. 3 ss, IFBD, traduz. ed ediz. a cura IPSOA, 1993; per una recente decisione della suprema Corte Olandese in tema di participation exemption, *Riv. dir. trib.* 1995, I, rubrica di dir. internazionale a cura di C. D'andria e A. Manganelli, 979; sulle recenti modifiche in tema di participation exemption, *Riv. dir. trib.* 1998, Rubrica di diritto internazionale a cura di G. Maisto, IV, 122; per i rapporti fra la legge olandese di attuazione della direttiva Madre-Figlia e il preesistente sistema della participation exemption, *Commentary on the implementation of the EC direct tax measures in: the Netherlands*, IBFD Publications BV, suppl. n. 6, March, 1993; G. Maisto, C. van der Bruinhorst, *Netherlands-Italy: Taxation of Cross-border Dividends*, *European Taxation*, 1993, 291 ss).

Con la seconda massima la Corte di legittimità, nel contrastare la tesi dell'Amministrazione finanziaria a giudizio della quale l'esonero dalla tassazione in Italia postulerebbe la presenza di una stabile organizzazione, afferma il principio della tassazione dei dividendi nel paese del soggetto percipiente.

Tale principio che è conforme al modello di convenzione contro le doppie imposizioni OCSE, a giudizio della Corte è eccezionalmente contraddetto quando si verificano ipotesi di radicamento della società straniera percipiente in Italia.

Il dictum della Corte è corretto in quanto, così com'è stabilito dal modello di convenzione OCSE, e da ambedue i testi delle Convenzioni contro la doppia imposizione fra Italia ed Olanda, in presenza di una stabile organizzazione si realizza una forma di radicamento così consistente per effetto della quale il dividendo è attratto a tassazione nel paese ove la stessa è ubicata.

La Corte, però, non spiega che cosa debba intendersi per "radicamento" ed inoltre indica come esempio a sostegno dell'enunciato principio una ipotesi che non convince.

I giudici di legittimità ritengono che l'art. 10, comma 2, del nuovo modello di Convenzione tra Italia ed Olanda rappresenti espressione della massima affermata, in quanto prevede accanto alla tassazione nello Stato del soggetto che percepisce i dividendi anche una forma di prelievo ridotta in capo allo Stato della fonte.

Il riferimento a questa parte di norma, però non è pertinente, in quanto per effetto delle disposizioni indicate, non si verifica l'attrazione a tassazione che secondo i giudici consegue al "radicamento". Infatti secondo questa norma, ad un maggiore radicamento (ammesso che quest'ultimo possa essere quantificato in termini di percentuale di partecipazione) non consegue un'attrazione a tassazione maggiore, come vogliono i giudici. La norma in esame, al contrario, stabilisce una forma di prelievo che piuttosto che aumentare diminuisce, in corrispondenza della crescita della percentuale di partecipazione, rispetto alla misura eventualmente maggiore della ritenuta domestica, prevista dall'art. 27 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

Maggiormente pertinente come dicevamo poc'anzi, sarebbe stato il riferimento al comma 7 dell'art. 10 della nuova Convenzione fra Italia ed Olanda, ed al principio della forza di attrazione della stabile organizzazione.

259

Carla Lollo

Nelle librerie specializzate o con richiesta diretta all'Editore

ETI

**il fisco
1999**

Nicolò Pollari

Sebastiano Galdino

Bilancio di esercizio e reddito fiscale

Volume di 576 pagine, lire 45.000

Parte I

**Bilancio di esercizio
e determinazione del reddito di impresa**

Parte II

**Analisi civilistica
e fiscale delle voci di bilancio**

richiesta a:

ETI S.p.A. VIALE MAZZINI, 25 - 00195 ROMA

versando l'importo di L. 45.000 sul c/c postale n. 61844007
o con assegno bancario non trasferibile

NOVITÀ

Sezione III - Documentazione

*Section III - Laws, administrative practice
and other official documentation*

1A) ITALY - MINISTRY OF FINANCE - CENTRAL OFFICE FOR JURIDICAL AFFAIRS AND FOR TAX CASES - CIRC. JULY 15, 1999, NO. 156/E.

VAT - Territoriality of the tax - Goods forwarded to third countries for process - Export - Does not amount to export - Operation contributing to the formation of the ceiling - Does not contribute

Goods that are sent to third countries for which there is no transfer of ownership, or of other real right of enjoyment, do not give rise to export, under art. 8, paragraph 1, lett. a), D.P.R. no. 633, 1972. Consequently, the exportation in question does not contribute to the formation of the ceiling used for the purchase of goods and services without VAT application. ()*

(*) The circular being reviewed refers to an issue of particular interest: the case where goods are sent to non-EU countries for process by VAT liable subjects, without there being a transfer of ownership with respect to the foreign subject, and therefore goods that are destined to re-enter the territory of the state. The question is dealt with by the Ministry of Finance from the double perspective of the customs regime and the VAT applicable to this case. In this note we deem it necessary to analyse the ensuing treatment by privileging the analysis carried out by the ministerial interpreter for the purposes of VAT.

25

In apicibus, the operation being considered should be seen in the context of the civil law relationship between the two subjects involved, that is the sender, liable subject in the territory of the tax and the foreign party that processes the goods forwarded.

From this viewpoint, the relevant aspect for the purposes of exportation is, on the one side, the fact that there is no transfer of ownership or of other real rights of enjoyment on the goods in question and, on the other, the payment of a consideration (on the relevance of which see Comelli A., *Il requisito dell'onerosità in relazione alle prestazioni di servizi*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, II, 228 ff., with ample reference to the ECJ's decisions), as well as the exit of goods from Community territory (see note by the Ministry of Finance, Feb. 11th 1998, in *Cod. IVA, IPSOA*, sub. art. 8, no. 352).

In the case being reviewed, the first of these requisites is missing, that is, the transfer of the right of ownership or of other real rights of enjoyment; the goods are sent abroad for reasons other than export (to be processed in fact) to be reintroduced at a later date in Italy. Consequently, this operation cannot be defined as involving export, under art. 8, subsection 1, lett. a), D.P.R. no. 633 1972, even if the goods physically leave the EU territory (on transfers not for value of goods exported outside the EU see MALLANO G., *Trattamento iva delle cessioni gratuite verso l'estero*, in *Corr. Trib.*, 2000, 169 ff.).

As a consequence of this, following the logical/juridical *iter* of the Ministry of Finance, the operation in question is not to be included among those that contribute to the formation of the *ceiling* that can be used, by exporting parties, to purchase or import goods and services without application of the tax; in the case in question there is no export (and not as a result of the lack of the payment of a consideration, as upheld by the Ministry of Finance, seen that a consideration is normally paid by the purchasing party against the provision of processing services).

To overcome the presumption of transfer of goods sent abroad to be merely processed and therefore not transferred from a civil law point of view, the circular being reviewed states that the sender/ liable subject may issue a document to enter in an apposite register to be kept according to art. 39 D.P.R. no. 633. Alternatively, the same presumption may be overcome if the subjects issues a transport or consignment document provided for in the single article, paragraph 3, of D.P.R. no. 472 1996 and in this case the registration as above mentioned is not required; it suffices that the transport documents be kept according to the same art. 39 (in this respect see declar. Min. fin. May 6 1997, no. 1248/VII, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, I, 1102 ff.).

In conclusion, the treatment outlined above and concerning the forwarding - from VAT liable subjects - to non-EU countries of goods to be processed constitutes a settled stance by the Ministry of Finance when there is no transfer of ownership or of other real right of enjoyment. This direction, moreover, is consistent with the VAT system in terms of both the qualification of transfers for export under art. 8, paragraph 1, lett. a) of D.P.R. no. 633 (within which the forwarding in question does not fall) and the overcoming of the presumption of transfer of purchased, imported or produced goods that are not found where the liable subject or his agents carry on the business.

Alberto Comelli

**1B) ITALIA - MINISTERO DELLE FINANZE - DIREZIONE CENTRALE PER GLI AFFARI
GIURIDICI E PER IL CONTENZIOSO TRIBUTARIO - CIRC. 15 LUGLIO 1999 N. 156/E**

**I.V.A. - Territorialità dell'imposta - Invio di merci verso Paesi terzi per la-
vorazioni - Esportazione - Non è tale - Concorso dell'operazione alla for-
mazione del plafond - non opera**

L'invio verso Stati terzi di merci per le quali non si realizza il trasferimento della proprietà, o di altro diritto reale di godimento, non costituisce una cessione all'esportazione, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. a), del D.P.R. n. 633 del 1972. Conseguentemente, l'esportazione in questione non concorre alla formazione del plafond utilizzabile per l'acquisto di beni e servizi senza applicazione dell'Iva. ()*

Sono state manifestate perplessità in ordine all'utilizzo, all'atto di importazioni, del plafond costituito a seguito di invii verso Paesi terzi di merci per i quali non sarebbero intervenuti gli effetti traslativi della proprietà nei confronti del soggetto estero.

La questione trae origine dal regime doganale (perfezionamento passivo o esportazione) applicabile in caso di invio all'estero di merci per lavorazione, senza trasferimento della proprietà, destinate ad essere reintrodotte sotto forma di prodotti compensatori.

Al riguardo, il Dipartimento delle Dogane e delle Imposte indirette, con nota n.1248 del 6 maggio 1997, ha in sostanza ammesso la possibilità che operazioni siffatte avvengano alla stregua di un'esportazione definitiva, senza peraltro che le medesime possano comunque considerarsi sotto il profilo dell'IVA cessioni all'esportazione ai sensi dell'art.8 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, anche perché, alla luce dei regolamenti comunitari, *"non sussiste alcun obbligo di ricorrere al regime del perfezionamento passivo, che costituisce un'agevolazione per il richiedente (Reg. CEE n. 2913/92), il quale ha facoltà di farvi o meno ricorso."* In particolare, ai fini del superamento della presunzione di cessione contenuta nell'art.53 del D.P.R. n. 633 del 1972 (disposizione sostituita, con decorrenza 7 gennaio 1998, dal D.P.R. 10 novembre 1997, n. 441), il cennato Dipartimento ha evidenziato che non è possibile emettere una fattura "pro forma", ma può essere invece utilizzato un documento contabile (o lista valorizzata su carta intestata), da annotare in apposito registro tenuto e conservato ai sensi dell'art.39 dello stesso decreto. In alternativa, può farsi utile riferimento anche al documento di trasporto o di consegna di cui all'art. unico, comma 3, del D.P.R. 14 agosto 1996, n. 472, senza che sia necessaria l'annotazione sul predetto registro, essendo sufficiente a comprovare la movimentazione dei beni, la conservazione, a norma del già richiamato art. 39, di idonea documentazione (documenti di trasporto, doganali o contabili).

Inoltre, per garantire la corrispondenza tra effetti fiscali ed effetti civilistici, *"anche per evitare ipotesi di vendita fittizia e conseguenti irregolarità fi-*

scali, come contestato in casi concreti in sede di verifica da parte della Guardia di Finanza", lo stesso Dipartimento delle Dogane, in assenza del trasferimento della proprietà dei beni, ha evidenziato la necessità di assicurarsi che, sotto il profilo dell'IVA, l'operazione medesima non appaia come una cessione all'esportazione ai sensi del citato art.8 del D.P.R. n. 633 del 1972.

Pertanto, la documentazione presentata dall'esportatore a corredo della bolletta di esportazione definitiva emessa, dovrà essere invalidata con la dicitura "Non valida ai fini dell'art. 8 del D.P.R. n. 633/72".

Il Dipartimento doganale, nel sottolineare che l'operatore economico può liberamente decidere di rinunciare ai benefici derivanti dall'applicazione del regime di "perfezionamento passivo", optando per l'effettuazione di una semplice esportazione definitiva, ha anche chiarito che in simile ipotesi all'atto dell'importazione dei prodotti compensatori ... *"la relativa operazione doganale è un'immissione in libera pratica di merci terze soggette ai diritti doganali loro propri."* Ai fini della corretta determinazione del valore in dogana, la presentazione dei prodotti ottenuti configura un'importazione il cui valore imponibile ai fini IVA viene commisurato al valore doganale dei beni importati, comprensivo, in particolare, non solo del compenso di lavorazione fatturato, ma anche del valore delle merci in precedenza esportate, nonché degli altri eventuali "apporti" utilizzati per l'ottenimento dei beni medesimi e di tutti gli altri elementi da prendere in considerazione in base alla normativa in materia di valore in dogana ed all'art. 69 del D.P.R. n. 633 del 1972.

È stato peraltro confermato che l'eventuale cessione delle merci esportate durante la loro permanenza all'estero non assume rilevanza ai fini dell'IVA ai sensi dell'art. 7, secondo comma, del citato D.P.R. n. 633.

Per quanto riguarda gli aspetti IVA e l'eventuale applicazione della disposizione di cui all' art.8, primo comma, lett. a), del più volte richiamato D.P.R. n. 633 del 1972, deve innanzitutto far presente che, agli effetti dell'imposta, assume rilevanza il rapporto civilistico instaurato tra i due soggetti interessati; pertanto, perché si configuri una cessione all'esportazione è indispensabile non solo la materiale uscita dei beni dal territorio comunitario, ma anche il verificarsi di un trasferimento del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento oltre naturalmente al pagamento di un corrispettivo.

La mancanza di tali presupposti non soddisfa i requisiti del D.P.R. n. 633 del 1972 e, in particolare, l'assenza di un corrispettivo non consente di includere l'operazione tra quelle che concorrono alla formazione del plafond.

In tal senso, la soppressa Direzione Generale delle Tasse e delle Imposte indirette sugli Affari, si era già espressa sull'esclusione dal computo del plafond delle operazioni di esportazione "franco valuta", che si verificano quando l'operatore nazionale effettua una cessione all'esportazione senza pagamento di corrispettivo.

Ciò premesso, debesi tuttavia rilevare che non può escludersi, in linea di principio, l'ipotesi che l'operatore nazionale decida, anche in presenza di beni da sottoporre a operazioni di lavorazione all'estero, di effettuare una vera e propria "cessione all'esportazione", nel senso sopra esposto.

In tal caso non possono considerarsi elementi ostativi né la mancanza di un atto formale di compravendita (nella prassi commerciale è frequente il ricorso a contratti stipulati in forma verbale) né il ricorso ad una compensazione finanziaria, che potrebbero avvenire in presenza di un rapporto debito e credito tra le parti contraenti.

Sarà cura, pertanto, degli organi di accertamento verificare la sussistenza delle condizioni che permettano di considerare l'operazione alla stregua di una cessione all'esportazione nonché l'osservanza degli adempimenti formali (fatturazione, registrazione, etc.) previsti dalle norme vigenti.

(*) La circolare in rassegna si riferisce ad una problematica di particolare interesse con riferimento alla fattispecie di invio verso Stati terzi rispetto all'Unione europea di beni (a titolo di lavorazione) da parte di soggetti passivi ai fini dell'iva, in assenza di trasferimento della proprietà nei confronti del soggetto estero, e destinati ad essere reintrodotti nel territorio dello Stato. La questione viene affrontata dal Ministero delle finanze nella duplice prospettiva del regime doganale e della disciplina iva applicabile nel caso di specie, mentre nella presente nota si ritiene opportuno analizzare il trattamento consequenziale privilegiando l'analisi effettuata dall'interprete ministeriale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto.

In *apicibus*, l'operazione in esame dev'essere inquadrata in considerazione del rapporto civilistico tra i due soggetti interessati, cioè il mittente, soggetto passivo d'imposta nel territorio dello Stato, ed il destinatario estero che effettua la lavorazione sui beni inviati.

Se ci si colloca in questa prospettiva, assume rilevanza ai fini delle cessioni all'esportazione, da un lato, l'insussistenza di un trasferimento del diritto di proprietà, ovvero di altro diritto reale di godimento sui beni in questione e, dall'altro, il pagamento di un corrispettivo (sulla rilevanza del quale cfr. COMELLI A., *Il requisito dell'onerosità in relazione alle prestazioni di servizi*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, II, 228 ss., con ampi riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia), oltre all'uscita dei beni dal territorio comunitario (nello stesso senso v. già la nota del Ministero delle finanze 11 febbraio 1998, in *Cod. IVA*, IPSOA, sub. art. 8, n. 352).

Nel caso di specie, è assente il primo di tali requisiti e, più precisamente, il trasferimento del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento, laddove i beni sono inviati all'estero per un titolo diverso rispetto alla cessione (cioè per la loro lavorazione) al fine di essere successivamente reintrodotti nel territorio dello Stato italiano. Di conseguenza, l'operazione me-

desima non può essere qualificata come una cessione all'esportazione, ai sensi dall'art. 8, comma 1, lett. a), del D.P.R. n. 633 del 1972, anche se il bene fuoriesce materialmente dal territorio dell'Unione europea (sull'inquadramento tra le cessioni all'esportazione degli omaggi relativi a beni esportati fuori del territorio dell'Unione europea, v. MALLANO G., *Trattamento iva delle cessioni gratuite verso l'estero*, in *Corr. Trib.*, 2000, 169 ss.).

Quale corollario, secondo l'iter logico-giuridico seguito dal Ministero delle finanze, l'operazione in esame non può essere inclusa tra quelle che concorrono alla formazione del *plafond* che può essere utilizzato dai soggetti esportatori al fine di acquistare o importare beni e servizi senza applicazione dell'imposta, a causa dell'insussistenza, nel caso di specie, di una cessione all'esportazione (e non per effetto dell'assenza del pagamento di un corrispettivo, come ritenuto dal Ministero delle finanze, posto che un corrispettivo viene di regola pagato dal soggetto committente a fronte delle prestazioni di servizi di lavorazione).

Nell'ottica del superamento della presunzione di cessione dei beni inviati all'estero ai fini di una mera lavorazione, e non alienati sotto il profilo civilistico, la circolare in rassegna precisa che il soggetto passivo d'imposta mittente può emettere un documento contabile da annotare in apposito registro che dev'essere tenuto e conservato ai sensi dell'art. 39 del D.P.R. n. 633. In alternativa, la presunzione medesima può essere superata se il soggetto emette il documento di trasporto o di consegna previsto dall'articolo unico, comma 3, del D.P.R. n. 472 del 1996 ed in questa ipotesi non è necessaria l'annotazione nel registro sopra menzionato, essendo a tal fine sufficiente la conservazione dei documenti di trasporto, in virtù dello stesso art. 39 (nel medesimo senso v. declar. Min. fin. 6 maggio 1997, n. 1248/VII, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, I, 1102 ss.).

In conclusione, il trattamento *ut supra* descritto dell'invio verso Stati terzi rispetto all'Unione europea di beni a titolo di lavorazione, da parte di soggetti passivi ai fini dell'iva, in assenza di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento, costituisce un orientamento ormai consolidato da parte del Ministero delle finanze. Questo orientamento, peraltro, risulta coerente col sistema dell'imposta sul valore aggiunto sotto il profilo sia della qualificazione delle cessioni all'esportazione ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. a), del D.P.R. n. 633 (tra le quali non rientra l'invio in questione), e sia del superamento della presunzione di cessione dei beni acquistati, importati o prodotti che non si trovano nei luoghi nei quali il soggetto passivo esercita la propria attività, né in quelli dei suoi rappresentanti.

Alberto Comelli

2A) MINISTRY OF FINANCE - REVENUE DEPARTMENT - CENTRAL OFFICE FOR ASSESSMENT AND PLANNING - RESOLUTION 10/6/1999 NO. 95/E.

International Conventions against double taxation - Convention Italy/Malta - Permanent establishment - Revenue Authorities to assess whether it exists - Such assessment may be carried out only when request of refund is being considered - Withholding taxes - Royalties to use television rights - Application of provisions of the conventional regime - It is optional for the tax agent.

Assessing permanent establishment status of a non resident subject does not fall to the tax agent, since external to the revenue authorities. The only subjects who carry out this type of assessment are the tax Offices. The same, however, cannot issue a certification of the existence of such status prior to checking the documentation submitted with the request on the part of the interested party of a refund on taxes paid in excess in application of the conventional regime.

The application of provisions regarding royalties contained in the Convention against double taxation (art. 12, par. 1) may be used as alternative to the refund procedure and is optional for the tax agent who can apply the withholding following the internal regime when it is deemed that the documentation submitted by the non resident is not adequate for the application of the conventional regime.

26

2B) ITALIA - MINISTERO DELLE FINANZE - DIPARTIMENTO DELLE ENTRATE - DIREZIONE CENTRALE PER L'ACCERTAMENTO E LA PROGRAMMAZIONE - RISOLUZIONE. N. 95/E DEL 10 GIUGNO 1999.

Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni - Convenzione Italia/Malta - Stabile organizzazione - Accertamento della sua esistenza da parte dell'Amministrazione finanziaria - Può essere effettuato soltanto in sede di esame della richiesta di rimborso - Ritenute alla fonte - Canoni per l'utilizzazione di diritti televisivi - Applicazione delle disposizioni pattizie - Ha carattere facoltativo per il sostituto.

La verifica dell'esistenza di una stabile organizzazione di un soggetto non residente non spetta al sostituto, poiché estraneo all'Amministrazione finanziaria. Unici soggetti preposti a tale accertamento sono gli Uffici fiscali, i quali, tuttavia, non possono rilasciare in via preventiva una certificazione dell'esistenza di tale circostanza, ma intervengono soltanto al momento del controllo della documentazione allegata alla domanda presentata dall'interessato in esecuzione del regime convenzionale per ottenere il rimborso delle imposte pagate in eccesso.

L'applicazione delle disposizioni in materia di canoni contenute nella Convenzione contro le doppie imposizioni (art. 12, par. 1) è alternativa alla procedura di rimborso ed ha carattere facoltativo per il sostituto, il quale potrà sempre applicare la ri-

tenuta in conformità al regime interno nel caso in cui reputi inidonea, per l'applicazione del regime convenzionale, la documentazione prodotta dal non residente.

Con istanza del 29 marzo 1999, l'avvocato ... quale legale rappresentante della società di Malta "... Films Production International Limited", dopo aver esposto le motivazioni che hanno causato, a suo avviso, una illegittima ritenuta alla fonte su diritti di utilizzazione televisiva di opera, corrisposti da un ente italiano alla sua assistita, ha chiesto alla scrivente di voler accertare, anche a mezzo degli Organi di Polizia Tributaria, se la predetta società estera possieda o meno in Italia una stabile organizzazione ai sensi dell'art. 5 della vigente Convenzione fiscale tra l'Italia e Malta, nonché di avere comunicazione scritta dell'accertamento effettuato.

A tal fine viene evidenziato che la richiesta trae origine dall'esecuzione di un contratto stipulato in data 21 giugno 1995, con la quale la "... Films Production" ha concesso alla RAI - Radio Televisione Italiana S.p.A. - i diritti di utilizzazione televisiva dell'opera "Santa Barbara" per un corrispettivo di \$ USA 12,444,000, da corrispondersi in quattro rate.

Per quanto concerne le prime tre rate, viene fatto presente che la società ha prodotto alla RAI la certificazione rilasciata dalle Autorità fiscali di Malta, attestante le condizioni necessarie per beneficiare delle disposizioni pattizie di cui all'art. 12 1° paragrafo della richiamata Convenzione fiscale; ciò ha consentito alla medesima di percepire i diritti senza subire in Italia la ritenuta alla fonte.

In ordine al pagamento dell'ultima rata, la RAI ha invece operato la ritenuta alla fonte sull'importo corrisposto, giudicando non idonea la certificazione presentata per l'applicazione diretta dei benefici convenzionali.

In detta ultima certificazione, infatti, l'Ufficio fiscale di Malta pur attestando la sede legale e la tassazione in Malta di "... Films Production", ha apposto sul documento stesso con la quale dichiara di non essere in grado di verificare autonomamente l'esistenza o meno in Italia di una stabile organizzazione della società.

Ritiene il professionista che la RAI abbia illegittimamente operato la ritenuta sul compenso erogato soprattutto con riguardo alla circostanza che l'esistenza o meno in Italia di una stabile organizzazione della società estera non possa che essere accertata dall'Autorità fiscale del nostro Paese e richiama, in proposito, la risoluzione n. 12/795 del 12/10/1979 della soppressa Direzione Generale delle Imposte Dirette nonché due decisioni della Commissione Tributaria Centrale.

Fa infine presente che tale accertamento è indispensabile per ottenere dalla RAI la restituzione dell'imposta trattenuta alla propria cliente.

Al riguardo, esaminata la problematica esposta si ritiene di poter condividere solo una delle diverse questioni sollevate dal predetto avvocato e, più

precisamente, quella relativa all'accertamento dell'esistenza o meno della stabile organizzazione in Italia della società estera.

È fuori di dubbio, infatti, che detto appuramento non possa che essere effettuato dagli Uffici dell'Amministrazione finanziaria italiana ma ciò avviene soltanto in una fase successiva al pagamento del compenso e, più opportunamente, in sede di controllo della certificazione allegata al rimborso da richiedere, a cura del contribuente o del sostituto d'imposta, all'ufficio fiscale territorialmente competente.

Ed infatti anche la richiamata risoluzione e le due decisioni della Commissione Centrale Imposte citate, si riferiscono a fattispecie esaminate in sede di controllo e non in occasione di applicazione diretta del regime convenzionale da parte del sostituto d'imposta.

È appena il caso di far presente, sulla questione, che la RAI non appartiene all'Amministrazione fiscale e pertanto non ha titolo né all'accertamento delle condizioni richieste dalle norme convenzionali né alla effettuazione dei rimborsi relativi alle disposizioni stesse. Detta società, inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dal professionista non ha illegittimamente operato la ritenuta d'imposta ma ha soltanto provveduto ad applicare il metodo ordinario previsto dalla Convenzione in parola che unitamente alla possibilità di applicare la ritenuta prevista dalla legislazione interna disciplina all'art. 27, il ricorso alla procedura del rimborso.

Infatti, l'applicazione diretta delle disposizioni agevolative contenute nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni sui redditi è stata a suo tempo consentita in alternativa alla procedura di rimborso, dalla soppressa Direzione Generale delle imposte dirette in varie circolari di alcune delle quali si allega copia (circolare n. 115 del 12 aprile 1978; circolare n. 2 del 4/2/80; circolare n. 7 del 25/3/81). Tale procedura prevede che i sostituti d'imposta italiano possono, sotto la propria responsabilità, applicare direttamente l'esenzione o le minori aliquote convenzionali, previa presentazione da parte dei beneficiari del reddito, di documentazione atta a dimostrare l'effettivo possesso dei requisiti previsti negli accordi di cui sopra.

Tale prassi amministrativa, anche se ormai consolidata, avendo carattere facoltativo, non comporta un obbligo di adeguamento per il sostituto di imposta, che potrà quindi sempre applicare il regime interno di ritenuta nel caso in cui ritenga di non doversi assumere delle responsabilità circa la idoneità della documentazione presentata.

Per quanto concerne il caso in discorso, pertanto, la società potrà avvalersi delle disposizioni di cui all'art. 27 della vigente Convenzione fiscale che disciplina i rimborsi. Detto articolo, fra l'altro, prevede che le istanze di rimborso devono essere prodotte entro i termini stabiliti dalla legislazione dello Stato contraente tenuto ad effettuare il rimborso stesso nonché la documentazione ufficiale da produrre.

Nella fattispecie in parola la domanda di rimborso dovrà essere presentata dalla società interessata (o dal sostituto d'imposta) al Centro di Servizio delle Imposte Dirette e Indirette di Roma ai sensi dell'art. 38 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602.

Ciò premesso, non si ritiene di dover aderire, in questa fase, alla richiesta di accertamento avanzata dal professionista, atteso che lo stesso dovrà necessariamente essere effettuato, dall'Ufficio competente al rimborso, in sede di controllo della documentazione allegata alla istanza e ciò ai fini della spettanza del rimborso stesso.

Nel trasmettere copia della richiesta avanzata dalla parte, si prega di portare quanto sopra a conoscenza dell'avvocato ..., legale rappresentante della "... Films Production International Limited".

*
* * *

3A) MINISTRY OF FINANCE - REVENUE DEPARTMENT - CENTRAL OFFICE FOR COLLECTION - RESOLUTION 18/10/1999 NO. 154/E

268

International legal aid - State of San Marino - Friendly relations and good neighbourliness Convention, March 31 1939 ratified with L. 6/6/1939 no. 1320 - Collection in Italy of fines and pecuniary penalties owed to this State - Establishment of a new tax code.

Following the implementation of provisions of the penal jurisdiction of the State of San Marino, coercive collection of pecuniary sanctions owed by Italian violators, collection delegated to agents of the tax collection service, would not allow that sums collected be attributed to the taxing State by reason of the use of tax codes established with decree by the Italian Ministry of Finance December 17, 1998.

To overcome said situation a new 'LAET' tax code is established which is to be used also in cases of payment with paying-in slip model F23.

3B) ITALIA - MINISTERO DELLE FINANZE - DIPARTIMENTO DELLE ENTRATE - DIREZIONE CENTRALE PER LA RISCOSSIONE - RISOLUZIONE N. 154/E DEL 18 OTTOBRE 1999.

Assistenza giudiziaria internazionale - Stato di San Marino - Convenzione di amicizia e buon vicinato del 31 marzo 1939 ratificata con Legge n. 1320 del 6.6.1939 - Riscossione in Italia di multe, ammende e pene pecuniarie dovute a detto Stato - Istituzione nuovo codice tributo.

In conseguenza dell'esecuzione di provvedimenti della giurisdizione penale dello Stato di San Marino, la riscossione coattiva delle sanzioni pecuniarie dovute dai contravventori italiani, delegata ai concessionari del servizio di riscossione dei tributi, non permetteva l'attribuzione delle somme riscosse allo Stato impositore in ragione dell'utilizzo dei codici tributo stabiliti con il decreto del Ministro delle Finanze italiano del 17 dicembre 1998.

Per superare tale situazione viene istituito il nuovo codice tributo "LAET", da poter utilizzare anche nelle ipotesi di pagamento mediante distinta di versamento modello F23.

Con nota prot. n. 882/99/U del 30 marzo 1999, il Ministero della giustizia ha rappresentato l'esigenza di istituire un codice-tributo per permettere di individuare le somme dovute dai contravventori in Italia, a titolo di multe, ammende, pene pecuniarie e spese giudiziarie per effetto di sentenze o di altri provvedimenti di giurisdizione penale dello Stato di San Marino.

Dopo avere evidenziato che l'Autorità giudiziaria è competente all'esecuzione delle richieste di rogatorie internazionali per la riscossione delle predette somme, il Ministero della giustizia ha sottolineato che attualmente l'esecuzione coattiva, delegata al concessionario tramite iscrizione nei ruoli delle imposte, non prevede la possibilità di trasmissione allo Stato di San Marino delle somme riscosse, e ciò perché, utilizzando i codici-tributo individuati dal D.M. 17 dicembre 1998, le somme riscosse affluiscono nelle casse dello Stato italiano.

Al riguardo si fa presente che al fine di risolvere la questione, d'intesa con il predetto Ministero, viene istituito il codice-tributo LAET, denominato: "Mulle, ammende e pene pecuniarie dovute per effetto di sentenze o di altri provvedimenti di giurisdizione penale dello Stato di San Marino". Tale codice-tributo va utilizzato anche nel caso che l'Autorità giudiziaria italiana inviti il contravventore a pagare, precompilando il Mod. F23. Pertanto il predetto modello deve indicare, al campo 6, il codice dell'ufficio giudiziario procedente (vd. pure circolare n. 327/E/97, note n. 62271 dell'11 maggio 1998 e n. 75967 del 16 luglio 1998) e al campo 11, il codice-tributo appena istituito.

Le somme riscosse vanno quindi imputate dal concessionario della riscossione allo Stato di San Marino provvedendo ad effettuare il riversamento delle somme stesse all'ufficio del registro di San Marino con accredito, tramite bonifico, sul c/c bancario di cui alle seguenti coordinate bancarie già comunicate alla scrivente, con nota prot. n. 299 del 30 settembre 1999:

Ufficio registro RSM/I.C.S. - Istituto di Credito Sammarinese aperto presso la Banca Popolare dell'Emilia-Romagna
ABI 5387.6 / CAB 12900.7 / C/C ICS 3225
Codice swift BPMO1TZZXXX.

4A) ITALY - MINISTRY OF FINANCE - REVENUE DEPARTMENT - REGIONAL OFFICE FOR REVENUE FOR LOMBARDY - SERV. I - DIV. I - NOTE 2/11/1999 PROT. 45330/99.

Effectiveness of the provision and its scope - Territorial limit to the taxing power - Transfer of shares or Italian shareholdings - Contracts stipulated abroad - Tax on Exchange contracts - Taxation of contracts producing legal effects in Italy - It constitutes a condition for the legal effectiveness of the transfer in Italy.

According to provisions as in art. 8 R.D. 3278/23, contracts the object of which is the transfer of shares or Italian shareholdings stipulated abroad produce legal effects in Italy only if taxed on Exchange contracts according to the above mentioned normative provision.

The contract for the transfer has legal effectiveness in Italy upon specific conditions such as registration in the register of shareholders and presentation before the court of the transfer deed.

4B) ITALIA - MINISTERO DELLE FINANZE - DIPARTIMENTO DELLE ENTRATE - DIREZIONE REGIONALE DELLE ENTRATE PER LA LOMBARDIA - SERV. I - DIV. I - NOTA N. 45330/99 DEL 2 NOVEMBRE 1999.

270

Efficacia della norma nello spazio - Limite territoriale al potere impositivo - Trasferimento di azioni o quote di società di capitali italiane - Contratti stipulati all'estero - Tassa sui contratti di borsa - Assoggettamento ad imposizione per i contratti produttivi di effetti giuridici in Italia - Costituisce condizione dell'efficacia giuridica in Italia del trasferimento.

Secondo le disposizioni dell'art. 8 del R.D. n. 3278/23, i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di azioni o quote di società di capitali italiane stipulati all'estero possono produrre effetti giuridici in Italia soltanto se sono assoggettati alla tassa sui contratti di borsa prevista dal suddetto provvedimento normativo.

Presuppongono necessariamente che il contratto di trasferimento abbia efficacia giuridica in Italia specifiche circostanze quali l'annotazione nel libro soci e la produzione in giudizio dell'atto di cessione.

L'art. 8 comma 2 del R.D. n. 3278/23 stabilisce che il contratto perfezionato all'estero, secondo le leggi del luogo, ha efficacia giuridica in Italia, purché venga sottoposto alla tassa prevista dal cennato provvedimento normativo.

Questa disposizione da un lato conferma che (come può desumersi dalla complessiva regolamentazione del tributo e dal comma 1 dello stesso art. 8) il contratto perfezionato all'estero non è di per sé soggetto alla tassa sui

contratti di borsa e dall'altro impone l'applicazione del tributo in parola anche a tali contratti quando si voglia renderli produttivi di effetti nel nostro Paese.

Nell'istanza si chiede se quest'ultima condizione possa considerarsi realizzata nel caso in cui il contratto estero (previamente legalizzato e registrato in Italia) venga utilizzato per ottenere l'annotazione del trasferimento azionario nel libro-soci della società italiana emittente oppure se ne faccia allegazione in giudizio.

Ad avviso della scrivente, i fatti predetti presuppongono necessariamente che il contratto abbia efficacia in Italia; diversamente, non potrebbe costituire titolo legittimante l'annotazione nel libro soci, così come sarebbe irrilevante la sua produzione in giudizio.

Si ritiene quindi che nelle ipotesi prospettate dalla S.V. il tributo in questione sia dovuto.

*
* * *

5A) MINISTRY OF FINANCE - REVENUE DEPARTMENT - CENTRAL OFFICE FOR ASSESSMENT AND PLANNING - CIRCULAR JANUARY 27 2000 NO. 16/E.

271

Assessment - Non resident subjects - Service of tax claims - Always carried out within national borders (fiscal domicile) - Need of actual notice - Addressee to be informed at residence abroad - Does not carry legal effects.

The service of tax claims sent to non resident subjects is carried out at the fiscal domicile identified within national borders according to art. 58 D.P.R. 29/9/1973 no. 600 and the procedure for affixing the claim on the municipal notice board regulated by art. 60, paragraph 1, letter e), of the same decree fully guarantees in legal terms the implementation of such service.

However, in order to guarantee that the non resident subjects have actual notice of the statement relating to tax matters the Office/sender issuing the statement must at the same time inform the interested party via ordinary post with notification at the foreign address.

Said notification that can take place only if the tax payer's foreign address is contained in the AIRE or in other documentation the Office has on record serves the purpose of supplying prompt notice of the provisions passed and does not produce legal effects, at least not before the provisions contained in the bill concerning the Taxpayer's Statute - currently being examined by the Parliament - come into force.

As to the notice of 'payment forms' said additional obligation to notify falls to the agent who, in any case, is obliged to perform this duty only where the taxpayer's foreign address is known.

5B) ITALIA - MINISTERO DELLE FINANZE - DIPARTIMENTO DELLE ENTRATE - DIREZIONE CENTRALE PER L'ACCERTAMENTO E LA PROGRAMMAZIONE - CIRC. N. 16/E DEL 27 GENNAIO 2000.

Accertamento - Soggetti non residenti - Notificazione di atti tributari - È sempre effettuata all'interno dei confini nazionali (domicilio fiscale) - Esigenze di effettiva conoscenza - Comunicazione al destinatario presso l'indirizzo del Paese estero di residenza - È priva di effetti giuridici.

La notificazione di atti tributari a soggetti non residenti va effettuata nel luogo di domicilio fiscale individuato all'interno dei confini nazionali ai sensi dell'art. 58 del D.P.R. n. 600 del 29.9.1973 e la procedura di affissione dell'atto nell'albo del comune disciplinata dall'art. 60 comma 1 lett. e) dello stesso decreto garantisce pienamente, sotto il profilo giuridico, il perfezionamento della notifica.

Tuttavia, al fine di assicurare ai soggetti non residenti nel territorio dello Stato l'effettiva conoscenza degli atti di natura tributaria ad essi diretti l'Ufficio che emana l'atto deve contestualmente darne comunicazione al destinatario inviandogli, mediante posta ordinaria, un avviso al suo indirizzo nello Stato estero.

La comunicazione, che potrà essere eseguita solo se l'indirizzo all'estero del contribuente risulta dall'AIRE o da altre informazioni in possesso dell'Ufficio, ha come sola finalità quella di fornire una tempestiva informazione dei provvedimenti emanati ed è privata di ogni effetto legale, almeno fino a quando non saranno entrate in vigore le norme recate dal disegno di legge concernente lo Statuto del Contribuente tuttora all'esame del Parlamento.

Per la notifica delle cartelle di pagamento tale obbligo aggiuntivo di comunicazione spetta al concessionario, che peraltro è tenuto a provvedervi soltanto nel caso in cui conosca l'indirizzo all'estero del contribuente.

Come è noto, ai sensi dell'art. 60 del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973, la notifica degli atti tributari relativi alle imposte dirette è eseguita in conformità agli artt. 137 ss. del codice di procedura civile, con alcuni adattamenti resi necessari dalla specificità della materia tributaria.

Tale disciplina, dettata in origine per le sole imposte sui redditi, è stata in seguito estesa anche alle tasse ed alle imposte indirette, le cui norme di settore (ad es., l'art. 52 del Testo Unico D.P.R. n. 131 del 26 aprile 1996 per l'imposta di registro, l'art. 57 del D.P.R. n. 633 del 26 ottobre 1973 per l'imposta sul valore aggiunto e l'art. 49 del D.Lgs. n. 346 del 31 ottobre 1990 per l'imposta sulle successioni e donazioni), rinviano al citato art. 60 del D.P.R. n. 600/1973.

In proposito, si ricorda che, per effetto dello stesso art. 60 del D.P.R. n. 600/1973, gli atti tributari, se non consegnati in mani proprie dell'interessato, devono essere notificati nel domicilio fiscale dello stesso, ed è esclusa l'applicabilità degli artt. 142 e 143 del c.p.c., riguardanti la notifica a persona

residente all'estero, o di residenza, dimora o domicilio sconosciuti [cfr. art. 60 comma 1 lett. f)].

Ciò premesso, si evidenzia che i criteri da seguire per l'individuazione del domicilio fiscale del contribuente sono contenuti nell'art. 58 del citato D.P.R. n. 600/1973, per il quale ogni soggetto passivo d'imposta si intende domiciliato in un comune dello Stato e il comune di domicilio fiscale coincide:

a) per le persone fisiche residenti nel territorio dello Stato, con il comune nella cui anagrafe sono iscritte;

b) per quelle non residenti, con il comune in cui è stato prodotto il reddito o, se il reddito è stato prodotto in più comuni, in quello in cui si è prodotto il reddito più elevato;

c) per i soggetti diversi dalle persone fisiche, con il comune in cui si trova la sede legale, quella amministrativa, ovvero una sede secondaria.

In virtù di quanto disposto dal successivo art. 59, l'Amministrazione finanziaria può, comunque, stabilire, anche su istanza dell'interessato, il domicilio fiscale del soggetto in un comune diverso da quello in cui il soggetto medesimo dovrebbe averlo sulla base dei criteri sopra esposti.

Qualora, poi, l'applicazione degli artt. 58 e 59 del D.P.R. n. 600/1973 porti all'identificazione, come domicilio fiscale del debitore, di un comune in cui non vi sia né abitazione, né ufficio o azienda del contribuente, si deve fare riferimento alla lett. e) dell'art. 60 comma 1; in tal caso, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, la notifica si dà per eseguita nell'ottavo giorno successivo a quello dell'affissione all'albo comunale dell'avviso prescritto dall'art. 140 del c.p.c.

Ne consegue che la notifica degli atti tributari a soggetti non residenti in Italia deve essere sempre effettuata all'interno dei confini nazionali e che, nei loro confronti, lo svolgimento degli adempimenti di cui all'art. 60 comma 1 lett. e) del D.P.R. n. 600/1973 garantisce pienamente, sotto il profilo giuridico, il perfezionamento della notifica.

Peraltro da tempo il Dipartimento delle Entrate, allo scopo di assicurare l'effettiva conoscenza dei propri atti da parte dei destinatari, anticipandola previsione recata dal disegno di legge concernente lo Statuto del Contribuente tuttora all'esame del Parlamento (A.C. 4818), ha instaurato la prassi di portare a conoscenza dei contribuenti residenti all'estero gli atti di natura fiscale contestualmente alla loro rituale notificazione in Italia (cfr. nota prot. 3955 del 10 marzo 1995 della Direzione Centrale per la Riscossione e risoluzione n. 259/E del 30 ottobre 1995 della Direzione Centrale per gli Affari Giuridici e per il Contenzioso Tributario).

Considerata, ora, l'esigenza di assicurare in modo più tempestivo ai soggetti non residenti nel territorio dello Stato una conoscenza effettiva, e non solo legale, degli atti tributari ad essi diretti, si emanano le seguenti disposizioni.

Nei casi in cui il destinatario dell'atto (avviso di accertamento, richiesta istruttoria, ecc.) sia un soggetto non residente nel territorio dello Stato, l'ufficio operativo che ha emanato l'atto stesso deve contestualmente darne comunicazione al destinatario medesimo all'indirizzo del paese estero di residenza, con avviso da inoltrare per posta ordinaria. Ovviamente la comunicazione potrà essere data in quanto l'indirizzo estero del contribuente sia reperibile attraverso l'AIRE o sulla base di altre informazioni in possesso dell'ufficio.

Resta fermo, naturalmente, che tale comunicazione ha soltanto finalità informative ed è, quindi, assolutamente priva degli effetti legali che discendono, invece, esclusivamente dal compimento delle formalità di cui al citato art. 60 del D.P.R. n. 600/1973.

Pertanto, a modifica di quanto stabilito nella nota prot. 3955 e nella risoluzione n. 259/E sopra citate, nessuna comunicazione sarà più inviata agli uffici centrali del Dipartimento.

Quanto, infine, alla procedura di notifica delle cartelle di pagamento, essa coincide con quella prevista per gli atti emessi dagli uffici dell'Amministrazione Finanziaria, poiché l'art. 26 del D.P.R. n. 602 del 29 settembre 1973 richiama il più volte citato art. 60 del D.P.R. n. 600/1973.

Al riguardo, occorre precisare che l'ambito di applicazione dell'art. 26 del D.P.R. n. 602/1973, dettato in origine per la riscossione delle sole imposte sui redditi, è stato progressivamente allargato e, secondo l'art. 18 del D.Lgs. n. 46 del 26 febbraio 1999, le disposizioni contenute nel capo II del titolo I dello stesso D.P.R. n. 602/1973 - nel quale rientrano anche quelle relative alla notifica delle cartelle di pagamento - si applicano anche agli altri tributi gestiti dagli uffici del Dipartimento delle Entrate.

Ne deriva che, anche per le cartelle di pagamento, di qualunque natura sia il credito iscritto a ruolo, la notifica a soggetti residenti all'estero va eseguita in Italia presso il domicilio fiscale del contribuente, come individuato dagli art. 58 e 59 del D.P.R. n. 600/1973.

Relativamente ai soggetti residenti all'estero, perciò, il competente concessionario della riscossione, se conosce l'indirizzo del debitore, provvederà, subito dopo aver eseguito la notifica ai sensi dell'art. 60 del D.P.R. n. 600/1973, ad inviargli la relativa comunicazione, con le modalità sopra illustrate a proposito degli atti tributari emanati dagli uffici del Dipartimento.

Altri documenti
Other documents

1A) EUROPEAN COMMUNITY - ECOFIN COUNCIL - SESSION NOVEMBER 29 1999, NO. 13456/99, PRESSE 381, MR. SAULI NIINISTÖ, MINISTER OF FINANCE OF THE REPUBLIC OF FINLAND (EXTRACT)

European Community - Tax provisions - Direct taxation - Approximation of legislation - Income from savings in the form of interest - Taxation of interest and royalties between companies belonging to different Member States - Directive Proposals – Adjournment until the end of the Portuguese Presidency period

Directive Proposals of the Council COM (1998) 295 def. in matter of taxation on income from savings in the form of interests within the Community and COM (1998) 67 def. in matter of taxation of royalties and interests between companies belonging to different Member States contain provisions that are incompatible with the direction of certain member States, especially that of the UK and Luxembourg.

While such clashes are being settled, all decisions concerning the adoption of the above mentioned directives are adjourned until the end of the Portuguese Presidency (end of June 2000) ()*

275

PREPARATION OF THE EUROPEAN COUNCIL IN HELSINKI

- Economic policy coordination

The Council approved the report on "Economic policy coordination: review of instruments and experience in stage 3 of EMU", which will be forwarded to the Helsinki European Council.

The report, drawn up further to the mandate of the Vienna European Council, focuses on four issues:

- the principles of the conduct of economic policy in EMU,
- the experience gained so far, concrete steps to improve the effectiveness of the existing framework, and
- possible ways to enhance the transparency and legitimacy of the process.

The principles of the conduct of economic policy in EMU, as set out in the report, include the principle of subsidiarity, the principle of independence

(and the respect of the responsibilities and obligations of the various policy actors), the principle of an open market economy with free competition, and the principle of close coordination.

Experience in economic policy coordination was gained so far in the following areas: broad economic policy guidelines, sound public finances, budgetary surveillance within the Euro area, enhancing labour markets and employment policies, better functioning of product, services and capital markets, macro-economic dialogue and improving statistics.

The report indicates four steps to reinforce effective policy coordination

- improving the understanding of economic developments and reaching common views,
- making coordination procedures more effective and mutually coherent,
- ensuring full policy implementation through adequate surveillance and firm commitment by the relevant authorities,
- enhancing the work of ECOFIN Council / Euro11 Group and ensuring better coherence with activities of other Councils.

With regard to enhancing transparency and legitimacy of the process, the report stresses that involving parliaments enhances public acceptance and fosters political support for economic policies. Indicating that the European Parliament is already involved in the process of economic policies coordination, the report sets out the possible role of national parliaments in this respect.

276

- Tax package - council conclusions

All Member States agree on the need to conclude on the basis of the report of the Council to the European Council (setting out the state of play on the tax package and identifying the most important unresolved issues with regard to the taxation of savings). The Presidency, in collaboration with the Commission, will continue to work with a view to finding ways of overcoming the main obstacle before or at the Helsinki European Council and hence to allow the Council to come to an agreement on the full tax package.

The main obstacle to agreement concerns the scope of the Directive on savings taxation, notably the issue of international bonds.

Other important unresolved issues set out in the report concern, i.e. the request for the exclusion of investment funds and similar instruments, the administrative burden on paying agents, the geographic coverage: introduction of equivalent measures by certain third countries and in inde-

pendent or associated territories, as well as the question of revenue sharing.

- Reports by the commission on financial management

The Council took note of a presentation by Commissioner SCHREYER both of the Commission's Annual Report on the Fight Against Fraud in 1998 and its Report on the Work of the Personal Representatives Group on Sound Financial Management (SEM 2000).

Commissioner SCHREYER underlined the high priority that her Institution is giving to the fight against fraud and that cooperation with Member States is essential in this area. She also called on Member States to complete the ratification procedures of the 1995 Convention on the protection of the Communities' financial interests. With regard to the Report on sound financial management, Commissioner SCHREYER recalled that the Commission will table a global management reform in spring 2000.

- Excessive deficit procedure: Greece

27

The Council agreed, further to the recommendation by the Commission, on the abrogation of the decision concerning the existence of an excessive deficit in Greece. Formal adoption will take place after finalisation of the text in the Community languages.

The deficit in 1999 is estimated at 1.9% of GDP and, according to the 1998 update of the Greek convergence programme, the general government deficit is expected to decline further to 0.8% of GDP in 2001. Under these circumstances the excessive deficit situation in Greece has been corrected and the 1994 decision is to be abrogated.

It is recalled that in 1994 the Council decided on the existence of an excessive deficit in Greece and addressed a recommendation to this country to bring the excessive deficit situation to an end, recommendation which has been renewed since then every year. Over recent years, Greece has achieved decisive progress as regards the reduction of the deficit, notwithstanding the burden of the stock of debt which remains considerable.

It is to be noted that this abrogation does not prejudice the decision - expected for next year - on the fulfilment by Greece of the necessary conditions for the adoption of the single currency according to article 122/2, as the

Treaty sets out further criteria and conditions which need to be fulfilled by a Member State prior to the adoption of the single currency.

ACTION PLAN FOR FINANCIAL SERVICES - CONCLUSIONS

The Council:

1) takes note of the Commission progress report on the Financial Services Action Plan;

2) welcomes the co-operation between the Commission and the Financial Services Policy Group and invites the Commission to continue to facilitate Council work by presenting concrete policy issues for early discussion in this Group;

3) reiterates its view that rapid and decisive action by all concerned parties is needed to ensure a globally competitive, efficient and stable single market in financial services capable of exploiting the potential for growth and employment;

4) takes note that while satisfactory and visible progress has been made in many areas more effort is needed in others;

5) invites the Commission to regularly reassess the priorities and timetables set out in the Action Plan; and

6) requests the Commission to report to the Council on a semi-annual basis on the progress on development of the single market in Financial Services and on the Action Plan as well as on any need to reassess priorities and timetables set out therein.

278

ANNUAL REPORT OF THE COURT OF AUDITORS CONCERNING THE FINANCIAL YEAR 1998

The Council took note of the presentation by the President of the Court of Auditors, Mr KARLSSON, of the Court's annual report on the implementation of the EU Budget for the financial year 1998.

In his intervention, Mr KARLSSON highlighted four main messages contained in the 1998 report:

- Community policy must be assessable: it is necessary to set measurable policy objectives and evaluate performance against them;
- control systems should be enhanced: the Commission's internal audit function should be developed and Member States should reinforce their control;

- measures should be adopted to allow the recruitment and the allocation of staff according to real needs;
- financial rules must be simplified and stick to sound budgetary and accounting principles.

While pointing out the areas where the implementation of the budget needed to be improved, Mr KARLSSON also indicated those issues on which progress has already been made. In this context, he underlined the importance of the reform of the Financial Regulation which the Commission is currently preparing.

Commissioner SCHREYER emphasised that her Institution was fully committed to provide the necessary follow up to the Court's report, which also implied that Member States adopt better control measures.

Recognising the importance of the report, Member States stressed that concrete measures needed to be taken in order to ensure that the Court's findings were appropriately addressed.

The Council will return to this report in March 2000, in the context of the discharge procedure for the EU Budget.

ITEMS WITHDRAWN FROM THE AGENDA

279

The President noted that the items

- Decision on the system of European Union's Own Resources,
- EIB lending: Renewal of Community guarantee for projects in third countries would be dealt with at a forthcoming session with a view to their adoption.

Over lunch, the Council was debriefed by its President on the discussions of the Euro-11 meeting, held in the morning, dealing with the budgetary situation of Austria and Portugal, the Commission's very positive autumn economic forecasts, as well as wage and cost developments within the Euro zone.

With regard to the customary exchange of views on the world economic situation and monetary developments, the President indicated that:

"The Euro 11 shares the view, established in the recent forecasts, that the European economy is clearly recovering. As a consequence, the euro has potential for appreciation.

This is also firmly based on internal price stability and a sound current account position".

ITEMS APPROVED WITHOUT DEBATE:

A) ECOFIN

Turkey - Community guarantee to EIB special lending facility for reconstruction

The Council adopted a decision granting a Community guarantee to the European Investment Bank against losses under loans for projects for the reconstruction of the earthquake-affected areas of Turkey.

The overall ceiling of the credits under this special lending facility is EUR 600 million.

The lending facility concerns exclusively investment projects carried out for the replacement, rehabilitation or reconstruction of surface and subsurface infrastructure, industrial installations and SMEs as well as urban infrastructure and housing affected by the earthquake of August 1999 in Turkey.

The Community guarantee for this lending facility will take the form of an extension of the global Community guarantee granted to the EIB under the general external lending mandate, on which a new Decision is expected to be adopted shortly. The extension of the guarantee will be restricted to 65% of the aggregate amount of credits opened under this Decision, plus all related sums. For the purposes of lending under this Decision, the EIB shall exceptionally not be obliged to seek non-governmental guarantees to cover commercial risk.

The guarantee shall cover loans signed during a period of 3 years from the date of the adoption of this decision. If, on expiry of those 3 years, the loans signed by the EIB have not attained the overall ceiling of EUR 600 million, this period shall be automatically extended by 6 months.

Business of electronic money institutions - common positions

The Council adopted its common positions on two proposals for Directives of the European Parliament and the Council concerning:

- the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business electronic money institutions;
- the modification of Directive 77/780/EEC relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions - in order to cover electronic money institutions.

The first Directive will introduce a special supervisory regime for issuers of electronic money. This regime is based on the existing prudential supervisory regime applicable to credit institutions, but differs from that in order to respond to the specific risks associated with the issuance of electronic money. The aim is to introduce a technology-neutral legal framework that har-

monises the prudential supervision of electronic money institutions so as to ensure their sound and prudent operation and their financial integrity. At the same time it aims to provide a regulatory framework that enables electronic money to deliver its full potential benefits and that will not hamper technological innovation.

The common position, following the main approach of the Commission proposal, aims at striking a balance between the need to make provision for the financial integrity of electronic money institutions and the protection of consumers as well as the need to ensure that the development of electronic money schemes is not hampered by excessive regulation. A balance in the common position has been achieved by introducing a more restrictive legal framework than that proposed by the Commission on certain issues while introducing a more flexible framework on other points.

For the purposes of this Directive, electronic money can be considered an electronic surrogate for coins and banknotes, which is stored on an electronic device such as a chip card or computer memory and which is generally intended for the purpose of effecting electronic payments of limited amounts.

The approach adopted in the Directive is appropriate to achieve only the essential harmonisation necessary and sufficient to secure the mutual recognition of authorisation and prudential supervision of electronic money institutions, making possible the granting of a single licence recognised - European passport - throughout the Community and designed to ensure bearer confidence and the application of the principle of home Member State prudential supervision.

The second Directive - complementary to the first one - aims at bringing also institutions which limit their activity primarily to the issuance of electronic money within the scope of Directive 77/780/EEC. In this way, any distortion of competition between electronic money issuers traditional credit institutions and institutions with activity limited primarily to the issuance of electronic money - shall be avoided in particular also as regards the application of monetary policy measures.

The Directive defines electronic money institutions as credit institutions submitted to the provisions of the first and second Banking Directives (77/780/EEC and 89/646/EEC) and thereby granting them the "European passport".

Excise duties on mineral oils - special authorisations granted to France, Germany and Italy

The Council adopted three decisions authorising respectively France, Germany and Italy to apply, or continue to apply reductions in, or exemptions

from, excise duties on certain mineral oils for specific purposes, in accordance with the procedure provided for in Article 8(4) of Directive 92/81/EEC on the harmonisation of the structures of excise duties on mineral oils.

According to that Article, reductions or exemptions from the general excise duties can be granted on the basis of environmental or social policy grounds, provided that they will not give rise to distortion of competition or hinder the operation of the internal market.

More specifically, the Council authorised

- France to apply, from 1 January 2000 to 31 December 2000, a differentiated rate of excise duty to premium-grade unleaded petrol containing a potassium-based additive to improve resistance to valve-burn out (or any other additive of equivalent effect).

- Germany to apply, from 1 April 1999 until 31 December 1999, a differentiated rate of excise duty to heating fuel used by manufacturing industries.

- Italy to apply, from 1 January 1999 until 31 December 1999, in certain particularly disadvantaged geographical areas reduced rates of excise duty on heating gas oil and LPG used for heating and distributed through networks of such areas.

Review of the Fight Against Fraud - Draft Presidency report to the European Council in Helsinki

282

The European Council decided at its meeting in Vienna that it would in Helsinki review the fight against fraud issue. The Presidency notes that, since the European Council met in Vienna, much progress has been made in the fight against fraud. The entry into force of the Amsterdam Treaty, notably of its article 280, has given the Community new legislative competencies for the protection of its financial interests and laid more precise obligations on all competent authorities in the Member States and on the Commission to cooperate, with a view to affording effective and equivalent protection in the Member States. The setting up of the European Office for the Fight Against Fraud (OLAF) has also been a major step forward. However, the Presidency considers, after taking note, amongst other elements, of the Second Report of the Committee of the Independent Experts and the latest report of the European Court of Auditors, that further progress should be made.

B) TRADE

Anti-dumping measures on certain microdisks

The Council adopted amendments to

- Regulations (EEC) N° 2861/93, (EC) N° 2199/94, (EC) N° 663/96 and

(EC) N° 1821/98 concerning the imposition of definitive anti-dumping duties on imports of certain magnetic disks (3,5" microdisks) originating in Japan, Taiwan, the People's Republic of China, Hong Kong, the Republic of Korea, Malaysia, Mexico, the United States of America and Indonesia, and

- Regulation (EC) N° 1335/1999 reimposing a definitive anti-dumping duty on imports of certain magnetic disks (3,5" microdisks) originating in Indonesia and produced and sold for export to the Community by PT Betadiskindo Binatama.

This regulation, recognising that a clear dividing line in terms of physical and technical characteristics exists between conventional 3,5" microdisks and high-capacity microdisks (based on optically continuous servo tracking technology or magnetic sector servo tracking technology with a storage capacity of 120 MB or more) provides for the exemption of the latter from the definitive anti-dumping duty imposed on conventional - 3,5" microdisks - by the regulations mentioned above.

C) ECSC

Steel products / EU- Kazakhstan

The Council gave its assent pursuant to Article 95 of the ECSC Treaty to
- the draft Commission decision on the conclusion of agreement between the ECSC and Kazakhstan on trade in certain steel products initialled in Brussels on 19 July 1999;

- the draft Commission Decision on administering certain restrictions on imports of certain steel products from Kazakhstan.

The Council adopted a Decision on the conclusion of the Agreement, in the form of an exchange of letters, between the EC and the Republic of Kazakhstan establishing a double-checking system, without quantitative limits, in respect of the export of certain steel products covered by the EC and ECSC Treaties from the Republic of Kazakhstan to the EC. This exchange of letter was initialled in Brussels on 19 July together with the Agreement on trade in certain steel products.

(*) The European Community tax policy, developed by the "co-ordination" model of internal tax systems, had an unequivocal stop by the European Council Meeting of ECOFIN of 19 November 1999. The path of the two Proposal of Directive, on the matter of taxation of savings income of individuals [Proposal for Council Directive to ensure a minimum of effective taxation of savings income in the form of interest payments within the Community;

COM(1998) 295 final; OJ C 212 of 8 July 1998, p. 13] and of taxation of interest and royalties between associated companies [Proposal for a Council Directive on a common system of taxation applicable to interest and royalties payments made between associated companies of different Member States; COM(1998) 67 final; OJ C 212 of 8 July 1998, p. 6], is strongly hampered by the resistance and by the cross vetoes of the Member States both about the method for the elimination of the juridical double taxation and for the territorial and objective scope of application of the Directives. These problems refer especially to the Directive on the taxation of savings income of individuals but involves, even if indirectly, also the last Directive. Some States, among which Italy, condition, in fact, the possibility to adopt the Directive on taxation of savings income to the contemporary adoption of the Directive relative to companies.

It is well known that the two Proposal of Directive represent, together with the Code of Conduct, the core of the so-called "Monti package" presented at the ECOFIN Meeting of 1 December 1997 [OF C 2 of 6 January 1998, p. 2]. In very synthetic terms, and without having to deepen the single norms, the first Proposal of Directive introduces two alternative methods – a compromise solution among Member States – in order to foster the elimination of double taxation on the payments of intra-Community interest (art. 2 of the Directive). On one side, the "transmission of information" by the Source State to the State of residence for tax purposes of the beneficial owner (art. 3) of the payment; on the other, the application of a withholding tax at a minimum rate of 20 per cent by the paying agent.

284

Article 6 of the Directive determines the territorial scope of application forwarding to the definition contained in Article 299 [art. 227] of the EC Treaty. This Article extends the effects of the Community normative acts to the French overseas departments - Azores, Madeira and the Canary Islands - and to the Swedish Islands Åland. Excluded are the overseas countries and territories, listed in Annex II of the Treaty, object of special arrangements for association, overseas countries and territories which have special relations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, as well as Faer Ør Islands, Cyprus and the Channel Islands and the Isle of Man.

Lastly, the Directive on taxation of income savings extends *ratione materiae* also to interest paid on the so-called "eurobonds", category of financial instruments negotiated (almost) exclusively on the London stock exchange.

During the Helsinki ECOFIN here commented on (but already during a Seminar hold at the University of Graz on 23-24 September 1999 P. Farmer - executive of the Directorate-General XXI of the EC Commission - anticipated the reasons of the dispute) the principal motives of the dissension came out, i.e. the possibility to consider the "eurobonds" and, indirectly, the application of the "transmission of information". The UK Government, in fact,

is really determined to exclude the above cited instruments from the common regime of taxation; on the other side, the Luxembourg Government finds itself between the alternatives of exchange of information or withholding tax that would have, in both cases, the immediate effect of loosing capitals - principal source of the Luxembourg economy - to other "financial centres". Added should be the requests to exclude from the Directive income distributed by undertakings for collective investments (and similar instruments) and to extend it to the British Isles. Recently, to conclude, the Chancellor of the Exchequer, Sir Gordon Brown, expressed the intention of the British Government to adopt unilaterally and uniformly the method of exchange of information to interest paid by a paying agent resident for tax purposes in the UK giving another heavy knock to the possibilities of the Directive (the document would be object of comments in the near future).

In the timetable of the Community the adoption of the Directive on the taxation of income savings and interest and royalties has been adjourned until the end of the Portuguese Presidency (June 2000). The enforcement of a common system of taxation of income capital within the Community should probably be very different from the context of the above mentioned Directives.

Gianluigi Bizioli

Translated and edited by the author

285

1B) COMUNITÀ EUROPEA - CONSIGLIO ECOFIN - SESSIONE DEL 29 NOVEMBRE 1999, N. 13456/99, PRESSE 381, PRESIDENTE SIG. SAULI NIINISTÖ, MINISTRO DELLE FINANZE DELLA REPUBBLICA DI FINLANDIA (STRALCIO).

Comunità europea - Disposizioni fiscali - Imposizione diretta - Ravvicinamento delle legislazioni - Redditi da risparmio sotto forma di interessi - Tassazione di interessi e royalties fra società appartenenti a diversi Stati membri - Proposte di direttiva - Aggiornamento dei lavori al termine del periodo di presidenza portoghese

Le proposte di direttiva del Consiglio COM (1998) 295 def. in materia di imposizione sui redditi da risparmio sotto forma di interessi all'interno della Comunità e COM (1998) 67 def. in materia di tassazione di interessi e royalties fra società appartenenti a Stati membri differenti contengono previsioni incompatibili con gli orientamenti di alcuni Stati membri, specialmente Gran Bretagna e Lussemburgo.

Nell'attesa di dirimere tali contrasti, ogni decisione concernente l'adozione delle citate direttive viene aggiornata alla conclusione della Presidenza portoghese (fine giugno 2000). ()*

(*) La politica fiscale della Comunità Europea, affidata al modello di "coordinamento" dei sistemi fiscali nazionali, ha subito una inequivocabile battuta d'arresto nel Consiglio Europeo ECOFIN del 19 novembre 1999. Il cammino delle due proposte di direttiva, in materia di tassazione del risparmio per le persone fisiche [Proposta di direttiva del Consiglio intesa a garantire un'imposizione minima effettiva sui redditi da risparmio sotto forma di interessi all'interno della Comunità; COM(1998) 295 def.; in GUCE C 212 del 8 luglio 1998, p. 13] e di tassazione di interessi e royalties fra società appartenenti a due Stati membri differenti [Proposta di direttiva del Consiglio concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di diritti fra società consociate di Stati membri diversi; COM (1998) 67 def.; in GUCE C 212 del 8 luglio 1998, p. 6], è fortemente ostacolato dalle resistenze e dai veti incrociati degli Stati membri sia in relazione al metodo per la eliminazione della doppia imposizione giuridica sia per l'ambito territoriale ed oggettivo di applicazione delle direttive. Questi problemi si riferiscono in massima parte alla direttiva sulla tassazione del risparmio delle persone fisiche ma investono, seppur indirettamente, anche la seconda direttiva. Alcuni Stati, tra cui l'Italia, subordinano, infatti, la possibilità di adottare la direttiva sulla tassazione del risparmio alla contemporanea adozione delle direttiva inerente alle società.

286

È ben noto che le due proposte di direttiva costituiscono, assieme al Codice di condotta, il nucleo centrale del c.d. "pacchetto Monti" presentato al Consiglio ECOFIN del 1 dicembre 1997 [GUCE C 2 del 6 gennaio 1998, p. 2]. In estrema sintesi, e senza dover approfondire in dettaglio le singole previsioni normative, la prima proposta di direttiva introduce due metodi alternativi – frutto del compromesso tra gli Stati membri – al fine di favorire la eliminazione della doppia imposizione al pagamento di interessi transfrontalieri (art. 2 delle direttiva). Da un lato, il "sistema della comunicazione di informazioni" da parte dello Stato della fonte del reddito al Paese membro ove il beneficiario effettivo (art. 3) ha il proprio "domicilio fiscale"; dall'altro, l'applicazione di una ritenuta alla fonte in misura non superiore al 20 per cento da parte dello Stato membro "dell'agente pagatore".

Ai sensi dell'art. 6 della direttiva l'ambito territoriale di applicazione è individuato nella definizione proposta dall'art. 299 [art. 227] del Trattato CE. Questo articolo estende l'efficacia degli atti normativi comunitari ai dipartimenti francesi d'oltremare – Azzorre, Madera e le isole Canarie – ed alle isole svedesi dello Åland. Restano esclusi i paesi e territori d'oltremare, individuati nell'allegato II al Trattato, oggetto del regime di associazione, i paesi e

territori d'oltremare che mantengono relazioni particolari con il Regno di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, nonché le isole Faer Ør, Cipro e le isole Normanne e l'isola di Man.

Da ultimo, la direttiva sulla tassazione del risparmio si estende *ratione materiae* anche agli interessi pagati sui c.d. "eurobonds", categoria di strumenti finanziari diffusa e trattata (quasi) esclusivamente sul mercato londinese.

Come è emerso dalla riunione oggetto di commento (ma già durante un Seminario di studio tenutosi alla Università di Graz il 23-24 settembre 1999 P. Farmer – funzionario della Direzione Generale XXI della Commissione Europea – aveva anticipato le ragioni dello scontro), i principali motivi di dissidio sono connessi alla possibilità di ricomprendere nella direttiva gli "eurobonds" e, mediatamente, l'applicazione del metodo della "comunicazione di informazioni". Il Governo britannico, infatti, è determinato nella volontà di escludere i summenzionati strumenti finanziari dal comune regime di imposizione; dall'altro lato, il Governo lussemburghese si trova stretto nell'alternativa scambio di informazioni / applicazione di una ritenuta minima che avrebbe, in ogni caso, quale effetto immediato la fuga di capitali – fonte principale dell'economia del piccolo Stato europeo – verso altri "paradisi finanziari". A questo si aggiungano le richieste di esclusione dei fondi d'investimento (e degli strumenti analoghi) dalla direttiva e di estenderne l'applicazione alle c.d. isole del canale britanniche. Recentemente, per concludere, il Cancelliere dello scacchiere, Sir Gordon Brown, ha manifestato la volontà del Governo del Regno Unito di adottare unilateralmente ed uniformemente il metodo dello scambio di informazioni per le fattispecie degli interessi corrisposti da soggetti residenti in territorio britannico assestando un ulteriore duro colpo alla possibilità di adozione della direttiva (il documento sarà oggetto di un prossimo commento).

287

Nella agenda dei lavori della Commissione l'adozione delle direttive sulla tassazione del risparmio e di interessi e royalties è stata aggiornata alla conclusione della Presidenza portoghese (fine giugno 2000). È oltremodo evidente che, allo stato attuale, enormi sono le difficoltà preposte alla loro adozione per l'irrigidimento della posizione degli Stati membri. È quindi probabile che l'adozione di un sistema comune di tassazione degli interessi nella Comunità Europea non presenti forma e sostanza delineate nelle succitate proposte di direttiva.

Gianluigi Bizioli

2A) EUROPEAN COMMUNITY - EC COMMISSION - REPORTS OF THE EC COMMISSION TO COUNCIL AND EUROPEAN PARLIAMENT ON VAT CONTROL AND ADMINISTRATIVE CO-OPERATION IN THE FIELD OF INDIRECT TAXES - THIRD REPORT EX ART. 14 REG. N. 218/92/CEE - FOURTH REPORT EX ART. 12 REG. N. 1553/89/CEE-EU-RATOM - ADMINISTRATIVE CO-OPERATION AND MUTUAL ASSISTANCE AMONG MEMBER-STATES - NEED FOR IMPLEMENTATION - IMPORTANCE OF VAT CONTROLS

The third report based on Article 14 of the EEC Regulation n. 218/92 and the fourth report based on Article 12 of the EEC Regulation n. 1553/89 have focused the attention of the EC Council and Parliament on the necessity to give effective application to the administrative co-operation and to the assistance in the field of indirect taxes, granting a leading role to VAT control within the Community. ()*

(*) THE THIRD REPORT BASED ON ARTICLE 14 OF EEC REGULATION N. 218/92 DESCRIBES THE WORKING OF THE ADMINISTRATIVE CO-OPERATION IN THE FIELD OF INDIRECT TAXES, IN PARTICULAR THE VALUE ADDED TAX (VAT), AND THE STRUCTURE OF THE TYPES OF CONTROL. THE TEXT OF THE ABOVE MENTIONED DOCUMENT IS SUMMARISED IN THE FOLLOWING NOTES.

The transitional regime of VAT, providing for a regime of exemption from tax in the Member State of origin for intra-community supplies of goods, makes the VAT system of community Countries prone to fraud and, as goods can circulate tax-free, allows the proliferation of a wide fraudulent activity that, generally speaking, the Member States are not able to contrast effectively.

The examination by the Commission of Member States' control efficiency in respect of the transitional system revealed certain lacunae. In many cases VAT control, hampered by a range of organisational and administrative problems, is essentially based on national objectives, therefore, outside a minimal intra-Community perspective, and, national tax administrations, though with strong control powers, lack a general objective and a real project with well planned strategies (it is unclear what actually drives tax control and especially VAT control).

It is therefore evident that the Community has created a system that, if on one hand had allowed the introduction and functioning of a single market, on the other had not resulted in any substantial changes in the national VAT control methodology nor in the allocation of sufficient resources to the growing control task. Inevitable consequence is that, as underlined by the Court of Auditors, there exists a single market for fraud but not for law enforcement, causing considerable overall losses of VAT revenue, both internal and intra-Community.

Furthermore, the imperfect functioning of the complicated device of VAT control within the Community is a result of the overall function and structure of national control systems. Even though Member States have strong control

powers, they lack in many cases control strategies with clear objectives and control plans resulting in a confused picture of Member States' VAT control. The low priority given to the control of intra-Community trade is significant and it seems that purely national priorities take precedence, as it is significant to note the small amount of resources that are devoted to tax control by Member States in general, and especially to VAT control, (only about 8% of tax administrations' staff are engaged in on-the-spot controls).

Control is an enormous task (24 million are the taxable persons in the Community which provide around 100 million statements that they will take, at the present pace, about 40 years to control), and, because of the limited human resources and the impossibility to control all the traders, the choice of control methodology is very important. In this context, few Member States have unfortunately adopted risk analysis. Due to their organisational structure, internal administrative structure, technical facilities and sometimes legal obstacles, many Community countries will not be able to operate risk analysis systems within the short or medium term as it will not be possible to establish the necessary infrastructure, with the result that many of them will still have to control the VAT system in a conventional manner, which demands an increase in resources.

The development, besides, in the field of new electronic technology, where traders will use electronic invoicing and self-billing on a daily basis will put specific demands on Member States' tax control systems. The new technology, already working, finds national tax administrations very badly prepared to meet the new environment; in fact, currently, only 3% of the auditors are skilled in computer auditing which would provide a possibility for administrations to increase control efficiency and to lower control costs.

As for the data, which form an input into Member States' methodology to control VAT on intra-Community transactions, and provided by the VAT Information Exchange System (VIES), which is a common computer network, are dependent on declarations from traders carrying out exempt intra-Community operations (so they are potentially incorrect), they only relate to intra-Community supplies of goods, and therefore do not cover the supplies of services (particularly those services provided in accordance with Article 9(2)(e) of the 6th VAT Directive), and lastly, VIES data is historical, with the result that in the period between their transmission and the date of the transaction, the trader may already have disappeared, with the consequent loss of VAT revenue.

The net system for the exchange of information between Member States at secure conditions, known as Fiscal SCENT, created as an addition to the VIES, has been used in a disappointing way, because of, according to what has been reported by the national administration, the lack of a clear legal basis for providing information spontaneously in respect of cases of suspected fraud.

Another big lack is about special schemes in respect of the taxation of new means of transport, distance sales and sales to non-taxable legal entities. These special schemes need, because of their peculiarity, special control, which is not yet put into effect because they are too complicated and therefore require control resources that cannot be mobilised (a consequence is an increase of a fraudulent activity connected, mostly, to the special scheme for sales of new means of transport, for which the control is particularly difficult as VAT rules can depart from normal commercial transactions).

As the primary function of VAT control is to assure that VAT revenue flows into national Treasuries and VAT is a self-assessment tax, it is obvious that adequate control is required to ensure that taxable persons make the right payment at the correct time. From a Community budget perspective, one element of a Member State's contribution is based on a percentage of VAT actually collected (called the VAT resource), thus the uneven existence of a black economy as between Member States creates a certain inequity as regards each Member State's contribution to the Community budget. From a single market perspective, the existence of this economy creates unacceptable distortions of competition between legitimate traders and those operating illegally.

The transitional VAT system, that creates the described situation, makes therefore necessary to establish cross-border control functions as the function of administrative cooperation and mutual assistance between Member States, which represent a core part of the control arrangements of intra-Community trade and a prerequisite for their operating.

To properly control that a trader has made an exempt intra-Community supply, it is necessary to first have information that the goods were supplied to a taxable person in another Member State. The *prima facie* evidence for that is an entry on the recapitulative statement, but this is not a prerequisite for exempting (see Chapter 2), so, without administrative cooperation, the tax administration controlling the business can only have an incomplete framework of its traders, and can only concentrate on formal details supplied, without proper means of cross-checking the veracity of the transactions.

Efficiency and good use of administrative cooperation and mutual assistance tools by Member States is a key point for the Commission in the VAT field. This should contribute to the fight against fraud and tax evasion, which also creates distortions of competition in the single market.

As Member States' tax administration are still, generally speaking, unwilling (or unable) to provide details of additional tax discovered as a result of the information exchanged over the VIES, the Commission can only evaluate the Member States' exploitation of the administrative cooperation framework by examining their use of its key elements which consist of requests made under Article 5 of the Regulation or Article 2 of the Directive (the Reg-

ulation through which the mechanism of administrative cooperation has been created supplementing Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct and indirect taxation), and enquiries made under Articles 4(2) and 4(3) of the Regulation.

According to collected data, there is a reduced use of the possibility to request information in accordance with Article 5 of Regulation (EEC) No 218/92 and Article 2 of Directive 77/799/EEC, fact chiefly imputable, according to the Commission, to the perception of controllers that if a request is made to another Member State, a reply will not be received in sufficient time to be of use in solving a case.

The Commission, then, is still not convinced that, despite certain recent improvements, national administrations do not make all they could to improve the efficiency of CLOs (Central Liaison Offices) with the delicate task to manage the flow of cooperation and assistance between Member States; to monitor the quality and pertinence of requests for assistance and of the responses to them and to supervise the respect of deadlines, thus acting as the normal channel of communication between competent authorities in the VAT field.

The differences between Member States in the organisation and staffing levels of CLOs and the service provided to CLOs by outfield staff has led to a variation in the level of service they are able to provide which can create difficulties for the smooth operation of administrative cooperation (there are strong indications that, rather than acting as a conduit, some CLOs appear to be causing bottlenecks in communication). Therefore, the Commission, in its report, underlines that the role of the CLO should be further reinforced, even considering the opportunity to associate the work of the CLOs and that of specialised anti-fraud units more closely.

Besides, the Commission is concerned about the high levels of VAT fraud evidenced by the work of the Anti-Fraud Sub-Committee (AFSC) of the Standing Committee on Administrative Cooperation in the field of Indirect Taxation (SCAC), being convinced that Member States are not taking all steps necessary to combat this fraud. In this context, intelligence and investigation units, and also specialised anti-fraud units, significantly contribute to the fight against fraud, however, their role in the control system is not clearly defined nor are their links with the objectives of the control.

At a Community level, the apparent reluctance of Member States to contribute actively to the work of the SCAF (being either directly as a result of the silent acceptance of the black economy or by not ensuring that delegates to the Committee are given sufficient power to commit national administrations to courses of action) leaves the Commission sceptical regarding their commitment to fight VAT fraud, insinuating the doubt that Member States are

only paying lip service to the principle of the exchange of information to help detect fraud.

About the different level of integration between tax administrations, they play an important role in the efficiency of tax control and thus in the ability to fulfil Community requirements concerning administrative co-operation. Where internal barriers exist, and it is mainly in poorly-integrated Member States, they hamper the proper control of the VAT system of which administrative co-operation between Member States is an essential part.

The current Community legislation on administrative co-operation and mutual assistance in the field of VAT, unlike in the Customs area, is found in two different legal instruments: the Directive 77/799/EEC and the Regulation (EEC) No 218/92. The view of the Commission is that it is necessary to introduce some supplementary rules with the aim of strengthening cooperation both among the administrative authorities of the Member States and that therefore it is essential to amend the Regulation (EEC) No 218/92. Such new Regulation should essentially: a) specify the different kinds of information which may be requested and clarify the action which is needed to comply with the request for each category; b) ensure the availability on a central level within Member States and the quick exchange of basic information; c) ensure a widespread spontaneous exchange of information to facilitate detection and combating of fraud; d) create a clear legal base for co-ordination and technical assistance from the Commission services as well as for co-operation with third countries; e) offer more possibilities for direct contacts between anti-fraud units and between controllers in different Member States and for the presence of officials of the tax administration of one Member State to participate in controls in the other Member States.

292

As far as VAT is concerned, it is therefore plain that the single market does not exist in practice, as there are still 15 separate tax areas where national administrations are responsible for the control of traders to whom they have issued VAT identification numbers. So while businesses look at the opportunities provided by the single market as a whole in terms of free movement of goods, a single business trading in all Member States has to deal with 15 different tax administrations and live with the differences of interpretation of and application of the Sixth VAT Directive.

The third report based on article 14 of the Council Regulation (EEC) no 218/92 ends, therefore, with the listing of some recommendations: 1) the Member States, together with the Commission, should urgently consider the adoption of a common anti-fraud policy to combat the frauds in the current VAT system, which puts the proper functioning of legitimate trade in the single market at risk; 2) Member States should urgently consider a total reappraisal of their VAT control policy. Such a reappraisal should include an examination of overall control policy; the developing and implementing of a control strategy with clear control objectives and an appropriate organisational

structure without any internal barriers. Member States should also develop a control methodology based on risk assessment and pave the way for such selection methodology. The Commission and the Member States together will have to consider whether a total overhaul of the declaration and payment system will be necessary in order to make it possible for Member States to release resources for the most urgent on the spot controls. Member States should review the effectiveness of their VAT control effort to ensure that the lack of control does not create distortions of competition between traders who comply voluntarily with their obligations and non-compliant traders; 3) the Commission, together with the Member States, should *inter alia* consider community criteria for risk assessment systems; 4) Member States must reflect on more efficient follow-up and analysis of the frauds they detect. For its part, the Commission will have to consider how best use could be made of such information at Community level. Member States must consider how such information could be collected rapidly and how it should be distributed internally. The Commission will have to consider if this distribution of information should be extended to intra-Community level; 5) Member States are urged to consider a comprehensive overhaul of their systems and procedures for administrative cooperation and mutual assistance in the field of VAT in the light of its current shortcomings and to consider how to achieve its optional functioning, including the organisation of their CLOs; the allocation of resources and the removal of all internal barriers, legal as well as administrative which have any impact on a proper functioning of exchange of information. The Member States must make better and more intensive use of these instruments in order to have the same level of cooperation with other Member States as between two different local departments in their own country. The Commission therefore recommends that each local office should have at least one official whose priority work is dealing with requests received from other Member States. This official should not have the normal target criteria of additional tax discovered applied to him; instead, these criteria should be evaluated on the basis of the proportion of requests he has dealt with in the shortest possible time; 6) the Commission will soon make a proposal to amend the current Regulation in order to improve the operation of administrative co-operation and mutual assistance in the VAT field and to tackle other barriers to the exchange of information; 7) Member States should recognise the challenge of new technology and devote resources for this purpose, including the training of computer auditors; the allocation of the necessary technical and legal infrastructure, and training of officials to raise the general awareness in this field. The Commission will have to consider the legal framework in this area.

Gianluigi Bizioli

Translated and edited by the author

2B) COMUNITÀ EUROPEA - COMMISSIONE EUROPEA - RELAZIONI DELLA COMMISSIONE AL CONSIGLIO E AL PARLAMENTO EUROPEO IN TEMA DI CONTROLLO IVA E DI COOPERAZIONE AMMINISTRATIVA NEL SETTORE DELLE IMPOSTE DIRETTE - TERZA RELAZIONE EX ART. 14 REG. N. 218/92/CEE - QUARTA RELAZIONE EX ART. 12 REG. N. 1553/89/CEE-EURATOM - COOPERAZIONE AMMINISTRATIVA ED ASSISTENZA RECIPROCA DEGLI STATI MEMBRI - NECESSITÀ DI CONCRETA ATTUAZIONE - CENTRALITÀ DEI CONTROLLI IVA

La terza relazione ex art. 14 del regolamento (CEE) n. 218/92 e la quarta relazione ex art. 12 del regolamento (CEE, EURATOM) n. 1553/89 riportano all'attenzione del Consiglio e del Parlamento europeo la necessità di dare concreta attuazione alla cooperazione amministrativa e all'assistenza reciproca nel campo delle imposte dirette, conferendo così un ruolo di centralità al controllo IVA all'interno della Comunità. ()*

(*) LA TERZA RELAZIONE EX ART. 14 DEL REGOLAMENTO (CEE) N. 218/92 DESCRIVE IL FUNZIONAMENTO DELLA COOPERAZIONE AMMINISTRATIVA NEL SETTORE DELLE IMPOSTE INDIRETTE, IN PARTICOLARE DELL'IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO (IVA), E LA STRUTTURA DELLE RELATIVE MODALITÀ DI CONTROLLO. IL TESTO DEL SUDDETTO DOCUMENTO È SINTETIZZATO NELLE NOTE CHE SEGUONO.

294

Il regime transitorio IVA, prevedendo per le forniture intracomunitarie di beni un regime di esenzione dalla imposizione nello Stato membro d'origine degli stessi, espone i Paesi comunitari a un forte rischio di frodi e, posto che i beni possono circolare esenti da imposta, consente il proliferare di una vasta attività fraudolenta che, nel complesso, gli Stati membri non sono attualmente in grado di contrastare efficacemente.

Dall'esame, ad opera della Commissione, dell'efficienza delle procedure di controllo attuate dai vari Paesi della Comunità rispetto al regime transitorio, sono emerse alcune carenze. In molti casi i controlli sull'IVA, ostacolati da una serie di problemi di natura organizzativa e amministrativa, si basano essenzialmente su obiettivi di ordine nazionale, al di fuori, dunque, di una minima prospettiva comunitaria, e le amministrazioni fiscali nazionali pur disponendo, normalmente, di poteri di controllo piuttosto incisivi hanno un obiettivo territorialmente delimitato al quale applicarli, né possiedono dei veri piani con strategie ben definite (non è chiaro, infatti, quale sia il vero motore dei controlli fiscali e in particolare di quelli IVA).

È perciò evidente come la Comunità abbia dato attuazione ad un regime impositivo che, se da un lato aveva quale obiettivo l'instaurazione di un mercato unico alla circolazione di beni e servizi, dall'altro non ha apportato "sostanziali" mutamenti nella metodologia di controllo dell'IVA, né ha previsto un livello di risorse adeguato a far fronte alle crescenti esigenze di controllo. Inevitabile conseguenza è che, come sottolineato dalla Corte dei con-

ti della CE nella relazione del 1998, esiste un mercato unico per la frode ma non per l'applicazione della legge, provocando perdite complessive di gettito IVA di considerevole entità sia a livello interno che comunitario.

Il funzionamento imperfetto del macchinoso apparato di controllo dell'IVA nella Comunità è peraltro il risultato della struttura e delle funzioni dei sistemi nazionali nel loro complesso. Gli Stati membri, infatti, anche laddove dispongono di forti poteri di controllo, spesso non hanno corrispondenti strategie con piani organici e obiettivi chiari, cosicché la loro attività arriva ad assumere connotati confusi. Significativa è anche la scarsa priorità accordata al controllo degli scambi intracomunitari, a vantaggio del dato raccolto sul piano nazionale, così come l'inadeguata entità delle risorse destinate in assoluto dagli Stati membri ai controlli fiscali, ed in particolare a quelli riferiti all'IVA (solo l'8% circa del personale delle amministrazioni è impegnato in media nei controlli in loco).

Quello del controllo è un compito di enormi proporzioni (24 milioni sono i soggetti passivi della Comunità che danno luogo a 100 milioni di dichiarazioni IVA all'anno esaminabili agli attuali ritmi in più o meno 40 anni), e, vista l'esiguità delle risorse umane disponibili quanto l'impossibilità di attuare una verifica su tutti gli operatori, un ruolo di grande rilievo viene ad assumere la metodologia di controllo. A tale proposito, sono purtroppo pochi gli Stati membri che fanno uso dell'analisi del rischio. A causa del loro assetto organizzativo, della struttura amministrativa interna, delle attrezzature tecniche disponibili e, talvolta, degli ostacoli di natura giuridica, molti Paesi della Comunità non saranno in grado nel breve o medio termine, di utilizzare sistemi di analisi del rischio per l'impossibilità di attivare le necessarie infrastrutture, con il risultato che molti di essi dovranno continuare ad effettuare o controlli sul regime IVA secondo modalità convenzionali, che implicano il coinvolgimento di maggiori risorse.

295

L'evoluzione, inoltre, della tecnologia elettronica, che consentirà in futuro agli operatori di usare sistemi elettronici di fatturazione e autofatturazione come fatto di ordinaria amministrazione, è destinata a porre il meccanismo di controllo fiscale degli Stati membri dinanzi a problemi specifici. La nuova tecnologia, già operativa, vede le amministrazioni fiscali nazionali molto in ritardo nel processo di adeguamento al nuovo contesto. Attualmente solo il 3% degli addetti ai controlli è in grado di avvalersi di tecniche informatizzate che consentirebbero alle amministrazioni di conseguire una maggiore efficienza e un notevole abbassamento dei costi.

Per quanto concerne i dati alla base dell'attuale metodo di controllo dell'IVA sulle transazioni intracomunitarie adottato dagli Stati membri, e resi disponibili attraverso una rete informativa comune (il VIES), essi sono condizionati alle dichiarazioni dei soggetti che effettuano operazioni intracomunitarie esenti (e pertanto sono potenzialmente inaffidabili), si riferiscono sol-

tanto alle cessioni intracomunitarie di beni e non anche alle prestazioni di servizi (in particolare non riguardano i servizi prestati in conformità dell'art. 9, par. 2, lett. e) della Sesta direttiva), ed infine, i dati VIES sono dati storici, con la conseguenza che nel periodo intercorrente tra la loro trasmissione e la data della transazione, il soggetto passivo potrebbe dileguarsi procurando una perdita dell'entrata IVA.

La rete informatica per lo scambio di informazioni tra Stati membri in regime di sicurezza, nota come SCENT fiscale, creata nel 1993 per integrare il sistema VIES, è stata utilizzata dagli Stati membri in modo deludente a causa, in base a quanto affermano le amministrazioni nazionali, della mancanza di una chiara base giuridica a cui fare riferimento per fornire spontaneamente informazioni su casi di sospetto di frode.

Altra grave lacuna si rileva in tema di regimi particolari, istituiti per la tassazione dei mezzi di trasporto nuovi, delle vendite a distanza e delle vendite ad soggetti che non sono soggetti passivi. Detti regimi necessitano, proprio in ragione della loro peculiarità, di controlli particolari, a cui tuttavia non viene dato seguito a causa della loro complessità e degli elevati costi che essi comporterebbero (da qui un aumento dell'attività fraudolenta legata soprattutto al regime particolare per le vendite dei mezzi di trasporto nuovi, per cui i controlli sono particolarmente difficoltosi in quanto le norme sull'IVA possono essere lontane dalla normale prassi commerciale).

Poiché la funzione primaria del controllo dell'IVA è assicurare che il relativo gettito affluisca nelle casse dell'Erario, e essendo l'IVA un'imposta ad autoliquidazione, è evidente che occorrono controlli adeguati per accertare che il soggetto passivo versi l'importo esatto alle giuste scadenze. Dal punto di vista del bilancio comunitario, l'apporto del singolo Stato membro è costituito in parte da una percentuale dell'IVA effettivamente riscossa dallo stesso (denominata "risorsa IVA"). Ne consegue che l'esistenza di una economia sommersa a livelli variabili da uno Stato membro all'altro viene a creare una situazione di sperequazione relativa agli apporti al bilancio comunitario. Nell'ottica del mercato unico, tale economia crea distorsioni della concorrenza inaccettabili per gli operatori in regola rispetto a quelli che agiscono nell'illegalità.

Il regime transitorio, da cui la situazione descritta trae origine, rende dunque necessaria la creazione di funzioni di controllo transnazionale, quali la cooperazione amministrativa e la reciproca assistenza tra Stati membri, che rappresentano il fulcro del regime di controllo degli operatori che effettuano scambi intracomunitari ed il requisito essenziale per il suo buon funzionamento.

Per poter verificare che un operatore abbia eseguito una fornitura intracomunitaria esente, è dunque necessario disporre dell'informazione che i beni in questione siano stati forniti ad un soggetto passivo situato in un altro

Paese della Comunità. In prima battuta, la prova è costituita dalla presenza della transazione nell'elenco riepilogativo, ma ciò non costituendo presupposto di esenzione, in assenza di una cooperazione a livello amministrativo, l'autorità fiscale preposta al controllo può avere solo un quadro incompleto dell'attività dei suoi operatori e può solamente basarsi su dati formali presentati, senza mezzi adeguati di controllo incrociato per verificare la veridicità delle transazioni.

L'uso corretto ed efficiente degli strumenti di cooperazione amministrativa e di assistenza reciproca da parte degli Stati membri è, a parere della Commissione, un punto chiave nel campo dell'IVA e può contribuire alla lotta contro la frode e l'evasione fiscale che creano distorsioni della concorrenza nel mercato interno.

Poiché, in linea generale, le amministrazioni non sono tuttora disposte a fornire dati sulla maggiore imposizione individuata grazie alle informazioni scambiate tramite il VIES (o non sono in grado di farlo), l'unico modo per la Commissione di valutare in che misura gli Stati membri utilizzino il dispositivo di cooperazione amministrativa è analizzare l'uso che essi fanno degli elementi fondamentali di tale cooperazione, quali le richieste presentate ai sensi dell'art. 5 del regolamento n. 218/92 (regolamento attraverso cui è stato posto in essere il meccanismo della cooperazione amministrativa, ad integrazione della direttiva relativa alla reciproca assistenza tra autorità competenti nel settore delle imposte indirette) o dell'art. 2 della direttiva 77/799/CEE, nonché le richieste d'informazioni ai sensi dell'art. 4, par. 2 e 3, del regolamento.

297

In base ai dati raccolti, si evidenzia un ridotto ricorso alla possibilità di domandare informazioni ai sensi dell'art. 5 del regolamento (CEE) n. 218/92 e dell'art. 2 della direttiva 77/799/CEE, fatto imputabile principalmente, secondo la Commissione, alla percezione, da parte dei controllori, che la risposta alla richiesta presentata ad un altro Stato membro non arriverà in tempo utile per contribuire a risolvere un caso.

La Commissione, poi, è persuasa che, nonostante qualche miglioramento avvenuto negli ultimi tempi, le amministrazioni nazionali non facciano quanto in loro potere per rendere più efficienti i CLO (Uffici centrali di collegamento), ai quali è affidato il delicato compito di gestire il flusso della cooperazione e dell'assistenza tra gli Stati membri, di controllare la qualità e la pertinenza delle richieste e delle risposte a queste fornite e di sovrintendere al rispetto delle scadenze, fungendo così da normale canale di comunicazione tra le autorità competenti in materia di controlli e cooperazione in campo IVA.

Le differenze esistenti tra gli Stati membri quanto l'organizzazione e la dotazione di personale dei CLO, oltre che i servizi forniti ai CLO da personale esterno, determinano delle disparità nel livello delle prestazioni che que-

sti sono in grado di offrire, disparità che possono compromettere il regolare funzionamento della cooperazione amministrativa (è ampiamente dimostrato che, almeno alcuni CLO, invece di fungere da canale privilegiato, sembrano creare delle strozzature nella comunicazione). Pertanto, nella propria relazione la Commissione evidenzia come sia necessario rafforzare il ruolo attribuito ai CLO, valutando anche l'opportunità di affiancare loro unità speciali antifrode.

Inoltre, la Commissione sottolinea la propria preoccupazione circa gli elevati livelli di frode all'IVA evidenziati dall'attività del Sottocomitato antifrode (SCAF) e del Comitato permanente di cooperazione amministrativa nel campo dell'imposizione indiretta (SCAC), ritenendo che gli Stati membri non stiano prendendo tutte le misure necessarie per combattere le frodi. A tal proposito, le unità investigative ed informative, così come le speciali unità antifrode, danno un contributo significativo, tuttavia, il loro ruolo nel sistema di controllo non è chiaramente definito, né è adeguatamente definito il loro collegamento con gli obiettivi da quest'ultimo posti.

A livello comunitario, la palese riluttanza degli Stati membri a contribuire attivamente all'opera dello SCAF (vuoi direttamente, con la tacita accettazione dell'economia sommersa, o indirettamente, conferendo ai delegati che siedono nei Comitati poteri insufficienti ad impegnare le amministrazioni nazionali a prendere determinate iniziative), genera nella Commissione un certo scetticismo circa il loro impegno nella lotta contro la frode all'IVA, insinuando anche il dubbio che gli Stati membri si limitino semplicemente a fingere di accettare il principio dello scambio di informazioni come strumento per scoprire le frodi.

Per quanto concerne i diversi livelli di integrazione delle singole amministrazioni, essi dimostrano avere un ruolo essenziale nell'efficienza del controllo fiscale e, di riflesso, nella capacità delle amministrazioni stesse di assolvere gli adempimenti comunitari relativi alla cooperazione amministrativa. Gli ostacoli interni, laddove esistono (ovvero negli Stati membri con amministrazioni poco integrate), compromettono il corretto funzionamento del meccanismo di controllo del quale la cooperazione amministrativa costituisce un elemento essenziale.

L'attuale legislazione relativa alla cooperazione amministrativa e all'assistenza reciproca in campo IVA, diversamente da quanto avviene in materia doganale, fa capo a due strumenti giuridici distinti: la direttiva 77/799/CEE e il regolamento (CEE) n. 218/92. La Commissione, a tal riguardo, è del parere che sia essenziale introdurre norme integrative a livello comunitario in grado di rafforzare la cooperazione tra le autorità amministrative degli Stati membri e pertanto sia indispensabile modificare il suddetto regolamento. La nuova normativa, in sostanza, dovrebbe: a) specificare le varie categorie di informazioni che possono essere richieste e indicare il da farsi per ottemperare

alla richiesta circa ciascuna delle categorie; b) assicurare la disponibilità di un livello centrale in seno agli Stati membri e il rapido scambio delle informazioni fondamentali; c) assicurare un ampio scambio spontaneo d'informazioni per facilitare la scoperta delle frodi e la lotta contro di esse; d) creare una chiara base giuridica per il coordinamento e l'assistenza tecnica da parte dei servizi della Commissione e per la cooperazione con i Paesi terzi; e) creare maggiori possibilità di contatti diretti tra le unità antifrode e tra i controllori dei diversi Stati membri, consentendo ai funzionari dell'amministrazione fiscale di uno Stato membro di partecipare ai controlli effettuati negli altri Stati membri.

Per quanto concerne l'IVA è quindi evidente che il mercato unico, in pratica, non esiste, essendovi ancora 15 ordinamenti tributari separati in cui le amministrazioni nazionali sono responsabili del controllo sugli operatori ai quali hanno rilasciato il numero di identificazione IVA. Così, mentre le aziende guardano alle opportunità offerte dal mercato unico nel suo complesso, in termini di libera circolazione delle merci, la singola azienda che opera in tutti i Paesi della Comunità si trova di fronte a 15 amministrazioni fiscali distinte e deve rassegnarsi alle differenze di interpretazione e di applicazione della Sesta direttiva sull'IVA.

La terza relazione *ex art.* 14 del regolamento (CEE) n. 218/92 si conclude, quindi, con l'elencazione di alcune raccomandazioni: 1) gli Stati membri, di concerto con la Commissione, dovrebbero studiare urgentemente l'adozione di una politica comune antifrode, adeguata ai tipi di frode che si verificano nell'attuale regime IVA e che mettono a repentaglio il corretto funzionamento degli scambi legittimi nel mercato unico; 2) gli Stati membri dovrebbero urgentemente prendere in considerazione un riesame completo della propria politica di controllo dell'IVA. Nell'ambito di tale riesame è da rivedere la politica generale di controllo e occorre mettere a punto e applicare una strategia di controllo con obiettivi chiari e un'adeguata struttura organizzativa, priva di barriere interne. Gli Stati membri dovrebbero, inoltre, dotarsi di una metodologia di controllo basata sull'analisi del rischio e preparare il terreno per l'adozione di tale metodo di selezione. La Commissione e gli Stati membri dovranno valutare congiuntamente l'opportunità di una revisione completa del sistema di dichiarazioni e versamenti per consentire agli Stati membri di liberare risorse da adibire ai più urgenti controlli in loco. Occorre che i Paesi della Comunità analizzino l'efficacia della propria attività di controllo dell'IVA per accertarsi che la mancanza di controlli non crei distorsioni della concorrenza tra operatori che ottemperano volontariamente agli obblighi e operatori inadempienti; 3) la Commissione, di concerto con gli Stati membri, dovrebbe, tra l'altro, studiare dei criteri comunitari per i sistemi di valutazione del rischio; 4) gli Stati membri, devono studiare in che modo attuare il monitoraggio e un'analisi più efficienti delle frodi che scoprono. Dal

canto suo, la Commissione dovrà valutare il miglior impiego possibile di tali informazioni a livello comunitario. Gli Stati membri devono riflettere su come procedere per raccogliere tali informazioni in modo rapido e farle circolare internamente, la Commissione dovrà poi valutare se la circolazione di tali informazioni deve essere estesa a livello comunitario; 5) gli Stati membri sono invitati a riflettere su una revisione organica dei propri sistemi e procedure di cooperazione amministrativa e assistenza reciproca nel campo dell'IVA, alla luce delle carenze emerse, e a studiare il modo di conseguire il loro funzionamento ottimale, anche sotto il profilo dell'organizzazione dei CLO, della destinazione delle risorse e della rimozione di tutte le barriere interne, di natura giuridica e amministrativa, che incidono sul corretto funzionamento dello scambio di informazioni. Gli Stati membri devono fare un uso migliore e più intensivo di questi strumenti affinché il livello di cooperazione con gli altri Stati membri arrivi ad essere pari a quello esistente tra due "sezioni" locali della loro amministrazione. La Commissione pertanto raccomanda che ogni ufficio locale sia dotato di almeno un funzionario che abbia come compito prioritario quello di rispondere alle richieste pervenute dagli altri Stati membri. I traguardi da raggiungere, per questo funzionario, non devono essere quelli basati sul criterio del gettito supplementare scoperto, ma devono basarsi sulla percentuale di richieste che è riuscito ad evadere nel più breve lasso di tempo; 6) la Commissione presenterà presto una proposta di modifica del regolamento in vigore, volta a migliorare il funzionamento della cooperazione amministrativa e dell'assistenza reciproca nel campo dell'IVA e ad affrontare altri ostacoli allo scambio di informazioni; 7) gli Stati membri dovrebbero prendere atto dalla sfida rappresentata dalle nuove tecnologie e destinare risorse a questo obiettivo, anche procedendo alla formazione di controllori nelle tecniche informatizzate, dotandosi della necessaria infrastruttura tecnica e giuridica e formando i propri funzionari ad una maggiore consapevolezza in questo campo. La Commissione deve valutare il quadro giuridico da adottare in proposito.

Gianluigi Bizioli

Sezione IV - Appunti e rassegne
Section IV - Notes and surveys

Major Trends in International Taxation. A Report from the 53rd IFA Congress

Carmine Rotondaro

*International Bureau of Fiscal Documentation
Amsterdam*

I. INTRODUCTION

The 53rd IFA Congress took place, on 10-15 October 1999, in Eilat, Israel, where the 1,300 attendants and the accompanying people could enjoy the hospitality of the Israeli people, the millenarian cultural heritage of the country and the very nice weather.

The topics addressed by the two plenary sessions were the "Taxation of no profit organizations" and "Advance rulings". The six seminars covered:

- a) the developments and amendments to the OECD Model Convention (title: "OECD Model Convention - 1999 and beyond");
- b) alternative dispute resolution mechanisms for tax controversies;
- c) vat and non-profit organizations;
- d) taxation of cross border services;
- e) recent transactions of interest - cross-border mergers;
- d) beneficial ownership.

Given the overlap in the time of the seminars, some of them are not covered in this report.

2. FIRST PLENARY SESSION. INCOME TAXATION OF NON-PROFIT ORGANIZATIONS

Starting point of the discussion in the first plenary session was the recognition of the growth of the non-profit sector and of its social and economic importance in virtually all the jurisdictions all over the world. Such a massive phenomenon calls for aware and comprehensive tax solutions. These solutions need to be based on a clear understanding and definition of the essence of Non Profit Organizations (hereinafter NPOs). This definition is of crucial importance, since it is the basic key and de-

* Edited by the Author.

terminant of the subjective scope of application of the NPOs preferential tax regimes; Such an essence can be featured with reference to two basic models of NPOs:

- 1) the prohibition of profit distribution model;
- 2) the public purpose model.

Once the object of the non profit tax regimes has been determined by reference to the above models, the next step consists in the analysis and classification of the various domestic tax approaches to NPOs. Such an analysis and classification have to be carried out on two main sides. On the one hand, the regime applicable to the NPO and the tax benefits applicable thereto have been scrutinized and compared.

Under the first respect, the peculiarities of the NPO tax regimes as opposite to the regular income tax liability of business entities and entrepreneurs can, in principle, be classified according to two basic models of favourable tax treatment:

- 1) the full exemption model;

2) the partial exemption model. However, only the second (the partial exemption model) can, with some exceptions, be regarded as implemented in practice and enjoying worldwide recognition. In general, the result of a partial exemption is achieved by way of reducing the scope of the taxable base, excluding from it some items of income¹. The excluded income is, commonly, the non-business income of the NPO, whereas the business income is generally included in the tax base. The distinction between these two items and the above mentioned liability to tax of business income requires, of course, a certain degree of definition of the notion of business income. In addition, the majority of the surveyed jurisdictions require, beside the fulfilment of the business income requirement, also that the activity producing the business income subject to tax be unrelated to the public purposes of the NPO.

The second topic of discussion was, of course, the tax approach adopted or to be adopted in respect of taxpayers who make donations to NPOs. Relevant issues are the justification, features, nature, scope of application of the tax incentive granted to the donors. Such incentives take usually the form of a deduction. Interesting remarks have been made and a sharp analysis has been presented as to the features of the regime implementing the deduction, the required beneficiaries thereof, the treatment of non monetary donations.

¹ But identical conclusions could be drawn in respect of capital gains.

3. SECOND PLENARY SESSION ADVANCE RULINGS

The session about advance rulings turned out to be particularly animated and active, enjoying debate in the panel and participation from the floor. Mainly the various possible tax policy solutions available in regulating and administering the advance ruling procedure were the core of the discussion. The Session, in other words, more than focusing on a survey of the solutions in place in the various jurisdictions worldwide, referred to these solutions as a starting point for evaluation and debate over which should be the features of an advance ruling regime in general.

Some key issues were debated; The question as to which should be the authority (whether an independent one or the tax administration itself) competent on deciding on the rulings was dealt with. According to the most shared view on this point, an independent ruling authority should be created and attributed the power of deciding on the requests for advance rulings. According to the majority of the attendants, the entitlement to a ruling should be granted to the taxpayers enjoy a basic right to certainty, consistency and coordination in the application of the tax systems in force, requires, in the view of most of the attendants, that advance rulings should be provided to the applicants without charging any fee.

The advance ruling regime is not only favourable to taxpayers, but proves also to be effective in enhancing the efficiency of the overall tax system. According to the 1967 Report by the Carter Commission in Canada², the establishment of a normal advance ruling system fosters and encourages self-assessment, contributes to good relations between income tax administrators and the general public, minimises controversy and litigation and helps bring about a more coordinated system. All these positive side effects of the advance ruling system are primarily beneficial to the administration of the tax system. It would, therefore, not be perfectly justified to impose, on the taxpayer, a charge for an activity which contributes to the general well being of the overall tax system.

No general agreement was found as to the effects to be attributed to the ruling.

Quite a common opinion was, however, the one according to which the taxpayer should be entitled to challenge the ruling before the same courts and following the same procedure as the ones available for appeals against tax assessments of the tax administration.

² As quoted by Marteen Ellis, *Advance Rulings - General Report, Cahiers de droit fiscal international*, the Netherlands, 1999, p. 24.

Among the other issues debated, there was also the publication of the rendered rulings. The problem, as to whether advance rulings should be disclosed or not to the general public of taxpayers other than the addressee, receives very different answers in various countries. The various domestic solutions are based on several, often conflicting principles and interests:

- 1) the right to privacy,
- 2) the principle of equal treatment,
- 3) the interest of the addressee to keep the secret over a favourable ruling obtained, in order to safeguard its competitive position,
- 4) the principle of undisclosed information relating to a taxpayer's current tax liability, etc.

Another hot issue of discussion during the second plenary Session was the extent of obligation of the tax administration to provide rulings, when required therefore, and, more generally, the extent to which the ruling procedure should be regulated and governed by strict rules, or, instead, left to the discretion and freedom of the tax administration. Related to the first question, there is also the issue as to which should be the time frame within which the ruling authority should be required to reply. Pros and cons of the various possible solutions were put forward and analysed in the course of the very lively session.

306

4. SEMINAR A. OECD MODEL CONVENTION-1999 AND BEYOND

This seminar was, as usual, one of the most attended. The seminar, chaired by Prof. K. Vogel, began with an overview of the year 2000 changes to the OECD Model treaty and with an outline of sensitive areas in the future work of the OECD. After this introductory part, the seminar focused on its main topic: application of the Model Treaty to partnerships. The panel went through the various possible cases addressed by the OECD Report about the same issues analysing the various possible situations outlined and the solutions proposed therein. A set of basic relevant principles and rules about the interpretations of double tax treaties was provided and the several problems of cross border partnership taxation were examined in the light of those principles.

In particular, some treaty interpretation general guidelines were put forward under the title of "Dr. Loukot's ten Guiding Principles". These are the following:

1. Tax conventions must be interpreted according to their object and purpose
 - * avoiding double taxation
 - * without creating unintended double non-taxation

2. Changing the OECD Commentary is preferable to changing the Model Convention

3. The main legal effect of tax conventions is to restrict existing domestic taxing rights

4. A three-step technique for the application of tax conventions:

- * tax liability under domestic law
- * tax liability under treaty law
- * collection of tax under domestic law

5. Treaty interpretation

- * according to the words and definitions
- * according to the meaning in the context of the convention
- * according to the meaning in domestic law

6. The "context" of the tax conventions includes the OECD Commentary

7. Three different types of "conflicts of qualification":

- * Type A: facts and circumstances are evaluated differently
- * Type B: the tax treaty is interpreted differently
- * Type C: diverging domestic tax laws lead to this conflict

8. The permanent establishment concept is only applicable to business income

9. The "transparency approach" or the "legal entity approach": who is taxpayer?

10. A permanent establishment of a transparent partnership is a permanent establishment of the partners.

Aim of the panel discussion was providing an explanation of the changes to the OECD Model Commentary as regards the taxation of partnerships, stressing the consistency thereof with the general principles for avoidance of double taxation laid down in the OECD Model Convention. A comparison was carried out with the French experience as to international taxation of partnerships.

5. SEMINAR B. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS FOR TAX CONTROVERSIES

Despite the wider scope of the seminar as stated in the title thereof, Seminar B was mainly concerned with the role and space of arbitration as a means of dispute resolution. The panel, including a US Tax Court judge, a WTO expert and practitioners from fields of expertise others than taxation, considered, first of all, examples of domestic experience in dealing with arbitration and focus then on the bilateral arbitration provisions included in tax treaties and on the role and impact of the EU Arbitration

Convention. Reference to non tax arbitration procedures and practices was sought in order to allow international tax law to benefit from the more developed in arbitration enjoyed by other fields of international law (namely international trade law). Hence the role in this seminar of the World Trade Organization.

The basic practical choices to be made in setting up a tax arbitration regime were closely discussed also based on the suggestions coming from the experience of other fields. These include:

- 1) the voluntary versus compulsory character of the use of arbitration;
- 2) the material scope of application of the arbitration procedure;
- 3) the relationship between the arbitration procedure and the decision thereof and other more traditional judicial and non judicial dispute resolution means;
- 4) the criteria to be relied upon in appointing the arbitrators;
- 5) the extent to which the taxpayer should be allowed to participate and to play an active role in the procedure;
- 6) the effect and power of the arbitration decisions both with reference to the binding power and to the precedent value thereof, etc.

6. SEMINAR D. TAXATION OF CROSS-BORDER SERVICES

Seminar D provided an interesting international and comparative treatise of the taxation issues arising from the cross-border performance of services. The key issue addressed by the panellists was the level of attachment required to cross-border service providers to be subject to tax in a foreign jurisdiction.

The discussion showed that the solutions adopted in various countries differ widely from each other. The study of this issue needs to be carried out by, first of all, comparatively analysing the domestic source rules provided in some tax systems for income taxation in the hands of non resident taxpayers. Some countries, are allowed, under domestic law, to tax income arising to a non resident from the performance of cross-border services, when the services to which the income refers are provided in the territorial jurisdiction of the country.

A first model of attachment can, therefore, be highlighted as the place of performance of the service.

Other tax systems only require, as an attachment, the exploitation, within their territorial jurisdiction, of the product of the service. The above introduces another model of attachment for international taxation of cross-border service transactions: the place of the exploitation of the service.

The large scope of application of these source rules for income from cross-border services creates room and possibilities for international double taxation.

Hence, the importance and role of the international tax treaties. In particular, only with reference to the treaties, comes into relevance the notion of permanent establishment as a basis for taxation of cross border service income in the hands of non residents. Special attention was also paid to electronically delivered services as services whose place of performance cannot be easily ascertained. The difficulties and potential double taxation results arising from these situations stress, once again the importance of double tax treaties as a device to avoid international double taxation, also in the field of cross-border performances of services.

7. SEMINAR F. BENEFICIAL OWNERSHIP

Aim of Seminar F was researching and investigating the meaning of the concept of "beneficial ownership", as contained in Art. 10, 11 and 12 of the OECD Model Convention and included in many tax treaties.

The first issue in this investigation is whether such a notion can be regarded as a term not defined in the treaty and therefore, to be attributed, under Art. 3, Para. 2, the meaning it has at that time for the purposes of the taxes to which the Convention applies, unless the context otherwise requires. The absence of a definition of "beneficial ownership" provided by the treaty and the lack of clarity thereof would at first glance seem to require the application of Art. 3(2), and, accordingly, the reference to domestic tax law.

The main result of Seminar F's discussion seemed, however, to be the exclusion of such a reference to the domestic law of the Contracting States, based on the scope and meaning of Art. 3(2) as endorsed in the OECD Commentary. The rule of interpretation laid down in Art. 3(2), indeed, sets forth a hierarchy of interpretative criteria to be used in dealing with terms and notions not defined in the treaties. Under this hierarchy, the above terms and notions should, first of all, be interpreted in the sense required by the context. If the context does not require a particular meaning of the terms or does not provide any guidance as to their interpretation, the meaning to be adopted in interpreting and applying the treaty is the one endorsed by the tax laws of the State to the taxes of which the Convention is to be applied. The context referred to in Art. 3(2) is defined by the Commentary to the same Art. 3 (Para. 12) as "determined in particular by the intentions of the Contracting States when sign-

ing the Convention as well as the meaning given to the term in question in the legislation of the other Contracting State (an implicit reference to the principle of reciprocity on which the Convention is based)".

In the opinion of the panel and of several attendants intervening from the floor, the application of the beneficial ownership clauses is one of the cases in which the interpretation of the treaty requires a reference to the context (i.e. to the intention of the Contracting States in signing the Convention and to the legislation of the other Contracting State under the principle of reciprocity) in order to effectively achieve the main goal of the treaty itself: the avoidance of double taxation.

The main conclusion was, therefore, the endorsement of a notion of beneficial ownership as having a truly international meaning, distinct, however, from economic ownership. The panel stressed further that clarification and explanation of the term at the OECD level would be necessary and welcome.

Carmine Rotondaro

Herrera Molina, P.M., *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán*, Madrid, 1998, Marcial Pons ed., (pp. 588) (preface by Klaus Tipke).

This investigation addresses, from a comparative viewpoint, one of the classic themes of tax law. It analyses the evolution of the ability to pay principle in the Spanish system, 'capacidad económica', (art. 31, Spanish Constitution 1978) in the light of the equivalent *Leistungsfähigkeitsprinzips*, drawn up by the German legal literature and case-law, and of the ability to pay principle that the Italian system received with art. 53.

The expression 'capacidad económica', used in Spanish law, and that of 'capacità contributiva', used in Italian law, are not really structurally different. The difference is to be found in the way in which the constitutional case-law of each country has decided to develop them.

The investigation examines both the structural characteristics of this principle and its application inside the three legal systems examined in comparative terms by the author.

As Klaus Tipke, the most illustrious living scholar of German tax law, underlines in the preface to this book, the elaboration of a just material law, essential condition for a real *Rechtsstaat*, entails a fair distribution of onuses and payments among taxpayers. With this in mind, the author criticises (chapter 1) the doctrinal view according to which the principle of the ability to pay would merely set a prohibition to the national legislator to adopt arbitrary tax measures (German legal literature defines it as the *Willkürverbot* theory). If this were correct, then reasonable motives could justify the non-observance of the principle of the ability to pay, whereas exceptions to it should be justified solely on the grounds of the principle being of a non-exclusive nature, which admits the presence of other principles (this argument is addressed in chapter V).

The author's conclusion is confirmed by the settled case-law of the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) which, following the first opposing pronouncements in the 50s, is now firmly towards attaining substantial values of justice, going way beyond the scope of application recognised by the Italian Constitutional Court in matters of ability to pay as principle and indication of wealth. The study is then of topical interest even to those scholars intending to assess the application of the principle of the ability to pay in the Italian tax system. The fact that a principle of this type is not found in Community law is probably the reason not allowing the author to extend the research of this theme to this delicate sector of tax law. Nonetheless, the rapid evolution realised by the Court of Justice during this last decade, together with the

3

member states' maintaining of tax authority (especially with direct taxes) could open up interesting future avenues for an investigation of the type this author has carried out. If the ability to pay principle is to be intended as a means for attaining equity among taxpayers and not as mere prohibition of arbitrary tax collection, then it could turn out to be a unifying tool between substantial equality of treatment - which is very slowly gaining ground in the Community system, especially in tax matters, where it still only constitutes *the other side of the coin* to the prohibition of discrimination and limitations to Community freedoms, - and relief treatment (constituting state aid, therefore relevant in terms of its compatibility with Community legislation on competition), defining the extent to which relief is allowed. It would then be just as interesting to compare the interaction of this principle, which Vanistendael has found to be present explicitly or tacitly in the majority of constitutional systems of EU countries (*ability to pay principle*) with the theme of exceptions as provided by the Community principle of proportionality, the latter dealt with in paragraph 3 of chapter 1, as well as in chapter 2.

The analysis of the ability to pay principle proceeds with a separation of the general objective character from the subjective aspects (chapter IV), filtering the temporal, material, quantity aspects of the former in the light of the characteristics of the various taxpayers, so as to determine the substantial measure in which the tax due corresponds to the needs of equity.

The solution to problems of concurrence between fundamental principles of tax law, shown in the first part of the book, is then seen, in the second part of the book, in relation to different taxes. Chapters VII and VIII are dedicated to personal income tax, and chapter XI deals with issues of corporate income tax. In both cases, the analysis considers the implementation of the ability to pay principle in existing Spanish taxes. There are other interesting parts in this book, apart from this positive model: there is an interesting discussion in sections III of chapter VII on the justification for exemptions and deductions, and one on the concept of income and how it stands in relation to the ability to pay principle, themes which in Italy have only just been formally resolved with the t.u.i.r. 917/86 which set down fixed types of income.

The analysis of the constitutional justification for capital tax is then a separate item of interest. This tax, apart from its terms of application (ordinary, in the Spanish tax system, extraordinary, in the Italian one), should not determine further collection on wealth that is already hit by income tax from the moment it is saved or by other equivalent taxes (such as those on immovables). The justification for capital tax should be strictly linked to expressions of ability to pay that are autonomous compared

to those already taxed, otherwise one ends up with over-taxation that can become confiscation (or expropriation).

The study goes on to systematically address aspects of the main indirect taxes and concludes with a detailed analysis of the implementation of fiscal federalism and local taxes.

Pasquale Pistone

*
* *

Herrera Molina, P.M., *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Madrid, 1998, Marcial Pons, ed., (pagg. 588) (con prefazione di Klaus Tipke)

Il saggio tratta in chiave comparata uno dei temi classici del diritto tributario, analizzando l'evoluzione del principio di capacità economica nell'ordinamento spagnolo (previsto dall'art. 31 della Costituzione spagnola del 1978) alla luce dell'equipollente *Leistungsfähigkeitsprinzip*, elaborato da dottrina e giurisprudenza in Germania, e del principio di capacità contributiva che la Costituzione italiana ha recepito nel suo art. 53.

Non vi è invero una differenza strutturale tra i termini di capacità economica, usato dal diritto spagnolo, e quello di capacità contributiva, regolato dal diritto italiano. La differenza tra i due può piuttosto sussistere nel modo in cui la giurisprudenza costituzionale di ciascuno dei due Paesi ha ritenuto di svilupparli.

Il saggio esamina sia le caratteristiche strutturali unitarie di questo principio, che la sua estensione all'interno di ciascuno dei tre ordinamenti giuridici comparati dall'Autore.

Come sottolinea nella prefazione al volume il più illustre studioso del diritto tributario tedesco vivente, Klaus Tipke, l'elaborazione di un diritto materiale giusto, che è la condizione fondamentale per un vero Stato di diritto, passa necessariamente per la giusta ripartizione degli oneri e delle prestazioni economiche tra i contribuenti. In quest'ottica l'Autore del saggio critica (capitolo I) la costruzione dottrinale secondo cui il principio di capacità economica si limiterebbe a postulare un divieto per il legislatore di adottare misure fiscali arbitrarie (definito dalla dottrina tedesca come teoria del *Willkürverbot*). Se così fosse, allora motivi ragionevoli potrebbero giustificare il mancato rispetto del principio di capacità economica, mentre invece le deroghe a questo principio devono giu-

stificarsi solo per la sua natura non esclusiva, che ammette concorrenza con altri principi (esaminati dal saggio nel capitolo V). La conclusione dell'Autore trova riscontro nella giurisprudenza costante del Tribunale Costituzionale Federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) che, successivamente alle prime pronunce negli anni '50 ad essa contrarie, sembra ormai stabilmente orientata a ricercare valori sostanziali di giustizia, andando ben al di là dell'ambito applicativo riconosciuto dalla Corte Costituzionale italiana alla capacità contributiva come principio e come indice rivelatore di ricchezza. La monografia è quindi di certa attualità anche per gli studiosi che intendano sottoporre a verifica l'estensione del principio di capacità contributiva all'interno dell'ordinamento tributario italiano. L'inesistenza di un principio espresso di questo tipo a livello comunitario è probabilmente la ragione che non ha consentito all'Autore di estendere la propria analisi della tematica anche a questo delicato settore del diritto tributario. Ciononostante, la rapida evoluzione realizzata dalla Corte di Giustizia nel corso dell'ultimo decennio, unitamente al mantenimento di competenze tributarie (in particolare modo per le imposte dirette) in capo agli Stati membri, potrebbero aprire in futuro interessanti spiragli nella prospettiva di indagine in cui si è posto l'Autore. Se infatti il principio di capacità contributiva va inteso come strumento di realizzazione della giustizia sostanziale tra i vari contribuenti e non come mera interdizione di prelievi fiscali arbitrari, allora esso potrebbe anche rivelarsi uno strumento di sintesi tra l'eguaglianza di trattamento sostanziale - che a fatica (specialmente in materia tributaria, dove costituisce tuttora solo il rovescio della medaglia del divieto di discriminazioni e di restrizioni alle libertà comunitarie) si fa strada nell'ordinamento comunitario - e i trattamenti agevolativi (che rilevano, in quanto aiuti di Stato, per i profili di compatibilità con la normativa comunitaria sulla concorrenza); determinando la misura in cui questi ultimi sono ammessi. Ove così fosse, sarebbe altrettanto interessante confrontare l'interazione di questo principio, che Vanistendael ha riscontrato esistente in modo espresso o tacito nella gran parte degli ordinamenti costituzionali dei Paesi della UE (*ability to pay principle*), con il tema delle deroghe in forza del principio comunitario di proporzionalità, quest'ultimo affrontato dall'Autore di questo saggio nel terzo paragrafo del capitolo I, oltre che nel capitolo II.

L'analisi svolta nel saggio in merito al principio di capacità contributiva si concretizza poi nella separazione del carattere oggettivo generale dai profili soggettivi (capitolo IV), che filtrano gli aspetti temporali, materiali e quantitativi del primo alla luce delle caratteristiche dei vari contribuenti, consentendo di determinare la misura sostanziale in cui il tributo dovuto risulti rispondente alle esigenze di giustizia sostanziale.

La soluzione ai problemi di concorrenza tra principi fondamentali del diritto tributario, illustrati nella parte prima del libro, viene prospettata dall'Autore in relazione alle singole tipologie di imposte all'interno della parte seconda del libro. I capitoli VII e VIII sono dedicati all'imposta sul reddito delle persone fisiche, mentre il capitolo XI tratta le problematiche relative all'imposizione del reddito delle società. In entrambi i casi l'analisi è improntata al riscontro dell'attuazione del principio di capacità contributiva nei tributi vigenti all'interno dell'ordinamento tributario spagnolo. Ciononostante sono di interesse generale anche al di fuori di questo modello positivo le considerazioni svolte nella sezione III del capitolo VII in merito ad alcuni temi come la giustificazione delle esenzioni e delle detrazioni, ovvero anche quelle sul concetto di reddito e sul suo rapporto con il principio di capacità contributiva, che nel modello italiano sono state solo formalmente risolte dal Tuir 917/1986 con la costruzione di fattispecie reddituali chiuse.

L'analisi della giustificazione costituzionale del prelievo sull'imposta patrimoniale rappresenta poi un fattore di interesse a parte. Quest'imposta, a prescindere dalle sue modalità applicative (ordinaria nell'ordinamento tributario spagnolo e straordinaria in quello italiano), non deve determinare un prelievo ulteriore su di una ricchezza che già sconta imposta sul reddito nel momento in cui viene risparmiata o è già compita da altri tributi (quali quelli sugli immobili) con funzione equipollente. La giustificazione dell'imposta patrimoniale deve essere strettamente legata a manifestazioni di capacità contributiva autonome rispetto a quelle già colpite dal prelievo tributario, altrimenti si risolve in sovraimposizione e può assumere carattere confiscatorio (ed eventualmente espropriativo) nei confronti del contribuente.

Il volume prosegue poi con la trattazione sistematica degli aspetti relativi alle principali imposte indirette e si chiude con l'analisi specifica relativa all'attuazione del federalismo fiscale e delle imposte locali.

Pasquale Pistone

Betten, Rijkele - *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, Amsterdam, IBFD Publications, 1998 (xxiv - 472)

The monograph is the result of a ten-year research project carried out by the author, in preparation for a doctoral thesis at the Groninga *Rijk-suniversiteit* (Netherlands). The subject of this thesis is the analysis of the impact produced by income taxation on the transfer of residence of natural persons. The issue addresses aspects of international relevance (chapter 1 and 2) and those linked to Community law (chapter 3); there are also sections which look at the internal legislation of four countries in detail (Canada - chapter 4 - Germany - chapter 5 - Netherlands - Chapter 6 - and the USA - chapter 7 -). For this purpose, the author uses a dynamic method of examination, that combines an analysis of effects produced by the tax treatment of the country of emigration with a study of effects of the collection in the state where the individual chooses to fix his new residence. The author concludes in favour of a need to achieve a certain balance in the solutions adopted, that should vary according to types of income; solutions that, in any case, should lead to avoiding double international taxation.

316

The transfer of residence of a natural person determines a transfer under the tax authority of another state, which leads to this country's acquiring the right to tax the taxpayer's income on a world-wide basis. The double international taxation that might result is part of the *genus* of problems linked to interstate conflicts of taxing authorities and it represents a considerable fiscal obstacle in terms of the mobility of natural persons.

The author locates the main causes for this phenomenon in the temporal element, that is, factors linked to the non-coinciding between the moment in which the state of immigration starts to carry out its taxing authority and the moment when the state of emigration ceases to explicate its own. However, there are also factors of a substantial nature that may determine a conflict.

The author shows that transferring residence to another state does not amount to stating that the country of emigration naturally ceases to tax the subject's world income. A number of national tax systems (like the one in the US since 1966 and the German one since 1972) have recognised for some time now forms of extended residence for the purposes of taxation even after emigration. These are essentially measures to check on tax avoidance, employed in cases where the state of immigration generally imposes low taxation, in other words the state grants the immigrant a special tax treatment.

An analysis of these anti tax-avoidance clauses (that the author defines as *extended income tax liability* - with two categories for different terms of application) constitutes a theme of comparative law of topical interest in the Italian tax system, which has only recently approached the subject with the introduction of subsection 2 bis to art.2 of the t.u.i.r. 917/86. Failing to recognise the transfer of residence of natural persons for purposes of taxation is undoubtedly one of the most important causes of double international taxation. The essay shows that the application of these clauses has gradually been extended to cases that go way beyond those where the transfer is to the so-called *zero heavens* (that is, income-tax exemption regimes), hitting a series of situations in which the different composition of the taxable basis and/or the existence of relief for certain sectors, even if with limitations of time, can in fact determine a rate which is half that applicable in the state of emigration. The risk of positive conflicts (but also negative ones!) in terms of taxing authority increases in the case of the US, because of the adoption of the citizenship criterion, for which these do not constitute grounds to exclude American taxation and contemporaneous taxation in the new state of residence.

Within the Community the risk of double international taxation, or even the tax increase linked to the transfer of natural persons' residence, is an obstacle to the realisation of the right of establishment. These aspects are outlined by the author in chapter 3 of the monograph, following the evolution of the Court of Justice's jurisprudence on the subject, from the *avoir fiscal* to the *Leur-Bloem* case.

317

A mere separation of avoidance situations from other hypotheses does not, however, exhaust the problems linked to the transfer of residence of natural persons relevant in terms of income taxation. In fact, the non-instantaneous nature of certain taxable items relating to certain types of income, among which capital gains, means that it is difficult to pinpoint the exact time limit with regard to the taxing authority of the states of emigration and immigration, if one uses univocal criteria. In many cases the production of *ex nunc*, or rather *ex tunc* taxation effects, can mean taxation in one of the two countries of the income that is in fact produced after the transfer of residence, but accrued before that moment. The analysis of the various jurisprudential and scholarly views in the monograph proves that it is necessary to distinguish between different cases, but it also evinces that there are currently no universally accepted criteria.

One of the tools employed by certain Anglo-Saxon countries (for example, Canada and Australia) is that of *exit taxes*, with which the state of emigration fixes a tax to pay when transferring residence, pos-

sibly resorting to presumptive measures in order to determine *capital gains*. The essay highlights, among the limits of this form of taxation, the fact that the moment in which the tax on capital gains is due is thus put forward but there is also the possibility that the capital gains might never be realised because of events following the transfer of residence. In this last respect, *exit taxes* might be the tool with which the taxpayer is obliged to pay a tax without there actually being the corresponding condition of fact to justify the payment. All they would do is start up a complicated interstate refund mechanism often difficult to resolve, with the result that the taxpayer is left with the effects of over-taxation.

A form of double international taxation also results from having the country of emigration impose an *exit tax* and the country of immigration adopt the method of historical cost in order to determine the basis of the gain. Some countries, such as Denmark and the Netherlands, have a mechanism whereby *exit taxes* paid in this context are reduced *ex post*, for the amount with proof of payment as supplied in the state of immigration and regarding a tax based upon the same condition of fact, thus limiting at least the phenomenon of double international taxation.

318

The analysis of the relationship between tax legislation and concessions in the welfare system is also particularly interesting. In some national tax systems, the Netherlands for example (where the debate in question has become particularly intense both with regard to jurisprudence and in *doctrine*) the transfer of residence of the natural person determines in these cases a unilateral revocation (on the part of the emigrating country) of all allowances granted in the individual's working life. This legislative praxis is in open conflict with the conventional legislation of the Oecd model - to which the majority of industrialised countries (including Italy) adhere - that states that pensions should be taxed only in the country of residence. One shares the author's opinion - conditioned by the Dutch *status quo* - that there is an imbalance of tax resources between the state bearing the financial onuses (in terms of smaller revenue for the working life) and that which acquires the right to tax the income deriving from the pension because of the transfer of the natural person's residence. The increasing mobility of natural persons inside the EU should enhance the importance of this phenomenon in the near future, making the study and review of current conventional solutions in fiscal matters crucial. This theme will be in fact addressed at the IFA Conference being held in Munich in the year 2000.

The author is convincing in his exhortation of a balanced approach (in the countries of emigration and immigration) with regard to the fiscal treatment of natural persons' residence, which he suggests can be attained following two alternative courses. The allocation of tax authority for expressions of tax capacity of non-instantaneous formation (in the case of capital gains, for example) between the state of emigration and that of immigration is a possible solution, being that this already happens for the permanent establishment. The alternative would be to adapt taxation at the point when the condition of fact is realised, attributing exclusive authority to the state the individual chose to fix his residence in at that moment. For the problems of both, an effective solution should in any case be found. On the one hand, forms of double international taxation that are created when using the former solution or when resorting to any of the two in an undisciplined fashion (the current state of affairs) should be excluded (or the solution found should be definitive); and on the other, the application of the former solution should avoid transfers of residence purely to dodge tax, this last concept inducing the author to suggest in these cases the application of anti tax-avoidance rules based on paragraph 26 of the Commentary, art.1 to the Oecd Model

Pasquale Pistone

*
* *

Betten, Rijkele, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, Amsterdam, IBFD Publications, 1998 (xxiv-472)

La monografia è il frutto della ricerca svolta dall'Autore nel corso di un decennio per la tesi dottorale presso la *Rijksuniversiteit* di Groninga (Paesi Bassi). Oggetto dell'analisi è l'impatto che l'impostazione sul reddito produce sul trasferimento di residenza delle persone fisiche. Il problema viene affrontato in modo da trattare gli aspetti di rilevanza internazionale (capitoli 1 e 2), così come quelli più propriamente di diritto comunitario (capitolo 3), con approfondimenti altresì sulla normativa interna di quattro Paesi (Canada - capitolo 4, Germania - capitolo 5, Paesi Bassi - capitolo 6, e Usa - capitolo 7). A questo scopo l'Autore segue un metodo dinamico di indagine, combinando l'esame degli effetti prodotti dal trattamento tributario nello Stato di emigrazione con quelli relativi

all'attuazione del prelievo nello Stato in cui l'individuo sceglie di fissare la propria nuova residenza. L'Autore conclude in favore dell'esigenza di soluzioni bilanciate, che varino a seconda delle fattispecie reddituali, ma che siano in ogni caso capaci di evitare i fenomeni di doppia imposizione internazionale.

Il trasferimento di residenza della persona fisica determina in parallelo il suo trasferimento sotto la sovranità impositiva di un altro Paese, che di conseguenza acquisisce il diritto di assoggettare a tassazione il reddito del contribuente su base mondiale. La doppia imposizione internazionale che può derivarne rientra nel *genus* dei problemi legati ai conflitti interstatali di sovranità impositiva e rappresenta un importante ostacolo fiscale alla mobilità delle persone fisiche.

Le principali cause di questo fenomeno nei casi di specie sono rivenute dall'Autore innanzitutto in fattori di natura temporale, relativi cioè alla mancata coincidenza del momento in cui lo Stato di immigrazione inizia a esplicare la propria pretesa impositiva e di quello in cui lo Stato di emigrazione cessa di esercitare la propria. Tuttavia, anche fattori di natura sostanziale sono potenzialmente in grado di determinare il conflitto.

L'Autore prova l'impossibilità di equiparare in linea di principio il trasferimento di residenza in un altro Paese alla fine dell'assoggettamento a tassazione del reddito mondiale nel Paese di emigrazione. Molti ordinamenti tributari nazionali (come quello USA dal 1966 e quello tedesco dal 1972) conoscono già da tempo forme di prolungamento della residenza ai fini fiscali anche dopo l'emigrazione. Si tratta di misure a carattere prettamente antielusivo, che trovano applicazione nei casi in cui lo Stato di immigrazione preveda in generale bassi livelli di imposizione fiscale, ovvero riconosca questo tipo di trattamento all'immigrante in applicazione di un regime speciale.

L'analisi di queste clausole antielusione (che l'Autore definisce con il termine di *extended income tax liability* - ossia prolungamento dell'obbligo di tassazione mondiale - e classifica in due categorie, a seconda delle modalità applicative) rappresenta una tematica giuridico-comparata di estrema attualità per l'ordinamento tributario italiano, che si è avvicinato ad esse solo di recente, con l'introduzione del comma 2-bis all'art. 2 del Tuir 917/1986. Il mancato riconoscimento a fini fiscali del trasferimento di residenza delle persone fisiche è sicuramente tra le più importanti cause di doppia imposizione internazionale. Il saggio dimostra infatti che l'applicazione di queste clausole si è progressivamente estesa ben al di fuori del caso di trasferimento verso i cosiddetti *zero heavens* (ossia i regimi fiscali di totale esenzione dall'imposta sul reddito delle persone fisiche), colpendo una serie di situazioni in cui la differente composizione della base imponibile e/o la previsione di agevolazioni settoriali, anche

temporalmente limitate, possono nei fatti determinare un'aliquota inferiore alla metà di quella applicabile nello Stato di emigrazione. Il rischio di conflitti positivi (ma anche negativi!) di potestà impositiva aumentano nel caso dei rapporti con gli Stati Uniti, per effetto dell'adozione del criterio della cittadinanza, che non esclude la tassazione statunitense su questa base e la contemporanea tassazione nello Stato di nuova residenza.

In ambito comunitario il rischio di doppia imposizione internazionale, o anche il semplice aggravio degli oneri relativi al trasferimento della residenza della persona fisica, determina invece un ostacolo alla realizzazione del diritto di stabilimento, i cui profili sono illustrati dall'Autore all'interno del capitolo III della monografia, ripercorrendo l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia del caso *avoir fiscal* fino al caso *Leur-Bloem*.

Le problematiche del trasferimento di residenza delle persone fisiche rilevanti ai fini dell'imposizione sul reddito non si esauriscono però nella mera separazione delle situazioni elusive dalle restanti ipotesi. Infatti, la natura non istantanea del presupposto impositivo relativo ad alcune fattispecie reddituali, fra cui le plusvalenze di capitale (*capital gains*), rende più difficile l'individuazione del limite temporale alla sovranità impositiva dello Stato di emigrazione e di quello di immigrazione sulla base di criteri univoci. In molti casi la produzione di effetti impositivi *ex nunc*, ovvero *ex tunc*, può comportare la tassabilità della ricchezza in uno dei due Paesi anche del reddito che viene sì realizzato dopo il trasferimento di residenza, ma che è stato accumulato (*accrued income*) anteriormente a questo momento. L'analisi delle varie opinioni dottrinali e giurisprudenziali svolta nella monografia lascia emergere la necessità di distinguere in ragione delle singole fattispecie, ma rende altresì palese che allo stato attuale non esistono criteri universalmente accettati.

Uno degli strumenti utilizzati da alcuni Paesi anglosassoni (come ad esempio il Canada e l'Australia) è quello delle cosiddette *exit taxes*, o imposte di uscita, con cui lo Stato di emigrazione determina il tributo da pagare al momento del trasferimento della residenza, eventualmente anche ricorrendo a forme di presunzione per la determinazione di *capital gains*. Tra i limiti di questa forma di tassazione il saggio sottolinea quello di un'accelerazione del momento in cui si rende dovuto il tributo sulle plusvalenze di capitale, ma altresì quello della possibilità che queste ultime non giungano mai a realizzarsi per effetto di eventi successivi al trasferimento di residenza. Con riferimento a quest'ultimo le *exit taxes* possono rivelarsi lo strumento con cui si obbliga il contribuente al pagamento di un tributo in assenza del relativo presupposto di fatto, potendo al più innescare un complesso meccanismo interstatale di rimborso, che

trova difficile soluzione e di solito lascia permanere gli effetti di sovraimposizione per il contribuente.

Una forma di doppia imposizione internazionale si determina anche nella misura in cui il Paese di emigrazione impone una *exit tax* e quello di immigrazione adotta il metodo del costo storico per la determinazione del valore imponibile della plusvalenza. Alcuni Stati, come la Danimarca e i Paesi Bassi, conoscono un meccanismo per ridurre *ex post* le *exit taxes* pagate in questo contesto, nella misura in cui si fornisca prova del pagamento nello Stato di immigrazione di un'imposta fondata sullo stesso presupposto di fatto, limitando così almeno il fenomeno della doppia imposizione internazionale.

Sembra di particolare interesse anche l'analisi relativa al rapporto tra normativa tributaria e agevolazioni a fini previdenziali. Secondo alcuni ordinamenti tributari nazionali, come quello dei Paesi Bassi (in cui il dibattito in merito è da alcuni anni divenuto particolarmente intenso tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza), il trasferimento di residenza della persona fisica determina in questi casi una revoca unilaterale (da parte del Paese di emigrazione) di tutte le deduzioni e detrazioni concesse durante l'arco della vita lavorativa dell'individuo. Questa prassi legislativa è in aperto conflitto con la normativa convenzionale del modello OCSE - cui la maggior parte dei Paesi industrializzati (inclusa l'Italia) si attiene - che prevede la tassazione delle pensioni nel solo Stato di residenza. Sembra condivisibile l'osservazione dell'Autore, influenzata dallo *status quo* olandese, per cui si determina in questo caso uno squilibrio di risorse tributarie tra il Paese che sopporta gli oneri finanziari (in termini di minore gettito durante la vita lavorativa) e quello che acquisisce il diritto di assoggettare a tassazione il reddito derivante dalla pensione per effetto del trasferimento di residenza della persona fisica. La rilevanza dimensionale di questo fenomeno nel prossimo futuro, rendendo necessari lo studio e la revisione delle attuali soluzioni convenzionali in materia tributaria. Quest'argomento sarà infatti uno dei due temi principali del congresso IFA del 2000 a Monaco di Baviera.

Convince la necessità di un approccio bilanciato (nel Paese di emigrazione e in quello di immigrazione) al trattamento fiscale del trasferimento di residenza delle persone fisiche, che l'Autore propone di conseguire attraverso due strade alternative. La ripartizione della potestà impositiva per le manifestazioni di capacità contributiva a formazione non istantanea (come le plusvalenze in generale) tra lo Stato di emigrazione e quello di immigrazione è una soluzione possibile, giacché essa trova già attuazione in relazione alla stabile organizzazione. L'alternativa è quella di uniformare la tassazione al momento in cui il presupposto di fatto trova realizzazione, attribuendo piena ed esclusiva potestà allo Stato in cui

l'individuo ha stabilito la propria residenza in quel momento. I problemi di entrambi devono però trovare una effettiva soluzione. Per un verso devono escludersi (o risolversi in modo certo) le forme di doppia imposizione internazionale che si determinano nel caso di utilizzo della prima soluzione o di ricorso non regolato tanto alla prima quanto alla seconda (come accade attualmente); per altro verso l'applicazione del primo deve evitare trasferimenti di residenza finalizzati a scopi elusivi, ragione che ha spinto l'Autore a suggerire l'applicazione di norme antielusive basate sul paragrafo 26 del Commentario all'Articolo 1 del Modello OCSE in questi casi.

Pasquale Pistone

NOVITA

Nelle librerie specializzate o con richiesta diretta all'Editore

Maurizio Lupoi



ROME

2000

Trust Laws of the World
A collection of original texts

Volumi di 2.080 pagine, lire 120.000 (i.i.) - Abroad - \$ 120 (p. and p. included)

Volume I

A-J

Volume II

L-W

richiesta a:

ETI S.p.A. VIALE MAZZINI, 26 - 00195 ROMA

versando l'importo di L. 120.000 sul c/c postale n. 61844007
o con assegno bancario non trasferibile.

Indici annuali 1999

1999 Indexes

Indice Alfabetico degli Autori

Authors in alphabetical order

- **Andrea Amatucci**
 - *The conflict between international and internal fiscal regulations* . . . I 25
 - Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie I 59

- **Susanna Aníbarro Pèrez**
 - *Municipal taxes in Spain* II 9

- **Rosa Maria Alfonso Galàn**
 - *Spanish commentary on case – law: case C- 347/96; case C- 124/96* . . II 190
 - Comentario español de Jurisprudencia: asunto C- 347/96; case C- 124/96 II 196

- **Marco Barassi**
 - *Exchange of information* III 59
 - Lo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie . . . III 90

- **Gemma Carallo**
 - *IRAP and the recent tax agreement Italy – Usa. Sequel to a Congress: some considerations* III 395
 - L'IRAP e il recente Patto Fiscale Italia – Usa. Riflessioni a margine di un convegno III 402

- **Giovanni Caravale**
 - *Equality of taxation and economic policy* I 133
 - Equità fiscale e politica economica I 142

- **Giuseppe D'Andrea**
 - *Examining transfer prices in relation to services with a particular stress on insurance services* III 351
 - Osservazioni sui prezzi di trasferimento in materia di servizi con particolare riferimento ai servizi assicurativi III 373

- **Floriano D'Alessandro**
 - *Civil Aspects of tax evasion* I 165
 - Aspetti civilistici dell'evasione fiscale I 171

- **Domenico Da Empoli**
 - *The influence of the tax system on company choices* I 177
 - L'influenza del sistema fiscale sulle scelte d'impresa I 180
 - *Harmful tax competition* II 319

- **Vittorio Di Stefano**
 - *Company groups and tax system* I 323
 - Gruppi di imprese e sistema fiscale I 328
- **Emanuela Durastante**
 - *Control system within administrative co-operation (Abstract)* II 323
 - Il sistema dei controlli nell'ambito della cooperazione amministrativa tra gli stati membri II 324
- **Alfredo García Prats**
 - *Prevention of use and abuse of tax havens* II 65
- **Andreina Gastaldo**
 - *European Communities Court of Justice (Sixth Section) – 27/10/1998 case 152/97* II 167
 - Corte di giustizia delle Comunità Europee (Sesta Sezione) – 27/10/1998 causa C- 152/97 II 178
- **Carmine Giordano**
 - *Notes on the protection of the European Community's own resources* II 115
 - Appunti sulla tutela delle risorse proprie comunitarie II 135
- **Hubert Hamaekers**
 - *Transfer pricing. History – State of the Art – Perspectives* III 7
- **Pasquale Pistone**
 - *“Interaction between double taxation convention and the rulings of the ECJ on the fundamental freedoms”*
International congress II 341
 - Convegno studi II 351
- **Manuel Pires**
 - *International tax evasion and avoidance* II 51
- **Alberto Pozzo**
 - *Aspects of commercial and tax law linked to the formation of a joint venture corporation in Poland by an Italian enterprise* III 153
 - Profili di diritto commerciale e tributario connessi alla costituzione di una joint venture societaria in Polonia da parte di un'impresa italiana III 204
- **Giovanni Puoti**
 - *Earned income in the Oecd model* II 91
 - I redditi di lavoro nel modello Ocse di convenzione tipo contro la doppia imposizione internazionale II 102
- **Claudio Sacchetto**
 - *The EC Court of Justice and formal and substantial criteria in the taxation of non – residents of Member States: a new theorem by Fermat ?* I 183

La Corte di giustizia CE e i criteri formali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti degli Stati membri: un nuovo teorema di Fermat?	I	190
• Pietro Selicato		
- <i>The adjustment of internal law to Community law as determining factor in company policy</i>	I	197
L'adattamento del diritto interno al diritto comunitario quale fattore discriminante nella politica aziendale	I	212
- <i>Internal transfer pricing and the tax regime of group of companies: Notes for a comparative analysis</i>	III	323
Il transfer pricing intero e la disciplina fiscale dei gruppi di imprese: appunti per un'analisi comparata	III	336
• Stanley Siegel		
- <i>The effects of tax laws in the United States</i>	I	152
• Bruno Steve		
- <i>Crucial factors in company choices: the need for a greater coherence in law</i>	I	315
Gli elementi determinanti le scelte d'impresa: la necessità di una maggiore coerenza normativa	I	319
• Josè Manuel Tejerizo Lopez		
- <i>Tax regime for non-residents with permanent establishment in Spain and the Convention between Spain and Italy, on double taxation</i>	I	95
Il regime tributario dei non residenti con stabile organizzazione in Spagna e la convenzione sulla doppia impostazione tra Spagna e Italia ..	I	113

Indice Sistematico

Systematic Index

Sezione I (Dottrina)

Section I (Academic Writings)

- **Andrea Amatucci**
 - *The conflict between international and internal fiscal regulations* . . . I 25
 - Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie I 59

- **Josè Manuel Tejerizo Lopez**
 - *Tax regime for non-residents with permanent establishment in Spain and the Convention between Spain and Italy, on double taxation* I 95
 - Il regime tributario dei non residenti con stabile organizzazione in Spagna e la convenzione sulla doppia impostazione tra Spagna e Italia . . . I 113

- **Giovanni Caravale**
 - *Equality of taxation and economic policy* I 133
 - Equità fiscale e politica economica I 142

- **Stanley Siegel**
 - *The effects of tax laws in the United States* I 152

- **Floriano D'Alessandro**
 - *Civil Aspects of tax evasion* I 165
 - Aspetti civilistici dell'evasione fiscale I 171

- **Domenico Da Empoli**
 - *The influence of the tax system on company choices* I 177
 - L'influenza del sistema fiscale sulle scelte d'impresa I 180

- **Claudio Sacchetto**
 - *The EC Court of Justice and formal and substantial criteria in the taxation of non-residents of Member States: a new theorem by Fermat?* . . . I 183
 - La Corte di giustizia CE e i criteri formali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti degli Stati membri: un nuovo teorema di Fermat? I 190

- **Pietro Selicato**
 - *The adjustment of internal law to Community law as determining factor in company policy* I 197
 - L'adattamento del diritto interno al diritto comunitario quale fattore discriminante nella politica aziendale I 212

- **Susanna Aníbarro Pèrez**
 - *Municipal taxes in Spain* II 9

- **Manuel Pires**
 - *International tax evasion and avoidance* II 51

• Alfredo Garcia Prats		
- <i>Prevention of use and abuse of tax havens</i>	II	65
• Giovanni Puoti		
- <i>Earned income in the Oecd model</i>	II	91
I redditi di lavoro nel modello Ocse di convenzione tipo contro la Doppia imposizione internazionale	II	102
• Carmine Giordano		
- <i>Notes on the protection of the European Community's own resources</i> .	II	115
Appunti sulla tutela delle risorse proprie comunitarie	II	135
• Hubert Hamaekers		
- <i>Transfer pricing. History - State of the Art - Perspectives</i>	III	7
• Marco Barassi		
- <i>Exchange of information</i>	III	59
Lo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie . . .	III	90
• Alberto Pozzo		
- <i>Aspects of commercial and tax law linked to the formation of a joint venture corporation in Poland by an Italian enterprise</i>	III	153
Profili di diritto commerciale e tributario connessi alla costituzione di una joint venture societaria in Polonia da parte di un'impresa italiana	III	204

Sezione II (Giurisprudenza)
Section II (Decisions of the courts)

II - A) Italia
Italy

- Corte di Cass., Sez. I, Sent. n. 01413 del 14/02/1997 - (Tributi doganali - Spedizionario - Pagamento - Differimento - Polizza fidejussoria) <i>massima</i>	I	231.
- Corte di Cass., Sez. I, Sent. n. 07959 del 25/08/1997 - (IVA - ante D.P.R. n. 29/1979 - Carte di credito - Emesse all'estero per non residenti - Gestore residente - Assoggettabilità) - <i>massima</i> . . .	I	232
- Corte di Cass., Sez. I, Sent. n. 11337 del 15/11/1997 - (Titoli di credito - Circolazione - Violazione artt. 3 e 5 D.L. n. 167/1990) - <i>massima</i>	I	233
- Corte di Cass., Sez. I, Sent. n. 11499 del 19/11/1997 - (Tributi doganali - Riscossione - Dazi - Importo non determinato - Prescrizione - Termine) - <i>massima</i>	I	234
- Comm. Trib. Prov. di Modena, Sez. III, Sent. n.986 del 18/05/1998 (Irpef - Ilor - residenza fiscale - requisiti - art. 2, D.P.R. n. 917/1986) Pavarotti vs. uff. Imposte dirette di Modena	II	155

II - B) Unione europea

EU

Corte di giustizia

ECJ

- | | | |
|--|----|-----|
| 1. IVA - Sesta direttiva - Fornitura di beni - Per l'esercizio di attività esenti (Sez. VI, sent. 25/6/1997, C-45/95) | I | 236 |
| 2. IVA - Sesta direttiva - Facoltà di deroga - Negozi di scambio - Rimborso Limitato o escluso (Sez. V, sent. 3/7/1997, C- 330/95) . . . | I | 238 |
| 3. IVA - Sesta direttiva - Società di leasing di autovetture - Luogo della prestazione del servizio - Sede dell'attività del prestatore (Sez. VI., sent. 17/7/1997, C - 190/95) | I | 239 |
| 4. IVA - Sesta direttiva - Membro di collegio arbitrale - Presentazione - non assimilabile a quelle di cui all'art. 9, n. 2, lett. e - Individuazione del luogo di pagamento (Sez. VI, sent. 16/9/1997, C- 145/96) . | I | 240 |
| 5. IVA - Sesta direttiva - Trasporto dei dipendenti - Assoggettabilità ad imposta - condizioni (Sez. VI, sent. 16/10/1997, C- 258/95). | I | 242 |
| 6. IVA - Sesta direttiva - Trasporto internazionale di passeggeri - Importo forfettario - Luogo e base imponibile della prestazione (Sez. VI, sent. 6/11/1997, C- 116/96) | I | 244 |
| 7. Direttive comunitarie 91/680 CEE e 92/12 CEE - Consultazione del parlamento -Obbligatorietà - Ricorso ex art. 173 del Trattato - Non è necessario (Sez. VI, sent. 11/11/1997, C- 408/95) . . . | I | 245 |
| 8. IVA - Sesta direttiva - Deducibilità - Trattamento del saldo IVA - Proporzionalità (Sez. V, sent. 18/12/1997, C-286/94, C 340/95, C 401/95, C 47/96 - Cause riunite) | I | 248 |
| 9. Ordinamento nazionale - Tributo percepito in violazione del diritto comunitario - Indebito - Rimborso - Condizioni (Sent. 14/01/1997, Cause C - 192/95 e C - 218/95 - Cause riunite) | I | 250 |
| 10. Dazio di mare - nuova regolamentazione - natura di tributo interno - esenzioni per produzioni locali - tassa effetto equivalente (S.U., sent. 30/4/1998, C- 37/96 e C- 39/96) | II | 203 |
| 11. Imposta nazionale - audiovisivi e fotoottici - imposizione interna - incompatibilità con diritto comunitario - sussiste (Sez. VI, Sent. 17/6/1998, C- 68/96) | II | 216 |
| 12. Imposta sulla cifra d'affari - albergatori - applicabilità del regime per le agenzie di viaggio (Sez. V, Sent. 22/10/1998, C 308/96 e C 94/97) | II | 229 |

13. imposta sul patrimonio netto delle imprese – Effetto economicamente equivalente – A imposta indirette di conferimento non sussiste (Sez. VI, sent. 26/10/1998, C – 47/97)	III 263
14. IVA – prima direttiva – Opzioni per esecuzioni – Restrizione del diritto – Violazione per ineducibilità (Sez. V., sent. 3/12/1998, C- 81/97)	III 273
15. IVA – sesta direttiva – Immissione di beni – in libera pratica – applicazione art. 7, n. 1, lett. a) (Sez. V, Sent. 28/01/1999, C- 81/97)	III 286
• Andreina Gastaldo	
- <i>European Communities Court of Justice (Sixth Section) – 27/10/1998 case 152/97</i>	II 167
- <i>Corte di giustizia delle Comunità Europee (Sesta Sezione) – 27/10/1998 causa C- 152/97</i>	II 178
• Rosa Maria Alfonso Galàn	
- <i>Spanish commentary on case – law: case C- 347/96; case C- 124/96. . .</i>	II 190
- <i>Comentario espanol de Jurisprudencia: asunto C- 347/96; case C- 124/96</i>	II 196

Giurisdizioni degli altri Stati membri
Other member states' jurisdictions

- Spagna – Tribunal Supremo, Sala 3a , Sección 2a, Sent. 16/11/1994, Rec. n. 1292/1991	I 256
- Spagna – Tribunal económico- administrativo central, vocalia 2a, Resolución 20/11/1996	I 258
- Spagna – Tribunal Supremo, Sala 3a, Sección 2a, Sent. 16/12/1996, Rec. n. 7404/1991	I 259
- Spagna – Tribunal económico – administrativo central, vocalia 2a, Resolución 12/02/1997	I 260

II - C) Resto del mondo
Rest of the world

- Canada's federal court of appeal disallows deduction for notional rent (Cudd. Pressure Control, inc. v. The Queen; A – 369 –95;26/10*/1998)	II 250
- Argentina – Corte Suprema de Justicia, Sent. 24/11/1998 (Hochtief Construcciones S.A. e altri C/ Commissione Nazionale dell'Energia Atomica)	II 267

Sezione III (documentazione)

Section III (Laws, administrative practice and other official documentation)

III - A) Italia:

Italy:

Interpretazioni ufficiali
Official interpretations

- Circ. 13/2/1997, n. 35/E, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - (**Documento di accompagnamento - Soppressione - Chiarimenti**) I 263
- Circ. 17/2/1997, n.39/D, Min. fin., Dir. Centr. Servizi Doganali - (**Relazioni tra C.E. e Turchia - Certificato A.TR.**) I 268
- Circ. 5/3/1997, n. 66/E, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - (**Concessione governative - Società - Rimborsi - Modalità**) I 269
- Circ. 5/3/1997, n. 61/D, Min. fin., Dir. Centr. Servizi Doganali - (**Convenzione TIR - Copie souches di scarico - Controllo a posteriori**) I 271
- Circ. 5/3/1997, n. 62/D, Min. fin., Dir. Centr. Affari generali del Personale e dei Serv. Informatici e tecnici - (**Discarichi amministrativi - Crediti insussistenti - Contabilizzazione**) I 272
- Circ. 5/3/1997, n. 63/D, Min. fin., Dir. Centr. Servizi Doganali - (**Contrabbando - Definizione agevolata L. 549/95 - Chiarimenti**) I 274
- Circ.13/3/1997, n.76/D, Min. fin., Dir. Centr. Servizi Doganali - (**Rappresentanze diplomatiche - Esenzione IVA ed Accise - Certificato**) I 277
- Circ. 9/4/1997, n.101/D, Min. fin., Dir. Centr. Servizi Doganali - (**Merchi comunitarie - Rispedire da Paesi Efta - Presa in carico - Procedura**) I 278
- Ris. 11/4/1997, n. 59/E, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - (**Cessione energetica elettrica - A organismi internazionali in Italia - Quesito**) I 279
- Ris. 23/4/1997, n.81/E, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - (**IVA - Fondi erogati dalla CE - Trattamento fiscale**) I 280
- Ris. 23/4/1997, n. 83/E, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - (**Cessione di beni - Verso San Marino - elenchi INTRA 1/bis**) I 282
- Circ. 23/4/1997, n. 118/D, Min. fin., Dir. Centr. Servizi Doganali - (**Accordo - Scambi Commerciali - Tra la CECAe la Turchia**) I 284
- Ris. 30/4/1997, n. 99/E, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - (**Convenzioni - Contro le doppie impostazioni - Italia /USA - Italia /UK - Parere**) I 287
- Ris. 2/5/1997, n. 100/E, Min. fin., Dir. Affari giuridici e Contenzioso - (**IVA - Rimborso - Soggetti non residenti in Italia - Visto doganale**) I 290
- Ris. 5/5/1997, n. 103/E, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - (**IVA - Acquisti intracomunitari - Tenuta Registri**) I 291

- Ris. 6/5/1997, n. 104/e, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - **(Convenzioni - Contro le doppie impostazioni - Rimborso crediti imposta - Documenti)** I 292
- Ris. 27/5/1997, n.131/E, Min. fin. Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - **(Premi - Ad atleti non residenti - Trattamento tributario)** I 295
- Circ. 30/5/1997, n. 148/E, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - **(IVA - Immobili- limiti alla detrazione - Contrasto VI Dir. CEE)** I 297
- Circ. 3/6/1997, n. 152/D, Min. fin., Dir. Centr. Servizi Doganali - **(Accordi commerciali - Interinali - Tra CEE/CECA ed Israele)** ... I 298
- Circ. 4/6/1997, n. 153/D i, Min. fin. , Dir. Centr. Servizi Doganali - **(Circolazione dei capitali - Trasferimento all'estero - Modelli di dichiarazione)** I 304
- Circ. 25/6/1997, n. 179/E, Min. fin., Dir. Centr. Affari giuridici e Contenzioso - **(Convenzioni - Contro le doppie impostazioni - Italia /Francia - Certificazione modelli francesi)** I 305
- Circ. 27/6/1997, n. 186/D, Min. fin., Dir. Centr. Imposiz. Indiretta sulla produzione e sui consumi - **(Prodotti soggetti ad Accise - Circolazione interna - Adeguamento alle disposizioni comunitarie)** I 307

• **Piero Selicato**

- (nota alla circ. 26/02/1999, n. 53/E, Min. fin., Dir. Centr. Accert. E Programm.)
- *Internal transfer pricing and the tax regime of group of companies: Notes for a comparative analysis* III 323
- Il transfer pricing intero e la disciplina fiscale dei gruppi di imprese: appunti per un'analisi comparata III 336

III - B) Unione europea:

EU:

Regolamenti e direttive
Regulations and directives

- **Proposta di Direttiva del Consiglio, che modifica la direttiva n.77/388/Cee**, con riguardo alla facoltà di introdurre a titolo sperimentale un'aliquota IVA ridotta sui servizi ad alta intensità di lavoro . II 287

Comunicazioni, raccomandazioni e pareri
Reports, recommendations and opinions

- **Couteracting Harmful Tax competition** II 293
- Normativa e interpretazioni interne degli altri Stati membri
Ley 1/1998, de 26 febrero (De derechos y garantías de los contribuyentes) II 297

Sezione VI (Appunti e rassegne)
Section IV (Notes and surveys)

• Bruno Steve	
- <i>Crucial factors in company choices: the need for a greater coherence in law</i>	I 315
- Gli elementi determinanti le scelte d'impresa: la necessità di una maggiore coerenza normativa	I 319
• Vittorio Di Stefano	
- <i>Company groups and tax system</i>	I 323
- Gruppi di imprese e sistema fiscale	I 328
• Domenico Da Empoli	
- <i>Harmful tax competition</i>	II 319
• Emanuela Durastante	
- <i>Control system within administrative co-operation Abstract)</i>	II 323
- Il sistema dei controlli nell'ambito della cooperazione amministrativa tra gli stati membri	II 324
• Pasquale Pistone	
- <i>"Interaction between double taxation convention and the rulings of the ECJ on the fundamental freedoms"</i>	
- <i>International congress</i>	II 341
- Convegno studi	II 351
• Giuseppe D'Andrea	
- <i>Examining transfer prices in relation to services with a particular stress on insurance services</i>	III 351
- Osservazioni sui prezzi di trasferimento in materia di servizi con particolare riferimento ai servizi assicurativi	III 373
• Gemma Carallo	
- <i>IRAP and the recent tax agreement Italy - Usa. Sequel to a Congress: some considerations</i>	III 395
- L'IRAP e il recente Patto Fiscale Italia - Usa. Riflessioni a margine di un convegno	III 402

Nelle librerie specializzate o con richiesta diretta all'Editore

Piorgio Valente

Franco Roccaforte

INTERNET

Aspetti Giuridici e Fiscali del Commercio Elettronico

Con la collaborazione del
CENTRO STUDI
ERNST & YOUNG

ETI
il fisco

NOVITÀ
Volume di 808 pagine

CEDOLA RICHIESTA VOLUME
"INTERNET: ASPETTI GIURIDICI E FISCALI DEL COMMERCIO ELETTRONICO"

Compilare e spedire insieme alla fotocopia del versamento di L. 60.000 sul c/c postale n. 61844007
o con assegno bancario non trasferibile

Spett. ETI S.p.A. - Viale Mazzini, 25 - 00195 Roma

Nome..... Cognome

P. Iva Cod. Fisc.

Residente in Via

Città c.a.p.

Firma



il fiscovideo

Banca Dati su CD Rom

Istruzioni Ministeriali

fiscale a 360° Da dodici anni l'aggiornamento



Completo

- Legislazione Tributaria dal 1916 ad oggi
- Istruzioni Ministeriali
- Giurisprudenza annotata e commentata
 - Scadenze
 - Formulario
- Convenzioni internazionali
- Articoli esplicativi e di dottrina per l'approfondimento

Legislazione

Tempestivo

Il CD Rom all'anno garantisce la pronta disponibilità della documentazione tributaria più recente, consentendo un puntuale aggiornamento

Giurisprudenza

Facile

Le molteplici opzioni disponibili per operare le ricerche ed i riferimenti ai documenti correlati consentono di navigare all'interno della banca dati con semplicità e di ottimizzare i risultati della consultazione

DOTTRINA

DISPONIBILI LE VERSIONI
PER: DOS
WINDOWS 3.X

SCADENZE

WINDOWS 95/98/NT

fiscovideo + fisconline

Abbonamento compact disc ed Internet per un aggiornamento quotidiano in tempo reale

Distribuzione De Agostini Giuridica S.p.A. - 00197 Roma

Viale Maresciallo Pilsudski, 124 - Tel. (numero verde) 800.86.80.91 - Fax 06.80.79.11