



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

2·2000

maggio-agosto



Editoriale Tributaria Italiana S.p.A. - Roma
2000

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 PUOTTI

DIRETTA DA

EDITORS

Andrea AMATUCCI · Giovanni PUOTTI · 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 GARÇÍA (*Spagna*) - Hubert HAMAËKERS (*Olanda*) - Haron JORAN (*Israele*)
Hiroshi KANEKO (*Giappone*) - Joachim LANG (*Germania*) - Leonardo PERRONE (*Italia*)
Claudio SACCHETTO (*Italia*) - Stanley SIEGEL (*U.S.A.*) - José 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.ilfisco.it/> E-mail: mc9423@mcclink.it

INDICE

CONTENTS

Sezione I - Dottrina

Section I - Academic Writings

- **Franco Gallo**
 - *Single market and tax regulations: tax co-ordination and its juridical aspects* 9
 - *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale* . 34
- **Carmine Rotondaro**
 - *Penal clause, confirming earnest, penalty and earnest as compensation for withdrawal in intragroups transactions: tax issues and tax planning opportunities* 59
 - *Clausola penale, caparra confirmatoria, multa o caparra penitenziale nelle transazioni intragruppo: opportunità di tax planning e problematiche fiscali* 85

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) **Legal persons income tax - Freedom of establishment - Permanent establishment - Domestic treatment to be applied according to conventional legislation - Violation of the right of establishment - It applies** (Fifth Chamber, Judgement April 29 1999, C-311/97, with note of Fabrizio Amatucci e Giancarlo Pisacane) 115
- 1B) **Imposta sul reddito delle persone giuridiche - Libertà di stabilimento - Centro di attività stabile - Trattamento nazionale applicabile in base alla normativa di fonte convenzionale - Violazione del diritto di stabilimento - Sussiste** (Sezione V, Sentenza 29 aprile 1999, C-311/97, con nota di Fabrizio Amatucci e Giancarlo Pisacane) 115
- 2A) **Companies' income tax - Permanent establishments - Double taxation agreements - Right to the application of the conventional regime - Affiliation privilege - Tax treatment of dividends from foreign sources - Net worth tax - Principle of national treatment - Discrimination - Freedom of establishment - Incompatibility - Valid** (, Judgement 21.9.1999, C- 307/97 with note of Pasquale Pistone) 131

2B) Imposta sul reddito delle persone giuridiche – Stabili organizzazioni – Convenzioni contro la doppia imposizione – Diritto all'applicazione del regime convenzionale - Privilegio di affiliazione – Trattamento fiscale dei dividendi di fonte estera – Imposta sul patrimonio netto delle società – Principio del trattamento nazionale – Discriminazione – Diritto di stabilimento - Incompatibilità – Sussiste (sent. 21.9.1999, C-307/97, con nota di Pasquale Pistone)	131
--	-----

*II – B) Altre sentenze e decisioni:
Other cases and judgements:*

1A) Income taxation – Irpeg (legal person income tax) – Non resident companies – Business profits of a permanent establishment in Italy – Deductible costs – Management expenses charged by the parent company – Are they deductible in arriving at taxable profits? – Conditions (article 22 and 23, d.p.r. 29/9/1973 No. 598; articles 19, 56 and 74, d.p.r. 29/9/1973 No. 597) (Supreme Court of Cassation, Civil Section I, Judgement July 13 – December 14 1999, with note of Gianmarco Tardella)	171
--	-----

4

1B) Imposizione sui redditi – Irpeg – Società non residenti – Redditi d'impresa della stabile organizzazione in Italia – Costi deducibili – Spese di regia addebitate dalla casa madre – Inerenza – Condizioni (artt. 22 e 23, D.P.R. 29/9/1973 n. 598; artt. 19, 56 e 74, D.P.R. 29/9/1973, n. 597) (Corte di Cassazione, Sezione I civ., Sentenza 13 luglio – 14 dicembre 1999, con nota di Gianmarco Tardella)	171
---	-----

2A) Income taxation – Business profits – Negative components – Royalties on imported goods – Are they connected to the activity? – Deductibility – Articles 75 e 76 d.p.r. December 22 1986 no. 917 (Provincial Tax Commission of Rome, Division IV, Judgement No. 65, March 5 – April 29, 1999, with note of Claudio Malgarini)	176
---	-----

2B) Imposizione sui redditi – Irpef – Redditi d'impresa – Componenti negative – Royalties su beni importati – Inerenza – Deducibilità – Artt. 75 e 76, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (Commissione Tributaria Provinciale di Roma, Sez. IV, Sent. n. 65, 5 marzo – 29 aprile 1999, con nota di Claudio Malgarini)	177
---	-----

Sezione III - Documentazione

Section III - Laws, administrative practice and other official documentation

*III – A) Italia:
Italy:*

1A) Income taxation – IRPEF (natural persons' income tax) – Non residents – independent services income – Co-ordinated and permanent collaboration – Non resident collaborators – Expense allowance – Regime in artiche 50, paragraph 8 d.p.r. De-	
---	--

	cember 22 1986, No. 917 – applicability (Ministry of Finance – Revenue Department – Central Office for Legal Business and Tax Cases – Resolution No. 20/E/III/1999/132906 of February 25 2000)	195
1B)	Imposizione sui redditi – IRPEF – Soggetti non residenti – Redditi di lavoro autonomo – Rapporti di collaborazione coordinata e continuativa – Collaboratori non residenti – Rimborsi spese – Trattamento previsto dall’art. 50, comma 8 D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 – Applicabilità (Ministero delle Finanze – Dipartimento delle Entrate – Direzione Centrale per gli affari giuridici ed il contenzioso tributario – Risoluzione N. 20/E/III/1999/132906 del 25 febbraio 2000)	195
2A)	Vat – Intra-Community operations – Residents of other Eu Member States but without a permanent establishment or tax agent in Italy – Artiche 19 d.p.r. No. 633/1972 – Not applied. Article 38-ter d.p.r. No. 633/72 and m.d. May 20 1982 – These are applied even after amendments to artiche 19 d.p.r. No. 633/72 introduced with artiche 2, paragraph 1, legislative decree No. 313/97. Reference to artiche 19 in artiche 38-ter – its function is only that of identifyng conditions of tax deductibility (Ministry of Finance – Revenue Department – Central Office for Legal Business and Tax Cases – Circular April 11 2000 No. 47/E/2000761776)	203
2B)	I.V.A. – operazioni intracomunitarie – soggetti domiciliati e residenti in altri Stati membri della Ue ma privi di stabile organizzazione e di rappresentante fiscale in Italia – art. 38-ter del D.P.R. n. 633/72 – esecuzione dei rimborsi – termini – art. 19 del D.P.R. n. 633/72 – non si applica; art. 38-ter del D.P.R. n. 633/72 e D.M. 20 maggio 1982 – si applicano anche dopo le modifiche apportate all’art. 19 del D.P.R. n. 633/72 dall’art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 313/97; richiamo all’art. 19 da parte dell’art. 38-ter – ha il solo scopo di individuare la disciplina relativa alla sussistenza delle condizioni di detraibilità dell’imposta (Ministero delle Finanze – Dipartimento delle Entrate – Direzione Centrale per gli Affari Giuridici e per il Contenzioso Tributario – Circ. N. 47/E/2000/61776 dell’11 aprile 2000)	203
3A)	Collection – Vat refunds – Issuing of guarantees in favour of the Tax Administration – Intra-Community enterprises qualified to operate in the financia sector – Conditions (article 38-bis d.p.r. no. 633/72; articles 106 and 107, legislative decree No. 385/93) (Ministry of Finance – Revenue Department – Central Office of Legal Business and Tax Cases – Circular No. 66/E/2000/132906 of 25/2/2000)	206
3B)	Riscossione – rimborsi iva – rilascio di garanzie fideiussorie in favore dell’Amministrazione finanziaria – imprese intracomunitarieabilitate ad operare nel settore finanziario – condizioni (art. 38-bis D.P.R. n. 633/72; artt. 106 e 107, D.Lgs. n. 385/93) (Ministero delle Finanze – Dipartimento delle Entrate – Direzione Centrale per gli Affari Giuridici e per il Contenzioso Tributario – Circ. N. 66/E/2000/132906 del 25 febbraio 2000)	206

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

- **Stefania Fumarola**
- *O moving head office or fiscal domicile abroad* 221
- *Sul trasferimento di sede o di residenza all'estero* 230

Sezione I - Dottrina
Section I - Academic Writings

Single market and tax regulations: tax co-ordination and its juridical aspects

Franco Gallo

Points discussed: 1) A brief introduction; 2) Globalization of the economy, tax competition and the need for co-ordination; 3) Juridical obstacles to tax harmonization; 4) Tax harmonization and the principle of non discrimination; 5) The stage we are at in the process of harmonization: the alternative of mere co-ordination and minimum taxation adopted with reference to direct taxes; 6) (continues): co-ordinating legislation in matter of company taxation; 7) (continues): co-ordinating legislation in matter of taxation of savings; 8) The feebleness of the economic grounds advanced in favour of total tax remission in respect of unearned income within the EU; 9) Directive proposal on the taxation of savings; 10) Conclusion.

9

1. A brief introduction

The single market has now come to its eighth year and the wonders that the 1988 reports of Cecchini and Padoa Schioppa put before our eyes, remain unperformed. It may be that the forecasts of the drafters of these reports were overly Euro-optimistic or that, a true single market has yet to be reached. Too many sectors need to be integrated, the necessary liberalisation is awaiting implementation, and tax impediments are still with us. One has only to consider the EMU - to give a few examples from which it will emerge that it is not only tax harmonization and co-ordination proving late - and therefore the single currency up against a scenario in which many countries have not yet started up the all-important final stage of deregulation for the telecommunications market. Consider too that it is ten years that capital has been free to circulate, but our financial services market remains a closed circuit. Not only are we lacking a European Stock exchange (a Frankfurt-London exchange might see the light) but the fences round the joint venture market have not been removed. We have no European legislation on employment, on take-over bids and on European stock companies, but even where - in banking and insurance for example - liberalisation has kicked off, protectionism and

distortions caused by competition through guarantees, tax incentives and state subsidies still get in the way. (1)

As far as tax harmonization and co-ordination are concerned, the situation appears even more thwarted. There are of course objective difficulties (as we shall later discuss) in building a single European market and there is the interference caused by nationalistic egoism in many Member States (in the 'smaller' countries rather than the 'bigger' ones), but there are also legal obstacles resulting from the inadequacy of the EU Treaty (at least as far as direct taxation is concerned) and the structural hindrance of fiscal competition induced by market globalization and the expansion of electronic commerce.

2. Globalization of the economy, tax competition and the need for co-ordination

It has become a refrain that market globalization is producing, as well as a number of positive economic effects, the unfortunate drawback that sees the base on which tax systems have been founded fail, and that is, the connection between those who benefit from public spending and the taxpayer. Well-known is the universal rule for which the citizen is to pay the taxes levied by the elected people's representatives and used to finance the expenditure from which that citizen benefits. Well then, with globalization the citizen continues to vote in his country and to enjoy therein the benefits of public spending; he can also, and this is becoming more frequent, choose the less onerous country in which to pay at least a part of his taxes through making opportune investments, carrying on productive activities and at times, fixing the place of business.(2)

In an attempt to prevent this separation between moment and place for collection and moment and place for benefiting from services, and with a view to checking the resulting fiscal haemorrhages and recovering the foreign taxpayers' shares, each State is therefore driven to adjust its tax system(3) to the new situation and, more generally, to reduce rates on the

(1) This is A. Cerretelli in *Il Sole 24 Ore* April 3 2000 writing with fully justified emphasis.

(2) This phenomenon is described in detail in the article *Globalization and tax* appearing in the *Economist*, January 29th 2000, by M. Bishop. A section of this article is dedicated to *The mystery of the vanishing taxpayer*.

(3) For example, by changing the traditional range of bases for tax.

mobile part of the taxable base, especially capital gains, unearned income and business income. What stays is the base offered by those elements which are only minimally or totally free of mobility: work, consumption, immovable property and related income. The signal being sent out in this regard on the international scene does not leave room to doubts: capital and business income has for the last ten years been taxed less and less, while taxation on earned income is registering a heavy increase.

But this state of affairs inevitably leads to the structure of any national tax system becoming regressive; as far as revenue is concerned, the system will encounter increasingly stricter limits as a consequence of the taxpayers' easy-to-envisage reaction to excessive burdens. The different States are therefore heading towards a fiscal crisis, in the sense that the time might come when governments will find it increasingly difficult to anticipate where revenue is going to come from and therefore on what resources they may rely on to finance their spending policies.(4)

This risk may be nearer than some of us think. Vito Tanzi, in his recent volume 'La pubblica spesa nel XX secolo: una prospettiva globale', states firmly that globalization necessarily compromises governments' capacity to increase revenue and his forecast for the period following 2010 is as follows: 'when the ageing of the population will require greater resources for pensions and health budgets, the effects of globalization on tax systems may produce a considerable negative impact on social protection policies'.

In the Delors report of some time ago, the above outlined tax dynamics induced by globalization are seen as noticeably responsible for the high unemployment afflicting the EU countries. From such awareness stem the EU's efforts and commitment towards harmonization or, at any rate, towards greater co-ordination and approximation of the tax policies of Member States with respect to direct taxes as well. The aim is to rise to the challenge of the new global economy by curbing damaging fiscal competition between countries, levying taxes - always reasonably - on unearned income and reducing the burden on earned income.

Despite the emphasis laid on these issues at the recent Lisbon summit, European co-ordination appears increasingly difficult and this reality is put down to jealousies among states and to doubts surrounding the notion of damaging tax competition. Moreover, as far as co-ordination is concerned, there is a question of actual contents, the question of how intensive this process should be, and that of the time needed for such co-

(4) Refer to observations by G. Muraro, *Alla ricerca della equità tributaria: dalle scritture ai problemi attuali*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1998, part I, pages 358-372.

ordination to be implemented. Co-ordination still remains an appropriate and vital objective for EU countries' tax systems and therefore, though lacking specific norms in the Treaty, an achievement in this respect is firmly hoped for even if it will mean a gradual process.

In this essay I will strictly be dealing with the juridical obstacles to the process of approximation of national legislation and addressing the relationship between tax harmonization and the fundamental anti-protectionist principle of non discrimination. Then, I shall be referring to the salient stages of this process of convergence placing particular emphasis on the directive proposal on the taxation of savings.

3. Juridical obstacles to tax harmonization

3.1. One of the objective barriers to tax harmonization is the fact that the EU Treaty provides for, or rather establishes harmonization only on indirect taxes. Express norms setting down co-ordination of direct taxes are not contemplated on account of the fact that originally, it was held that this type of tax was a tool of social policy and redistribution of income, exclusive territory, therefore, of the single Member States. It is a fact, however, that this non co-ordination causes tax competition to thrive and its non implementation may also produce the effect of allowing different tax regimes to continue in their disorganized and potentially discriminating fashion which needs to be corrected. The only way to bring about a convergence of the national legislation of the different states is to apply the Treaty's general rules which provide for approximation; and then there is the indirect route which consists in intervening on those national tax laws which may either violate the fundamental freedoms of the Treaty and the principle of non discrimination, or distort competition, or again materialise as state subsidies - with the help of the Court of Luxembourg if viable-.

But even from this point of view there are on the horizon impediments to tax co-ordination which, in the main, are based on tendencies of thought informed by the school of public choice. We shall see, later in this essay, that the general opinion is that the EU may intervene in order to remove the distorting factors that emerge with reference to direct taxes - and, particularly, to taxes on businesses - only in the presence of privileged tax regimes or of damaging preferential practices, normally available to non resident and carried out with the express purpose of attracting mobile taxable bases and productive activities.⁽⁵⁾

(5) Refer to page 20

Political consequence (in my opinion questionable) of this principle is that a generalized reduction of taxes effected by the single states not only does it not come into the tax practices to be removed by the EU by means of harmonization, but it is even viewed as desirable for the beneficial tax competition that would ensue between states and that could also act as a similarly beneficial coercive stimulus to the reduction of public spending.

3.2. Another obvious juridical hindrance to tax harmonization, still with reference to direct taxes, is the application of the rule of *unanimity*, that is, each single state's power of interdiction. Considering that in questions of tax, a decision to amend is always subject to the participating countries' approval, an objection by just one of these states is crucial as it paralyzes the harmonization process. This drawback has turned up far too often in the long history of attempts for a more incisive tax co-ordination of the national legislation of states and there can only be worse to come in this respect with the expansion of the EU to include Eastern countries.

3.3 The combined application of these two juridical constraints has meant that two projects of co-ordination recently organised by the European Commission have had to come to a halt. The first of these projects - that was going to be approved at the Helsinki summit of December 1999 - is better known as the 'pacchetto Monti'. It concerns the code of conduct and the two directive proposals, which, by the way, are somewhat minimalist, for the taxation of intra-Community interests and royalties between businesses and the taxation of savings. The second project, procrastinated every year - which, I believe will end up being put aside - concerns the definitive VAT regime. I shall dwell only on the first of these projects.

4. Tax harmonization and the principle of non discrimination

The first thing to say on this subject is that tax harmonization and co-ordination co-exist with, but do not absorb, the general principle of non discrimination and, that is, the principle which, all things being equal, prohibits - with reference to the fundamental freedoms provided for by the EU Treaty - that a foreigner and foreign products be treated for tax purposes differently to nationals and national products [see EU Treaty, articles 6 (now 12), 48 (now 39), 52 (now 43), 58 (now 48), 73 D (now 58) and 95 (now 90) and, with regard to 'arbitrary discrimination' and 'disguised restriction', art. 36 (now 30) of the same Treaty].

What is particularly important here is that, even supposing the complete approximation of the legislation of states in matter of taxes, this would not bring the principle of non discrimination to be 'deactivated', in the same way that the strict application of the same principle by the Court of Justice would not constitute an alternative to the process of harmonization and co-ordination. These last statements need to be buttressed by further arguments.

4.1. The former statement provides a negative answer to a question that interpreters have asked themselves for a long time, which is whether, in cross-border relations, tax discrimination and the ensuing distorting effects may be removed by means of a sufficient level of harmonization of the various tax systems, without having to resort to the application of the principle of non discrimination.

The negative answer to this question is easily reached and is based upon the simple fact that harmonization, though contributing to the elimination of the distorting effects afflicting the common market, is still no alternative to the principle of non discrimination, the field of application of which is different and more extensive. Harmonization of tax systems might indeed reach an advanced stage, but 'arbitrary discrimination' of a protectionist kind and 'disguised restriction' may persist or even stem from the very process of approximation. These situations can only be removed by means of strict application of the principle of non discrimination on the part of the Court of Luxembourg.⁽⁶⁾

(6) Evidence of this can be found in the regime of a tax that is now in an advanced state of harmonization, VAT, and in the tax regime of cross-border mergers and dividend distributions between parent and subsidiary companies.

As for VAT, article 2 of directive VI sets down as bases for levying this tax, importation. The Netherlands law governing VAT, perfectly in line with article 2, sets down as bases for taxation, importation. A French person bought in France a new boat off a trader, paying therefore VAT on the purchase price. This private person sells the boat purchased to a person in the Netherlands that when importing the boat paid the VAT on the purchase price. So, against the VAT paid by the Dutch purchaser no VAT was refunded to the French seller, because of his being a private person not subject to the tax. However, the French seller having paid the tax when buying the new boat and not being able to deduct what was paid because of his being the consumer, at least a part of the tax paid was incorporated in the selling price on the second-hand boat on which the VAT was collected when imported by the Dutch purchaser. Had the purchase of the boat taken place between two subjects under the same legal system and had there not been therefore a basis for taxation in the act of importation, no VAT would have needed paying with respect to this contract. Instead, in this case, because of this independent provision relating to importation as basis

4.2. The second statement answers the following question: whether, symmetrically, the application of the principle of non discrimination can on its own solve the problem of the damaging differential treatment and therefore make it possible to do without tax harmonization.

The answer to this, once again negative, is rooted in the simple fact that the prohibition to discriminate, though fundamental to European legislation, is not a perfect remedy, one that is capable of eliminating any tax-related detrimental situation pertaining to cross-border relations. Such principle, as it appears in the EU Treaty remains therefore *partial* in the sense that it concerns those cases of discrimination which are settled through potentially *heavier* taxation, in a Member State, of products and individuals belonging to other Member States, and not through *low-*

for taxation, a discrimination has arisen only for the fact that, there being importation, one of the two contracting parties - the seller - was a subject under a different legal system.

This matter was addressed by the Luxembourg Court of Justice, May 5 1982, case no. 15/81. The Court decided on discrimination inasmuch as there had been a collection by the country importing of the full VAT, without there having been a refund on the tax paid in the country of source, and therefore 'the taxation on import results as an additional tax hitting imported goods more heavily than other similar products' generating double taxation contrary to the purposes of the Treaty establishing the Communities. Consequently, the Court judged that: 'in the absence of a legislative solution, for the collection of VAT on importation due regard shall be had to article 95 (now 90) of the Treaty.' This conclusion has been re-employed in cases nos. 120/88, 199/89, 159/89.

Cases like the one considered by the Court will continue to arise until the Community VAT regime will entail collection of the tax in the country of consumption; the phenomenon should no longer present itself if and when, in the context of a definitive set-up, Community VAT will be collected in the country of source (please refer to P. Adonnino, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Stati membri secondo le norme della Cee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunit'*, in Riv. Dir. Trib. 1993, 63 ff.).

Now consider, going from VAT to other taxes, the discriminatory effect that results from the issue of the already mentioned directives for harmonization on parent-subsidiary companies and on mergers. These Community rules provide for a number of advantages only for types of companies having a special legal form (article 3 of the directive on mergers and article 2 of the parent-subsidiary directive). Other types of companies are not entitled to these advantages, though they too operate in the internal market. It should be noted in this regard that the discriminatory effect is to be considered an inevitable result of any limited Community intervention in matter of harmonization that eliminates distortions through tax breaks.

These examples show the validity of the concept we started off with, and that is, harmonization is far from being a perfect remedy, it is not a tool that can exclude having to resort to the principle of non discrimination. It is precisely this last principle which allows many detrimental cases to be eliminated and, more to the point, opposes in a way, the protectionist tendencies of Member States.

er taxation on the products and individuals in question (the so-called *reverse* discrimination), which can also create a distortion with respect to products and individuals belonging to the collecting country. With an old judgement, March 13, 1979, issued with reference to case no. 86/78, the Court considered the French law which provided for lower taxation on imported alcohol in relation to national production, as not clashing with the prohibition, laid down in article 95 (now 90).(7)

The principle of non discrimination fights therefore only those protectionist tendencies of the Member States and does not oppose measures taken by these countries to attract goods and especially investments from other Member States. The same Court of Justice has established in this respect that: 'inequalities of this kind do not fall within the field of application of article 95 (now 90), but are the consequence of the peculiarities of national legislation which is *not harmonized*, in sectors that are of competence of Member States.'

In conclusion, following the Court of Luxembourg, the principle of non discrimination does not encompass 'reverse' tax discrimination in favour of non residents to boost foreign investment. -Differently to the internal principle of equality, it is inactive towards purely internal situations: there is no obligation to treat national and foreign products equally but these same products should not be treated less favourably than national (so-called internal equality) or other foreign ones (so-called external equality).

These situations of tax competition can be remedied only by resorting to forms of tax harmonization and co-ordination which come to co-exist with the principle of non discrimination and are left exclusively to the initiative of Community institutions.(8)

If one is to prevent that tax competition which brings States to increasingly lower tax on foreign investment thus sapping the foundations

(7) Article 95 (now 90), before amendments brought in with the Treaty of Amsterdam, went as follows: 'No Member State shall impose, directly or indirectly, on the products of other Member States, any internal taxation of any kind in excess of that imposed directly or indirectly on similar domestic products.'

Furthermore, no Member State shall impose on the products of other Member States any internal taxation of such a nature as to afford indirect protection to other products. Member States shall, not later than at the beginning of the second stage, repeal or amend any provisions existing when this Treaty enters into force which conflict with the preceding rules.'

(8) On these aspects, see G. Rolle, *Mercato interno e fiscalit' diretta nel Trattato di Roma e nelle recenti iniziative della Commissione Europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, part III, 1999, page 49 and ff.

of this coexistence, we can but resort to the project of harmonization - which, I repeat, the Treaty allows but does not impose with reference to direct taxes - or to the less ambitious one of approximation of those national provisions which have a direct impact on the setting up and working of the internal market. In the section that follows I shall be addressing the attempted forms of harmonization, those that have been carried out, and the current minimum objectives of co-ordination and convergence.

5. The stage we are at in the process of harmonization: the alternative consisting in mere co-ordination and minimum taxation adopted with reference to direct taxation

5.1. It has to be said that a great effort has been made to realise a levelling also in tax matters and, at any rate, a convergence of national legislation that would bring to a single market of goods, persons, services and capital. However, it was earlier underlined that these efforts have yielded excellent results with reference to indirect taxes, whereas for direct taxes the results are far less positive. The brief historical excursus will serve to clearly illustrate this point.

As regards indirect taxes, a great boost towards the setting up of a common market was given by provisions to that effect as in articles 95 and 99 of the Treaty of Rome (now articles 90-93 following the numbering of the Treaty of Amsterdam) setting as objectives the abolition of customs duties and of measure with equivalent effect; the fixing of a common customs tariff; the elimination of collections of a discriminatory nature and, most of all, directed towards the harmonization of legislation related to the turnover tax, excise duties and other indirect taxes.

So, as far as the excise duty is concerned, the Commission has proceeded with harmonization, pinpointing the goods subject to this duty, the taxable base and rate differentials, and setting down procedures for checking and collecting the duty.

With respect to harmonization of the turnover tax, the objective was pursued towards the end of the 60s, with the setting up of VAT; the main purpose was to establish a collection regardless of the continuous cycle and, in particular, regardless of the number of transfers the goods are subject to before their introduction into the final stage of consumption. The VAT regime in the last thirty years has undergone substantial alterations directed towards a uniform regime of the essential elements of this tax. Lastly, we have witnessed the knocking down of not only fiscal barriers, but also physical ones, that is, customs have been eliminated at in-

tra-Community level; this pulling down will need to be accompanied by an amendment to the fundamental principle of VAT, that from taxation in the receiving country is to change over to taxation in the country of source of goods and services. We have already stated that implementation of this principle is postponed every year.

Things have been moving at a definitely slower pace with the convergence in the sector of direct taxation: little has been done and it is thought that little can be concluded in the short term with respect to company profits, and it is hoped that something might be done about the taxation of savings with the directive proposal on taxation of interest received by non residents, a subject I shall be going into more deeply later in this essay.

It has already been stated that the lower degree of harmonization reached in this sector is for the main part due to the juridical impediment constituted by the lack, within the EU Treaty, of express norms to this effect, similar to those related to indirect taxation. A pretext for co-ordination (if not for harmonization) had to be found in provisions of a more general character such as article 3, letter h) of the Treaty which provides for: 'the approximation of national legislation in the measure necessary to the working of the common market'; articles 100 and 100 A (now articles 94 and 95) which provide for the competence of the Council in taking a unanimous decision on directives for the approximation of national legislative systems having a direct impact on the setting up and working of the common market; article 101 (now article 96), concerning the elimination of differences deriving from internal provisions that distort competition; lastly, article 220 (now 293) regarding the elimination of double taxation in international relations.

On this juridical basis - and with a view to removing those tax hurdles in the way of the co-operation between enterprises located in different Member States and with a view to increasing competitiveness - some important directives or conventions have been adopted. Those, for example, concerning the elimination of double taxation on dividends between parent and subsidiary companies; the taxation of extraordinary intra-Community operations, and the elimination of double taxation following profit adjustments between associated enterprises. Further measures are *in itinere*, such as the one concerning a common system of taxation applicable on payments of interests and royalties between parents and subsidiaries situated in different Member States. Others still, though extremely important, such as those concerning the harmonization of taxable bases and of taxation systems of companies and shareholders, have either been put aside for the moment or are in the progress of being researched. In order to partially counteract those impediments which I mentioned earlier, the current

prevailing approach is one which tends to increasingly abandon the objective of complete harmonization, to embrace, instead, a minimal level of uniformity in the determination of the taxable base and rate differentials on company profits. This orientation is without doubt the result of the Member States' well-known fierce resistance to simply handing over its tax jurisdiction to Community bodies. But this orientation also confirms the willingness to somehow remedy this situation of tax distortion, which is, after all, the least that can be done on a tax level, considering that eleven countries out of fifteen have already reached the intermediate objective, not less difficult to obtain, of creating the EMU.

5.2 It cannot after all be denied that, though very difficult to attain, this approximation of domestic legislative systems in the sector of direct taxation needs to be pursued.

First of all, when we addressed market globalization we considered that the mobility of productive factors brings about, in the majority of cases, harmful tax competition: a tax incentive granted by a state (in other words, the introduction of a withholding not previously provided for) and the same widespread reduction of rates may, in the very short term, cause a considerable amount of productive and financial investment to be shifted; an event which greatly damages the finance of the country left behind. This state of affairs is made even worse by the fact that round these countries there are satellites rotating that enjoy a privileged tax regime, so the Member State becomes a vehicle for the passage of the taxable base into more favourable states. Therefore, the issue arises as to how to check that the rules of the game are being respected on the part of the countries participating in the process of integration, without, however, intervening for the moment on their sovereignty in direct taxation.

Secondly, with respect to the principle of non discrimination, it was highlighted that opportunities for obtaining a tax saving may materialize when using those same harmonising instruments of Community legislation, appositely introduced for integration purposes. In other words, the craftier of taxpayers could attain a tax advantage which would otherwise not be due, precisely through those measures of Community legislation introduced to assist integration between states. And this is why one needs to make sure that these fiscal tools of integration are not being used to carry out what is defined as directive and treaty shopping.

The European Union has become deeply aware of both issues highlighted and has been pragmatic in letting go for the moment of harmonization and falling back on initiative directed towards assisting the simpler process of convergence, as was stated earlier in this essay. In particular, as far as the abuse of Community instruments is concerned, special anti-avoidance claus-

es have been provided for within the same measures adopted. This has happened with the parent-subsidiary directive and with operations of company reorganization. On the subject of tax competition, the Ecofin Council, held on December 1st 1997, launched a more complex programme for opposing distortion to both financial and productive investments, as part of a new phase of Community action inspired by a 'global approach' to fiscal matters outlined in the document of March 20, 1996 and submitted by Commissioner Monti to the informal Ecofin Council of Verona. Let us take a look at the more interesting aspects of this programme.

6. (continues) Co-ordinating legislation in matter of company taxation

As far as investing in production is concerned, the Council's resolution, December 1st 1997, establishes a code of conduct for the so-called *business taxation*, aimed at Member States and having the character of an atypical act not legally binding, in some respects similar to a recommendation. According to the code of conduct, no new tax measure shall be introduced in favour of non residents, where said measures have a considerable impact on the localisation of productive activities within the European Union and, therefore, should they constitute unfair and harmful competition. Similarly, by a fixed date, current measures of this kind will need to be dismantled. In other words, it is an initiative aimed at removing that distortion originating not with discriminatory and protectionist provisions - which hinder certain types of investments and cross-border operations and which can be partly removed by referring to the Court of Justice - but with the current privileged regimes the purpose and effects of which are, conversely, those of attracting other Member States' investments.⁽⁹⁾ Differently to the Ruding report, this initiative attempts to remedy harmful effects not by fixing a minimum tax rate (30%) but by suggesting to Member States a line of conduct that should translate into an effort to remove only specific 'potentially harmful' measures, (harmful when compared to the general level of business taxation in the Member State, of course) not the widespread regimes of tax abatement.

The work on the code of conduct was performed by the Commission presided over by play master general Dawn Primarolo and though the

(9) It is not by chance that the code of conduct was swiftly followed - only after a few months - by an OECD recommendation on harmful tax competition, April 9th 1998.

conclusions reached are not definitive, great strides forward have been made.⁽¹⁰⁾ It should be noted, however, that a satisfactory compromise that would identify the cases of unfair and harmful tax competition for their elimination and prohibition, would only be a small step towards the elimination of the tax barriers to a single market and it would certainly not completely eradicate harmful tax competition. The current efforts towards co-ordination are of their very nature and also, for the will of the promoters, of limited application, since the 15 different ways of taxing company profits still remain a problem.

Though every effort is made to try and justify this diversity in the name of an open market, I have some difficulty in seeing how this may represent a beneficial element of competition - as some others do - and not an obstacle to integration.⁽¹¹⁾ If a justification for full tax competition is to be found at all then it would have to be inspired by the theoretical viewpoint of the School of public choice and it would be one resting on the very general level of fiscal policy, and not tax policy. Full tax competition would be seen as an indirect instrument of 'coercion' that state apparatuses would use to carry out alternative policies for reducing public spending. And this is tantamount to saying that tax competition should serve more to 'asphyxiate' the different states on the revenue front and therefore to compel them to increase privatisation and reduce the area of Welfare, and what's more, within the fortuitous and erratic limits induced by the market, i.e. by the game of competition.⁽¹²⁾ Beyond such hypothesis - that undoubtedly has its weight but, at the same time is more strictly political/ideological with its heavy anti-state-control connotations - it cannot be denied that in an economically integrated area

(10) The report by the task force was handed to the Ecofin Council on November 1999 and made public, but ministers have not examined it yet since it is strictly linked to the advancement of the other two 'elements' of the 'pacchetto Monti'.

(11) This thesis has recently been put forward with respect to business profits in a number of contexts and has also been the object of recent discussion by the Confederation of Dutch industries in a fiercely critical pamphlet written by A. Timmermans, J. Klaver and H. Vording (*No tax harmonization, why a single tax system is harmful to EU-members*, UNO-NCW, November 1999).

(12) The reduction of public spending that the application of the perverse cycle of globalization-tax competition renders inevitable, and the absence of fiscal co-ordination, leave parliaments with little room to make political choices for a better Welfare system. Therefore, a clash with the very principle of democracy arises: the inefficiency that states may experience can be identified and overcome not by relying on the market, but by using the constitutional instruments set up for that purpose.

which has a single currency and is looking towards political union, the enormous differences in business taxation represent, at any rate, a similarly significant cost for the European productive system, a cost which is the result for not fully exploiting the possibilities offered by integration. How can it be, I ask myself, that such differences, purely on account of their being common, are seen as consistent with markets working efficiently and therefore as not producing serious distortion in the localization of businesses or higher administration costs? Even if one was to apply the code of conduct in the most rigorous of ways, it will not be easy to prevent negative competition from happening, competition which is based (also) on general regimes of low taxation - such as the ones announced by Ireland - to be applied to residents and non residents alike.

All this points to a need to further develop, I would suggest almost in objective and economic terms, the concept of harmful tax competition - which, according to value judgements that are debatable, the code of conduct seems only to consider with reference to single legislative hypotheses - to reach by degrees a definition that will also take into account competition caused by national systems in general. I am fully aware that it is not an easy task dealing with all fifteen states together, but perhaps one should at least recognise that the problem does exist and lay the foundations for a solution. It is no good denying it and giving 'political' definitions of harmful competition or hiding behind ultra liberalist ideologies.

I believe that a remarkable attempt at co-ordination in this sense, going beyond the code of conduct without undermining the sovereignty of Member States, is the one recently proposed by the Italian government and based on the adoption of a sort of single fiscal statute for businesses. This proposal - that countries like Great Britain seem very interested in - should not, initially, simply exclude the competitiveness between national systems with regard to rates, and neither should it point exclusively on the general harmonization of taxable bases. The adoption of such a proposal could however allow more European-oriented businesses to leave, if they so desire, the national regime and observe the common rules for the determination of company profits set down in a European tax statute. It would mean, in other words, reasoning along the lines of a common European regime co-existing with national systems and leaving companies to choose between the national regime and the European one in the determination of the taxable base, provided that tax rates would be the ones fixed by the state of residence. It may seem no great achievement applying this proposal only to those global players, that is, international companies with branches and subsidiaries, but it is nonetheless a big step towards integration, a step that may begin to pave the way for closer co-ordination induced by the evolution, on a political level, of the European Union.

7. Co-ordinating legislation in matter of taxation of savings

As for the Council's programme for financial investments, with particular emphasis on interest taxation, there were more opportunities that would lead to a directive. These aspects need therefore to be looked at closely.

7.1 Facing the impasse of the harmonization process as shown by national legislative systems with respect to taxation of savings, the different states reacted, in the main, almost instinctively and initiated a fierce tax competition.

The first step was to abandon the rule of the all-inclusiveness - and therefore of the progressiveness - of personal taxation and apply proportional substitute taxes on unearned income and capital gains. The second was the reduction of interests and capital gains received by non residents. In Italy, this last measure was approved - on interests of all kinds and capital gains received by residents of countries where there is in force a convention for the exchange of information - through the unilateral regime of relief as contained in the legislative decree no. 239, 1996 and in article 5 of the legislative decree no. 461, 1997.

Exemption for non residents adopted in the 'source' countries has emerged as a forced reaction, a necessary antidote to obviate the inconveniences posed by globalization and by the movement of capital. It is evident that this mobility allows - at least theoretically - investors to escape being taxed in their country of residence by emigrating towards countries with low or non-existent taxation and inevitably this leads the 'source' country, residence of the issuer, to give up taxation on the non resident investor in order not to lose the advantage of an influx of serious capital. Empirical evidence has indeed shown that non resident taxation would be transferred to the resident issuer. If international investors were taxed, they would expect from the issuer higher income that would also take into account the withholding tax.

7.2 From what has been said, it should emerge clearly that in a same EU country two different regimes for unearned income may exist side by side: taxation which is usually (dividend tax), on residents and total tax remission for non residents. The ensuing effect, as already underlined, can only be that of stimulating the export of capital abroad which is in most cases carried out through mechanisms and escamotages guaranteeing tax remission in the country of residence as well as in that of 'source' (I am thinking of financial investments by Community parent-subsubsidiary type companies).

At any rate, tax competition conducted through setting up tax abatement regimes for non residents brings without doubt negative effects on national investors who see themselves as being subjected to reverse discrimination without being protected - as already mentioned - by the principle of non discrimination. They will therefore tend to take their capital abroad not only by using the classic anti-avoidance mechanisms, but also by transferring fictitiously their residence in countries where resident taxation is milder or even by withholding altogether information concerning income obtained abroad and violating norms on control.

8. The febleness of the economic grounds advanced in favour of total tax remission on unearned income within the EU

8.1 With reference to the drawbacks reported above, the EU has seen the need for a definitive decision on whether there should be total tax remission on unearned income received by non residents or just reduced taxation. The Commission has taken its decision in this last sense renouncing complete harmonization - and therefore relinquishing the original 1989 proposal consisting in subjecting to tax residents and non residents alike - and proposing with the so-called 'pacchetto Monti' of Autumn 1997, a 20% European withholding on interests received only by non residents, citizens of other Member States and alternatively, ordinary taxation in the country of residence effected through the exchange of information system.

24

This proposal, assimilated by means of a 1998 directive proposal and based on the so-called coexistence model, is in my view correct and - except for some reservations I will later be discussing - preferable to those aimed at extreme liberalisation and competition hence on total tax abatement. The application of a withholding (article 8 of the directive proposal) would have the positive effect of levelling at a minimum rate taxation on interests received by non resident natural persons, which would put a stop to the heavily discriminatory tax competition between states, founded upon exemption of non residents, and, at the same time, interest received by residents would still be taxed, though at a reduced rate.

In case of exchange of information (article 7 of the directive proposal) taxation would equally arise at the level fixed by the state in which the recipient has residence, without however interposing the issuing state, thus referring the tax treatment of the investment abroad to that of the investment in the country of residence.

A further advantage of the directive proposal is possibly the fact that, in case of application of a withholding, with a relatively low rate

on interests certain obstacles might prevent capital leaving the EU borders and, in many cases, capital could even be attracted in the EU (at least, capital from those extra-European states that tax unearned income more heavily). It should be noted here that in those extra-European countries that are not tax havens, the taxation of unearned income, though moderate, is often above or equivalent to the 15-20% that is supposed to be applied in EU countries. Consequently, in the absence of world-wide co-ordination, the EU countries might experience tax competition which is favourable when compared with extra-Community countries and, in this context, oppositions to integration centring on the inconvenience of having co-ordination only limited to the single European states might be overcome. It would at any rate be better to fix the rate under 20%, seen that a number of countries already tax interest received by residents at rates around 15% - lower than the 20% for non residents appearing in the directive proposal - and also considering that, in these cases, the difference in treatment that would ensue could amount to a case of 'disguised restriction' or 'arbitrary discrimination' under paragraph 3 of article 73 D, (now article 58) EU Treaty, going against the non resident that would be subjected to the higher rate.⁽¹³⁾

8.2 After all, choosing total tax abatement of capital is not to be recommended also from a point of view of fiscal policy. It would not only worsen the current fierce discrimination against employment (especially the less qualified type that cannot be made to emigrate) and real estate in favour of capital. It would also require - at least following Kaldor's thesis - that in place of taxation of savings there be introduced a progressive tax on expenses that is indeed difficult to carry through at Community level, because it would also require - always to Kaldor's mind - a general means tax (more precisely, taxation on net assets), and a special tax on capital gains, as well as a robust inheritance tax. Thus, a system difficult to apply would be produced, one the heaviness of which has long been noted inasmuch as attempts to actually implement Kaldor's theses have failed.

Recent proposals aiming at a reduction of taxation on capital - put forward both in Italy and in some of the smaller EU states - do not

(13) According to the principle of proportionality, the discriminatory nature of the withholding should find a justification in the need to guarantee tax control (on this point, see the comment to the judgement ECJ 20/2/1979, *Rewe*, case 120/78 in *Raccolta*, 1979, I, 649, better known by *Cassis de Dijon*).

appear convincing for the following, further observations brought to us by the current heated debate which I shall try and sum up in a few words.

The starting point cannot come from a technical criticism to a minimalist proposal, such as that of the 'Monti package' - as we have seen, simply aimed at fixing a common rule to reduce, in the EU, income tax avoidance from cross-border investment in savings - just to end up demolishing the fundamental pillars of Western tax systems with the counterproposal of abolishing tax on capital and introducing a general tax on expenditure.

This abandoning of the taxation model of income earned for a different model based on the taxation of income consumed is founded on the idea that today's savings will be tomorrow's consumption and what enjoys tax remission today will be taxed in the future. I do not deny that exemption on savings leads to greater resources being available for investment, which means that the more that is invested, the more likely it is that there will be growth. But these positive effects would come about only if the following factors are in place, hypotheses that empirical evidence shows us to be, for the most part, difficult to verify. In order for there to be positive effects on the growth rate, exemption on savings would have to operate, in theory, in a perfectly efficient context of financial markets where the person with the capital consumes all of his income without leaving it in inheritance and where this capital is 'located' in the same place as it was formed.⁽¹⁴⁾

26

After all, it was earlier pointed out that tax reduction alone is usually not enough to determine the localisation of financial centres, which instead finds its *raison d'être* in the availability of infrastructures, efficiency of the public authority, in human capital, in the mobility of the work market, in know how, in the high rates of innovation that enrich certain European areas and, most of all, in the existence of the banking secret which is possibly the main element of the competitiveness of a well-functioning system.

Instead, reasons of equity justify the taxation of unearned income: the need to prevent excessive concentration of wealth; the awareness of the unsuppressable role played by taxes on income and means (and not by those on consumption) for carrying out policies of wealth redistribution. In this respect it should suffice to mention the need, already underlined by the same EC and OECD, to re-stabilise the tax burden - which is cur-

(14) Refer to N. Acocella and V. Russo, in *Sole 24 Ore*, 29/2/00 in answer to L. Pecchi and G. Pica, *ibidem* 10/1/00.

rently on the side of capital - towards work and real estate. With particular reference to the relationship of work/capital it was noted that a reduction of the cost of use of capital as a result of tax abatement would cause the relationship to change to the detriment of work, worsening therefore the already evident imbalance in Europe. As Delors warns in his still topical white paper and as proved by the general observations introducing the directive proposals on savings - which will shortly be covered - a reduction of taxes on capital which is not accompanied by at least a proportional reduction of the tax burden on earned income would further accentuate the process whereby capital substitutes work and would not assist the strongly hoped for creation of jobs.⁽¹⁵⁾

9. Directive proposal on the taxation of savings

As we have said so far, the EC's proposal to tax at a minimum level is backed up by valid reasons of an economic and redistributive kind. It is a first positive starting point for overcoming differences in treatment with respect to unearned income.

9.1 The part of the mechanism proposed that I find difficult to be convinced by is the fact that the directive proposal concerns, in general terms, the interest received (cash) by the natural persons (resident in

27

(15) Naturally, in countries like Italy, where work is taxed even more since the galloping progressiveness of IRPEF is now limited to dependent and self-employed earned income and to dividends on shares the amount of which exceeds one billion lire, the application of the taxation regime suggested in the directive proposal should do well to be accompanied by a review of the IRPEF so that it might reduce the tax burden on earned income.

This revision should bring to a drastic reduction of brackets and IRPEF rates, supported by a well-defined allowance policy. To date the revision of this tax has mostly been directed to counterbalance distributive effects of another section of the tax reform, consequently, there has only been a small reduction of the level and number of rates and the regime for the family has only partly been re-addressed. In particular, the role of the family has been considered exclusively through the simplest of instruments, though indirect, and that is, pushing up allowance for dependency burden; allowances distinguish between spouse and other family members, and therefore this intervention cannot take into consideration, or if it does it is an imperfect tool, the possible presence of economies of scale. The most important question here - in other words, the choice of the taxable basis and the reduction of rates with elimination of certain brackets - has largely been evaded. The path left to follow can only take towards a transformation of IRPEF into an equitable tax on earned income and pensions alone.

a Member State) and not income earned from other financial products. I am not so much thinking of dividends - which are normally received after tax in the 'source' state - as I am of *coupons washing* and of remuneration on products derived thereof, on which it is difficult to apply a withholding.

Moreover, the different interests seem poorly identified as 'types' in the directive proposal which merely defines them as 'income from savings income' assimilating the OECD definition. In particular interest is defined in the following: a) income from debt-claims of any kind; b) the increase in value of debt-claims in respect of which the income, by contract, consists, wholly or partly, of that increase in value; c) income distributed by undertakings for collective investment in transferable securities within the meaning of Council Directive 85/611/EEC which invest directly or indirectly more than 50% of their assets in debt-claims or corresponding securities; d) the difference between the redemption price of units in undertakings referred to in point (c) and the issue price of those units.

Despite this punctilious list (but only seemingly so) it is still not clear what the precise connotation of interest might be, especially in relation to certain types of income that the Italian legislation tends to sometimes consider as profits. It is not plain, in other words, whether under the indicated definition, interest is only had with income from loans and mortgages not carrying a right to participate in the debtor's risk or if, as would appear to be the case in the draft, other types of non fixed income might be included in the category (income that Italian legislation would regard as profit) the amount of which is not predetermined and varies in relation to the investor's risk (see letters c and d). Particularly, the directive proposal does not seem to give, as condition to qualify as interest, what in my opinion is the element which characterises interest the most, and that is, the issuer's undertaking of the obligation to return the sum invested. In other words, there is no indication as to who is supposed to take on the risk of a loss of capital invested and as to whether the interest to take into consideration in this case should be qualified in relation to the absence of such risk in the name of the recipient.

9.2 Apart from this, what does not entirely convince me is the somewhat muddled regime through which the coexistence model might be implemented, and neither does its unlikely grounding in the taxpayer's-state-of-residence principle inspire great confidence. In particular, it does not seem to my mind that the alternative between withholding and exchange of information can actually attain the objective the proposal would for-

mally appear to set down and that is, to implement the principle of taxation of interest in the state of residence.

There is no doubt that this last principle is the one pursued by the exchange of information system. The exchange puts the state of residence in a position to know who is receiving the interest so that it may be subjected to a final tax in this last state. However - still basing our argument on the directive proposal (articles 8 and 10) - this objective should also apply for the withholding, inasmuch as it is also provided for in this draft that the recipient may claim credit in the country of residence for an amount corresponding to the withholding paid in the country to which the income is attributed (art. 10). Still following the directive proposal, in lieu of a tax credit, the recipient may directly declare his wish to be taxed in the country of residence, a request that is proved by the issuing of a certificate on the part of the authorities of this state. In other words, this means that the withholding tax should not be final on principle or carry a releasing effect with respect to the beneficial owner's tax liabilities in his country of residence; theoretically then, the regime proposed takes (advanced) assessment as its justification and not the uniform collection on unearned income.

If though, one were to consider the way in which the principle of coexistence would actually come into operation within the legislation of the single states, one immediately realizes that it will be difficult for such a mechanism to be applied and that the principle of taxation in the state of residence will in actual fact be observed only if the state of the paying agent (and that of 'source' when it coincides with that of the paying agent) has chosen the exchange of information criterion. If the withholding regime is opted for instead, the principle of taxation in the state of residence will be difficult to apply in the absence of exchange of information. Indeed, the taxpayer will have little interest or none at all in declaring himself and therefore in demanding the tax credit in the country of residence or at any rate, in being directly taxed therein, inasmuch as each state will tend to fix the internal rate on unearned income at the minimum level of the European withholding. An interest in being taxed in the state of residence might then arise only if this state were to offer the recipient a more favourable regime than the withholding and, if so, only where the recipient had no interest in withholding his identity. Except for this hypothesis then, a case which is altogether abstract as well as smacking of discrimination (the non resident would be treated less favourably than the resident) the principle of taxation in the country of the paying agent will apply and the 20% collection would become a final tax to be received in this state.

9.3 The directive proposal also seems to lack governing rules. In reading it no clear rule emerges as to how revenue should be shared between state of residence and paying agent (revenue sharing); nor is there one as to the terms whereby the taxpayer might settle his tax credit. A point that remains unclear is whether the deduction is to stay in the country in which the paying agent that pays the interest on behalf of the issuer resides or whether - as I believe it should be for the most part and which should also emerge from the fact that the withholding may be an advanced withholding tax (when the recipient claims his tax credit) - this country is to transfer what has been cashed in the country of residence. In this case, should the investor/recipient decide not to claim the tax credit, his privacy should be guaranteed through the banking secret (in those countries in which it is still in force), in the sense that the country of residence is not to be informed as to name and amount cashed in the country in which the withholding was effected and collected.

Again, the directive proposal does not give a precise definition of the paying agent:

- is a paying agent a withholding agent to all intents and purposes, and as such, under the obligation to transfer the withholding to the recipient's country of residence, with the application of the apposite penalties in case of default?

- or is the paying agent merely someone who cashes the withholding on behalf of the recipient's state of residence and in relation to whom one applies the regime proper to the tax collector and not that of the withholding agent obligated in place of the recipient?

The answer to these two questions will obviously lead to a different set of regulations on the liabilities and obligations of the 'paying subject'.

9.4 Seen the confusion created with objectives and with the means to attain those objectives and adding to this the existence of a poor regime, I feel that in order to think of the long term it is advisable to evaluate the possibility of changing the directive proposal by opting for the application of the residence criterion alone in its pure form and to its full extent: which is tantamount to saying that the exchange of information alone should be adopted. The application of the residence criterion, differently to that of taxation in the paying agent's country or in that of source would not pose any problem from an allocation point of view, that is, a problem of where to invest for more favourable tax conditions. More specifically, by opting for the criterion of residence, the taxpayer would not have to compare his debt from being subjected to the withholding with the one he would be owing in the country of residence by declaring the interest. Neither should the different states worry about maintaining

a certain balance and a certain similarity in the rates of the withholding applied to non residents and the tax applied to residents. In short, the trade off between national autonomy and economic efficiency could be considered satisfactory: the single countries could set down their rates at the desired level and still, the principle of capital export neutrality and that of productive efficiency would be respected internationally. To reach this goal, however, the adoption of a criterion should consider only the exchange of information, possibly on a worldwide scale and by abandoning the European withholding. (16) At any rate, the application of the exchange of information should be effectively guaranteed and its adoption should be realized under reciprocal conditions and, of course, after renouncing the banking secret by those few states in which it is still in force.

Should one enter in this scheme of things, one can hope that the different Member States may reach a satisfactory agreement for the long term on the adoption of more suited and time-saving data communication mechanisms as well as on a Community structure governed by an efficient system for control.

In the short term, instead, the solution still looks muddled and apart from journalistic writing on Britain's persistent intransigence, there is no more accurate information on how negotiations are developing. Seen the difficulties surrounding the adoption of the exchange of information criterion in the short term, the optimal solution - Great Britain permitting - could lie in the introduction of the criterion of coexistence while one awaits countries that are 'fond of' the idea of a European withholding to decide to abandon it together with the banking secret. All this is even more justified if one considers that these problems also exist with reference to countries such as Switzerland, not part of the European Union: should these countries not intend to yield with respect to the protection of the banking secret, they would then constitute a natural enclave for savings seeking anonymity, should the exchange of information be opted for immediately. It is evident then that the 'external dimension' of the taxation of savings becomes fatally an element weighing upon decisions to come to the EU on the taxation of savings.

(16) Moreover, the application of the withholding could be seen as incompatible with the non discrimination principle in all those cases in where it is a final tax and more onerous than taxing the interest in the country of residence: the non resident being levied the final tax would be discriminated against while the resident would benefit from being taxed less.

10. Conclusion

To conclude this discussion, one should reiterate the objective difficulty of realising an approximation of tax systems for direct taxation in the short to medium term when Europe's set-up is still that of a mere alliance of states. Seen the current situation of 'integration without a destination', it is difficult to have homogenous tax systems and, at any rate, for them to be harmonised without there being a well-defined political organization to be responsible for it. Consequently, it seems reasonable for the Council to pursue a more modest objective in this phase: intervening, with respect to the taxation of companies, with simple acts of common policy not legally binding as is the code of conduct and, with regard to the taxation of savings, with a directive that would set down a minimum level of taxation (and, to supply an option, one that would also allow the application of the regime of the country of residence).

It might be banal or excessively utopian, but it does seem that in the long term scheme of things the difficulties experienced with approximation may one day be overcome only if tax integration is linked to the suppression of the unanimity principle and if greater political integration is achieved along the lines of federal states, with the ensuing attribution of 'substantial' powers to the European Government and Parliament. Should this happen it may not follow that all the differences linked to the tax burden of each state will necessarily have to be removed, if a uniform tax system is to be created or that harmonization will be the only instrument for approximation to be realized. Mere co-ordination might achieve this or the fixing of common minimum rates might bring this about or, even, establishing one or a few European federal taxes might be a solution. The best remedy will depend on what stage the institutional development of the EU finds itself at and on the capacity of the single Member States to conform to the future Community tax system. In the long journey from pre-federal State (or, should it be preferred, from federation-in-progress) to a proper federal State, the systems involved in the negative and positive integration process will more than likely proceed at their own pace, however, all will respect the fundamental principles of subsidiarity and proportionality. The same goes for the following two general rules: Community law overriding the legislation of the single Member States (when subsidiarity is not applicable) and direct application of this right with respect to the public administration and to the Member States' nationals. In this context, the future European tax model will be the finishing line of a gradual process of approximation, not capable of being unhooked from the federal-type set-up the EU will be given. This model might also consider establishing a Federal European tax

of a direct kind to be added to VAT and to finance, even partially, federal expenditure. For example, a tax might be developed that would be determined according to a European tax statute for companies, along the lines of a European corporation tax on consolidated profits to pay in the parent company's state.

But precisely because we are dealing with a federal-type tax system, it is not necessary that state taxes that exist along with the federal tax be absolutely harmonised in the same way that it is not strictly necessary to have regional and local taxes harmonised, especially if they will increasingly be based on the benefit principle. Taxes of this type will continue to be determined freely, according to the different levels of autonomy, by each State, region and local authority and will also be able to form part of reasonable tax competition (especially on the level of rates) according to the traditional schemes of fiscal federalism. Taxes will be co-ordinated by the federal Government and by the European Parliament only when differences of regime interfere on the level of common macroeconomic policies and clash with the fundamental principles of the European federal state. Which, though not throwing into confusion the tax systems of the single states, should imply that it is at least necessary to give the Treaty another look or rather, to insert in a future European Constitution a reference to the principle of financial autonomy and, alongside this, the attribution to the federal state of a co-ordinating power that might find its justification not just in putting a stop to distortive practices, as it does now - but in the essential role aimed at decentralization and at connecting powers on a number of levels.

The how and the when of this enterprise is part of our uncertain and unfathomable Future.

Franco Gallo

Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale

di Franco Gallo

1. Breve premessa

Il mercato unico ha ormai compiuto otto anni e le meraviglie che ci avevano fatto balenare nel 1988 il rapporto Cecchini e quello Padoa Schioppa non si sono ancora viste. Forse perché le previsioni degli estensori dei due rapporti erano eccessivamente euro-ottimistiche o, forse, perché in realtà il mercato davvero unico non ha ancora visto la luce. Troppe integrazioni settoriali, troppe liberalizzazioni necessarie mancano all'appello, troppi ostacoli fiscali persistono. Basti pensare – solo per fare alcuni esempi e per dare il senso che il processo di armonizzazione e coordinamento fiscale non è l'unico ad essere in ritardo – che, pur avendo creato ormai l'UEM e quindi una moneta unica, molti paesi non hanno ancora dato l'avvio all'ultimo importante stadio della liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni e che, a fronte di ormai dieci anni di libertà di movimento di capitali, abbiamo un mercato dei servizi finanziari ancora fortemente chiuso. Non solo non c'è una borsa europea (ci sarà però, forse, una borsa Francoforte-Londra), ma nemmeno sono stati abbattuti gli steccati nel mercato del *venture capital*. Non solo non c'è ancora una normativa europea sul collocamento, sull'OPA e sulla società (europea) di capitali, ma anche laddove – come nei settori delle banche e delle assicurazioni – la liberalizzazione è partita, essa è ostacolata spesso da protezionismi e distorsioni di concorrenza prodotti per lo più da garanzie, incentivi (fiscali o meno) e sovvenzioni pubbliche (1).

In materia di armonizzazione e coordinamento fiscale la situazione si presenta ancora più difficile perché, come vedremo, alle oggettive difficoltà di costruzione di un mercato unico europeo ed al fraporsi di egoismi nazionalistici di molti paesi membri (specie i paesi "piccoli" rispetto ai "grandi") si accompagnano sia gli ostacoli giuridici derivanti, almeno per il settore delle imposte dirette, dalla inadeguatezza del Trattato UE sia il dato strutturale della competizione fiscale indotta dalla globalizzazione dei mercati e dall'espansione del commercio elettronico.

(1) Così si esprime con giusta enfasi A. Cerretelli in *Il Sole 24 Ore* del 3 aprile 2000.

2. Globalizzazione dell'economia, competizione fiscale ed esigenza di coordinamento

È divenuta ormai un *refrain* la constatazione che la globalizzazione dei mercati sta producendo, insieme ai tanti effetti economici positivi, anche quello negativo di far cadere il presupposto su cui si sono fondati finora gli ordinamenti fiscali: quello della coincidenza tra chi fruisce della spesa pubblica ed il contribuente. È nota la regola generale secondo cui il cittadino deve pagare i tributi che i rappresentanti popolari da lui eletti imporranno per finanziare la spesa di cui si avvantaggia. Orbene, con la globalizzazione il cittadino continua a votare nel paese di appartenenza e a godere in esso dei benefici della spesa pubblica, ma può in casi sempre più frequenti scegliere il paese meno esoso dove pagare almeno una parte dei tributi attraverso una opportuna localizzazione degli investimenti finanziari, delle attività produttive e, a volte, anche della propria sede di lavoro (2).

Nel tentativo di evitare questa divaricazione tra momento e luogo del prelievo e momento e luogo della fruizione dei servizi, di arginare le conseguenti emorragie fiscali e di riconquistare quote di contribuenti esteri, ogni stato è perciò spinto ad adeguare alla nuova situazione il proprio sistema fiscale (3) e, comunque, ad abbassare le aliquote sulla parte mobile della materia imponibile, soprattutto plusvalenze, rendite finanziarie e reddito d'impresa. Rimane ad esso solo l'imponibile offerto dai fattori poco o niente affatto mobili: il lavoro, i consumi, i redditi e patrimoni immobiliari. Il segnale che al riguardo proviene dalla scena mondiale non lascia adito a dubbi: la tassazione del capitale e del reddito d'impresa nell'ultimo decennio è fortemente diminuita, mentre la tassazione del lavoro è fortemente aumentata.

Ponendosi su questa strada ogni sistema tributario nazionale tende però a diventare regressivo nella sua struttura e, quanto al gettito, incontrerà sempre più severi limiti nella prevedibile reazione dei contribuenti verso gravami eccessivi. Si va così inevitabilmente incontro ad una crisi fiscale degli stati nel senso che potrebbe arrivare un giorno in cui sarà sempre più difficile da parte dei governi prevedere esattamente quanti e quali siano le proprie entrate e, quindi, su quali e quante risorse essi possono contare per finanziare le politiche della spesa (4).

(2) Questo fenomeno è ben descritto nell'inserto dell'*Economist* January 29th 2000, a cura di M. Bishop e dedicato a *Globalization and tax*, un cui paragrafo è appunto dedicato a *The mystery of the vanishing tax payer*.

(3) Ad esempio, cambiando la gamma tradizionale dei presupposti di imposta su cui finora essi sono stati costruiti.

(4) Su questo punto si rinvia alle riflessioni di G. Muraro, *Alla ricerca dell'equità tributaria: dalle scritture ai problemi attuali*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1998, parte I, pag. 358-372.

Questo rischio potrebbe non essere lontano. Vito Tanzi, nel suo recente volume "La pubblica spesa nel XX secolo: una prospettiva globale", sottolinea che la globalizzazione compromette inevitabilmente la capacità dei governi di aumentare le entrate e prevede che dopo il 2010 "quando l'invecchiamento della popolazione richiederà maggiori risorse per pensioni e spese sanitarie, gli effetti della globalizzazione sui sistemi fiscali potrebbero avere un forte impatto negativo sulle politiche di protezione sociale".

È alla descritta dinamica tributaria indotta dal processo di globalizzazione che il rapporto Delors ha attribuito in passato parte significativa delle responsabilità per l'alta disoccupazione presente nei paesi dell'UE. Ed è anche da tale consapevolezza che è nato lo sforzo della stessa per una armonizzazione o, quanto meno, per un maggiore coordinamento e ravvicinamento delle politiche tributarie dei paesi membri anche in tema di imposte dirette. L'obiettivo è quello di raccogliere la sfida della nuova economia globale frenando la competizione fiscale dannosa in atto tra stati, applicando imposte, seppur moderate, sulle rendite e sulle plusvalenze finanziarie e riducendo l'onere sul lavoro.

Nonostante l'enfasi posta su questi temi dal recente vertice di Lisbona, il coordinamento europeo si presenta però sempre più difficile per le gelosie fra stati e, in particolare, per i dubbi connessi alla nozione di concorrenza fiscale dannosa e ai contenuti, all'intensità ed ai tempi che esso coordinamento dovrebbe avere; rimane tuttavia un obiettivo appropriato e vitale per gli ordinamenti fiscali dei paesi partecipanti all'Unione Europea, di cui, anche in mancanza di specifiche norme del Trattato, va auspicato il raggiungimento sia pure in termini di gradualità.

In questo saggio mi limiterò a dare conto degli ostacoli d'ordine giuridico al processo di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, ad evidenziare i rapporti che intercorrono tra armonizzazione fiscale e il fondamentale principio antiprotezionistico di non discriminazione e a ricordare le tappe salienti del processo di convergenza con particolare riguardo allo schema di direttiva sulla tassazione del risparmio.

3. Gli ostacoli giuridici all'armonizzazione fiscale

3.1. Appartiene al novero degli ostacoli, diciamo così, oggettivi all'armonizzazione fiscale il vincolo giuridico costituito dal fatto che il Trattato dell'UE prevede o, meglio, impone l'armonizzazione solo per le imposte indirette. La mancanza di norme espresse che prescrivono il coordinamento delle imposte dirette trova la sua base nella originaria convinzione che tali imposte costituiscono uno strumento di politica sociale e

di redistribuzione del reddito che compete esclusivamente ai singoli Paesi membri. Sta di fatto, però, che il mancato coordinamento esalta la competizione fiscale e può produrre la sopravvivenza di regimi fiscali differenziati, caratterizzati da una disorganicità e da una potenzialità discriminatoria alle quali si deve in qualche modo porre rimedio nei limiti dell'indispensabile. L'unica via, allo stato, per realizzare una convergenza delle singole legislazioni nazionali rimane dunque quella di fare applicazione delle norme generali del Trattato che prevedono il ravvicinamento delle legislazioni nazionali e quella, obliqua, di intervenire - con il concorso anche della Corte di Lussemburgo se attivabile - su quelle leggi fiscali dei singoli stati che o violano le libertà fondamentali del Trattato e il generale principio di non discriminazione o sono appunto distorsive della concorrenza o, ancora, si risolvono specificamente in aiuti di stato.

Ma anche ponendosi in questa ottica si profilano ugualmente ostacoli al coordinamento fiscale, che si rifanno per lo più a correnti di pensiero ispirate alla scuola di *public choice*. Vedremo infatti più avanti che è opinione attualmente prevalente che l'UE è legittimata ad intervenire per rimuovere i fattori distorsivi in materia di imposte dirette - e, in particolare, di imposte sulle imprese - solo in presenza di regimi fiscali privilegiati o di specifiche pratiche preferenziali dannose, solitamente disposte a favore dei non residenti e messe in atto proprio per attrarre basi imponibili mobili e attività produttive (5). Corollario politico (almeno per me discutibile) di tale principio è che una riduzione generalizzata di imposte da parte dei singoli stati non solo non rientrerebbe nelle pratiche fiscali da rimuovere in sede UE attraverso processi di armonizzazione, ma sarebbe addirittura un aspetto auspicabile di una benefica competizione fiscale tra stati che potrebbe tradursi in un altrettanto benefico cogente stimolo alla riduzione della spesa pubblica.

3.2. Altro vincolo giuridico ostativo dell'armonizzazione fiscale in tema di imposte dirette è costituito, ovviamente, dall'applicazione della regola dell'*unanimità* e cioè dall'attribuzione del potere di interdizione ad ogni singolo stato. Poiché in materia fiscale le decisioni di modifica devono essere sempre approvate con il consenso di tutti i paesi partecipanti, il rifiuto di un solo stato risulta ovviamente determinante e produce la stasi del processo di armonizzazione. Questo inconveniente si è verificato troppo spesso nella ormai lunga storia dei tentativi di un più incisivo coordinamento fiscale delle legislazioni nazionali e sicuramente si aggraverà con l'allargamento dell'Unione Europea ai paesi dell'Est.

(5) V. più avanti pag. 45

3.3. L'applicazione congiunta di questi due vincoli giuridici ha decretato finora anche l'arresto dei due progetti di coordinamento portati avanti recentemente dalla Commissione Europea. Il primo - che doveva essere approvato al vertice di Helsinki del dicembre 1999 - è meglio conosciuto come "pacchetto Monti". Esso attiene al codice di condotta e alle due proposte, tra l'altro abbastanza minimaliste, di direttiva sul regime fiscale degli interessi e canoni intracomunitari tra imprese e sulla tassazione del risparmio. Il secondo progetto, che di anno in anno viene procrastinato e che - credo - finirà per essere accantonato, riguarda il regime definitivo dell'IVA. Mi intratterrò più avanti solo sul primo progetto.

4. Armonizzazione fiscale e principio di non discriminazione

Va detto in via pregiudiziale che l'armonizzazione e il coordinamento fiscale coesistono con, ma non assorbono, il generale principio di non discriminazione fiscale e cioè il principio che, a parità di situazioni, vietando con riferimento alle libertà fondamentali previste dal Trattato - il trattamento fiscale difforme dello straniero e dei prodotti stranieri rispetto ai cittadini e ai prodotti nazionali [v. artt. 6 (ora 12), 48 (ora 39), 52 (ora 43), 58 (ora 48), 73 D (ora 58) e 95 (ora 90) del Trattato UE nonché, con riguardo alla "discriminazione arbitraria" e alla "restrizione dissimulata", art. 36 (ora 30) del Trattato stesso].

Va in particolare rilevato che, anche se si ipotizzasse un completo ravvicinamento delle legislazioni nazionali in tema di tributi, ciò non comporterebbe la "disattivazione" del principio di non discriminazione, così come la puntuale applicazione di tale principio da parte della Corte di Giustizia non sarebbe alternativa al processo di armonizzazione e di coordinamento.

Queste due affermazioni vanno meglio motivate.

4.1. La prima rappresenta una risposta negativa alla seguente domanda che gli interpreti si pongono da tempo: se nei rapporti transfrontalieri le discriminazioni fiscali e i conseguenti effetti distorsivi possano essere rimossi con il solo perseguimento di un grado sufficiente di armonizzazione dei vari sistemi fiscali, senza dover far ricorso all'applicazione del principio di non discriminazione. La risposta negativa a tale quesito è agevole e si fonda sulla semplice constatazione che l'armonizzazione, pur concorrendo ad eliminare le distorsioni che ostacolano il mercato comune, non è tuttavia alternativa al principio di non discriminazione, che ha un ambito applicativo diverso e più ampio. Malgrado un avanzato stato di armonizzazione dei sistemi fiscali, può infatti accadere

che permangano o, addirittura, derivino dallo stesso processo di ravvicinamento situazioni di "discriminazione arbitraria" di natura protezionistica o di "restrizione dissimulata", che solo la puntuale applicazione del principio di non discriminazione da parte della Corte di Lussemburgo può rimuovere (6).

(6) La prova di ciò è offerta dalla disciplina di un tributo in avanzata fase di armonizzazione, come l'IVA, e dal regime fiscale delle fusioni transfrontaliere e delle distribuzioni di dividendi tra società madri e figlie comunitarie.

Quanto all'IVA, ricordo che l'art. 2 della VI direttiva prevede tra i presupposti d'imposizione del tributo l'importazione. La legge olandese che disciplina l'IVA, in perfetta aderenza al menzionato art. 2, prevede fra i presupposti d'imposizione l'importazione. È successo che un soggetto privato francese avesse acquistato in Francia una imbarcazione nuova da un imprenditore, corrispondendo quindi l'IVA sul prezzo d'acquisto. Tale soggetto privato ebbe a rivendere l'imbarcazione acquistata ad un soggetto privato in Olanda che al momento dell'importazione ha dovuto corrispondere l'IVA sul prezzo d'acquisto, essendosi con tale atto concretato, come ricordato, un presupposto d'imposizione. Senonché, a fronte dell'IVA pagata dall'acquirente olandese, non vi è stata alcuna IVA rimborsata al venditore francese, perché soggetto privato non assoggettato al tributo. Avendo però il venditore francese corrisposto il tributo al momento dell'acquisto dell'imbarcazione nuova, e non avendo potuto dedurre quanto versato a tale titolo trattandosi di soggetto consumatore, una parte almeno dell'ammontare del tributo pagato è risultata incorporata nel prezzo di rivendita dell'imbarcazione usata sul quale è stato prelevato il tributo IVA al momento dell'importazione da parte dell'acquirente olandese. Se la compravendita dell'imbarcazione usata fosse avvenuta tra due soggetti appartenenti al medesimo ordinamento giuridico e non si fosse quindi concretato il presupposto d'imposta identificato nell'atto d'importazione, nessun tributo IVA sarebbe stato corrisposto in relazione a detto contratto. Invece, nel caso di specie, a causa della previsione autonoma dell'importazione quale presupposto di imposizione, si è creata una discriminazione unicamente per il fatto che, essendovi importazione, uno dei due contraenti - in particolare il venditore - era soggetto appartenente ad un ordinamento giuridico differente da quello di appartenenza del soggetto acquirente.

Della questione si è occupata la Corte di Giustizia di Lussemburgo che, giudicando sul caso n. 15/81 con sentenza 5 maggio 1982, ha statuito sussistere la discriminazione in quanto nel caso di percezione integrale dell'IVA da parte del paese d'importazione, senza che abbia avuto luogo la restituzione dell'imposta pagata nel Paese di origine, "la tassazione alla importazione si manifesta in realtà come un onere supplementare che grava i prodotti importati più pesantemente che i prodotti similari", generando una doppia imposizione contraria alle finalità del Trattato istitutivo delle Comunità. Di conseguenza, la Corte ha deciso che "in assenza di una soluzione legislativa, la percezione dell'IVA all'importazione deve tenere conto dell'art. 95 (ora 90) del Trattato". Questa conclusione è stata ripresa nelle sentenze sui casi nn. 120/88, 199/89 e 159/89.

Fenomeni, quali quello preso in esame dalla Corte, continueranno a verificarsi finché il regime dell'IVA comunitaria sarà quello del prelievo del tributo nel Paese di consumo; il fenomeno dovrebbe annullarsi quando e se, in un assetto definitivo, l'IVA comunitaria sarà percepita nel Paese dell'origine (su questi temi rinvio a P. Adonnino, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Stati membri secondo le nor*

4.2. La seconda proposizione risponde alla seguente contigua domanda: se, simmetricamente, l'applicazione del principio di non discriminazione sia sufficiente da sola a risolvere il problema del trattamento differenziato dannoso e, quindi, consenta di fare a meno dell'armonizzazione fiscale.

La risposta, anche qui negativa, parte dalla constatazione che il divieto di discriminazione, seppur basilare nell'ordinamento comunitario, non è un rimedio perfetto che riesce ad eliminare qualsiasi situazione pregiudizievole nel settore tributario riguardo ai rapporti transfrontalieri. Così come costruito dal Trattato, tale principio è infatti *parziale* nel senso che riguarda quelle discriminazioni che si risolvono in una eventuale *maggiore* imposizione, in un Paese membro, dei prodotti e dei soggetti appartenenti ad altri Paesi membri, e non in una *minore* imposizione di tali prodotti e soggetti (la c.d. discriminazione "a rovescio"), che può creare anch'essa una distorsione nei confronti dei prodotti e soggetti appartenenti al Paese che effettua il prelievo. Con una ormai vecchia sentenza del 13 marzo 1979, resa nel caso n. 86/78, la Corte ha ritenuto infatti non essere in contrasto con il divieto dell'art. 95 (ora 90) (7) la legge francese sui monopoli dell'alcol quando prevede per gli alcoli importati una imposizione inferiore a quella che colpisce la produzione nazionale.

me della Cee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità, in Riv. Dir. Trib. 1993, 63 ss.).

Si pensi ancora, passando dall'IVA ad altre imposte, all'effetto discriminatorio derivante dall'emanazione delle ricordate direttive di armonizzazione sulle società madri-figlie e sulle fusioni. Tali norme comunitarie prevedono dei vantaggi soltanto nei confronti di taluni tipi di società aventi specifica forma giuridica (art. 3 della direttiva sulle fusioni e art. 2 della direttiva madri-figlie). Altri tipi di società sono esclusi da tali vantaggi, sebbene operino anch'esse nel mercato interno. In realtà va osservato in proposito che l'effetto discriminatorio deve essere considerato una conseguenza inevitabile di ogni limitato intervento comunitario di armonizzazione che elimini distorsioni attraverso agevolazioni.

Questi esempi dimostrano, comunque, la validità della proposizione iniziale e cioè che lo strumento dell'armonizzazione non è sicuramente un rimedio perfetto che possa escludere il ricorso al principio di non discriminazione. È anzi l'applicazione di quest'ultimo principio che consente di eliminare molti casi pregiudizievoli e, soprattutto, di combattere in qualche modo le tendenze protezionistiche degli Stati membri.

(7) L'art. 95 (ora 90) così recitava nella versione anteriore alle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam: "Nessuno Stato membro applica direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari. Inoltre, nessuno Stato membro applica ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni. Gli Stati membri aboliscono o modificano, non oltre l'inizio della seconda tappa, le disposizioni esistenti al momento dell'entrata in vigore del presente Trattato che siano contrarie alle norme che precedono".

Il principio di non discriminazione combatte, dunque, solo le tendenze protezionistiche dei Paesi membri e non si oppone alle misure che detti Paesi possono prendere per attirare beni e, soprattutto, investimenti di provenienza da altri Paesi membri. La stessa Corte di Giustizia ha statuito al riguardo che "le diseguaglianze di questo genere non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 95 (ora 90), ma derivano dalla peculiarità delle legislazioni nazionali *non armonizzate*, in settori di competenza degli Stati membri".

In conclusione, secondo la Corte di Lussemburgo il principio di non discriminazione non si estende alle discriminazioni fiscali "inverse" o "a rovescio" assunte a vantaggio di non residenti per incentivare investimenti stranieri: esso - diversamente da quello interno di uguaglianza - è indifferente alle situazioni puramente interne, non sussistendo alcun obbligo di realizzare la parità fiscale tra prodotti nazionali e stranieri, ma solo quello di non trattare questi ultimi in maniera più sfavorevole dei nazionali (la c.d. parità interna) o di altri prodotti stranieri (c.d. parità esterna).

A tali situazioni di *tax competition* può porsi rimedio solo ricorrendo a forme di armonizzazione e coordinamento fiscale, che vengono così a coesistere con il principio di non discriminazione e sono rimesse esclusivamente alla iniziativa delle istituzioni comunitarie (8).

Se si vuole evitare quella *tax competition* che porta gli Stati a detassare sempre più gli investimenti esteri e a minare le basi della coesistenza attraverso distorsioni dannose, non resta, dunque, che fare ricorso al progetto di armonizzazione - che, ripeto, il Trattato consente, ma non impone per le imposte dirette - o a quello, meno ambizioso, del mero ravvicinamento di quelle disposizioni nazionali che abbiano una incidenza diretta sull'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Delle forme di armonizzazione tentate, di quelle realizzate e degli obiettivi minimi di coordinamento e convergenza tuttora in corso darò conto nel paragrafo che segue.

5. Lo stato attuale del processo di armonizzazione: l'alternativa del mero coordinamento e della tassazione minima seguita per le imposte dirette

5.1. Non può dirsi che non siano stati fatti grandi sforzi nel passato per realizzare anche nel settore fiscale un livellamento e, comunque, una

(8) Su questi aspetti v. G. Rolle, *Mercato interno e fiscalità diretta nel Trattato di Roma e nelle recenti iniziative della Commissione Europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, parte III, 1999, pag. 49 ss.

convergenza delle legislazioni nazionali che consentissero la realizzazione di un mercato unico delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Ho però già rilevato che questi sforzi hanno dato ottimi risultati per il settore delle imposte indirette; molto meno per quello delle imposte dirette. Ciò risulta in modo agevole dal seguente sintetico *excursus* storico.

Quanto al settore delle imposte indirette, ricordo che una robusta spinta verso l'istituzione di un mercato comune è stata data dalle espresse previsioni in tal senso degli articoli da 95 a 99 del trattato di Roma (ora artt. 90-93 secondo la numerazione del trattato di Amsterdam) finalizzata all'abolizione dei dazi doganali e delle misure di effetto equivalente, all'istituzione di una tariffa doganale comune, all'eliminazione dei prelievi a carattere discriminatorio e, soprattutto, all'armonizzazione delle legislazioni relative all'imposta sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo e alle altre imposte indirette.

Così, per quanto attiene alle accise, la Commissione ha proceduto all'armonizzazione sia sotto il profilo sostanziale, attraverso l'individuazione di beni soggetti al tributo, della base imponibile e di una forbice di aliquote, sia sotto il profilo procedurale, disciplinando le modalità di controllo e di riscossione del tributo.

Relativamente all'obiettivo dell'armonizzazione dell'imposta sulla cifra d'affari, esso è stato invece perseguito attraverso l'istituzione, sul finire degli anni '60, dell'IVA, con la finalità principale di stabilire un prelievo che prescindesse dalla struttura del ciclo continuo e, in particolare, dal numero di passaggi alla produzione che il bene subiva prima di essere introdotto nella fase finale del consumo. La disciplina dell'IVA ha subito in questi trenta anni notevoli modifiche, tese soprattutto a stabilire una disciplina uniforme degli elementi essenziali del tributo. Da ultimo, si è attuato l'abbattimento delle frontiere non soltanto fiscali, ma anche fisiche nel senso dell'eliminazione delle dogane nei rapporti intracomunitari; a tale abbattimento dovrà accompagnarsi la modifica del principio fondamentale di tassazione IVA, che dalla tassazione del paese di destinazione dovrebbe passare a quella della tassazione del paese di origine dei beni e servizi. Si è già detto che l'attuazione di questo principio è, peraltro, rinviata di anno in anno.

Ad un ritmo certamente meno sostenuto si è invece operato per la convergenza nel settore dell'imposizione diretta: poco si è fatto e si pensa di fare nel breve termine per la tassazione delle imprese; qualcosa si spera di fare per la tassazione del risparmio con lo schema di direttiva sulla tassazione degli interessi percepiti da non residenti su cui ci soffermeremo diffusamente più avanti.

Si è già detto che il minor grado di armonizzazione raggiunto in tale settore è in gran parte dovuto all'ostacolo giuridico costituito dalla

manca, nell'ambito del Trattato, di norme espresse in tale senso e simili a quelle relative al settore dell'imposizione indiretta. Un appiglio per il coordinamento (se non per l'armonizzazione) si è dovuto perciò rinvenire in disposizioni di carattere più generale come, ad esempio, l'art. 3, lett. h) del Trattato, che prevede "il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune"; gli artt. 100 e 100 A (ora artt. 94 e 95), che prevedono la competenza del Consiglio a deliberare all'unanimità sulle direttive volte al ravvicinamento delle legislazioni nazionali aventi un'incidenza diretta sull'instaurazione e sul funzionamento nel mercato comune; l'art. 101 (ora art. 96), relativo alla rimozione di quelle disparità derivanti dalle disposizioni interne che falsano la concorrenza; e, infine, l'art. 220 (ora art. 293) che evidenzia l'obiettivo dell'eliminazione della doppia imposizione nei rapporti internazionali.

Su tale base giuridica - e nell'ottica sia di rimuovere gli ostacoli fiscali alla cooperazione tra imprese situate in diversi stati membri sia di aumentarne la competitività - sono state adottate alcune importanti direttive o convenzioni, come quelle relative all'eliminazione della doppia imposizione dei dividendi nei rapporti tra società madri e figlie, alla tassazione delle operazioni straordinarie intracomunitarie, nonché all'eliminazione della doppia imposizione conseguente a rettifiche degli utili tra imprese associate. Altri provvedimenti sono in itinere, quale, ad esempio, quello relativo ad un sistema comune di imposizione applicabile ai pagamenti di interessi e canoni tra società madri e società figlie situate in stati membri diversi. Altri ancora invece, pur estremamente importanti, come quelli riguardanti l'armonizzazione delle basi imponibili e dei sistemi di tassazione di società ed azionisti, risultano per il momento accantonati o sono rimasti allo stadio di ricerca. A causa degli ostacoli di cui ho già detto e per dribblarli parzialmente, sta infatti prevalendo sempre di più l'orientamento ad abbandonare l'obiettivo di una completa armonizzazione a favore di quello del raggiungimento di un livello minimo di uniformità nella determinazione della base imponibile e nella previsione, almeno, di una forbice di aliquote di imposta sugli utili societari. Questo orientamento è senza dubbio il frutto della ben nota forte resistenza degli stati membri ad abdicare *tout court* alle proprie competenze in materia fiscale a favore degli organi comunitari, ma è anche una conferma della volontà di porre rimedio, in qualche modo e in ogni caso, alle distorsioni fiscali. Il che è, del resto, il minimo che si può tentare sul piano fiscale, considerato che undici paesi su quindici già hanno raggiunto l'obiettivo intermedio, non meno arduo, di creare l'UEM.

5.2. Non può del resto negarsi che il ravvicinamento delle legislazio-

ni nazionali nel settore delle imposte dirette è divenuto anch'esso un obiettivo necessario, anche se molto difficile, da perseguire.

Innanzitutto, si è visto trattando della globalizzazione dei mercati che la mobilità dei fattori della produzione produce una concorrenza fiscale quasi sempre non benefica: un incentivo fiscale concesso da uno Stato (ovvero l'introduzione di una ritenuta precedentemente non prevista) e la stessa riduzione generalizzata di aliquote possono, infatti, comportare in tempi brevissimi lo spostamento di ingenti volumi di investimenti produttivi e finanziari che ledono fortemente la finanza del paese abbandonato. E questi effetti sono resi più gravi dal fatto che intorno a taluni stati membri ruotano stati satelliti a fiscalità agevolata, sicché lo stato membro può diventare il veicolo per far transitare base imponibile verso questi ultimi. Si pone, pertanto, la problematica di come controllare il rispetto delle regole del gioco da parte degli stati aderenti al processo di integrazione, senza toccare per ora la sovranità ad essi riservata in via di principio nel campo delle imposte dirette.

In secondo luogo, si è anche visto trattando del principio di non discriminazione che le occasioni per ottenere risparmi di imposta possono addirittura nascere dall'utilizzo degli strumenti legislativi comunitari di armonizzazione, introdotti appunto per consentire l'integrazione. In altri termini, il contribuente più scaltro potrebbe conseguire un vantaggio fiscale altrimenti non dovuto, proprio avvalendosi dei provvedimenti introdotti dalla legislazione comunitaria per favorire il processo di integrazione fra gli stati. Nasce pertanto l'esigenza di controllare, in relazione agli strumenti fiscali di integrazione, che di essi non si operi un uso distorto attraverso il c.d. *directive e treaty shopping*.

L'Unione Europea ha ormai preso coscienza di ambedue le problematiche evidenziate e le ha affrontate con pragmatismo rinunciando, almeno per ora, a raggiungere l'obiettivo massimo dell'armonizzazione e ripiegando, come si è detto, per lo più su iniziative dirette a favorire la semplice convergenza. In particolare, per quanto attiene all'abuso degli strumenti comunitari, sono state previste specifiche clausole antielusive nell'ambito degli stessi provvedimenti adottati. Ciò è avvenuto con la direttiva madre-figlia e in relazione alle operazioni di riorganizzazione societaria. Per quanto riguarda invece la concorrenza fiscale, il Consiglio ECOFIN, tenutosi il 1° dicembre 1997, ha varato un programma più complesso volto a contrastare le distorsioni agli investimenti di origine sia finanziaria che produttiva, nel quadro di una nuova fase dell'azione comunitaria ispirata ad un "approccio globale" alla fiscalità delineato dal documento del 20 marzo 1996 ~~presentato dal Commissario Monti al Consiglio informale ECOFIN di Verona~~. Esaminiamo i profili più interessanti di tale programma.

6. (segue): il coordinamento delle legislazioni in tema di tassazione delle imprese

Quanto agli investimenti alla produzione, si è stabilito, con risoluzione del Consiglio del 1 dicembre 1997, un codice di comportamento per la cosiddetta *business taxation* (il c.d. codice di condotta), rivolto agli stati membri e avente natura di atto atipico giuridicamente non vincolante, per certi versi analogo alla raccomandazione. In base a tale codice non dovranno essere introdotte a favore dei non residenti nuove misure di origine fiscale in grado di incidere in misura significativa sulla localizzazione delle attività produttive all'interno dell'Unione Europea e, quindi, costituenti concorrenza sleale pregiudizievole (c.d. *harmful tax competition*). Parallelamente, dovranno essere eliminate ("smantellate"), entro un termine dato, anche quelle misure attualmente esistenti. Si tratta, in altri termini, di una iniziativa diretta a rimuovere distorsioni originate non da disposizioni di carattere discriminatorio e protezionistico – che ostacolano determinate fattispecie di investimenti e operazioni transfrontaliere e che sono in parte rimovibili con il ricorso alla Corte di Giustizia – ma dalla vigenza di regimi privilegiati aventi, viceversa, lo scopo o l'effetto di attrarre investimenti di altri stati membri (9). A differenza del rapporto Ruding, tale iniziativa tenta di porre rimedio agli effetti dannosi non fissando un'aliquota minima di imposta (30%), ma limitandosi ad indicare agli stati membri una linea di comportamento che dovrebbe tradursi in un impegno a rimuovere solo specifiche misure "potenzialmente dannose" (beninteso, dannose rispetto al livello generale di tassazione delle imprese esistente nel paese membro) e non anche regimi generalizzati di detassazione.

I lavori relativi a tale codice sono stati portati avanti dalla Commissione presieduta dal *play master general* Dawn Primarolo e sono giunti a conclusioni avanzate seppur non definitive (10). Va comunque rilevato che, anche se si riuscisse a trovare una linea soddisfacente di compromesso in ordine alla individuazione dei casi di concorrenza fiscale dannosa e sleale da eliminare e vietare, tuttavia ciò costituirebbe solo un piccolo passo avanti verso l'eliminazione delle barriere fiscali al mercato unico e non risolverebbe, certo, radicalmente il problema generale della *tax*

(9) Non a caso tale codice è stato seguito, dopo solo alcuni mesi, da una raccomandazione OCSE del 9 aprile 1998 sulla concorrenza fiscale dannosa.

(10) Il rapporto del gruppo di lavoro è stato rassegnato al Consiglio Ecofin nel novembre 1999 e reso pubblico, ma i ministri non lo hanno al momento esaminato essendo esso strettamente connesso all'avanzamento degli altri due "elementi" del "pacchetto Monti".

competition distorsiva. Lo sforzo di coordinamento che si sta compiendo è infatti, per sua stessa natura e per volontà dei proponenti, di limitata applicazione, rimanendo insoluto il problema derivante dalla compresenza di ben 15 diversi sistemi di tassazione dell'utile societario.

Benché si faccia ogni sforzo per giustificare questa diversità in nome della libertà di mercato, ho qualche difficoltà a considerarla - come taluno sostiene - addirittura un benefico fattore di concorrenza e non un ostacolo al processo di integrazione (11). Tutt'al più, una piena *tax competition* può trovare una qualche giustificazione, nell'ottica teorica portata avanti dalla Scuola della *public choice*, sul piano molto generale della *fiscal* (e non della *tax*) *policy*, e cioè come strumento indiretto di "coercizione" degli apparati statali da utilizzare per realizzare politiche alternative di riduzione della spesa pubblica. Che è come dire che la competizione fiscale dovrebbe servire più che altro ad "asfissiare" gli stati sul fronte delle entrate e a costringerli perciò a sempre più estese privatizzazioni e alla riduzione forzata dell'area del *Welfare*, peraltro, entro i limiti fortunosi ed erratici indotti dal mercato e, quindi, dal gioco della concorrenza (12). Ma fuori da una tale ipotesi - rispettabile, ma avente connotati fortemente antistatalisti e più strettamente politici ed ideologici - non può non constatarsi che in un'area economicamente integrata, a moneta unica e nella prospettiva di una unione anche politica, le rilevanti diversità nella tassazione delle imprese rappresentano in ogni caso un altrettanto rilevante costo del sistema produttivo europeo, costituito dal non pieno sfruttamento delle potenzialità dell'integrazione. Non riesco più in particolare a capire come dette diversità possano ritenersi, solo perché generalizzate, coerenti con il buon funzionamento dei mercati e, quindi, non produttive di gravi distorsioni nella localizzazione delle attività di impresa e di aggravi di costi amministrativi. Anche in una applicazione il più possibile rigorosa del codice di condotta difficilmente po-

(11) Questa è la tesi recentemente avanzata per il reddito d'impresa in varie sedi e recentemente argomentata dalla Confederazione delle industrie olandesi in un *pamphlet* fortemente critico scritto da A. Timmermans, J. Klaver e H. Vording (*No tax harmonization, why a single tax system is harmful to small EU-members*, UNO-NCW, November, 1999).

(12) La riduzione della spesa pubblica, resa inevitabile dall'applicazione del circolo perverso globalizzazione-competizione fiscale, toglie in effetti spazio - in mancanza di coordinamento fiscale - alle scelte politiche dei Parlamenti in ordine ai livelli più soddisfacenti del *Welfare* e si pone perciò nella sostanza in contraddizione con il principio stesso di democrazia: le eventuali inefficienze degli Stati si individuano e si superano, infatti, non affidandosi alle forze del mercato, ma usando gli strumenti costituzionali rappresentativi a tal fine apprestati.

tranno, infatti, evitarsi fenomeni negativi di competizione basati (anche) su regimi generali di bassa tassazione - come quelli preannunciati dall'Irlanda - applicabili indistintamente a soggetti residenti e non.

Ciò comporta a mio avviso la necessità di sviluppare ulteriormente, in senso direi quasi oggettivo ed economico, il concetto di concorrenza fiscale dannosa - assunto invece, in base a giudizi di valore opinabili, dal codice di condotta con riferimento solo a singole ipotesi normative - per giungere gradualmente ad una definizione che prenda in esame anche quella operata da sistemi nazionali nel loro complesso. Mi rendo conto che è molto difficile affrontare subito questo problema nel "concerto" di quindici stati, ma almeno bisognerebbe riconoscere che esiste e porre le basi per risolverlo e non negarlo dando definizioni "politiche" della concorrenza dannosa o nascondendosi dietro il dito di ideologie (ultra) liberiste.

Un apprezzabile tentativo di coordinamento in questo senso che va oltre il codice di condotta senza intaccare fortemente la sovranità degli stati membri, mi sembra sia quello recentemente proposto dal governo italiano, basato sull'adozione di una sorta di statuto fiscale unico delle imprese. Questa proposta - cui sembrano molto interessati paesi come la Gran Bretagna - non dovrebbe inizialmente escludere *tout court* la competitività tra gli ordinamenti nazionali in tema di aliquote, né dovrebbe puntare esclusivamente su armonizzazioni generalizzate delle basi imponibili. L'adozione di questa proposta potrebbe però consentire, intanto, alle imprese più europeizzate di abbandonare, se vogliono, il regime nazionale e di osservare regole comuni di determinazione dell'utile societario fissate in uno statuto fiscale europeo. Si tratterebbe, cioè, di ragionare in termini di coesistenza del regime comune europeo con i regimi nazionali lasciando alle imprese di scegliere tra il regime nazionale di determinazione della base imponibile e quello comune europeo, fermo restando che le aliquote di imposta sarebbero quelle fissate dallo stato di residenza. Può sembrare forse poca cosa, applicandosi tale proposta ai soli c.d. *global players*, e cioè alle imprese a vocazione internazionale che hanno *branches e subsidiaries* negli altri Paesi dell'UE; ma è pur sempre un ulteriore passo (avanti) nel processo di integrazione che può spianare la strada verso un più stretto coordinamento indotto dall'evoluzione dell'Unione a livello politico.

7. (segue): il coordinamento delle legislazioni in tema di tassazione del risparmio

Quanto agli aspetti del ricordato programma del Consiglio relativi agli investimenti di origine finanziaria, e in particolare alla tassazione de-

gli interessi, essi sono quelli che per ora hanno più possibilità di sfociare in una direttiva. Vanno perciò sottoposti ad un attento e più approfondito esame.

7.1. Di fronte all'*empasse* del processo di armonizzazione finora segnata dalle legislazioni nazionali in tema di tassazione del risparmio, i singoli stati hanno per la maggior parte reagito quasi istintivamente ingaggiando un'*aspra tax competition*.

Il primo passo è stato l'abbandono della regola della onnicomprensività - e, quindi, anche della progressività - della tassazione personale e la conseguente tendenziale applicazione di imposte sostitutive proporzionali sui redditi di capitale e sui *capital gains*. Il secondo è stata la detassazione degli interessi e dei *capital gains* percepiti dai non residenti. In Italia quest'ultima misura è passata - per gli interessi di tutti i titoli e per i *capital gains* percepiti da soggetti residenti in paesi con i quali vige una convenzione che ammette lo scambio di informazioni - attraverso la disciplina unilaterale agevolativa recata dal decreto legislativo n. 239 del 1996 e dall'art. 5 del decreto legislativo n. 461 del 1997.

L'esenzione dei non residenti adottata dai paesi della "fonte" è apparsa come una reazione obbligata, un antidoto necessario per ovviare agli inconvenienti della mondializzazione e della mobilità dei capitali. È evidente infatti che la mobilità consente - almeno teoricamente - agli investitori di sottrarsi alla tassazione nel paese di residenza emigrando verso paesi a bassa o nulla tassazione e inevitabilmente spinge il paese della "fonte", in cui risiede l'emittente, a rinunciare alla tassazione dell'investitore non residente per non perdere il vantaggio dell'afflusso di ingenti capitali. L'evidenza empirica ha del resto dimostrato che la tassazione dei non residenti non resterebbe a carico di questi, ma si trasferirebbe sull'emittente residente. Gli investitori internazionali, se fossero tassati, pretenderebbero infatti dall'emittente un rendimento maggiorato che tenga conto anche del pagamento della ritenuta alla fonte.

7.2. Da quanto sopra detto risulta evidente che in uno stesso Paese dell'UE possono coesistere due diversi regimi delle rendite finanziarie: quello di tassazione (normalmente) cedolare, che riguarda i residenti; e quello di completa detassazione, che riguarda i non residenti. L'effetto di ciò non può che essere quello, già sottolineato, di stimolare esportazioni di capitali all'estero il più delle volte realizzate attraverso meccanismi ed *escamotages* che garantiscono la detassazione anche nel Paese di residenza, oltre che in quello della "fonte" (penso agli investimenti finanziari operati mediante società-figlie comunitarie).

In ogni caso, la competizione fiscale condotta attraverso la predisposizione di regimi di detassazione dei non residenti ha sicuramente effet-

ti negativi sugli investitori nazionali che si vedono discriminati "a rovescio" senza essere protetti – come si è detto – dal principio di non discriminazione. Essi tenderanno così a portare i loro capitali all'estero non solo usando i classici meccanismi elusivi, ma anche trasferendo fittiziamente la loro residenza in Paesi in cui la tassazione dei residenti è più blanda o addirittura non denunciando affatto i redditi prodotti all'estero (le c.d. esteroinvestizioni) e violando le norme sul monitoraggio.

8. La debolezza delle ragioni economiche addotte a favore della completa detassazione delle rendite finanziarie nell'ambito UE

8.1. Anche con riferimento agli inconvenienti sopra denunciati si è posta all'UE l'esigenza di una scelta definitiva tra la prospettiva di una completa detassazione dei redditi di capitale percepiti da non residenti e la loro tassazione seppur ridotta. La Commissione si è espressa in quest'ultimo senso rinunciando all'armonizzazione completa – e, quindi, all'originaria proposta del 1989 di assoggettamento a tassazione sia dei residenti che dei non residenti - e proponendo, con il c.d. pacchetto Monti dell'autunno 1997, una euroritenuta del 20% sugli interessi percepiti solo da non residenti cittadini di stati membri e, in alternativa, la tassazione ordinaria degli stessi in paese di residenza attuata attraverso lo scambio di informazioni.

Questa proposta, recepita in uno schema di direttiva del 1998 e fondata sul c.d. modello di coesistenza, è a mio avviso in linea di principio corretta e, salvo le riserve di cui dirò più avanti, preferibile a quelle – in verità abbastanza numerose – che puntano su una liberalizzazione e una concorrenza esasperate e, quindi, sulla detassazione completa. Con l'applicazione della ritenuta (art. 8 proposta di direttiva) essa avrebbe, infatti, l'effetto positivo di livellare a un tasso minimo effettivo la imposizione sugli interessi percepiti da persone fisiche non residenti, ponendo così fine alla competizione fortemente discriminatoria tra stati, fondata sulla esenzione dei non residenti e consentendo, contemporaneamente, la permanenza di una tassazione, seppur ridotta, degli interessi a carico di tutti i residenti.

In caso di scambio di informazioni (art. 7 della proposta di direttiva) la tassazione avverrebbe ugualmente al livello stabilito dallo stato in cui il percipiente ha la residenza, senza però interporre lo stato dell'erogazione; riportando così il trattamento fiscale dell'investimento fatto all'estero a quello dell'investimento fatto nel territorio dello stato di residenza.

Un ulteriore vantaggio della proposta di direttiva potrebbe essere forse costituito dal fatto che, fissando nel caso di applicazione della ritenuta

ta una aliquota abbastanza bassa di tassazione degli interessi, si potrebbe frapporre un qualche ostacolo all'emigrazione dei capitali fuori dai confini della UE e, addirittura, in molti casi si potrebbero attirare capitali nel territorio dell'UE stessa (almeno quei capitali che provengono da Paesi extraeuropei che tassano più gravosamente le rendite finanziarie). Va infatti considerato che nei paesi extracomunitari che non sono paradisi fiscali la tassazione dei redditi di capitale, anche se contenuta, è spesso superiore o pari al 15-20% che dovrebbe applicarsi negli stati dell'Unione Europea. Così, in mancanza di un coordinamento a livello mondiale, si potrebbe creare una situazione di *tax competition* favorevole ai paesi dell'UE rispetto ai paesi extracomunitari e si potrebbero per certi aspetti superare quelle opposizioni al processo di armonizzazione incentrate sulla inopportunità di un coordinamento limitato ai soli stati europei. Sarebbe in ogni caso meglio fissare l'aliquota ad un livello inferiore al 20%, dato che già oggi alcuni Paesi membri tassano gli interessi percepiti dai residenti con aliquote intorno al 15% - e cioè più basse del 20% proposto per i non residenti dallo schema di direttiva - e che in tali casi la disparità di trattamento che ne conseguirebbe potrebbe integrare, ai sensi del 3° comma dell'art. 73 D (ora art. 58) del Trattato, l'ipotesi di "restrizione dissimulata" o di "discriminazione arbitraria" a svantaggio del non residente che sconfiggerebbe l'aliquota più elevata (13).

8.2. Del resto, ricordo che la scelta opposta della detassazione completa dei capitali è sconsigliabile per ragioni anche di politica fiscale. Essa, infatti, non solo aggraverebbe la già forte discriminazione, ora esistente, a danno del lavoro (specie quello meno qualificato che non può emigrare) e dei patrimoni immobiliari e a favore del capitale. Richiederebbe anche - almeno seguendo le note tesi kaldoriane - l'introduzione, in luogo della tassazione del risparmio, di un'imposta progressiva sulla spesa assai difficile a realizzarsi a livello comunitario, anche perché dovrebbe essere accompagnata, almeno nella mente di Kaldor, da una generale imposizione sulla ricchezza (esattamente sui patrimoni netti) e da un tributo specifico sugli incrementi di valore del capitale, oltre che naturalmente da una robusta imposta di successione. Si produrrebbe così un sistema le cui pesantezze e difficoltà applicative sono state da tempo rilevate e che hanno portato in passato al fallimento dei tentativi di attuazione concreta delle tesi kaldoriane.

(13) Il carattere discriminatorio della ritenuta dovrebbe peraltro trovare una giustificazione, in base al principio di proporzionalità, nella necessità di garantire controlli fiscali (sul punto v. la nota sentenza della Corte di Giustizia del 20/2/1979, *Rewe*, causa 120/78 in Raccolta, 1979, I, 649, meglio nota come *Cassis de Dijon*).

Le recenti proposte di detassazione del capitale – avanzate sia in Italia sia, soprattutto, in alcuni Paesi dell'UE di piccola dimensione - non sembrano altresì convincenti per le seguenti ulteriori, generali considerazioni offerteci dall'acceso dibattito in corso e che qui di seguito mi limito a riassumere.

Non si può prendere, innanzitutto, lo spunto da una critica tecnica ad una proposta minimalista, come quella del pacchetto Monti – diretta, come si è visto, semplicemente a fissare una regola comune per ridurre, nell'ambito europeo, l'elusione dell'imposta sui redditi da investimento transfrontaliero del risparmio – per giungere addirittura a sovvertire i pilastri fondamentali dei sistemi fiscali occidentali controproponendo l'abolizione della tassazione del capitale e l'introduzione di un'imposta generale sulla spesa.

L'abbandono del modello di tassazione del reddito prodotto e la sua sostituzione con un diverso modello imperniato sulla tassazione del reddito consumato si fondano sull'idea che i risparmi di oggi saranno i consumi di domani e ciò che oggi viene detassato sarà tassato domani. Non nego al riguardo che l'esenzione del risparmio rende disponibili maggiori risorse per l'investimento, con la conseguenza che se si investe di più si avrà una crescita maggiore. Tuttavia questi effetti positivi si producono soltanto se si assumono come punti fermi svariate ipotesi che, invece, all'evidenza empirica sono per la maggior parte di difficile verifica. Per avere effetti positivi sul tasso di crescita l'esenzione del risparmio dovrebbe, cioè, teoricamente operare in un contesto di perfetta efficienza dei mercati finanziari, dovrebbe presupporre che il titolare del capitale consumi tutto il suo reddito e non lo lasci in eredità e che, comunque, tutto il risparmio sia investito e, comunque, sia "collocato" negli stessi luoghi dove si è formato (14).

Del resto, si è fatto anche notare che la piena detassazione non basta di solito da sola a determinare la localizzazione di centri finanziari, la quale invece trova la sua ragione d'essere anche nella disponibilità di infrastrutture, nella efficienza della pubblica amministrazione, nel capitale umano, nella mobilità del mercato di lavoro, nel *know how*, negli alti tassi di innovazione che arricchiscono certe zone d'Europa e, soprattutto, nell'esistenza del segreto bancario che è uno, forse il principale, degli elementi di c.d. competitività ordinamentale.

Esistono, invece, ragioni di equità che giustificano la tassazione dei redditi di capitale. Esse consistono nella necessità di evitare eccessive

(14) Su questi aspetti v. N. Acocella e V. Russo, in *Sole 24 Ore* del 29/2/00 in risposta a L. Pecchi e G. Pica, *ibidem* 10/1/00.

concentrazioni della ricchezza e nella consapevolezza dell'insopprimibile ruolo svolto dalle imposte sui redditi e sul patrimonio (e non da quelle sui consumi) al fine di realizzare politiche di redistribuzione della ricchezza. Basta pensare al riguardo all'esigenza, già ricordata e sottolineata dalla stessa C.E. e dall'Ocse, di riequilibrare il carico fiscale – attualmente sbilanciato a favore del capitale – rispetto al lavoro e agli immobili. Con particolare riferimento al rapporto capitale-lavoro si è fatto rilevare che una riduzione del costo d'uso del capitale fisico derivante dalla detassazione del capitale farebbe conseguentemente variare detto rapporto a svantaggio del lavoro, aggravando lo squilibrio che in Europa è già così elevato. Come ammonisce Delors nel suo libro bianco ancora d'attualità e come ribadiscono le considerazioni generali introduttive allo schema di direttiva sul risparmio che andremo a commentare, una riduzione delle imposte sul capitale, non accompagnata da una almeno proporzionale riduzione del carico fiscale sul lavoro, accentuerebbe ulteriormente il processo di sostituzione di capitale al lavoro e renderebbe più difficile quella creazione di posti di lavoro da tutti auspicata (15).

9. Lo schema di direttiva sulla tassazione del risparmio

La proposta di tassazione ad un livello minimo avanzata dalla C.E. ha quindi, per quanto finora si è detto, una robusta giustificazione d'ordine economico e redistributivo e costituisce, comunque, nell'immediato

(15) Naturalmente, nei paesi, come l'Italia, in cui il lavoro è tassato ancor di più perché l'alta progressività dell'IRPEF si limita ormai ai redditi di lavoro dipendente e autonomo e ai dividendi azionari di importo superiore a circa 1 miliardo, l'applicazione del regime di tassazione proposto dallo schema di direttiva dovrebbe essere accompagnato da una revisione dell'IRPEF che riduca il carico fiscale sul lavoro. Tale revisione dovrebbe portare ad una riduzione drastica del numero degli scaglioni e di aliquote dell'IRPEF supportata da una articolata politica di detrazioni. Finora la revisione di tale imposta è stata diretta principalmente a controbilanciare gli effetti distributivi di altra parte della riforma fiscale ed ha, di conseguenza, comportato solo una modesta riduzione del livello e del numero delle aliquote e una parziale riconsiderazione del regime della famiglia. In particolare, il ruolo della famiglia è stato valorizzato esclusivamente attraverso lo strumento più semplice, ma indiretto, dell'innalzamento delle detrazioni per familiari a carico, differenziate tra coniuge a carico e altri membri e, quindi, non in grado di cogliere, se non in modo imperfetto, l'eventuale presenza di economie di scala. La più importante problematica – e cioè la scelta della base imponibile e la riduzione delle aliquote e l'eliminazione di alcuni scaglioni – è stata perciò finora largamente elusa. La direzione verso cui si deve andare non potrà che essere dunque quella della trasformazione dell'IRPEF in un'equa imposta sui soli redditi di lavoro e di pensione.

un primo positivo punto di partenza per superare le discriminazioni di trattamento di parte rilevante dei redditi di capitale.

9.1. Ciò che semmai non mi convince del congegno proposto è il fatto che lo schema di direttiva riguarda genericamente solo gli interessi percepiti (“incassati”) da persone fisiche beneficiarie (domiciliate in uno stato membro) e non il rendimento degli altri prodotti finanziari. Penso non tanto ai dividendi – che normalmente sono già percepiti al netto delle imposte pagate nel paese della “fonte” – quanto ai *coupons washing* e alle remunerazioni dei prodotti derivati, i quali sono difficilmente associabili a ritenuta alla fonte.

Gli interessi non sembrano poi sufficientemente individuati come “genere” nello schema di direttiva, la quale si limita a definirli “interessi derivanti dall’impiego di capitale” recependo la nozione OCSE. In particolare, sono definiti tali: a) “i redditi sui crediti di qualsivoglia natura”, b) “gli incrementi di valore dei crediti il cui reddito è costituito per contratto, in tutto o in parte, da tale incremento di valore”, c) “i redditi distribuiti da OIC in valori mobiliari che investono indirettamente o direttamente oltre il 50% delle loro attività in crediti o titoli corrispondenti”; d) “la differenza fra il prezzo ottenuto a titolo di rimborso delle quote degli OIC e il prezzo di emissione delle stesse quote”.

Nonostante questa (solo apparente) puntigliosa elencazione, non è però chiaro quale sia la precisa connotazione degli interessi rispetto, soprattutto, a certi tipi di proventi che la legislazione nazionale italiana tende invece a considerare a volte utili. Non è chiaro, cioè, se ai sensi della indicata definizione devono considerarsi interessi solo quei proventi conseguenti a rapporti di finanziamento e di mutuo che escludono la partecipazione dell’investitore al rischio o se, come sembra avvenga nella bozza di direttiva, siano ad essi riconducibili anche alcuni proventi non a reddito fisso (che la legislazione italiana considererebbe utili) il cui ammontare non è predeterminato e varia in relazione al rischio corso dall’investitore (v. lett. c) e d)). In particolare, lo schema di direttiva non sembra porre, come condizione per la qualificazione degli interessi, quello che a mio avviso è invece il dato che più li caratterizza e cioè l’assunzione da parte dell’emittente dell’obbligo di restituire la somma investita. In altri termini, non è detto in alcuna disposizione a chi debba far carico il rischio della perdita del capitale impiegato e se l’interesse da prendere in considerazione nella specie debba essere qualificato dall’assenza di tale rischio in capo al soggetto percipiente.

9.2. A parte ciò, non mi convince appieno neanche la un po’ farragिनosa disciplina concreta con cui si attua il modello della coesistenza, né

il suo improbabile ancoraggio al principio di tassazione nel paese di residenza del contribuente. In particolare, non mi sembra che l'alternativa tra ritenuta e scambio di informazioni possa consentire realmente di raggiungere l'obiettivo che lo schema di direttiva sembra formalmente prefiggersi e cioè l'attuazione del principio della tassazione degli interessi nel paese di residenza.

Che questo sia l'obiettivo perseguito per lo scambio di informazioni non vi è dubbio. Lo scambio tende, infatti, a mettere lo stato di residenza in grado di conoscere il percipiente gli interessi e, quindi, di tassarlo in via definitiva presso di sé. Ma - almeno attenendosi allo schema di direttiva (artt. 8 e 10) - tale obiettivo dovrebbe valere anche per la ritenuta, visto che tale schema prevede pure la facoltà per il percipiente di far valere un credito nel paese di residenza di importo corrispondente alla ritenuta subita nel paese in cui il reddito è attribuito (art. 10). Sempre secondo lo schema di direttiva, in luogo di far valere un credito di imposta, il percipiente può esprimere direttamente la sua volontà di essere tassato nel paese di residenza, volontà che è provata dal rilascio, da parte delle autorità di quest'ultimo, di un certificato che attesta tale volontà. Ciò significa, in altri termini, che la ritenuta fiscale non dovrebbe essere per principio definitiva e non dovrebbe avere effetto liberatorio ai fini degli obblighi fiscali a cui il beneficiario è soggetto nel paese di sua residenza: teoricamente, quindi, il regime proposto è giustificato da finalità di accertamento (anticipato) e non di prelievo uniforme sui redditi di capitale.

54

Se, però, si considera il modo in cui il principio di coesistenza verrebbe concretamente ad operare nell'ambito della legislazione dei singoli stati, ci si rende subito conto che tale meccanismo difficilmente potrà essere applicato e che il principio della tassazione del paese di residenza potrà essere di fatto rispettato solo se lo stato del *paying agent* (e quello della "fonte" quando coincide con quello del *paying agent*) ha scelto il criterio dello scambio di informazioni. Nel caso, invece, in cui esso abbia scelto il criterio della ritenuta, difficilmente il principio di residenza potrà trovare applicazione in mancanza di scambio di informazioni. Infatti, il contribuente normalmente non avrà alcun interesse o avrà un interesse limitato a manifestarsi e, perciò, a far valere il credito di imposta nel paese di residenza o, comunque, ad essere assoggettato direttamente a tassazione in esso, considerato che ogni stato tenderà comunque a fissare l'aliquota interna dell'imposta sui redditi di capitale al livello minimo della euroritenuta. Un interesse ad essere tassato nello stato di residenza potrebbe perciò esserci solo se questo stato offra al percipiente un regime più favorevole di quello della ritenuta e, comunque, solo se il percipiente non ha alcun interesse a mantenere l'anonimato. Salva questa ipotesi del tutto astratta ed in odore di discriminazione (il non residente

è infatti trattato peggio del residente), varrà quindi, di fatto, il principio di tassazione nel paese del *paying agent* trasformandosi il prelievo del 20% in una ritenuta a titolo di imposta percepita in tale paese.

9.3. Lo schema di direttiva sembra poi carente nella regolamentazione. Leggendolo, infatti, non emerge una regola chiara che stabilisca come si ripartisce tra il paese di residenza e quello del *paying agent* l'introito fiscale conseguente all'applicazione della ritenuta (il c.d. *revenue sharing*) e quali siano le modalità attraverso le quali il contribuente può soddisfare il suo credito d'imposta. Non è chiaro, in particolare, se l'importo della ritenuta rimanga nel paese in cui risiede l'intermediario (*paying agent*) che corrisponde l'interesse per incarico dell'emittente o se invece - come credo debba essere in gran parte e come dovrebbe risultare dal fatto che la ritenuta può essere anche d'acconto (quando il percipiente fa valere il suo credito di imposta) - tale paese abbia l'obbligo di trasferire quanto incassato al paese di residenza. In quest'ultimo caso l'investitore percipiente, qualora non ritenga di far valere il credito di imposta, dovrebbe essere tutelato nella sua *privacy* e nel suo diritto al segreto bancario (per i paesi che ancora lo tutelano) nel senso che il paese ove egli ha la residenza non dovrebbe essere informato circa il suo nominativo e l'importo incassato dal paese in cui la ritenuta è stata effettuata e riscossa.

Ancora, lo schema di direttiva non qualifica esattamente quale sia la figura del *paying agent*:

- è egli assimilabile ad un vero e proprio sostituto d'imposta, obbligato, in quanto tale, in via principale a riversare l'importo della ritenuta allo stato in cui ha la residenza il percipiente, con l'applicazione delle sanzioni proprie dell'obbligato nel caso in cui sia inadempiente?

- o è solo un mero agente pagatore, esattore della ritenuta per conto dello stato in cui ha residenza il percipiente (o in cui egli risiede), nei confronti del quale si applica la disciplina tipica dell'esattore o del concessionario della riscossione e non quella del sostituto obbligato in luogo del percipiente?

È chiaro che a seconda della risposta che si darà a queste domande si avrà una regolamentazione diversa delle responsabilità e degli obblighi del "soggetto pagatore".

9.4. Date questa confusione di obiettivi e di mezzi e questa disciplina insufficiente, ho l'impressione che in una prospettiva di lungo termine converrebbe valutare la possibilità di modificare lo schema di direttiva optando per l'applicazione del solo criterio di residenza nella sua forma pura e nella sua massima estensione: il che equivale a dire adottando il solo criterio dello scambio di informazioni. L'applicazione del crite-

rio di residenza infatti, a differenza di quello della tassazione nel paese del *paying agent* o nel paese "della fonte", non porrebbe alcun problema dal punto di vista allocativo e cioè della scelta del luogo in cui investire alle migliori condizioni fiscali. In particolare, adottandosi il criterio della residenza, il contribuente non dovrebbe confrontare l'importo che pagherebbe con l'assoggettamento alla ritenuta con quello che pagherebbe nel paese di residenza dichiarando gli interessi. Né gli stati dovrebbero preoccuparsi di mantenere un certo equilibrio e una tendenziale identità tra la percentuale della ritenuta applicata ai non residenti e l'ammontare dell'imposta applicata ai residenti. Insomma, il *trade off* tra autonomia nazionale ed efficienza economica potrebbe essere considerato soddisfacente: i singoli paesi potrebbero fissare le aliquote al livello desiderato e, ciononostante, sarebbero rispettati sia il principio di "*capital export neutrality*" sia il criterio di "efficienza produttiva" a livello internazionale. Per raggiungere questo obiettivo bisognerebbe, però, limitarsi ad adottare il criterio dello scambio di informazioni possibilmente a livello mondiale e abbandonare quello della euroritenuta (16). In ogni caso, l'applicazione del criterio dello scambio di informazioni dovrebbe essere realmente garantita e la sua adozione dovrebbe avvenire a condizione di reciprocità e, ovviamente, previa rinuncia al segreto bancario da parte di quei pochi stati che ancora ce l'hanno.

56

Nel caso in cui si entrasse in questo ordine di idee, non resterebbe che sperare, in una prospettiva di lungo termine, che i paesi membri trovino un accordo soddisfacente sia sull'adozione dei meccanismi telematici più idonei a garantire uno scambio il più possibile automatico e tempestivo, sia sull'affidamento a una struttura comunitaria sovraordinata di efficienti forme di controllo.

Nel breve termine, invece, la soluzione sembra ancora molto ingarbugliata né si hanno informazioni più precise sugli sviluppi delle trattative che non siano quelle giornalistiche sulla persistente intransigenza britannica. Data la difficoltà nel breve termine di adottare il criterio dello scambio di informazioni, la soluzione ottimale - G.B. permettendolo - potrebbe essere in via interlocutoria quella di introdurre, intanto, il criterio di coesistenza in attesa che i paesi "affezionati" all'idea della euroritenuta si convincano ad abbandonarla unitamente al segreto bancario. Tutto

(16) Tra l'altro, l'applicazione della ritenuta potrebbe considerarsi incompatibile con il principio di non discriminazione in tutte le ipotesi in cui avvenga a titolo definitivo e la ritenuta fosse di ammontare superiore a quello della tassazione dell'interesse nel paese di residenza: discriminato sarebbe il non residente che sconta la ritenuta a titolo di imposta e avvantaggiato sarebbe il residente che sconta un'imposta inferiore.

ciò vale a maggior ragione se si tiene conto che questi problemi vanno affrontati anche con riferimento a paesi, come ad esempio la Svizzera, non appartenenti all'Unione: tali paesi, infatti, qualora non intendessero cedere sulla protezione del segreto bancario, costituirebbero una naturale *énclave* per il risparmio in cerca di anonimato qualora si optasse subito per il criterio dello scambio di informazioni. È evidente, quindi, che la "dimensione esterna" della tassazione del risparmio diviene fatalmente un elemento condizionante delle decisioni che si vorranno prendere, all'interno dell'Unione, sulla tassazione del risparmio.

10. Conclusioni

In termini più generali e conclusivi va dato atto, per quanto finora detto, della obiettiva difficoltà di addivenire - nel breve e medio termine e fermo restando l'attuale assetto dell'UE come una mera alleanza di stati - ad un ravvicinamento sostanziale degli ordinamenti tributari degli Stati membri in tema di imposte dirette. Appare infatti difficile, data l'attuale situazione di "integrazione senza meta", avere sistemi fiscali omogenei e, comunque, armonizzati senza che sussista una organizzazione politica definita che ne risponde. Di conseguenza, sembra più che ragionevole l'obiettivo limitato che il Consiglio sta, sia pure con difficoltà, perseguendo in questa fase: intervenire, riguardo alla tassazione delle imprese, con semplici atti di indirizzo comune non giuridicamente vincolanti come il codice di condotta e, con riguardo alla tassazione del risparmio, con una direttiva che fissi solo un livello minimo di tassazione (e, in via opzionale, renda applicabile il regime del Paese di residenza).

Sarà una constatazione banale e forse utopistica, ma sembra indubbio che invece, in una prospettiva di più lungo termine, le difficoltà di ravvicinamento potranno un giorno essere superate solo se si legherà l'integrazione fiscale alla soppressione del principio di unanimità e si realizzerà una maggiore integrazione politica secondo il modello e l'esperienza degli stati federali, con conseguente attribuzione di poteri "sostanziali" al Governo e al Parlamento europei. In questa eventualità non è detto che tutte le diversità di carico fiscale esistenti nei singoli Paesi debbano essere rimosse avendo di mira l'uniformità dei sistemi fiscali e che, comunque, esclusivo strumento di ravvicinamento sia l'armonizzazione e non anche il mero coordinamento o la fissazione di aliquote minime comuni o, addirittura, l'istituzione di una o alcune imposte europee federali. La soluzione migliore dipenderà, infatti, dallo stadio dello sviluppo istituzionale dell'UE e dalla capacità che il futuro sistema fiscale comunitario e quello dei singoli Paesi membri avranno di conformarvisi.

Nella lunga fase di passaggio da Stato prefederale (o, se si preferisce, di federazione in *progress*) a Stato federale vero e proprio, il processo di integrazione negativa e positiva tra gli ordinamenti nazionali procederà probabilmente a diverse velocità, ma comunque per tutti nel rispetto dei principi fondamentali di sussidiarietà e di proporzionalità e tenendo ferme le due regole generali della prevalenza del diritto comunitario sulle legislazioni dei singoli Stati (beninteso quando non operi la sussidiarietà) e della diretta applicazione di tale diritto nei confronti della pubblica amministrazione e dei cittadini di ogni Paese membro. In questo contesto, il futuro modello fiscale europeo costituirà il punto di arrivo di un graduale processo di ravvicinamento e non potrà essere sganciato dal tipo di assetto federale che si darà l'UE. E potrà anche contemplare l'istituzione di un tributo europeo federale di tipo diretto che si aggiunga all'attuale IVA e finanzia, anche parzialmente, la spesa federale. Si potrebbe, ad esempio, pensare ad uno sviluppo dell'imposta, su cui mi sono già soffermato, determinata in base allo statuto fiscale europeo delle imprese, quale potrebbe essere una *corporation tax* europea sugli utili consolidati da pagare nello stato della casa madre.

Ma proprio perché si tratta di un sistema fiscale di tipo federale, non è necessario che i tributi statali che con il tributo federale coesistono siano strettamente armonizzati tra loro, così come – a maggior ragione – non è necessario che lo siano i tributi regionali e locali, specie se questi ultimi saranno improntati sempre più al principio del beneficio o della controprestazione. Tributi di tale genere potranno continuare ad essere determinati liberamente, ai diversi livelli di autonomia, da ogni singolo stato, regione ed ente locale e potranno anche essere strumento di una ragionevole concorrenza fiscale (specie sul fronte delle aliquote) secondo i tradizionali schemi del federalismo fiscale. Essi potranno essere oggetto di coordinamento da parte del Governo federale e del Parlamento europeo solo quando le diversità nella loro disciplina siano rilevanti sul piano delle politiche comuni macroeconomiche e contrastino con i principi basilari dello stato federale europeo. Il che, pur non sconvolgendo l'ordinamento fiscale dei singoli stati, dovrebbe però implicare almeno la necessità di rivedere il Trattato o, meglio, di inserire in una futura Costituzione europea il richiamo al principio di autonomia finanziaria e, insieme, l'attribuzione allo stato federale di un potere di coordinamento che trovi la sua giustificazione non – come è adesso – nel solo obiettivo di arrestare pratiche distorsive, ma in sé quale strumento essenziale di decentramento e di raccordo di poteri multilivello.

Quando e come ciò potrà in concreto avvenire appartiene però al nostro ancora incerto e imperscrutabile Futuro.

Franco Gallo

Penal clause, confirming earnest, penalty and earnest as compensation for withdrawal in intra-groups transactions: tax issues and tax planning opportunities

Carmine Rotondaro

1. Preliminary observations. 2. Cases under study. Penal clause case. 3. The case of the confirming earnest. 4. The penalty case. 5. The case of earnest as compensation for withdrawal. 6. Non application of the transfer price regime. 7. Arguments in favour of the avoidance qualification of the cases under scrutiny. 8. Avoidance or evasion? Simulated nature of the main contract in the cases of penal clause and confirming earnest. 9. Avoidance nature of the operation in the case of penalty and earnest as compensation for withdrawal. 10. Inapplicability of the new art. 37-bis D.P.R. no. 600 1973. 11. Aspects of applicability of article 1344 of the Civil Code.

1. Preliminary observations

The existence of control or affiliation between two or more juridical entities resident in the same or in different tax jurisdictions may bring these entities to carry out legal transactions in order to reduce the total tax burden of the group, transferring taxable profits from high taxation jurisdictions to those with lower taxation or from a company registering a profit to one with a loss when these companies reside in the same jurisdiction.

Belonging to a group means that a planning activity of fiscal unity may be carried out to improve the tax policy of the entire group (not just that of the single units) without having to deal with those conflicts of interest that normally arise between independent enterprises. (1)

(1) The specificity of transactions between controlled or affiliated companies is examined in the 1995 OECD Report of 1995, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, (§ 1.2). In the latter it is stated that: 'when independent enterprises deal with each other, the conditions of their commercial and financial relations (e.g. the price of goods transferred or services provided and the conditions of the transfer or provision) ordinarily are determined by market forces. When associated enterprises deal with each other, their commercial and financial relations may not be directly affected by external market forces in the same way... This same Report (§1.10) further states how: 'a practical difficulty in applying the arm's length principle is that associated enterprises may engage in transactions that independent enterprises would not undertake. Such transactions may not necessarily be motivated by tax avoidance but may occur because in transacting

Both internationally (2) and internally (3) the tool used to carry out said 'shifting' is customarily located in transfer pricing practices against which reactive mechanisms have been prepared both within the OECD and on the level of internal tax law. Within transfer pricing in its strictest sense, however, the transferral of taxable income between two legal entities belonging to the same group is the result of prices established in intra-group transactions.

In the depths of our Civil Code lie concealed, however, certain transactions and clauses that, where stipulated between affiliated entities, may involve profits being 'decanted' from one company to another, even regardless of prices fixed for the supply of goods, provision of services (including financial ones) or the licence to use literary, music works etc. In other words, in the cases examined herein the intra-group payment is not a consideration for services rendered; the payment derives its legal title from a contractual clause (penal clause, confirming earnest, penalty etc.) and this clause though linked to the contractual relationship is different to that which determines the amount of the contractual consideration.

This discussion will try and identify those that are the tax provisions applicable to these intra-group transactions after investigating their avoidance or evasion nature in the light of the best legal *doctrine* on the subject. In particular, this examination will focus on whether such hypotheses, when in a transnational situation, may be considered as falling within the field of application of the transfer pricing regime (mainly article 76, paragraph 5 of the Tuir, Unified Code of Income Taxes, the Ministerial Circular 22 September, 1980 no. 32/9/2267 of the Dir. gen. Imp. Dir. and the Ministerial Circular 12 December 1981 no. 41/12/1587 of the Dir. gen. Imp. Dir.) and in the anti-avoidance provision as in article 37-bis D.P.R. 600/1973.

business with each other, members of an MNE group face different commercial circumstances than would independent enterprises.'

(2) See the OECD Report on Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Paris, 1979, replaced in 1995 with the above quoted Transfer pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Other reports on the subject of transfer pricing are: OECD, Transfer Pricing and Multinational Enterprises, three taxation issues, Paris, 1984 and OECD Thin capitalisation, Paris, 1987.

(3) The 1979 OECD Report, Transfer Pricing and Multinational Enterprises has been assimilated in Italy with circular issued by the Ministry of Finance 32/9/2267, 22 September 1980.

2. The cases under study. The penal clause case

Consider the case of a company resident in Italy (4) and stipulating a contract with another affiliated company resident in a country the tax regime of which is not privileged. (5) Under this legal transaction, the Italian company undertakes to supply the connected company with a provision of services. The contract includes also a penal clause which provides that the Italian company is to pay a certain amount if in default or delay in performing the obligation concerning the provision of services. If the Italian company does not provide the service by the contractual deadline, the latter will be obliged to pay the amount fixed in the penal clause, thus bearing a cost which is deductible in Italy and allocating an income to its foreign associate: in practical terms, drawing taxable income in Italy and possibly causing it to arise abroad. It is also assumed that the amount fixed as penalty and paid by the Italian company is no more onerous than the values normally fixed on the specific market or fixed by the same Italian debtor in transactions with independent enterprises. In other words, we could define this penalty as 'of free competition', a penalty that does not lay itself open to any possibility of being rectified through a comparison with penalties fixed in respect of comparable transactions taking place between independent parties. Particularly, the 'arm's length' nature of the penalty stipulated in an intra-group contract should be considered under two different aspects. On the one side, one should look into the penalty amount fixed to see that it conforms to current practice on the specific market. And on the other, it should be determined whether the same penalty stipulation is common among the contractual terms currently practised in comparable market conditions and comparable transactions. In other words, an accurate assessment of transfer pricing should concentrate not just on the nature of free competition with respect to the *quantum* but should also address the *an* of the penal clause. Let us consider both elements of the agreement set up between the connected parties as corresponding to the common

(4) As stated in the first paragraph, the operations described in this section and in the following paragraphs may arise between a company registering a profit and one which has incurred a loss, the companies belonging to the same group and *resident in Italy*. However, since in what follows the intention is to consider the possibility of applying transfer pricing rules, the focus is on transnational cases. It serves our purpose to point out that this operational model is valid internally. Observations of a more universal nature will come later, once the applicability of the transfer pricing regime has been discussed.

(5) The reference is to a State other than those listed in D.M. April 24 1992.

business practice. Such a result is very likely to be obtained especially when considering that the parameter of this double evaluation referring to the nature of open competition of the penal clause is preferably to be represented by similar stipulations between the Italian company and unrelated parties. Indeed, according to the above mentioned Ministerial Circular 22 September 1980 no. 32/9/2267 when comparing what is agreed upon between connected parties with what would be stipulated by independent enterprises in comparable transactions, the internal comparison method should be preferred, that is, in this case, one should consider the amount of penalty fixed by the Italian company for comparable transactions and in comparable circumstances with counterparts that do not belong to the group. (6) The Italian affiliated company, liable to assessment by the revenue authorities, is the party to whose detriment the penal clause has been stipulated; therefore such party will have no difficulty whatsoever in introducing, in the desired measure (7), a similar penal clause in contracts with third parties, a punctual performance of the

(6) The position stated in this Circular is clear and rigid on this point (chapter III, § 1 "*Il metodo del confronto del prezzo*") It is worded thus: the choice of an internal comparison method is preferable being that article 9 D.P.R. 597/73 itself prefers the internal comparison ('lists or rates of the business providing the goods or services') whereas the external method has a subsidiary quality ('and should market lists and lists of chambers of commerce be lacking...'). Furthermore, the internal comparison is more likely to yield similar transactions. The external-type comparison obliges the Administration to seek objective data which could be difficult to come by if the specific market is abroad.' The legislative grounds for the ministerial position has remained unchanged even following D.P.R. 917/1986, seen the identical formulation of article 9, paragraph 3 of D.P.R. 917/86 and therefore the preference for the internal comparison method still maintains its validity considering also the Ministry's further reasoning.

(7) Save applicability of article 1384 C.C. under which the penal clause can be equitably reduced by the judge not only when the obligation has been performed in part, but also when its amount is clearly excessive, taking of course into consideration the creditor's interest in the performance. That such a norm might be applied to an intra-group situation similar to the one outlined above is rather unlikely, especially if such an operation has been arranged to take away taxable income in Italy so that it may arise abroad under more favourable tax conditions. Academic writings (Magazzù, *Clausola penale* in *Enciclopedia del Diritto* Milano; Carresi, *Il Contratto* in *Trattato di diritto civile e commerciale*, editors A. Cicu and F. Messineo and later L. Mengoni, Milan; De Nova, *Trattato di diritto privato*, editors P. Rescigno, 10, Turin; Cian-Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padua 1992, page 1108) and the case-law (Casation 1985 no. 218; 1984 no. 2112; 1970 no. 840 and 1990 no. 11282) both state that the judge cannot proceed with the reduction ex officio and can only do so on the party's application. Such an application is very unlikely to be made in the case of related parties.

obligations contracted with third parties will then ensure that the actual application of the clause is avoided. In the majority of cases third parties would have no plausible reason to oppose the inclusion of such a clause from which they can only benefit. Should the affiliated company be in breach, a penal clause exonerates third party counterparts from supplying proof of damages for a corresponding amount (8) without compromising compensation for further damages in the presence of an apposite agreement to that effect. (9) Besides, neither do such clauses, in contracts with third parties, their sole purpose being to pre-constitute a situation of free competition which goes in favour of the affiliated company, damage the interests of the same company promoting such inclusion of clauses, insofar as the latter company duly carries out the obligations it has contracted.

3. The case of the confirming earnest

Similar effects of transferring taxable profits from one company to another of the same group can arise with a confirming earnest. When entering into an intra-group contract, one party gives the other a sum as confirming earnest; should the company resident in Italy be in breach, the connected counterpart is entitled to either keep the payment received or ask that this amount be doubled. Whatever the case may be, there is a transferral of intra-group profit (10) that is not in the least linked to the price of goods and services rendered. In this case also, the legal title to receive the intra-group payment arising in the name of the connected party is not dependent solely upon the terms fixed in the contract but also on whether a factual circumstance is in place which would consist, as with the penal clause, in non-performance on the part of the Italian affiliate.

With a confirming earnest too, we assume that this agreement between connected parties conforms to what normally happens on the specific market in respect of both the *an* and the *quantum* with comparable transactions concluded under similar circumstances between independent enterprises and, first of all, according to the text of the Ministerial

62

(8) See article 1382, § 2: 'the penalty is due regardless of proof of damages'.

(9) See article 1382, § 1 C.C.

(10) That such profits might actually arise for taxation in the state of residence of the non-resident related counterpart will depend on the tax regime on the keeping of the confirming earnest as dictated by the legislation of the state of residence of the party in default.

Circular September 22 1980, no. 32/9/2267 of the Dir. gen. of direct taxation, between the Italian company and third parties. In this case, the pre-establishment by this company of an open market contractual practice, that is, the practice to generally include a confirming earnest in contracts stipulated with third parties is perhaps even more reasonable than the case examined above, provided obviously that the payment in earnest is from the same company. In this case, third parties to the Italian companies would have the further advantage of enjoying the immediate liquidity on account of the payment received. However, the Italian company gives up this liquidity in the short term: this might prove an obstacle to widening this confirming earnest practice further. But when the Italian affiliated company enjoys a particularly strong position on the market, it will not prove difficult to make counterparts agree to reciprocal or even unilateral confirming earnest.

4. The case of penalty

64

If the terms agreed upon between two parties include the right of the Italian company to opt out and choose to pay a sum to the counterpart, this opting-out payment can amount to a transferral of taxable income from the Italian tax jurisdiction to an outside one. Here too, said attribution of income to the foreign associated company is not the result of the consideration agreed upon, but is instead realised through adding to the contract a further agreement that gives one or both parties the potestative right to unilaterally withdraw from the binding contract and that, through the actual exercise of this right by the Italian company, involves the connected counterpart being attributed the right to the payment fixed as opting-out price. We shall assume, as we did earlier, that the penalty and the opting-out price agreed upon in respect of the intra-group transaction correspond to the common contractual policy of the Italian company, also by virtue of an intentional pre-arrangement that should not encounter insurmountable practical obstacles where the amount agreed upon is sufficient.

In this hypothesis, however, the foreign affiliate's legal entitlement to the payment object of the agreement arises not with non-performance of the main contract but with a unilateral withdrawal. (11)

(11) Please refer to Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milan 1987, p. 701; Cian-Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, Padua, 1992, p.1098; De Nova, *Trattato di diritto privato edited by P. Rescigno*, 10, Turin, 1995 and for the case-law, refer to Cassation 1990, no. 5454, 1986 no. 50059 and 1979 no. 2873.

5. The case of earnest as compensation for withdrawal

Here, we shall suppose that among the agreements between the Italian company and the non resident affiliate a right to withdraw has been stipulated in favour of the Italian company or of both parties with the correlative earnest as compensation for withdrawal.

At a later stage, the Italian company exercises the right to withdraw which means that the connected counterpart has the right to keep the money received in earnest or demand double the amount given in earnest. This attribution in favour of the foreign affiliate gives rise to a credit item abroad (12) and, in Italy, to a liability that can be deducted.

As with the other cases examined, we will assume, for the sake of clarity, that the practice of including an earnest payment as compensation for withdrawal and the amount fixed in this respect finds a match in the standard open market contractual practice of the Italian company dealing with non related trading partners. Here too, said practice could be meant for tax planning purposes, especially in terms of reciprocity, with a mutual earnest payment by the Italian company and its independent counterpart.

6. Non applicability of the transfer pricing regime

65

The reference to hypotheses of a transfer of taxable income abroad via intra-group transactions would induce one, at first, to suppose a reaction of the legal system as being linked to provisions in matter of transfer pricing. Indeed, transfer pricing deals with transactions carried out between related companies within multinationals. However, one finds that the mechanism at work in classic examples of transfer pricing is considerably different, in its operational dynamics, to the shifting of taxable income arising in the cases object of this analysis. Indeed, in these cases, the transfer of profits is not carried out via a non free competition determination of the price of provisions fixed in the contract, but goes through agreements that not only are extraneous to the bilaterality of contract, but even go beyond the contract in their juxtaposition as a totally separate transaction. With transfer pricing, to be intended in its strictest sense, the transfer of taxable income between two legal entities belonging to the same group is the result of the prices fixed with respect to intra-group transactions.

(12) As in all other cases considered here, the earnest kept as compensation for withdrawal will be considered income according to the tax legislation of the recipient's state of residence.

This is certainly the notion and field of application to which the Italian regime refers in matter of transfer pricing. The text of paragraph 5 of article 76 of the Unified Code of Income Taxation lays down a literal reference to: 'the normal value of the goods supplied, of the services rendered and of goods and services received'. It is clear that the application of this provision is to be limited to the determination of the price charged for a supply of goods and services between related companies. In other words, the object of an assessment of transfer pricing can be the price paid by one entity to the other for the supply of goods or services. Penal clause, confirming earnest, penalty, earnest as compensation for withdrawal are not, ontologically speaking, 'prices' therefore they cannot be made to fall within the field of application of the provision in question. Neither is it possible to proceed with such an inclusion by interpreting the provision in question using analogy, upholding, that is, application on all payments between related trading partners, regardless of their being qualified as prices for the supply of goods and services. Such an option could already be excluded in general terms on the basis of the authoritative scholars' stance according to which resorting to the analogic interpretation of taxation provisions would be prohibited under the saving clause, article 23 of the Constitution. (13)

66

According to this orientation, individuals' economic freedom may be legitimately reduced only within the limits established by law and beyond such limits the range of fundamental freedoms, including the freedom to transact, remains intact. If we apply this principle to our specific case one may state that the restriction on the freedom to transact through application of the criterion of the normal value may be carried out only within those explicit limits set down in article 76 paragraph 5 of the Unified Code of Income Taxation. Beyond such limits, the fundamental principle of the freedom to transact remains unimpaired. The idea that the inviolability of values fixed by contract issues from the principle of the freedom to transact is indeed found in the most discerning tax *doctrine*. 'The principle that is universally valid in matter of income taxes is that of the 'inviolability of the values fixed by contract' inferable from the various

(13) See in this respect, Giannini A. D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Turin, 1956, 44 ff. and more recently, Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milan, 1996, p. 99, this author writes that: 'outside the cases the norm expressly covers - once its meaning has been reconstructed following the standard rules of construction - the principle of inviolability of the personal and patrimonial sphere of the individual sets in, leaving intact, in terms of subjective juridical situations, the correlated fundamental subjective law; then to resort to analogy is not so much prohibited as it is precluded at source for lack of its essential condition of legal void.'

provisions of the Unified Code of Income Taxation approved with D.P.R. no. 917 December 22 1986 (particularly, articles 52, 53 and 75). This principle has been set down to emphasise how civil law and tax law have a tendency to coincide and, to officially explain that the freedom to transact can be limited only in exceptional cases, if so provided by the automatic insertion of terms or in specific cases such as when tax offices arrive at a different assessment (their purpose being to ascertain the normal value or to check any other element that differs from the taxpayer's statements). (14)

The same conclusion, that is, not granting application of article 76, paragraph 5 of the Unified Code of Income Taxation can also be reached if one applies the thesis championing the incompatibility of the analogic method with so-called exclusive-type rules. (15). The most eminent scholars (16) state the nature of exceptionality of article 76, paragraph 5, Unified Code of Income Taxation. 'The main characteristic of this norm is its exceptionality, being that the same departs from the general principle that the income components, arising from transactions with third parties, (17) should have as base for their calculation 'the strict exchange value'.' The fact that the 'strict exchange value' criterion represents the general parameter to be used for determining the income elements of article 76, paragraph 5, which diverges from this rule, sheds light on the ratio of the rule. 'It has been laid down to give, *only in specific cases* (italics in the original text) a 'blessing' of legitimacy to the recovery of taxable income according to the value of the transactions carried out'. (18) An important element pinpointing the cases this norm takes into consideration is that they deal with the determination of prices charged with reference to intra-group transactions. And this appears in the ratio that the most distinguished doctrine (19) attributes to the rule in question: ' the law-maker with the rule as in article 76 has shown to be aware of the fact that in transactions be-

(14) Gallo, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. Trib.* 1989, 1, 11.

(15) See Giannini M.S., *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, Padova, 1941, 120 ff.; Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario*, Turin, 1992, vol. I, 42; Micheli, *Corso di diritto tributario*, Turin, 1989, 81 ff..

(16) Gallo, *Limiti e caratteristiche degli acquisti con prevalente finalità fiscale*, in 'Acquisizioni di società e pacchetti azionari di riferimento', various authors, Milan, 1990, p. 329 ff..

(17) Gallo, *Limiti*, quoted above, p. 334.

(18) Gallo, *ibidem*.

(19) Gallo, *ibidem*.

tween related entities the price for a supply can be fixed arbitrarily and has therefore located in the application of the normal value criterion for goods supplied the means to solve and resist those choices - damaging revenue - dictated by an intra-group logic.' If then the meaning of this rule which, due to its exceptionality, does not lend itself to analogical interpretation, it follows that the intra-group practices above mentioned do not fall within the scope of application of this same rule. (20) This argument is further backed up by the tenor of the Ministerial Circular September 22, 1980 no. 32/9/2267 of the Dir. gen. of direct taxation in matter of transfer pricing. This circular, when defining the objective prerequisite for the application of guidelines in matter of transfer pricing refers to: 'the assessment of a possible surplus, compared to the normal value, of the price for supplies and provisions of services in favour of companies controlling the enterprise and to the price of goods and services supplied to the enterprise by the same companies'. The scenario for the application of the Italian regime in matter of transfer pricing is, in other words, the standard one, while there are no adequate measures to deal with a transfer of profits carried out following the terms and the legal forms outlined above.

7. Arguments in favour of the avoidance qualification of the cases under scrutiny

Having established that transfer pricing rules are not suitable for opposing the transactions forming the object of this analysis, these same transactions shall now be analysed and defined in the light of general principles. With a view to making the analysis more interesting in scientific terms, it shall henceforth be supposed possible to prove in practice that the entire transaction between the related parties (including the drawing up of the contract subsequently unperformed or made void following withdrawal of one of the parties) has the sole purpose of reducing the taxable base in Italy. Such an assumption no doubt represents a simplification hard to come by in real practice, but advisable if one intends to bring a pure juridical/formal analysis to the question, separating it from obstacles of a more practical order. First of all, one should exclude that the above examined ways of deducting taxable income in Italy or of reducing the

(20) Though referring to a different hypothesis, Professor Gallo's conclusions on the scope of application of the norm are substantially the same (*Limiti as quoted above page 334*): 'the rigid set of cases that require the employment of the normal value rules out that a departure from the criterion of 'strict exchange value' may be extended to cases other than those explicitly provided for...'

taxable base of the group considered as a whole qualify as a legitimate tax saving. Indeed, the doctrine (21) on the subject has defined it as: 'the behaviour of the taxpayer who, faced with two cases, both explicitly contemplated by the legal system and therefore subject to a different tax treatment, chooses the option that will mean a smaller tax burden.' In the cases being looked at, an equal positive law consideration of the tax solution adopted by the taxpayer is lacking. In these cases the taxpayer does opt for a favourable tax solution granted by the legal system and made to refer to a specific treatment of the law. The tax advantage that results is not tied to an opportunity for optimisation made available to the taxpayer, but to an astute and practical exploitation of the very legal system. The result of the transfer abroad of taxable income can also be seen as an advantage that is disapproved by the system, thus lacking the second prerequisite that the most recent doctrine (22) has formulated for the notion of legitimate tax saving. Indeed if the disapproval on the part of the system of tax saving obtained 'is often easily detectable from prohibitions set down in respect of contiguous cases' (23), then it is not hard to deduce from transfer pricing rules and from those applying to intra-group transactions with entities resident in States or territories enjoying a privileged tax system, the principle according to which transfers of taxable income in favour of legal entities subjected to taxation in low tax jurisdictions are definitely opposed by our system.

Given therefore, on the one side, the non legitimacy of the tax saving obtained through the cases here examined and their not being subject to the limitations provided for by the legislation in matter of transfer pricing, an investigation to see whether they might be affected by other repressive schemes of the legal system is in order. A first step might be to address the question of whether these transactions amount to avoidance or evasion.

The distinction between avoidance and evasion has been the subject of in-depth analysis. Tax avoidance: 'consists in a certain behaviour (not just in a legal transaction) not prohibited by law and manifesting the following characteristics: a) its sole purpose is from the start to save tax; b) it constitute unusual behaviour compared to that usually adopted in similar circumstances; c) it allows a (total or partial) tax saving

(21) Marchetti, *Evoluzione e prospettive della tassazione dei redditi finanziari in Italia*, Rome 1996, p. 112.

(22) Lupi, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rassegna Tributaria*, 1997, I, 1104: 'a revealing sign of avoidance is the pursuing of a result that the same system does not allow.'

(23) Lupi, *ibidem*.

which the law-maker neither provides nor allows for, even if implicitly. An avoidance transaction is therefore intentional (*and not simulated*), not prohibited by law and consisting in an unusual use of an institute that is permitted, the purpose of which is to save tax.' (24) A further section of distinguished science of law had already considered this question in substantially similar terms; (25) emphasising, as aspects characterising the avoidance operation, the overriding intention to save tax and the absence of extra-fiscal purposes. But to get to the deepest and most intrinsic difference between evasion and avoidance one needs to turn to the notion of simulation. As can be seen from the passage quoted above, cases of simulation cannot be regarded as avoidance. Avoidance transactions are actually desired by the parties though 'used' to save tax and insufficiently sustained by extra-fiscal interests. (26) One should then verify if cases of intra-group transactions amount to sham contracts, seen that simulation is the criterion used to distinguish be-

(24) Fantozzi, *Diritto Tributario*, Torino, 1991, 120.

(25) Gallo, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. Trib.* 1989, 1, 11 ff. This author does not go so far as to state irregularity in the exploitation of the legal instrument for avoidance purposes, but does believe it sufficient to have: 'economic replaceability of the stipulated transaction'. This means, in other words, that it is only required that the economic, non tax aim pursued through the avoidance transaction be replaceable with a transaction not resulting in a tax saving.

(26) The most distinguished tax literature is unanimous on this point. Though not presuming the following to be an exhaustive account, please refer to the above quoted Fantozzi (*Diritto Tributario*, Turin, 1991, 120), Gallo, *Brevi Spunti*, page 12, who when referring to the device in article 1344 C.C. as 'anti-avoidance mechanism', identifies its purpose by showing that the transaction has an unlawful *causa* according to c.c. article 1344: '*though actually intended by the parties (Italics appearing in the original) the causa of the transaction is unlawful for the latter has been drawn up to avoid peremptory tax rules by circumvention (therefore avoiding the very basis for taxation that these rules provide for)*'.

Lupi is even more direct in his message, (*Diritto Tributario, - Parte Generale*, Milan, 1996, 61), 'the way to distinguish avoidance from evasion and simulation is extremely clear...one should *exclude from avoidance, behaviour ascribable to simulation*'. (ibidem, footnote 12, Italics in the text). More recently, the same author reviewing the new article 37-bis of D.P.R. no. 600/1973 (*Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rassegna Tributaria*, 1997, I, 1099, note 1), has reiterated that: 'avoidance has nothing to do with fraudulent behaviour in the penal sense of the word, and comes about without concealing, simulating or dissimulating'.

Marchetti expresses the same point of view (*Evoluzione e prospettive della tassazione dei redditi finanziari in Italia*, Rome 1996, pag. 113): 'avoidance is to be distinguished from other devices, already unlawful under civil law, and through which one escapes paying tax. In particular, one should distinguish it from simulation, if only because with avoidance, the parties' actions are intentional.'

tween the two tax categories of avoidance and evasion. Should it be concluded that the above mentioned cases are to be classified as sham contracts, then their treatment for tax purposes would consequently be affected, amounting to evasion. (27)

In the above mentioned cases the income comes from the penal clause, confirming earnest, penalty or earnest as compensation for withdrawal. Indeed, none of these agreements may be defined as simulated in the proper sense. They are all intentional as are their effects, and they are performed in practice. In fact it is their very performance which gives rise to a transfer of profits from one company to the other.

A different and more subtle argument is the one which addresses a factual and legal circumstance that arises before the above mentioned agreement is performed. Whatever the case may be, alongside the stipulation of the penal clause, confirming earnest, penalty, earnest as compensation for withdrawal, one is dealing with a contract concluded by parties who do not intend to perform it. It is therefore central to investigate whether such intention irremediably amounts to a simulated contract. For reasons to do with systematic and methodological procedure, said investigation will be carried out first along general lines; the results thereof will then be spelled out with reference to the different types of agreements earlier examined.

If we base our argument on the opinion shared by most scholars, we can affirm that there is no simulation with respect to the main contract. What follows is a brief look at the arguments that would lead to this conclusion. These arguments do need a more thorough analysis into their validity: an analysis in general terms and also one that would define them in relation to whether performance commenced before withdrawal. Such an analysis will be carried out at a later stage, while for the moment the discussion will limit itself to listing and explaining the arguments that can be put forward in support of the non-simulated nature of the main contract.

(27) See LUPI (*Diritto tributario...cit. ibidem*): 'the type of contract to which the parties refer does not bind the revenue authorities, when - according to the contractual agreements - the arrangement is to be made to refer to a different institute. For example, if the supply of a lorry has been defined by the parties a 'contract work' only because the supplier changes the rear-view mirror, the revenue authorities will be able to treat this question as a transaction.' In practical terms, assuming the regularity of the accounts, the tax offices will be able to disregard the agreement in question 'by referring to what is dictated in article 39 lett. d) D.P.R. no. 600 1973, under which the offices may contest the existence of the higher costs or smaller profits that have been declared by resorting to the strictly fiscal anti-evasion instrument of the analytic-inductive assessment method'. (Gallo, *Brevi Spunti, cit. page 12*).

72

Firstly, one should note that the notion of simulation put forward by the preceptive school of thought as regards the legal transaction - according to which the essence of simulation is to be found in the dissimilarity between the proper *causa* of the simulated transaction and the real intention of the parties - is justifiably opposed. If the main contract, before the complex operations earlier described and the subsequent behaviour of the parties, were to be analysed starting from this concept, then one might recognise a case of simulation. When in fact, simulation is reconstructed as deviation of the parties' real intention from the proper *causa* attributable to the sham contract, then a dissimilarity might arise in the cases here examined, if one held that in actual fact, the main contract stipulated alongside the penal clause, confirming earnest, penalty and earnest as compensation for withdrawal, and before the lawsuit prevented through the transaction, is only apparently sustained by the synallagmatic *causa* represented by the exchange of a provision for a price. In actual fact, this is not the real intent of the parties; they have entered into a contract with no intention of performing it in practice, their sole purpose being that of saving tax. A conceptual reconstruction of simulation of this kind cannot however be shared. In the light of the most recent and considered jurisprudential analyses (28) such a formulation of the avoidance phenomenon irremediably lacks universality and rigour. On the one hand this is because: 'there is a sham transaction even when it is not the causal element to be false but for example the parties (a man of straw situation) or the object of attribution', (29) and, on the other because: 'the incompatibility between the proper *causa* of the stipulated contract and the intent in practice might find its explanation in the erroneous juridical qualification of the contract or in the erroneous adoption of a contract type that is unsuitable with respect to the contractual intention to be carried out'. (30) On the basis of these arguments, the reference to a vitiating element of the *causa* cannot be adopted as the main feature of the definition of sham transaction.

The notion of simulation formulated by the prevailing civil law doctrine describes this situation as: 'an apparent contractual situation created with intention. Specifically, one is in the presence of simulation when the parties draw up a contract on the understanding that the actual na-

(28) Bianca, *Diritto civile - Il contratto* quoted, page 659.

(29) Bianca, *ibidem*.

(30) Bianca, *ibidem*.

ture of their relation is a different one.' (31) The reference to the circumstance that the sham contract is not the one intended (32) is further explained by the scholars in what follows: 'simulation amounts to a case of ineffectiveness of contract proposed by the parties'. (33) It follows then that simulation will occur when: 'as necessary and sufficient condition', (34) the *effects* of a sham contract are not intended. This observation is shared by many scholars, even those belonging to different schools of thought. According to the conventional voluntaristic concept: 'what is stated as intended may per adventure not be so. The declaration is to that effect, that a specific legal effect may be produced; but said fulfilment is not intended. To affirm said scission between the intention and the statement, there needs to be proof; once this scission has been proved, the declaration does not produce the legal effect that is specified as intended' (35). Even those scholars that see simulation as a vitiating element of the *causa* of the contract underlines, with respect to the sham phenomenon, the relevance of the effectiveness of the sham contract by upholding that simulation rules out any interest in the production of the legal effect and that this fact constitutes the essence of simulation. (36)

The necessary and therefore indefectible element for simulation to occur seems to be that the proper effects of the apparent contract are not in actual fact intended by the parties. It follows that if such effects are truly intended, a case of simulation cannot arise. One should then investigate as to what the effect of the transaction might be when compared to the further agreements. If this transaction is an obligation-producing contract, the effects produced will be those of an obligation arising for

(31) Bianca, *ibidem*, page 656.

(32) Similar to other distinguished opinions (Cian-Trabucchi, *Commentario... cit.* page 1136), according to which 'traditional academic writings consider simulation a transaction that is not truly intended'.

(33) Bianca, *Diritto Civile - Il contratto cit* page 659

(34) Bianca, *ibid.*

(35) Windscheid, *Diritto delle Pandette*, I, 75, page 235. In this same respect see Ferrara, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Rome 1922, page 332.

(36) Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padua, 1936, 405. Salv. Romano's (*Trim.* 1954, 15) stance seems to be somewhat isolated. According to this author simulation can be seen when the sham agreement has concerned the performance of the contract, arranging for the contract not to be performed, and when the contract has actually not been performed.

the party that is to render the provision and of a corresponding credit right for the other party. This is the effect of this type of contract. The effect is to be seen as limited to the mere arising of a situation of rights and obligations.

Completely different to the effects of the contract is the performance of contractual obligations which is a further stage in the life of the same and represents the extinctive event *par excellence*. On the one hand, the productive relation existing between the act of the parties and the emergence of binding effects is direct and immediate: it does not require any middle volitive intervention. On the other hand, performance comes about in the course of the binding relation and it represents a further step towards fulfilment. A step that needs for itself to be intentional: 'with respect to performance' which is ontologically different to saying that the parties desire the legal transaction. The mutual consent of the parties establishes rights and obligations, but cannot ontologically go so far as to cause in addition the material fulfilment of the rights it creates. This result is obtained only by means of a volitive act further to the one that creates the obligations, the latter not guaranteeing that said result is reached. Though performance is often discussed in legal terms, the scholars have never been in doubt as to its nature of juristic act and as to the fact, therefore, that performance is expression of proper and positive volition: 'it is undeniable that the intention linked to the act of performance has its importance, but the crucial element here does not rest with the production of the effects, which would consist in the discharge by performance. What matters is on the one side, that the service performed objectively qualifies, and, on the other, that said provision refer outwardly to a creditor or to someone who appears to be so'. (37) But if performance is sustained by an independent, relevant and unilateral *animus solvendi*, it cannot intrinsically be made to refer to the legal bilateral act of consent which has given rise to the obligations that the performance extinguishes. The fact that performance does not come under the effects of the contract is therefore a settled interpretative result. The same scholars (38) who see simulation as a case of ineffectiveness of contract proposed by the parties rule out that performance or non-performance can influence its binding effectiveness. It is clear then how to

(37) Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, page 550.

(38) Bianca, *Diritto Civile - Il contratto* cit. page 495: 'the difference between content and effects can then represent non-performance of the contract. In this case the contract is still effective since it binds the party to carry out that result, but the contract produces a binding effect in lieu of the *real* effect.'

view the effect of the contract (binding) where simulation rules out the intention of the parties. The binding (39) effect is produced regardless of performance and even where there is non-performance. And this serves to underline the distinction between performance and the binding effect of the contract.

If then performance is set apart from the effect of the contract, one might infer that the fact that the parties agree that the contract should not be fulfilled does not constitute, in itself, sufficient reason to make that a sham contract. The sham contract is one for which the parties do not desire the effects, but performance is not an effect of the contract, therefore a contract for which the parties desire non-performance is not, for this reason alone, a sham contract. It could constitute a sham contract, but only if the parties do not want the binding effects, as well as not wanting performance: in other words, if they exclude the emergence of rights and obligations. The most distinguished scholars (40) have noted how 'mainstream doctrine views simulation as an unwanted legal transaction' and not as a legal transaction the performance of which is not desired. Instead, it is possible to desire the legal transaction and its immediate binding effects, without at the same time wishing the transaction to be performed. And this is what happens with the intra-group operations discussed herein. In all of these cases, the binding effectiveness, the emergence of an obligation for one of the parties, not only is intentional, but it is also necessary in order to reach the tax saving objective. In the former case, the parties intend non-performance to take place so that the penalty might be paid or the confirming earnest retained. For a breach of contract to occur, it is necessary that the party in default is actually obligated to carry out a provision. Non-performance is strictly linked to the existence of a binding agreement. Non-performance can occur when there is a valid obligation to which the party in default is bound. The material act or omission would be, on its own, legally neutral: it assumes a legal connotation only when considered against the pre-existing obligation. It is only through this pre-existing obligation that one can evaluate in legal terms the liable party's behaviour and thus define it as perfor-

(39) This is to be kept quite apart from the binding force of the contract, that is the 'irrevocable subjection of the parties to the contractual relation', under which 'before the contract becomes effective, the parties are bound by the agreement undertaken, and may be released only through the usual practice of rescission of contract.' The notion of binding effectiveness is a *quid pluris* compared to binding force. One may have, for example, have a suspensive condition whereby the contract produces its effects without producing binding effects.

(40) Cian- Trabucchi, *Commentario...* quoted page 1136.

mance or non-performance. (41) The obligation is the basic benchmark in order to see whether there is performance or non-performance. In some of the cases we examine here, the parties desire non-performance for the beneficial effects that are to be derived in terms of tax, but this implies that they desire first and foremost the emergence of the obligation. Only by means of establishing this subjective legal position, is it possible to obtain the intended non-performance. In other words, the contracting parties, in accordance with what we have looked at in the above, desire the effects of the contract, though not wishing for performance in the strict sense of the word. But then, such a contract cannot be defined as sham if one refers to the notion of simulation intended as 'undesired' effect of the contract.

In the cases of penalty or earnest as compensation for withdrawal, the main contract to which the further agreements are added still cannot be considered simulated. As seen earlier, simulation is the phenomenon of: 'a legal transaction that is not desired'. (42) The parties, although not wanting the contract to be performed, do however intend to enter into the contract and be bound by it. The ultimate intent of the parties is to withdraw, giving rise to the payment of the penalty or of the earnest as compensation for withdrawal. But, in wanting to withdraw, the parties also irremediably desire the requisites linked to this withdrawal. Indeed, withdrawal is defined as: 'the power attributed to one or both contracting parties to unilaterally withdraw from the contractual obligation'. (43) Withdrawal can therefore occur only with reference to an effective contract, in the sense of a contract binding the parties. The binding force of the contract is a fundamental requisite in withdrawal, which means that if the parties desire to withdraw, then this would imply that they also desire the effect of the contract, that is, its capacity to bind them. But if, as stated above, the sham contract is one the effect of which the parties do

(41) This argument has been fully accepted by now as being part of the most commonly shared doctrinal opinions. See, Gazzoni, *Manuale...* cit. page 551, who addresses the strong link between obligation and performance on the causal level.' The problem does not arise with the *causa* of the performance, for the discharge by performance is absorbed and finds its justification in the existence of an obligation.' (my Italics). The link as stated above is made clear when one considers the objective prerequisites of performance. It is for example underlined that the exactitude is to be intended in the sense that: 'there should be no discrepancy between the object of the obligation and object of the provision carried out in practice'.

(42) Cian- Trabucchi, in the place cited.

(43) Cian-trabucchi, *Commentario...* cit., page 1098.

not desire, the fact that said effect is actually desired - as requisite of the subsequent withdrawal - would then rule out a simulated contract. One could object that whereas before the effect of the contract was identified in the full binding effect, now one refers to its binding force to be intended, similarly to what stated above, as mere: 'irrevocable subjection of the parties to the contractual relation'. (44) One could easily reply to this that in the majority of cases, the existence of contractual binding force also implies a binding effect. In the absence of circumstances obstructing the binding effect of the contract, then that effect will definitely be produced automatically in virtue of and alongside its binding force. Generally, if one occurs then the other is also found, except in the case of ineffectiveness: 'to be intended in its strictest sense of *temporary* ineffectiveness'. (45) The scholars peremptorily identify the cases in which temporary ineffectiveness of the contract occurs. 'Temporary ineffectiveness defines the provisional juridical unproductiveness due to a voluntary or implied condition. Specifically, a contract is provisionally ineffective 1) when the same parties have subordinated its effectiveness to a future and uncertain event (voluntary condition); or 2) when there is missing a condition implied by law, external to the contract, in other words not part of its constituting elements to which the law subordinates the effectiveness of contract (condition implied by law)'. (46) Should such requisites not occur, that is, should the contract not be subordinated by the parties or by law to any form of suspensive condition, to desire the binding force of the contract necessarily implies that its binding effects are also desired. Then, considering the premises earlier outlined (which remain questionable) and in the absence of the above mentioned suspensive conditions, it cannot be held that the main contract is sham. It cannot be thought so just because the parties desire - in entering into the legal transaction, requisite for exercising the right to withdrawal - the sole binding force of the contract as the logical/juridical precedent to the valid exercise of this right. In the absence of the requisites listed above, to desire the binding force of the contract would necessarily imply, always in the light of the above developed arguments, wanting its effectiveness.

This same conclusion can be reached following further observations. The fact that non-performance gives rise to the application of the penal clause or confirming earnest agreement or that, the parties' discharge

(44) Bianca, in the place cited page 496

(45) Bianca, *ibidem*.

(46) Bianca, *ibidem*.

from the binding relationship goes through the institute of withdrawal and the subsequent economic onus, seems to postulate that the act is effective and binding. One can deduce from this that the parties, though not desiring that the contract be performed, do want the contract as well as its effectiveness and binding force. One might say that the contract is binding and effective to the extent that, on one side, non-performance gives rise to liabilities and, on the other, that it is possible to be released from the binding agreement only through the exercise of the right to withdraw with the corresponding economic onus that right brings with it. As a result of this, it would seem that this case (in which transaction and binding effectiveness are proposed, but not performance) is incompatible with the notion of simulation put forward by mainstream civil law doctrine, according to which: 'the full simulated transaction is one which exists only in appearance, but lacks all seriousness: the act is not intended by the parties who merely desire that the act may appear as such.' (47) In the cases here examined the act would seem capable of producing certain effects.

8. Avoidance or evasion? Simulated nature of the main contract in the case of penal clause and confirming earnest

To the reasoning expressed above, though rigorous and of logical consistency, one may still advance criticism that would invalidate the arguments on which the exclusion of the main contract from the category of sham contracts seems to be universally founded. To better proceed with the development of such criticism, one should first deal separately with the case of shifting of taxable income as a consequence of a penal clause or confirming earnest and then proceed with considering the shifting made possible as a result of the application of a penalty or earnest as compensation for withdrawal.

In the former case, when entering into the main contract, the parties agree that this shall not be performed. The non-performance of the main contract is an essential element of the parties' plan, since non-performance of this kind is necessary to the arising of a situation of rights and obligations through the performance of which the transfer of the sum fixed by the parties is carried out. It is moreover indisputable that active or passive behaviour will qualify as performance or non-performance on-

(47) Ferrara, *Del'ola simulazione dei negozi giuridici*, in Nuovo Digesto italiano, vol. XII, part I, page 148, as quoted by Distaso, *I contratti in generale II*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* edited by W. Bigiavi, Turin, 1966, page 867.

ly by relation to the juridical parameter represented by a valid and effective obligation. From this, it does not necessarily follow that what the parties have proposed is to be bound to the provisions as stated in the contract. It is true that simulation has to do with the effects of the contract and that those of the main contract are binding effects but, in fact, the parties have not actually intended a real obligation, but one which merely appears to be so.

One cannot have a genuine obligation, if the performance by he who appears as the debtor can be effectively refused by he who appears as the creditor, based on the parties' agreement not to perform the obligation in question.

Such an element of authenticity cannot be founded upon the fact that the act is actually intended and that intended is its binding effectiveness to the extent that an essential element of this binding force and effectiveness, that is, the liability for non-performance is produced and operates in the legal sphere of the parties. The sum of money owed, fixed with the penal clause or with the confirming earnest does not arise with the main contract, but with these further agreements. On the main contract and its binding force and effectiveness only depends the realisation of the prerequisite that makes such additional agreements operate: non-performance. It is then easy to see how, in the cases here examined, the main contract does not produce any proper legal effect, giving rise only to a prerequisite, though carrying a technical/legal connotation that is particularly incisive. The argument for which the main contract would produce binding effectiveness giving rise to a liability for non-performance thus fails. Indeed, the parties do not intend submitting themselves to the regime of the main contract, and neither to its binding force. They intend exploiting it for the sole purpose of creating an appearance that would seem to justify to third parties (mainly the revenue authorities) the effectiveness of the penal clause, single contractual agreement of which they actually desire effectiveness.

In this light, the main contract inserted in one of the transactions in question, can be seen as forming part of the notion scholars supply for absolute simulation: 'the parties do not intend to create any new legal relation, nor do they wish for any effect of the legal transaction, they absolutely do not intend to submit to its regime, to realise any change in their legal situation: relations between the parties are and remain those previous to the legal transaction for no legal change has been intended.' (48)

(48) Distaso, *I contratti...* cit., page 867.

Moreover, the argument for which the main contract would produce, within the two contracting parties' sphere, an intended indirect legal effect cannot be sufficient to determine the non simulated character of the main contracts in question, by virtue of the fact that it would trigger, through non-performance, the actual effectiveness of the penal clause or of the confirming earnest. Such a circumstance does not seem capable of attributing to the main contract a level of effectiveness that would place it within the category of genuine contracts. In particular, these traits do not seem attributable to a contract for which performance is not desired when entered into. If we examine the event from a substantive point of view, it cannot be denied that the fact that the parties at the time of contracting did not intend to follow up the obligations resulting from their agreement appears as irremediably incompatible with the seriousness of the obligation and removes that seriousness, despite the formal observation for which performance of the contract is not included among the effects of the contractual obligation.

The parties' behaviour with respect to the legal transaction can then be interpreted in the sense that they desired an appearance of a main contract for the purpose of producing a situation of apparent non-performance that, in its turn, would constitute a prerequisite for the penal clause or confirming earnest to be effective. One needs to be clear on what a situation of apparent non-performance means, since it is easy to misinterpret and think of non-performance as real and not apparent here; the behaviour not corresponding to the provisions of the parties as they were stated in the main sham contract. The appearance of a legal transaction prearranged by the parties does not create a situation of apparent non-performance in the naturalistic sense of the word, but attributes to that same naturalistic situation an apparent legal qualification of non-performance. Hence the simulated nature of the main contracts for which non-performance has been arranged.

9. Avoidance nature of the operation in the case of penalty or earnest as compensation for withdrawal

Opposite results can be reached when the transfer of taxable income is carried out through a penalty or earnest as compensation for withdrawal, where certain important conditions occur. First of all, the parties' agreements should be devoid of any intention not to perform the contract. If one considers the intention of the parties from a substantive and general viewpoint, it is this very agreement, as seen earlier, that removes the effectiveness of the apparent settlement of the legal transaction. A careful approach to the facts does not make it seem reasonable to consider as in-

tended a contract for which non-performance has been arranged. Before the right to withdrawal may be exercised, the parties should have duly carried out the obligations arising from the main contract. Moreover, the agreement should have attributed discretion with regard to the moment for exercising the right of withdrawal. Should the contracting parties have already fixed a date for exercising the right of withdrawal when entering into a contract, one could perhaps attempt to reconstruct the legal transaction events in the sense that the main contract is simulated with respect to its duration. The moment fixed by the parties for withdrawal could be seen as the final date, the deadline for the settlement of the legal transaction, the expiry date for the effectiveness of the contract. Should these be proved to be the real facts pertaining to the agreement between the contracting parties, a prerequisite for the exercise of the right of withdrawal would irremediably be lacking. Indeed, this right consists in rendering unilaterally ineffective a binding obligation between parties. On a causal level, the withdrawal from a contract that no longer produces effects - having come to its deadline for effectiveness - would result as completely unjustified.

Where the above mentioned conditions occur, it does not seem that the events pertaining to the legal transaction may be included in the category of simulation. On the one side, as already mentioned above, this characteristic cannot be affirmed with reference to the withdrawal agreement which serves the objective, pursued by the parties, of transferring taxable income and as such, not only is it intentional, it is also integrally carried out. On the other, the observations that had led one to finally conclude on simulation of the main contract in the case of shifting realised through a penal clause or confirming earnest, cannot be applied to the cases considered in these paragraphs.

In the previous cases, the pre-arrangement of non-performance was seen as being incompatible with the authenticity and seriousness of the contractual obligation. Such a valuation of incompatibility can by no means be extended to the clause allowing one to withdraw from the same contract, according to the civil code that contains a provision to that effect. While, in the cases considered earlier, the main contract and the additional agreements of penal clause and confirming earnest go with the parties' understanding that the obligation is not to be fulfilled, an understanding that, on its own, removes all authenticity and seriousness from the main contract, this same understanding does not find a match in the transactions we are examining in this section. Here, the only agreement added to the main contract is the clause of the right to withdraw for a price, and this clause, as previously shown, does not clash with the authenticity and seriousness of the main legal transaction. It follows that

the main contract maintains its capacity for effectiveness with the contracting parties and third parties. Consequently, on account of the above justified authenticity of the agreement attributing the right of withdrawal, one may conclude by saying that in the cases of penalty and earnest as compensation for withdrawal, the transfer of taxable material from one contracting party to the other is not realised through the instrument of the apparent legal transaction, but through a prearranged combination of legal transactions (the main contract, the agreement attributing the right to withdraw, and the legal transaction for the exercise of such a right) which achieve the effect of transferring taxable income from one company of the group to the other.

10. Inapplicability of the new art. 37-bis D.P.R. no. 600 1973

The fact that one cannot refer to simulation with respect to the intra-group transactions outlined in the previous paragraphs (49), would imply that those same transactions, not amounting to evasion, fall within the avoidance category. One should therefore consider whether the most universal of anti-avoidance remedies in the tax system may be applied. The new art. 37-bis of D.P.R. no. 600, 1973, gives the revenue authorities ample powers to disclaim avoidance operations. However, this norm on the whole turns out to be unsuitable with reference to the cases here examined. The incontestability provided for in art. 37-bis is not the effect with each and every case of avoidance, but only with those the operations of which are listed in paragraph 3 of the same provision. It follows that, outside of the list of operations stated in paragraph 3 of art. 37-bis, the anti-avoidance mechanism seen in this norm fails to be applied. This article cannot therefore oppose the cases we have been looking at where the unilateral withdrawal is used for the purpose of transferring profits to a related company.

11. Aspects of applicability of article 1344 of the Civil Code

Though the use of the penalty or earnest as compensation for withdrawal for transferring taxable income between related companies

(49) For the sake of clarity it should be reiterated that the transactions in which the transfer of profits takes place through use of a penal clause or confirming earnest, which leads to a sham contract, amount to evasion and therefore do not concern the observations that will follow. These observations in fact look into the measures against those operations of avoidance outlined in the previous paragraph.

does not amount to simulation, this does not exclude (50) the application of the measure in matter of fraud of tax law, art. 1344 c.c., in the presence of the prerequisites that the most distinguished scholars (51) have identified as necessary for this norm to find application. In an operation pursued to reduce the tax burden, it is required that, on the one hand, there be an objective advantage for the taxpayer and therefore lower revenue. On the other, it is required that the revenue authorities prove that: 'the sole (or prevailing) purpose of the contracting parties is to take away revenue by reducing the taxable base or rather by preventing that the prerequisite is realised by entering into fraudulent contracts.' (52)

Where these two prerequisites are in place, it is my opinion that art. 1344 c.c. should be applied with reference to cases in which taxable income is shifted between related companies through the application of a penalty or earnest as compensation for withdrawal. The problem is therefore one of determining which legal transaction in the sequence from which an avoidance operation arises, should be subject to the application of article 1344 of the c.c. In other words, it should be ascertained whether voidness, as it appears in the same article, involves all of the legal transactions or only particular ones.

In the case we here examine, the tax benefit consisting in the transfer of taxable income is indeed a direct consequence of exercising the right of withdrawal. It is the unilateral withdrawal transaction which gives rise to the obligation to carry out payment of the penalty or to the right of keeping what paid in earnest. The other two elements of the transaction entered into by the parties (that is, the main contract and the penalty/earnest as compensation for withdrawal) though essential prerequisites in terms of the realization of the final result are not conclusive in this respect. It therefore seems reasonable to hold that voidness as in art. 1344 of the c.c. is to be limited to the unilateral withdrawal transaction, thus preserving effectiveness in respect of the other two contracts.

(50) The problem with the applicability of article 1344 in a tax context has been amply discussed by scholars and has led to opposing opinions. Some of those who favour its application are the following: Santonastaso, *I negozi in frode alla legge fiscale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1970, I, page 505 and Gallo, *Brevi spunti in tema di elusione fiscale e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rassegna tributaria*, 1989, I, page 11, and *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge* in *Giur. Comm.*, 1989, page 377.

(51) Gallo, *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, cit., page 388 and ff.

(52) Gallo, *ibidem*, page 389.

This conclusion does seem to follow the notion welcomed by the most distinguished civil law scholars (53) with reference to the in fraud of law institute. According to their reconstruction of this institute: 'the characteristics of the legal transaction which operates in fraud of law are two: an objective element, consisting in the fact that the transaction qualifies for a result comparable to that which is prohibited; a subjective element, consisting in the intention of evading an overriding norm.' (54) Of particular interest to us is the objective element described as transaction qualifying for a result comparable to that which is prohibited. If such prerequisite is to be intended in the sense of the single transaction being capable of determining the avoidance objective pursued by the parties, then this argument cannot be applied to the first two elements of the avoidance transaction sequence seen above. The only transaction agreement really 'capable' of producing tax avoidance is unilateral withdrawal. Therefore, the latter should be the only one producing voidness as it is contained in art. 1344 of the Civil Code.

Carmine Rotondaro

(53) Santoro- Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, page 191.

(54) Santoro- Passarelli, *ibidem*.

Clausola penale, caparra confirmatoria, multa o caparra penitenziale nelle transazioni intragruppo: opportunità di tax planning e problematiche fiscali

di Carmine Rotondaro

1. Considerazioni preliminari - 2. Le fattispecie concrete oggetto di analisi. Il caso della clausola penale - 3. Il caso della caparra confirmatoria - 4. Il caso della multa penitenziale - 5. Il caso della caparra penitenziale - 6. Non applicabilità della disciplina in materia di transfer pricing - 7. Argomenti a favore della qualificazione elusiva delle fattispecie in esame - 8. Elusione o evasione? Carattere simulato del contratto principale nel caso di clausola penale o di caparra confirmatoria - 9. Carattere elusivo dell'operazione nel caso di multa o caparra penitenziale - 10. Inapplicabilità del nuovo art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973 - 11. Profili di applicabilità dell'art. 1344 codice civile.

1. Considerazioni preliminari

La sussistenza di una relazione di controllo o di collegamento fra due o più soggetti giuridici residenti nella medesima o in diverse giurisdizioni fiscali può indurre all'effettuazione di operazioni negoziali aventi come effetto la riduzione del carico fiscale complessivo del gruppo attraverso lo spostamento di utili imponibili dalle giurisdizioni a fiscalità più elevata alle giurisdizioni a fiscalità più bassa ovvero da una società in utile ad una società in perdita ambedue residenti nella medesima giurisdizione. L'appartenenza ad un medesimo gruppo può, infatti, consentire lo svolgimento di un'attività di tax planning a livello unitario volta all'ottimizzazione della politica fiscale dell'intero gruppo e non solo di singole unità, senza che ci si debba confrontare con i conflitti d'interesse che normalmente insorgono fra imprese indipendenti (1).

85

(1) La specificità delle operazioni negoziali intercorrenti fra imprese controllate o collegate è fatto oggetto di approfondimento da parte del Rapporto OCSE del 1995, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, il quale, (par. 1.2), nota come "quando due imprese indipendenti intrattengono rapporti d'affari, le condizioni dei loro rapporti commerciali e finanziari (ad esempio: il prezzo dei beni trasferiti o dei servizi forniti e le condizioni di trasferimento o di fornitura) sono determinati, di solito, dalle forze di mercato. Quando imprese associate intrattengono rapporti d'affari, i loro rapporti commerciali e finanziari possono non essere influenzati allo stesso modo direttamente dalle forze di mercato esterne...". Il medesimo Rapporto (par. 1.10) nota ancora come "una difficoltà pratica relativa all'ap-

Lo strumento per l'effettuazione di tale "shifting" di profitti è stato tradizionalmente individuato tanto in ambito internazionale (2) che interno (3), nelle pratiche di transfer pricing contro le quali sono stati approntati meccanismi reattivi tanto in sede OCSE che a livello di diritto tributario interno. Nell'ambito del transfer pricing strettamente inteso, tuttavia, lo spostamento di materia imponibile fra due soggetti giuridici appartenenti al medesimo gruppo è il risultato dei valori assunti dai corrispettivi pattuiti nell'ambito delle transazioni intra-gruppo.

Nelle pieghe del nostro codice civile si annidano tuttavia taluni negozi e clausole tipiche che, ove pattuiti fra entità collegate, possono comportare travasi di utili dall'una all'altra, anche a prescindere dall'ammontare dei corrispettivi stabiliti per cessioni di beni, prestazioni di servizi anche finanziari, concessione del diritto di sfruttare opere dell'ingegno, ecc. Nei casi che si andranno ad esaminare, in altri termini, il pagamento intra-gruppo non viene effettuato a titolo di corrispettivo per l'effettuazione di una prestazione, ma trae il suo titolo giuridico da una clausola contrattuale (clausola penale, caparra confirmatoria, caparra penitenziale ecc.) che, pur essendo, talvolta, collegata alla sinallagmaticità del rapporto, è tuttavia diversa da quella che determina l'entità dei corrispettivi contrattuali.

86

Nella presente trattazione, si cercherà d'individuare quali sono le norme fiscali applicabili a tali transazioni intra-gruppo, dopo averne indagato il carattere di fattispecie elusive o di evasione alla luce delle migliori elaborazioni dottrinarie sul punto. In particolare, si indagherà se tali ipotesi di fatto, ove poste in essere in ambito transnazionale, possano ritenersi ricomprese nell'ambito di applicazione del regime dei prezzi di trasferimento (segnatamente l'art. 76, comma 5, del Tuir, la Circ. min. 22

plicazione del principio di libera concorrenza consiste nel fatto che le imprese associate possono avviare transazioni che le imprese indipendenti non sarebbero in grado di realizzare. Tali transazioni non vengono necessariamente poste in essere per motivi di elusione fiscale ma possono aver luogo poiché, nel corso delle transazioni, i membri di una multinazionale affrontano delle circostanze commerciali differenti rispetto a quelle che avrebbero affrontato le imprese indipendenti".

(2) Si veda il rapporto OCSE, *Transfer pricing and Multinational Enterprises*, Parigi, 1979, sostituito nel 1995 dal già citato *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Gli altri rapporti in materia di transfer pricing sono: OCSE, *Transfer pricing and Multinational Enterprises, Three Taxation issues*, Parigi, 1984 e OCSE, *Thin capitalization*, Parigi, 1987.

(3) Il rapporto OCSE, *Transfer pricing and Multinational Enterprises* del 1979 è stato, come è noto, recepito in Italia con la circolare del Ministero delle Finanze 32/9/2267 del 22 settembre 1980.

settembre 1980, n. 32/9/2267 della Dir. gen. imp. dir. nonché la Circ. min. 12 dicembre 1981, n. 42/12/1587 della Dir. gen. imp. dir.) e della norma antielusiva contenuta nell'art. 37-bis del D. 600/1973.

2. Le fattispecie concrete oggetto di analisi. Il caso della clausola penale

Si immagini il caso di una società residente in Italia (4) che stipuli un contratto con altra società collegata residente in uno stato in uno Stato non a regime fiscale privilegiato (5). In virtù di tale negozio la società italiana s'impegna a fornire alla consociata una prestazione di servizi. Il contratto contiene, altresì, una clausola penale in forza della quale la società italiana è tenuta al pagamento di una data somma in caso d'inadempiimento o di ritardo nell'adempimento dell'obbligazione di fornire la prestazione di servizi. Ove la società italiana non presti il servizio alla scadenza contrattuale, questa sarà tenuta al pagamento della somma pattuita nella clausola penale, in questo modo sostenendo un costo deducibile in Italia ed attribuendo un reddito alla propria consorella estera: in pratica, sottraendo materia imponibile in Italia e facendola sorgere all'estero.

Si assume, inoltre, che l'entità della prestazione in denaro stipulata come penale e versata dalla società italiana non è affatto sovradimensionata rispetto ai valori normalmente pattuiti nel mercato rilevante, ovvero dalla stessa società debitrice italiana in transazioni con controparti indipendenti. Si tratta, in altri termini, di un'ammontare della penale che potremmo definire "di libera concorrenza", che non presta il fianco ad alcuna possibilità di rettifica in base al confronto con l'entità delle penali pattuite nell'ambito di transazioni comparabili aventi luogo fra parti non collegate. In particolare, il carattere "arm's length" della penale stipulata nell'ambito del contratto intra-gruppo deve essere valutato sotto

(4) Come già è stato precisato nel paragrafo primo, le operazioni descritte in questo paragrafo ed in quelli seguenti sono suscettibili di aver luogo anche fra una società in utile ed una società in perdita appartenenti al medesimo gruppo ed *ambidue residenti in Italia*. Dato che, però, ci si vuole, nel prosieguo, soffermare sulla possibilità di applicare le norme in materia di prezzi di trasferimento, ci si concentra, qui, in particolare, sulle ipotesi transazionali. Si ribadisce, comunque, la validità del modello operativo anche in ambito esclusivamente domestico, riservandoci di fare delle considerazioni di carattere più generale, una volta analizzato il tema dell'applicabilità del regime di transfer pricing.

(5) Vale a dire in uno Stato diverso da quelli elencati nel D.M. 24 aprile 1992.

due distinti aspetti. Da una parte, deve essere indagato se l'ammontare pattuito della penale sia conforme alla pratica corrente nel mercato rilevante. E, dall'altra, è necessario determinare se la stipulazione stessa della penale sia comune fra le condizioni contrattuali correntemente praticate in circostanze di mercato comparabili e, nell'ambito di transazioni comparabili. In altri termini oggetto di un corretto accertamento di transfer pricing deve essere il carattere di libera concorrenza non solo del quantum, ma anche dell'an della clausola penale. Nel caso di specie assumiamo che ambedue tali elementi della pattuizione intervenuta fra le parti collegate rispondano alla comune pratica degli affari.

È molto probabile che un tale risultato si dia effettivamente in concreto, dato, soprattutto che il parametro di tale duplice valutazione del carattere di libera concorrenza della clausola penale deve, appunto, essere preferibilmente rappresentato da analoghe stipulazioni poste in essere dalla società italiana nell'ambito di rapporti contrattuali con parti terze. Invero, alla stregua della sopra citata Circ. min. 22 settembre 1980, n. 32/9/2267, nell'effettuazione del confronto di cui sopra, fra quanto pattuito fra imprese collegate e quello che verrebbe pattuito fra imprese indipendenti per transazioni comparabili, deve essere accordata preferenza al criterio della comparazione interna, vale a dire, nel caso di specie, avere riguardo all'ammontare delle penali pattuite, in circostanze comparabili, dalla società italiana nell'ambito di transazioni comparabili poste in essere con controparti terze estranee al gruppo (6).

Dato che l'affiliata italiana, suscettibile di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria è la parte a cui danno è stata stipulata la clausola penale, essa non avrà difficoltà alcuna ad introdurre, nella misura desiderata (7), una tale penale nella sua pratica negoziale con con-

(6) Di particolare forza e chiarezza è la posizione della circolare (cap. III, par. 1 "Il metodo del confronto di prezzo") sul punto. Essa, infatti, si esprime nei termini seguenti: "la scelta del criterio della comparazione interna è preferibile in quanto lo stesso art. 9 del D.P.R. 597/73 accorda la preferenza al confronto interno ('listini o tariffe dell'impresa che ha fornito i beni o servizi') mentre il confronto esterno ha carattere sussidiario ('e, in mancanza alle mercuriali e ai listini delle Camere di Commercio' ...). Inoltre, la comparazione interna rende più probabile il riscontro di transazioni similari. Il ricorso alla comparazione esterna obbliga, poi, l'Amministrazione alla ricerca di dati oggettivi che, nell'ipotesi in cui il mercato rilevante sia quello estero, dà luogo a notevoli difficoltà". Il fondamento legislativo della posizione ministeriale è rimasto integro anche dopo l'introduzione del D.P.R. 917/1986, stante l'identica formulazione dell'art. 9, comma 3, del D.P.R. 917/1986 e, pertanto, la preferenza accordata al metodo del confronto interno conserva tuttora la sua validità anche sulla scorta delle argomentazioni ulteriori fornite dal Ministero.

(7) Salva l'applicabilità dell'art. 1384 C.C., in virtù del quale la penale può essere equamente ridotta dal giudice, oltre che quando l'obbligazione principale sia stata par-

troparti terze, avendo cura, ovviamente, di scongiurarne la pratica operatività per il tramite di un esatto adempimento delle obbligazioni contratte con i terzi. Questi ultimi, infatti, non avrebbero, nella generalità dei casi, alcun plausibile motivo per opporsi all'inclusione di una tale clausola, dalla quale non possono che ritrarre vantaggi. In caso d'inadempimento della società affiliata, la presenza di una clausola penale esonera, infatti, le controparti terze dal fornire la prova di un danno di ammon-tare corrispondente (8), senza, tuttavia pregiudicare il risarcimento del danno ulteriore, in presenza di un'apposita pattuizione in tal senso (9). Né d'altra parte l'inclusione di tali clausole nei contratti con terzi al me-ro fine di precostituire una situazione di libera concorrenza a sé favore-vole, arreca di per se stessa, un apprezzabile detrimento attuale agli in-teressi della società affiliata che promuove una tale inclusione, nella mi-sura in cui quest'ultima procura di eseguire esattamente le obbligazioni assunte.

3. Il caso della caparra confirmatoria

Analoghi effetti di trasferimento di utili imponibili da un'impresa al-l'altra del medesimo gruppo possono derivare dalla dazione di una ca-parra confirmatoria. Ove, infatti, all'atto della conclusione del contratto intra-gruppo una delle parti abbia consegnato all'altra una somma di de-naro a titolo, appunto, di caparra confirmatoria, l'eventuale inademp-iamento della propria obbligazione da parte della società residente in Ita-

zialmente eseguita, anche ove il suo ammontare sia manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento. L'effettiva ope-ratività di una tale norma nell'ambito di una situazione concreta intra-gruppo analoga a quella che qui si analizza è piuttosto improbabile soprattutto in caso di preordi-nazione dell'operazione al fine di sottrarre materia imponibile in Italia per farla sor-gere all'estero in condizioni fiscali più favorevoli. Dottrina (MAGAZZU', *Clausola pe-nale*, in "Enciclopedia del Diritto" Milano; CARRESI, *Il Contratto*, in "Trattato di di-ritto civile e commerciale" già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Men-goni, Milano; DE NOVA, *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, 10, Torino; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova 1992, pag. 1108) e giu-risprudenza (Cassazione 1985, n. 218; 1984, n. 2112; 1970, n. 840, nonché 1990, n. 11282) affermano, infatti, concordemente che il giudice non può procedere alla ridu-zione d'ufficio, ma può farlo solo su istanza di parte. Istanza che, nel caso di parti col-legate, è molto improbabile venga proposta.

(8) Vedi l'art. 1382, comma 2: "la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno".

(9) Vedi art. 1382, comma 1, C.C.

lia attribuisce alla sua controparte collegata il diritto a trattenere la caparra ricevuta o ad esigere il doppio della caparra data, si ha, dunque, un trasferimento di utili (10) intra-gruppo che non coinvolge affatto l'entità dei prezzi di beni e servizi prestati. Anche in questo caso, l'effettivo radicarsi in capo ad una delle parti collegate del titolo giuridico a ricevere il pagamento intra-gruppo non dipende soltanto dalle pattuizioni sancite nel contratto, ma, anche, dal concreto ricorrere di una circostanza di fatto, che, qui come nel caso della clausola penale, consiste nell'inadempimento da parte dell'affiliata italiana.

Anche nel caso di caparra confirmatoria, assumiamo che tale pattuizione fra parti collegate sia conforme tanto nell'an che nel quantum a ciò che comunemente avviene nel mercato rilevante nell'ambito di transazioni comparabili concluse, in circostanze comparabili fra imprese indipendenti, e, in prima istanza, stante il dettato della Circ. min. 22 settembre 1980, n. 32/9/2267 della Dir. gen. imp. dir., fra la società italiana e controparti terze. In questo caso, la precostituzione da parte di tale società di una pratica negoziale di libero mercato nel senso della diffusa previsione di caparre confirmatorie nei contratti stipulati con parti terze è forse addirittura più agevole che nel caso esaminato sopra, ovviamente nella misura in cui la caparra sia prestata da tale stessa società. In tal caso, infatti, le controparti terze della società italiane avrebbero il vantaggio ulteriore di godere della immediata liquidità determinata dal versamento della caparra a loro favore. Liquidità della quale, però, nel breve termine, si priva la società italiana: questo potrebbe rappresentare una remora per quest'ultima ad una diffusa dazione della caparra. Ove, comunque, la società affiliata italiana goda di una posizione particolarmente forte sul mercato, non le sarà difficile imporre alle proprie controparti la dazione reciproca o addirittura unilaterale di una caparra confirmatoria.

4. Il caso della multa penitenziale

Ove il regolamento d'interessi fra le due parti collegate abbia previsto il diritto, in capo alla società italiana, di recedere dal contratto verso la prestazione di un corrispettivo a favore della controparte, il pagamento di tale prezzo del recesso può, in pratica, integrare un'ipotesi di trasferimento di materia imponibile dalla giurisdizione fiscale italiana ad

(10) La circostanza che tali utili emergano effettivamente a tassazione nello stato di residenza della controparte collegata non residente dipenderà in concreto dal regime fiscale della ritenzione della caparra confirmatoria alla stregua della legislazione dello stato di residenza della parte non inadempiente.

una giurisdizione fiscale straniera. Anche qui tale attribuzione di reddito alla consociata straniera non è l'effetto dell'entità dei corrispettivi concordati dalle parti ma si realizza attraverso la giustapposizione al contratto principale di un'ulteriore pattuizione che attribuisce ad una o entrambe le parti il diritto soggettivo potestativo di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale, e attraverso l'effettivo esercizio di tale diritto da parte della società italiana che, a sua volta, comporta l'attribuzione alla controparte collegata del diritto al pagamento del corrispettivo pattuito come prezzo del recesso (11).

Anche in questo caso assumiamo che la previsione della multa penitenziale e l'entità del corrispettivo del recesso convenuto nella transazione intra-gruppo rispondano alla comune politica contrattuale della società italiana, anche in virtù di una voluta predeterminazione che, anche in questo caso, non dovrebbe incontrare ostacoli pratici insormontabili in caso di sufficiente ammontare del corrispettivo pattuito.

Nella presente ipotesi, tuttavia, condizione per far sorgere, in testa all'affiliata straniera, il titolo giuridico a ricevere il pagamento oggetto del patto, non è più l'inadempimento del contratto principale, ma il perfezionarsi di un negozio giuridico unilaterale di recesso.

5. Il caso della caparra penitenziale

91

In questo caso, si ipotizza che tra le pattuizioni intercorse fra la società italiana e la sua consociata non residente, vi sia la stipulazione del diritto di recesso a favore della società italiana o di ambedue le parti con correlativa dazione di caparra penitenziale. Successivamente, la società italiana esercita il diritto di recesso con conseguente diritto della controparte collegata di trattenere la caparra ricevuta o di esigere il doppio della caparra data. Tale attribuzione a favore dell'affiliata straniera dà luogo ad una passività deducibile in Italia e ad una posta reddituale attiva all'estero (12).

(11) Nel senso del carattere negoziale dell'atto con cui si esercita il recesso vedi, in dottrina, BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano 1987, p. 701; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova 1992, pag. 1098, DE NOVA, *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, 10, Torino 1995 e, in giurisprudenza, Cassazione 1990, n. 5454, 1986, n. 5059 e 1979, n. 2873.

(12) La qualificazione come elemento reddituale della caparra penitenziale trattenuta o del pagamento ricevuto a seguito del recesso della controparte contrattuale, come in tutti gli altri casi presi qui in considerazione, dipenderà, ovviamente, dal trattamento riservato a tali pagamenti alla luce della legislazione fiscale del Paese di residenza del percettore.

Anche in questo caso, come in tutti quelli esaminati nell'ambito della presente trattazione, assumiamo, per semplicità, che la prestazione della caparra penitenziale e l'ammontare di quest'ultima trovino riscontro nell'ambito della normale attività contrattuale intercorrente nel libero mercato fra la società italiana e sue controparti non collegate. Un tale riscontro potrebbe, anche qui essere preordinato in un'ottica meramente di tax planning, soprattutto in termini di reciprocità, con mutua prestazione della caparra ad opera sia della società italiana che della sua controparte indipendente.

6. Non applicabilità della disciplina in materia di transfer pricing

Il riferimento ad ipotesi di trasferimento all'estero di materia imponibile per il tramite di transazioni intragruppo indurrebbe, in via di prima approssimazione, ad ipotizzare una reazione dell'ordinamento attuata per mezzo delle norme in materia di transfer pricing. Ed in effetti il transfer pricing ha appunto ad oggetto le transazioni poste in essere all'interno di gruppi multinazionali fra imprese correlate. Il meccanismo che è dato riscontrare nelle ipotesi classiche di transfer pricing si differenzia, tuttavia, sensibilmente, nella sua dinamica operativa, dallo shifting d'imponibile che, invece, si registra nelle fattispecie oggetto della presente analisi. Nelle ipotesi che qui si esaminano, infatti, il trasferimento di profitti non si attua per il tramite di una determinazione non di libera concorrenza dell'ammontare delle prestazioni stabilite in contratto, ma passa attraverso delle pattuizioni negoziali che non solo sono estranee al sinallagma del contratto principale, ma addirittura esulano dallo stesso contratto principale giustapponendosi ad esso come un negozio separato ed a sé stante. Nell'ambito del transfer pricing strettamente inteso, invece, lo spostamento di materia imponibile fra due soggetti giuridici appartenenti al medesimo gruppo è il risultato dei valori assunti dai corrispettivi pattuiti nell'ambito delle transazioni intra-gruppo.

Questa è senz'altro la nozione ed il campo applicativo della disciplina italiana in materia di transfer pricing. Il testo del comma 5 dell'art. 76 Tuir contiene un riferimento letterale al "valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni o servizi ricevuti". È evidente che l'ambito applicativo di tale norma è ristretto alla determinazione del valore dei corrispettivi per prestazioni intragruppo di beni o servizi. Quello che può essere oggetto di un accertamento di transfer pricing è, in altre parole, il prezzo corrisposto da una parte all'altra quale contropartita della fornitura di un bene o di un servizio. Una penale, una caparra confirmatoria, una multa o caparra penitenziale non hanno, invece, ontologicamente, la

natura di prezzo e, di conseguenza, non possono essere ricomprese nel campo di applicazione della norma. Neppure sembra possibile operare una tale inclusione interpretando analogicamente la norma in questione, sostenendone, in tal modo, l'applicabilità a tutti i pagamenti effettuati fra società collegate, a prescindere dalla loro qualificabilità come corrispettivi per prestazioni di beni o servizi. Una tale possibilità potrebbe essere esclusa già in termini generali sulla scorta dell'autorevole orientamento dottrinario secondo il quale il ricorso all'interpretazione analogica delle norme impositive sarebbe precluso in virtù della riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione (13). Secondo tale orientamento, la compressione della sfera patrimoniale dell'individuo può legittimamente realizzarsi solo nei limiti espressamente statuiti dalla norma, restando integra, al di fuori di tali limiti, la gamma delle fondamentali libertà individuali, ivi compresa la libertà negoziale. Applicando tale principio al caso di specie, può dirsi che, la compressione della libertà negoziale dell'individuo rappresentata dall'imposizione del criterio del valore normale può esplicarsi solo entro i limiti di oggetto chiaramente esplicitati nella norma dell'art. 76, comma 5, Tuir. Oltre tali limiti, rimane incompromesso il fondamentale principio di autonomia negoziale. Che l'intangibilità dei valori pattuiti contrattualmente sia un'emanazione del principio di libertà negoziale è stato, infatti, autorevolmente sostenuto dalla più accorta dottrina tributaristica. "Principio generale in materia d'imposte sul reddito è quello della 'intangibilità dei valori pattuiti contrattualmente' desumibile da diverse disposizioni del Tuir approvato con D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986 (specialmente, gli artt. 52, 53, e 75). Tale principio è stato dettato per sottolineare la (tendenziale) coincidenza tra realtà civile e realtà fiscale e per chiarire solennemente che l'autonomia negoziale solo in via eccezionale può soffrire limiti in forza di inserzioni automatiche di valori legali, o, in casi ben determinati, ad opera di valutazioni divergenti degli uffici (dirette ad accertare il valore normale o, comunque un fatto diverso da quello rappresentato dal contribuente)" (14).

(13) Vedi, in questo senso, GIANNINI A.D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, 44 ss. e, più recentemente, RUSSO (*Manuale di diritto tributario*, Milano, 1996, pag. 99), secondo il quale, "fuori dai casi espressamente disciplinati dalla norma - una volta ricostruite la portata alla stregua degli ordinari canoni interpretativi interviene ed opera il principio d'intangibilità della sfera personale e patrimoniale dell'individuo, lasciando sopravvivere, in termini di situazioni giuridiche soggettive, il correlato diritto soggettivo fondamentale; con la conseguenza che il ricorso all'analogia non tanto può dirsi vietato quanto resta precluso in radice, per difetto del suo presupposto essenziale costituito dalla presenza di un vuoto normativo".

(14) GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in "Rassegna Tributaria" 1989, 1, 11.

La medesima conclusione, nel senso di non ammettere l'applicazione dell'art. 76, comma 5, Tuir, può, tuttavia, essere altresì raggiunta facendo applicazione della tesi che propugna l'incompatibilità del procedimento analogico con le cd. norme a fattispecie esclusiva (15). La migliore dottrina (16) ha, infatti, recisamente affermato il carattere di eccezionalità dell'art. 76, comma 5, Tuir. "La caratteristica eminente di tale norma va rinvenuta nella sua eccezionalità, essendo la stessa in deroga al generale principio che vuole imperniato sul 'valore obiettivo di scambio' il computo delle componenti reddituali derivanti da operazioni con terzi" (17). La circostanza che il criterio del valore obiettivo di scambio rappresenti il parametro generale per la determinazione degli elementi reddituali dell'art. 76, comma 5, che da tale regola si discosta, contribuisce altresì a far luce anche sulla *ratio* della norma. Essa "è stata dettata allo scopo di conferire, *solo in alcune ben identificate ipotesi* (corsivo nel testo), il crisma della legittimità ai recuperi di materia imponibile secondo il valore delle operazioni effettuate" (18). Un importante elemento identificante delle fattispecie prese in considerazione dalla norma è che esse attengono alla determinazione dei prezzi intragruppo. Ciò risulta altresì dalla *ratio* che la più qualificata dottrina (19) attribuisce alla norma in questione. "Il legislatore, con la norma dell'art. 76, ha mostrato di avere cognizione del fatto che nelle operazioni tra collegate il prezzo di cessione può essere arbitrariamente fissato ed ha individuato nel criterio del valore normale del bene ceduto il rimedio per contrastare le scelte dettate dalla logica di gruppo e pregiudizievoli per l'interesse dell'Erario". Se, dunque, questa è la portata della norma e questa si caratterizza, stante la sua eccezionalità, come inidonea ad essere interpretata analogicamente, ne deriva che le ipotesi di convenzioni intragruppo sopra descritte non rientrano nell'ambito di applicazione della norma stessa (20). Ciò è confermato, altre-

(15) Vedi GIANNINI M.S., *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, Padova, 1941, 120 e ss.; TESAURO, *Istituzioni di Diritto tributario*, Torino, 1992, vol. I, 42; MICHELI, *Corso di Diritto tributario*, Torino, 1989, 81 e ss.

(16) GALLO, *Limiti e caratteristiche degli acquisti con prevalente finalità fiscale*, in AA. VV., "Acquisizioni di società e pacchetti azionari di riferimento", Milano 1990, p. 329 e ss.

(17) GALLO, *Limiti* cit. p. 334

(18) GALLO *ibidem*.

(19) GALLO *Limiti* cit. p. 334

(20) Anche se riferite ad una diversa ipotesi di fatto, sostanzialmente coincidenti sono le conclusioni del GALLO (*Limiti* cit. p. 334) in ordine all'estensibilità del cam-

si, dal tenore della Circ. min. 22 settembre 1980, n. 32/9/2267 della Dir. gen. imp. dir. in tema di transfer pricing. Questa, nel definire il presupposto oggettivo per l'applicazione delle direttive in materia di prezzi di trasferimento, fa menzione "dell'accertamento della eventuale eccedenza, rispetto al valore normale, dei corrispettivi delle cessioni e delle prestazioni di servizi effettuate alle società controllanti l'impresa nonché del costo di acquisizione dei beni ceduti e dei servizi prestati all'impresa dalle stesse società". Lo scenario previsto per l'applicazione della disciplina italiana in materia di transfer pricing è, dunque, quello, per così dire, classico, mentre non sono previsti rimedi adeguati per fronteggiare un trasferimento di profitti attuato secondo le modalità e con le forme giuridiche descritte sopra.

7. Argomenti a favore della qualificazione elusiva delle fattispecie in esame

Stante l'inadeguatezza delle regole in materia di transfer pricing a contrastare le operazioni che formano oggetto della presente trattazione, tali operazioni vanno analizzate e qualificate alla luce dei principi generali. Al fine di conferire maggiore interesse scientifico alle ipotesi di fatto qui oggetto di studio, si assumerà, qui di seguito, che sia in concreto possibile provare che l'intera operazione fra le parti collegate (ivi compresa la stipulazione del contratto a monte successivamente non adempiuto o posto nel nulla per il recesso di una delle parti) sia stata posta in essere con l'unico intento di ridurre la materia imponibile in Italia. Tale assunto rappresenta, senz'altro, una semplificazione non facilmente rinvenibile nella concreta prassi, ma è opportuno al fine di rendere più pura l'analisi giuridico-formale, sceverandola dagli ostacoli di ordine più propriamente pratico. Va, innanzitutto, esclusa la qualificabilità della sottrazione di materia imponibile in Italia o la riduzione della base imponibile del gruppo considerato nel suo complesso come legittimo risparmio d'imposta. Questo, infatti, è stato definito dalla dottrina (21) come "il comportamento del contribuente che di fronte a due fattispecie, ciascuna espressamente contemplata dall'ordinamento e, quindi, soggetta ad un

95

po di applicazione della norma: "la rigida prefigurazione delle ipotesi nelle quali viene imposto il ricorso al valore normale esclude, quindi, che le deroghe al criterio del 'valore obiettivo di scambio' possano essere estese a casi diversi di quelli espressamente previsti...".

(21) MARCHETTI, *Evoluzione e prospettive della tassazione dei redditi finanziari in Italia*, Roma 1996, pag. 112.

proprio trattamento fiscale, sceglie quella soggetta (di regola, per l'esistenza di un'agevolazione) al minor onere fiscale". Nei casi che qui si studiano, difetta una tale paritaria prefigurazione di diritto positivo della soluzione tributaria adottata dal contribuente. Nei casi che esaminiamo, il contribuente non opta per un risultato impositivo favorevole ammesso dall'ordinamento e da questo ricondotto ad una data condotta giuridica. Il vantaggio fiscale di cui qui si discute, invece, non è il prodotto di un fisiologico impiego di un'opportunità di ottimizzazione resa di sponibile al contribuente, ma si attua per il tramite di una callida strumentalizzazione dell'ordinamento stesso. Il risultato del trasferimento all'estero di materia imponibile può, inoltre, ritenersi un beneficio disapprovato dal sistema, difettando così anche del secondo dei requisiti che la dottrina più recente (22) ha elaborato per la nozione di legittimo risparmio d'imposta. Se, infatti, la disapprovazione da parte del sistema del risparmio d'imposizione ottenuto "è spesso facilmente percepibile da divieti dettati per fattispecie contigue"(23), non si fa fatica a ricavare dalle norme in materia di transfer pricing e di transazioni intragruppo con entità domiciliate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, il principio secondo il quale i trasferimenti di materia imponibile a favore di soggetti giuridici sottoposti ad imposizione in giurisdizioni a bassa fiscalità siano decisamente avversati dal nostro ordinamento.

96

Data, dunque, da una parte, la non legittimità del risparmio d'imposta raggiunto per il tramite delle fattispecie qui esaminate e la loro non soggezione alle limitazioni previste dalla normativa in materia di transfer pricing, è d'uopo indagare se esse ricadano nell'ambito di operatività di altri congegni repressivi previsti dall'ordinamento. A tal fine, è opportuno, innanzitutto, interrogarsi sulla qualificabilità di tali operazioni come elusive o di evasione.

La distinzione fra elusione ed evasione è stata oggetto di notevole approfondimento da parte della dottrina. L'elusione fiscale "consiste in un comportamento (non soltanto quindi in un negozio giuridico) non proibito da alcuna norma di legge che presenta le seguenti caratteristiche: a) di essere ispirato fin dall'inizio dall'unico dominante intento di risparmiare l'imposta; b) di costituire un comportamento anormale rispetto a quelli solitamente adottati nelle medesime condizioni; c) di consentire un (totale o parziale) risparmio d'imposta né previsto né consentito sia pu-

(22) LUPI, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in "Rassegna Tributaria", 1997, I, 1104, secondo il quale "indizio rivelatore dell'elusione è il conseguimento di un risultato che il sistema stesso disapprova".

(23) LUPI, *ibidem*.

re implicitamente dal legislatore. Si tratta, dunque, di un comportamento voluto (*e quindi non simulato*), non vietato dall'ordinamento giuridico e consistente nell'impiego abnorme di un istituto consentito, al fine di risparmio d'imposta" (24) (corsivo nostro). In termini sostanzialmente coincidenti si era già espressa altra autorevole dottrina (25), la quale rimarca particolarmente l'esclusività (o prevalenza) dell'intento di risparmio d'imposta e l'assenza di finalità extra-fiscali quali aspetti caratterizzanti dell'operazione elusiva. Il più intrinseco e profondo discrimine fra evasione ed elusione si snoda lungo la nozione di simulazione e si colora degli elementi identificativi di tale nozione. Come si evince anche dal passo riportato sopra, all'elusione sono estranee le ipotesi di simulazione. I negozi elusivi sono realmente voluti dalle parti seppur strumentalizzati a fini di risparmio d'imposta e non sufficientemente sorretti da interessi extra-fiscali (26).

(24) FANTOZZI, *Diritto Tributario*, Torino 1991, 120.

(25) GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in "Rassegna Tributaria" 1989, 1, 11 e ss. Tale Autore non si spinge a richiedere l'abnormità della strumentalizzazione del mezzo giuridico impiegato a fini elusivi, ma ritiene sufficiente "la surrogabilità economica del negozio stipulato", cioè, in sostanza, l'indifferenza, ai fini degli interessi extra-fiscali perseguiti dalle parti, della sostituzione del negozio della cui elusività è questione con altro che non comporti un risparmio d'imposta equivalente.

(26) È unanime, in questo senso, la posizione della migliore dottrina tributaristica. Senza pretesa di completezza, vedasi, oltre al sopra citato FANTOZZI (*Diritto Tributario*, Torino 1991, 120), GALLO, *Brevi spunti cit.* pag. 12, il quale, nel riferirsi al congegno di cui all'art. 1344 C.C. come "strumentazione antielusiva", individua il fine di quest'ultima nel dimostrare che il negozio, "*benché realmente voluto dalle parti*, (corsivo nel testo) ha tuttavia causa illecita ai sensi dell'art. 1344 C.C. per essere stato stipulato al fine di eludere, aggirandole, le norme imperative fiscali (e, quindi di evitare il verificarsi anche parziale dello stesso presupposto d'imposizione che tali norme prevedono)".

In termini ancora più espliciti prende posizione il LUPI (*Diritto tributario - Parte Generale*, Milano, 1996, 61), secondo il quale "è chiaro come si può distinguere l'elusione dall'evasione e dalla simulazione" e, più specificamente, "*bisogna escludere dall'elusione i comportamenti riconducibili alla simulazione*" (*ibidem*, nota 12, corsivo nel testo). Più recentemente, nel commentare il nuovo articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 (*Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in "Rassegna Tributaria", 1997, I, 1099, nota 1), il medesimo Autore ha ribadito che "l'elusione non ha nulla a che vedere con comportamenti frodatori nel senso penalistico del termine, ed avviene senza nascondere, simulare o dissimulare" (corsivo nel testo).

In senso conforme si esprime anche il MARCHETTI (*Evoluzione e prospettive della tassazione dei redditi finanziari in Italia*, Roma 1996, pag. 113), secondo il quale "l'elusione va altresì distinta da altri strumenti, già civilisticamente illegittimi, con cui ci si sottrae al pagamento dell'imposta, quale, in particolare la simulazione, se non altro perché nel caso dell'elusione il comportamento posto in essere dalle parti è da esse effettivamente voluto".

Va, dunque, innanzitutto verificato se le ipotesi di transazioni intra-gruppo che qui si esaminano integrino gli estremi di contratti simulati, stante il ruolo della simulazione quale discriminante fra le due categorie tributarie dell'elusione e dell'evasione fiscale. Ove dovesse concludersi che le sopra citate ipotesi possono classificarsi come contratti simulati, anche il loro trattamento fiscale ne verrebbe influenzato nel senso della loro qualificazione come ipotesi di evasione (27).

Nei casi sopra descritti, il reddito deriva, rispettivamente dalla clausola penale, dalla caparra confirmatoria o dalla multa/caparra penitenziale. Orbene, nessuna di queste convenzioni si può propriamente definire simulata. Tutte sono effettivamente volute dalle parti, ne sono voluti gli effetti e sono concretamente adempiute. Anzi è proprio il loro adempimento che dà effettivamente luogo al trasferimento di utili da una società all'altra.

Diverso e più sottile deve essere il discorso ove si analizzi la situazione di fatto e giuridica che sta a monte rispetto all'esecuzione delle pattuizioni di cui sopra. In tutti i casi, a *latere* della stipulazione della clausola penale, della caparra confirmatoria, della multa/caparra penitenziale, ci si trova di fronte ad un contratto concluso dalle parti con l'intento di non adempierlo. È di centrale importanza, pertanto, indagare se tale intento comporti irrimediabilmente il carattere simulato del contratto. Per motivi di correttezza sistematica e metodologica, tale indagine sarà condotta, innanzitutto, in termini generali e, in seguito, i suoi risultati saranno specificati con riferimento alle diverse tipologie di pattuizioni accessorie esaminate sopra.

Basandosi su talune prese di posizione che è dato rinvenire nella prevalente dottrina civilistica, potrebbe predicarsi, per il contratto principale, l'assenza di simulazione. Qui di seguito si illustrano rapidamente gli argomenti dai quali potrebbe farsi derivare una tale conclusione. Essi necessitano, tuttavia, di approfondimento in merito alla loro validità, sia in

(27) Vedi, icasticamente, il LUPI (*Diritto tributario ... cit. ibidem*): «l'istituto giuridico (cioè il tipo di contratto) al quale si richiamano le parti non vincola infatti il fisco, qualora - in base alle concrete pattuizioni contrattuali - l'accordo debba essere ricondotto ad un istituto giuridico diverso. Ad esempio, se la fornitura di un autocarro è stata definita dalle parti «contratto di appalto» solo perché il cedente sostituisce la specchietto retrovisore, il fisco potrà, a ragione applicare il trattamento proprio della compravendita». In concreto, assumendo la regolarità delle scritture contabili, gli uffici potranno disattendere le pattuizioni qui prese ad oggetto «invocando il disposto dell'art. 39 lett. d) D.P.R. n. 600 del 1973, il quale consente all'ufficio di contestare l'esistenza di maggiori costi o di minori ricavi dichiarati mediante, appunto, il ricorso allo strumento antievasione prettamente fiscale dell'accertamento analitico-induttivo» (GALLO, *Brevi spunti cit. pag. 12*).

termini generali, sia specificandoli in relazione al fatto che il contratto principale abbia o meno ricevuto parziale esecuzione anteriormente all'adempimento al recesso. A tali approfondimenti ci si riserva di procedere nei paragrafi successivi, mentre ora ci si limita esclusivamente ad enumerare ed a spiegare quali siano le giustificazioni che potrebbero darsi del carattere non simulato del contratto principale.

Va innanzitutto rilevato come sia fondatamente avversata la ricostruzione della simulazione avanzata dalla dottrina precettiva del negozio, secondo la quale l'essenza della simulazione consiste nel contrasto fra la causa tipica del negozio simulato ed il concreto intento pratico delle parti. Ove il contratto principale che sta a monte delle operazioni complesse descritte in principio della presente trattazione ed il successivo comportamento delle parti fosse analizzato partendo da una tale concezione, sarebbe forse possibile ravvisarvi un'ipotesi di simulazione. Quando, infatti, si ricostruisca la simulazione come una deviazione dell'intento realmente perseguito dalle parti dalla causa tipicamente attribuibile al contratto simulato ovvero risultante dallo stesso regolamento di interessi apparente, un tale contrasto potrebbe rilevarsi altresì nei casi qui in commento, sostenendosi che, in effetti, il contratto principale stipulato a latere della clausola penale, della caparra confirmatoria, della multa/caparra penitenziale e a monte della lite prevenuta mediante la transazione è solo apparentemente sorretto dalla causa sinallagmatica rappresentata dallo scambio di una prestazione contro un prezzo. In realtà, questo non è l'intento effettivamente perseguito dalle parti, le quali lo hanno concluso senza l'effettiva volontà di portarlo ad esecuzione ma con il fine esclusivo di ottenere un risparmio fiscale. Una tale ricostruzione concettuale della simulazione non può, però, essere condivisa. Alla luce dei più attenti e recenti approfondimenti (28) della dottrina, infatti, quella elaborazione del fenomeno elusivo difetta irrimediabilmente di generalità e rigore. E ciò, da una parte, perché la simulazione "sussiste anche quando l'apparenza non cade sull'elemento causale, ma, ad es., sulle parti del contratto (interposizione fittizia) o sull'oggetto dell'attribuzione" (29) e, dall'altra, perché "l'incompatibilità fra la causa tipica del contratto stipulato e l'intento pratico potrebbe trovare spiegazione nell'erronea qualificazione giuridica del contratto o nell'erronea adozione di un tipo contrattuale che è inidoneo a realizzare l'intento contrattuale" (30). Sulla ba-

(28) BIANCA, *Diritto Civile - Il contratto* cit. pag. 659.

(29) BIANCA, loc. ult. cit.

(30) BIANCA, *ibidem*.

se di tali argomentazioni va escluso che il riferimento al vizio funzionale della causa sia idoneo ad individuare il tratto tipico ed essenziale della nozione di simulazione.

La nozione di simulazione elaborata dalla dottrina civilistica di maggioranza descrive questa situazione come "il fenomeno dell'apparenza contrattuale creata intenzionalmente. Si ha simulazione, precisamente, quando le parti stipulano un contratto con l'intesa che esso non corrisponda alla realtà del loro rapporto" (31). Il riferimento alla circostanza che il contratto simulato non è voluto (32) è chiarificato, nel prosieguo, dalla stessa dottrina, secondo la quale "la simulazione integra un'ipotesi di inefficacia del contratto per volontà delle parti" (33). Ne deriva, allora, che, affinché si abbia simulazione, "il dato necessario e sufficiente" (34) è che non siano voluti *gli effetti* del contratto simulato. Tale notazione è comune a più voci di dottrina pur appartenenti a diversi orientamenti. Ai sensi della tradizionale concezione volontaristica, "ciò che nella dichiarazione è indicato come voluto, può, per avventura non esserlo. La dichiarazione fa capo a ciò, che un certo effetto giuridico si avveri; ma questo avveramento non è voluto. Chi afferma una siffatta scissione fra la volontà e la dichiarazione deve provarla; una volta accertata tale scissione la dichiarazione non produce l'effetto giuridico indicato come voluto" (35). Anche parte di quel filone dottrinario che ricostruisce la simulazione come un vizio funzionale della causa sottolinea la rilevanza, nel fenomeno simulatorio, dell'efficacia del contratto simulato sostenendo che la simulazione esclude l'interesse alla produzione dell'effetto giuridico ed in questo consiste la sua essenza (36).

(31) BIANCA, *Diritto Civile - Il contratto*, Milano pag. 656.

(32) Comune anche ad altra autorevole dottrina (CIAN - TRABUCCHI, *Commentario ... cit.* pag. 1136), secondo la quale "la dottrina tradizionale costruisce la simulazione come negozio non voluto".

(33) BIANCA, *Diritto Civile - Il contratto* cit. pag. 659

(34) BIANCA, *ibid.*

(35) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, 75, pag. 235. Nello stesso senso vedi, per tutti, FERRARA, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma 1922, pag. 332.

(36) CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1936, 405. Piuttosto isolata sembra, invece, la posizione del ROMANO Salv. (*Trim.* 1954, 15), secondo la quale è ravvisabile un'ipotesi simulatoria quando l'accordo simulatorio abbia riguardato il momento esecutivo del contratto, prevedendo l'esclusione dell'adempimento del contratto, e quando questo sia rimasto effettivamente inadempito.

Elemento necessario e, perciò, indefettibile affinché si abbia simulazione sembra pertanto essere che gli effetti tipici e propri del contratto apparente non siano effettivamente voluti dalle parti. Ne deriva che, ove tali effetti siano invece realmente voluti dalle parti, non può profilarsi un'ipotesi di simulazione. Va indagato, dunque, quale sia l'effetto che deriva dal negozio principale rispetto alle pattuizioni accessorie ovvero al regolamento transattivo di cui sopra. Ove tale negozio sia un contratto ad effetti obbligatori, l'effetto che esso è idoneo a produrre consiste meramente nel sorgere dell'obbligazione in capo alla parte che s'impegna ad effettuare la prestazione e del correlativo diritto di credito in capo alla controparte. Questa è l'efficacia che un tale contratto può dispiegare. Essa va limitata al mero sorgere di contrapposte situazioni giuridiche soggettive relative attive e passive.

Totalmente distinto dagli effetti del contratto è, invece, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali. Questo rappresenta uno stadio successivo ed ulteriore rispetto al sorgere delle obbligazioni contrattuali delle quali identifica la vicenda estintiva per antonomasia. Da una parte, infatti, il rapporto produttivo che intercorre fra la legittima manifestazione di volontà contrattuale ed il sorgere dell'effetto obbligatorio è diretto ed immediato: non richiede alcun intervento volitivo intermedio. Dall'altra parte, invece l'adempimento s'inserisce nel prosieguo del rapporto obbligatorio e rappresenta un passo ulteriore nell'evoluzione di quest'ultimo verso la soddisfazione. Passo che richiede, però, di essere di per se stesso voluto e voluto di "una volontà dell'adempimento" che è ontologicamente distinta dalla volontà negoziale dell'obbligazione. La virtù costitutiva del legittimo consenso delle parti è suscettibile di determinare il prodursi di diritti di credito e di correlate posizioni obbligatorie, ma non può ontologicamente spingersi a causare, altresì, la materiale soddisfazione dei diritti che essa stessa crea. Questo risultato può ottenersi solo per il tramite di un atto volitivo ulteriore rispetto a quello che crea le obbligazioni e che quest'ultimo non assicura. Pur essendo in dottrina discussa la natura giuridica dell'adempimento, non viene ormai revocato in dubbio che esso sia un atto giuridico e, di conseguenza, l'estrinsecazione di una propria e positiva volontà: "di certo è innegabile la rilevanza della volontà dell'atto di adempimento ma questa volontà non rileva dal punto di vista della produzione dell'effetto tipico, consistente nell'attuazione della prestazione in funzione solutoria, perché ciò che conta è solo, da un lato, la idoneità obiettiva della prestazione eseguita e, dall'altro, che tale prestazione sia rivolta all'esterno nei confronti del creditore o di chi appare tale" (37). Ma, se l'adempimento è sorretto da un autonomo, rilevante ed

(37) GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, pag. 550.

unilaterale *animus solvendi*, esso non può, intrinsecamente, essere ricondotto all'atto, bilaterale e negoziale, di consenso che ha dato luogo alle obbligazioni che l'adempimento stesso estingue. La non ricomprensibilità dell'adempimento fra gli effetti del contratto può, dunque, considerarsi risultato interpretativo ormai acclarato. La medesima dottrina (38) che definisce la simulazione come un'ipotesi di inefficacia del contratto per volontà delle parti esclude che la l'efficacia obbligatoria del contratto possa o meno essere influenzata dall'adempimento od inadempimento così chiarendo come debba essere intesa l'efficacia (obbligatoria) del contratto della quale la simulazione esclude la volontà in capo alle parti. Il contratto spiega la sua efficacia obbligatoria (39) a prescindere dall'adempimento ed anche ove non sia adempiuto. E ciò vale a rimarcare la distinzione fra adempimento ed effetti obbligatori del contratto.

Se, dunque, l'adempimento è estraneo all'efficacia del contratto, da ciò potrebbe inferirsi che la circostanza che le parti concordino di non volere l'adempimento del contratto non è, di per sé, sufficiente a fare di quel contratto un contratto simulato. Il contratto simulato è un contratto del quale le parti non vogliono gli effetti, ma l'adempimento non è un effetto del contratto, perciò un contratto del quale le parti non vogliono l'adempimento non è, per ciò stesso, un contratto simulato. Potrebbe esserlo ma solo ove le parti, oltre a non volere l'adempimento del contratto non vogliano neppure gli effetti obbligatori di quest'ultimo: escludano, cioè, lo stesso sorgere dei diritti ed obblighi. I più autorevoli interpreti (40) hanno sostenuto che "la dottrina tradizionale costruisce la simulazione come negozio non voluto" e non già come negozio la cui esecuzione non è voluta. È, invece, possibile volere il negozio ed i suoi immediati effetti ob-

(38) BIANCA, *Diritto Civile - Il contratto* cit. pag. 495, secondo il quale "la divergenza tra contenuto ed effetti può poi rappresentare un inadempimento del contratto, e cioè la mancata o difettosa attuazione dell'impegno della parte in ordine al risultato programmato. In tal caso il contratto è pur sempre efficace perché obbliga la parte a realizzare quel risultato, ma esso produce un effetto obbligatorio in luogo del previsto effetto reale".

(39) La quale si badi bene va, comunque, tenuta distinta dalla vincolatività del contratto, vale a dire "l'irrevocabile soggezione delle parti al rapporto contrattuale", in virtù della quale, "in attesa che il contratto diventi efficace, le parti sono vincolate all'accordo preso, e possono svincolarsi solo nei modi usuali di scioglimento del contratto" (BIANCA, *loc. ult. cit.* pag. 496). Com'è noto, la nozione di efficacia obbligatoria rappresenta un *quid pluris* rispetto a quella di vincolatività. Possono, infatti, darsi delle situazioni, come, ad esempio, il caso di condizione sospensiva in cui il contratto produce i suoi effetti vincolativi, pur senza produrre effetti obbligatori.

(40) CIAN - TRABUCCHI, *Commentario ... cit.* pag. 1136.

bligatori, pur senza volere l'esecuzione del negozio medesimo. È, appunto, questo ciò che avviene nelle ipotesi di operazioni intragruppo qui prese in considerazione. In tutti questi casi, infatti, l'effetto obbligatorio, il sorgere dell'obbligazione in capo ad una delle parti, non solo è voluto, ma è addirittura necessario per il raggiungimento dell'obiettivo di risparmio d'imposta. Nell'un caso, infatti, le parti vogliono dar luogo ad un inadempimento contrattuale onde far sorgere il titolo al pagamento della penale o alla ritenzione della caparra confirmatoria. Perché possa darsi un inadempimento è, però, necessario che il soggetto inadempiente sia effettivamente obbligato all'effettuazione di una prestazione. L'inadempimento è, di per sé, strettamente collegato al sussistere di un vincolo obbligatorio. In tanto può aversi inadempimento in quanto vi sia una valida obbligazione alla quale l'inadempiente è soggetto. L'attività materiale, l'azione od omissione dell'obbligato sarebbe, di per sé, giuridicamente neutra: essa assume una connotazione ed un significato giuridico solo se riguardata alla luce della preesistente obbligazione. Solo grazie a questa è possibile valutare in termini giuridici la condotta dell'obbligato e qualificarla come adempimento od inadempimento (41). L'obbligazione è l'imprescindibile parametro del quale si può predicare l'adempimento o l'inadempimento. Da tale indissolubile legame deriva il risultato logico secondo il quale il volere un risultato d'inadempimento postula necessariamente la volontà del legame obbligatorio che si vuole inadempito. In talune delle fattispecie che qui analizziamo, le parti vogliono il risultato giuridico dell'inadempimento ai fini di beneficiarne in termini fiscali, ma ciò significa ed implica che essi vogliono prima e innanzitutto il sorgere dell'obbligazione. Solo per il tramite della costituzione di tale posizione giuridica soggettiva, è possibile sortire il voluto inadempimento. In altri termini, i contraenti, conformemente a quanto visto sopra, vogliono l'efficacia del contratto, pur non volendone l'adempimento in senso stretto. Ma, allora, tale contratto principale non potrebbe definirsi simulato, stante la nozione di fenomeno simulatorio inteso come non volontà dell'efficacia del contratto.

Anche nel caso della multa o caparra penitenziale, il contratto "principale" cui tali pattuizioni sono accessorie non potrebbe considerarsi si-

(41) Tale assunto è ormai acquisito nel panorama delle più condivise riflessioni dottrinarie. Si veda, per tutti, GAZZONI, *Manuale ... cit.*, pag. 551 il quale esplicita il forte legame fra obbligazione ed adempimento sul piano causale. "Non esiste, infatti, un vero e proprio problema di *causa* dell'adempimento, perché *la funzione solutoria è assorbita e trova una propria giustificazione nell'esistenza dell'obbligazione*" (corsivo nostro). Il legame di cui sopra emerge altresì chiaramente ove si considerino i presupposti oggettivi dell'adempimento. Viene ad esempio rimarcato, infatti, che l'esattezza va intesa nel senso che "non vi può essere difformità tra oggetto dell'obbligazione e oggetto della concreta prestazione".

mulato. Come si è visto sopra, infatti, la simulazione è il fenomeno del "negozio non voluto" (42). In questi casi, le parti, pur non volendone l'adempimento, vogliono, tuttavia, il contratto e vogliono esserne vincolati. L'intento finale delle parti è quello di recedere dal contratto e di dar luogo in tal modo al titolo giustificativo del pagamento della multa o della ritenzione della caparra. Ma, nel volere il recesso, le parti ne vogliono irrimediabilmente anche i presupposti. Orbene, il recesso è definito come "il potere attribuito a uno, o entrambi i contraenti di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale" (43). Si può avere recesso, dunque, solo con riferimento ad un contratto efficace, nel senso di un contratto che vincola le parti. La vincolatività del contratto è presupposto fondamentale del recesso, per cui la circostanza che le parti vogliano il recesso implicherebbe che esse vogliono altresì l'efficacia del contratto e cioè la sua idoneità a vincolarle. Ma, se il contratto simulato è, come già detto sopra, un contratto del quale le parti non vogliono gli effetti, allora, la circostanza che tale efficacia sia effettivamente voluta, in quanto presupposto del successivo recesso, escluderebbe la possibilità che tale contratto possa considerarsi simulato. Potrebbe, a questo punto, obiettarsi che mentre prima l'efficacia del contratto è stata identificata con la sua piena efficacia obbligatoria, adesso si parla di efficacia del contratto con riferimento alla sua mera vincolatività, intesa, come si è visto, quale mera "irrevocabile soggezione delle parti al rapporto contrattuale" (44). Si può agevolmente replicare che, nella normalità dei casi, il sussistere della vincolatività del contratto ne implica, altresì, l'efficacia obbligatoria. In assenza di circostanze impeditive dell'efficacia obbligatoria del contratto quest'ultima si produce senz'altro ed automaticamente in virtù ed a *late-re* della sua vincolatività. Normalmente, cioè, il ricorrere dell'una implica, altresì il ricorrere dell'altra, tranne che nel caso d'inefficacia del contratto "usualmente intesa nella più ristretta nozione di inefficacia *provvisoria*" (45). La dottrina individua, in via tassativa, i casi in cui si ha inefficacia provvisoria del contratto. "L'inefficacia provvisoria indica la temporanea improduttività giuridica dipendente da una condizione volontaria o legale. Precisamente, il contratto è provvisoriamente inefficace 1) quando le parti stesse ne hanno subordinato l'efficacia ad un evento futuro ed incerto (condizione volontaria) o 2) quando manca un requisito

(42) CIAN - TRABUCCHI, *loc. ult. cit.*

(43) CIAN - TRABUCCHI, *Commentario ... cit.*, pag. 1098.

(44) BIANCA, *loc. ult. cit.* pag. 496

(45) BIANCA, *ibidem.*

mulato. Come si è visto sopra, infatti, la simulazione è il fenomeno del "negozio non voluto" (42). In questi casi, le parti, pur non volendone l'adempimento, vogliono, tuttavia, il contratto e vogliono esserne vincolati. L'intento finale delle parti è quello di recedere dal contratto e di dar luogo in tal modo al titolo giustificativo del pagamento della multa o della ritenzione della caparra. Ma, nel volere il recesso, le parti ne vogliono irrimediabilmente anche i presupposti. Orbene, il recesso è definito come "il potere attribuito a uno, o entrambi i contraenti di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale" (43). Si può avere recesso, dunque, solo con riferimento ad un contratto efficace, nel senso di un contratto che vincola le parti. La vincolatività del contratto è presupposto fondamentale del recesso, per cui la circostanza che le parti vogliano il recesso implicherebbe che esse vogliono altresì l'efficacia del contratto e cioè la sua idoneità a vincolarle. Ma, se il contratto simulato è, come già detto sopra, un contratto del quale le parti non vogliono gli effetti, allora, la circostanza che tale efficacia sia effettivamente voluta, in quanto presupposto del successivo recesso, escluderebbe la possibilità che tale contratto possa considerarsi simulato. Potrebbe, a questo punto, obiettarsi che mentre prima l'efficacia del contratto è stata identificata con la sua piena efficacia obbligatoria, adesso si parla di efficacia del contratto con riferimento alla sua mera vincolatività, intesa, come si è visto, quale mera "irrevocabile soggezione delle parti al rapporto contrattuale" (44). Si può agevolmente replicare che, nella normalità dei casi, il sussistere della vincolatività del contratto ne implica, altresì, l'efficacia obbligatoria. In assenza di circostanze impeditive dell'efficacia obbligatoria del contratto quest'ultima si produce senz'altro ed automaticamente in virtù ed a *late-re* della sua vincolatività. Normalmente, cioè, il ricorrere dell'una implica, altresì il ricorrere dell'altra, tranne che nel caso d'inefficacia del contratto "usualmente intesa nella più ristretta nozione di inefficacia *provvisoria*" (45). La dottrina individua, in via tassativa, i casi in cui si ha inefficacia provvisoria del contratto. "L'inefficacia provvisoria indica la temporanea improduttività giuridica dipendente da una condizione volontaria o legale. Precisamente, il contratto è provvisoriamente inefficace 1) quando le parti stesse ne hanno subordinato l'efficacia ad un evento futuro ed incerto (condizione volontaria) o 2) quando manca un requisito

(42) CIAN - TRABUCCHI, *loc. ult. cit.*

(43) CIAN - TRABUCCHI, *Commentario ... cit.*, pag. 1098.

(44) BIANCA, *loc. ult. cit.* pag. 496

(45) BIANCA, *ibidem.*

legale esterno al contratto, ossia non facente parte dei suoi elementi costitutivi, al quale la legge subordina l'efficacia del contratto (condizione legale)" (46). Ove non ricorrano tali presupposti, vale a dire ove il contratto non sia stato subordinato dalle parti o dalla legge ad alcuna forma di condizione sospensiva, il volere la vincolatività del contratto implica necessariamente volerne l'efficacia obbligatoria. Allora, date le premesse di cui sopra (sulle quali si fa ampia riserva) ed in assenza di tali condizioni sospensive, non può sostenersi che il contratto "principale" è simulato per il solo fatto che le parti, nel costituire il negozio giuridico presupposto per l'esercizio del recesso vogliono la sola vincolatività del contratto quale prior logico-giuridico rispetto al valido esercizio del diritto di recesso. In assenza dei presupposti sopra elencati, infatti, il volere la vincolatività del contratto implicherebbe necessariamente, sempre alla luce delle argomentazioni svolte sopra, il volerne l'efficacia.

Alla medesima conclusione sembra altresì condurre un ulteriore ordine di considerazioni. Il fatto che l'inadempimento del contratto dia luogo al risultato sanzionatorio consistente nell'applicazione del patto di clausola penale o di caparra confirmatoria o che il liberarsi delle parti dal vincolo obbligatorio passi attraverso l'istituto del recesso ed il conseguente onere economico connesso all'operare della clausola o caparra penitenziale sembra postulare che l'atto è efficace e vincolante. Da tale dato sembra potersi ricavare che le parti, pur non volendo l'adempimento del contratto, vogliono tuttavia il contratto medesimo e ne vogliono l'efficacia e la vincolatività. Si può anche dire che il contratto è tanto vincolante ed efficace che, da una parte, il suo inadempimento dà luogo a responsabilità e, dall'altra, è possibile liberarsi dal vincolo obbligatorio solo attraverso l'esercizio del recesso ed il relativo onere economico. Ne deriverebbe, pertanto, una certa incommensurabilità di questa fattispecie (in cui sono voluti il negozio e la sua efficacia obbligatoria, ma non l'adempimento del contratto medesimo) alla nozione del fenomeno simulatorio che è stata proposta dalla tradizionale dottrina civilistica, secondo la quale "il negozio assolutamente simulato è quello che esiste solo in apparenza, ma manca di ogni contenuto di verità e di serietà: l'atto non è voluto dalle parti, le quali vogliono, invece, solo l'esterna illusione di esso" (47). Nelle fattispecie che qui si commentano l'atto sembrerebbe, invece, essere in grado di produrre taluni effetti.

(46) BIANCA, *ibidem*

(47) FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, in "Nuovo Digesto italiano", vol. XII, parte I, pag. 148, come richiamato da DISTASO, *I contratti in generale II*, in "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale" diretta da W. Bigiavi, Torino, 1966, pag. 867.

8. Elusione o evasione? Carattere simulato del contratto principale nel caso di clausola penale o di caparra confirmatoria

Alle argomentazioni di cui sopra, seppur logicamente rigorose e consequenziali è, tuttavia, a mio parere, possibile muovere dei rilievi critici che infirmano la loro idoneità a fondare, in linea generale ed assoluta, l'esclusione del contratto principale dal novero dei contratti simulati. Per meglio procedere allo svolgimento di tali rilievi, è opportuno trattare il caso in cui lo shifting di materia imponibile si attua in virtù di una clausola penale o di una caparra confirmatoria separatamente da quello in cui tale shifting è reso possibile da una clausola o caparra penitenziale.

Nel primo caso, all'atto della conclusione del contratto principale, le parti convengono che questo non sarà adempiuto. L'inadempimento del contratto principale rappresenta un elemento essenziale del programma delle parti, in quanto un tale inadempimento è imprescindibile ai fini di far sorgere le situazioni giuridiche soggettive attive o passive in adempimento delle quali si attua il trasferimento dell'ammontare pecuniario predeterminato dalle parti. È altresì incontrovertibile che un contegno attivo o passivo può essere qualificato come adempimento od inadempimento solo per relazione al parametro giuridico rappresentato da un'obbligazione valida ed efficace. Da ciò non deriva, invece, necessariamente che ciò che le parti hanno voluto sia stato obbligarsi alle prestazioni dedotte in contratto. È vero che la simulazione attiene agli effetti del contratto e che quelli del contratto principale sono effetti obbligatori, ma, a ben vedere, le parti non hanno realmente voluto una vera obbligazione, ma solo l'apparenza della medesima.

Non si può definire genuina un'obbligazione il cui adempimento da parte di quello che appare il debitore può essere validamente rifiutato da colui che appare il creditore in base ad un accordo intervenuto fra i medesimi soggetti in cui essi pattuiscono di non adempiere l'obbligazione medesima.

Un tale carattere di genuinità del contratto non può essere fondato sulla circostanza che l'atto è, in realtà, voluto e che ne è voluta l'efficacia vincolante ed obbligatoria al punto tale che si produce effettivamente ed opera nella sfera giuridica delle parti un elemento essenziale di questa vincolatività ed efficacia, cioè la responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione. Il debito della somma di denaro pattuita nella clausola penale o nella caparra confirmatoria non sorge, infatti, in virtù del contratto principale, ma in virtù di queste ultime pattuizioni. Dal contratto principale e dalla sua vincolatività ed efficacia dipende solo l'avverarsi del presupposto che fa operare tali accordi accessori: l'inadempimento. È allo-

ra facile rendersi conto di come, nelle concrete ipotesi qui in commento, il contratto principale non spieghi effettivamente alcun effetto giuridico proprio, ma si limiti a dar luogo ad un presupposto, seppur dotato di una connotazione tecnico-giuridica particolarmente penetrante. Cade, allora, l'argomento secondo cui il contratto principale spiegherebbe comunque una sua vincolatività ed efficacia nel dar luogo a responsabilità per inadempimento.

Le parti non vogliono, a ben vedere, sottoporsi alla disciplina del contratto principale neppure nel senso della vincolatività di quest'ultimo. Esse vogliono solo servirsi di quest'ultimo al fine esclusivo di creare un'apparenza che sembri legittimare, di fronte ai terzi (segnatamente il fisco) l'operatività della clausola penale, unica pattuizione contrattuale della quale esse vogliono effettivamente l'operatività.

Visto in questo modo, il contratto principale inserito in una delle transazioni qui in commento, può farsi rientrare nell'ambito della nozione che la dottrina fornisce della simulazione assoluta in cui "le parti non intendono creare nessun nuovo rapporto giuridico, né realizzare alcun effetto del negozio, non vogliono sottoporsi in alcun modo alla sua disciplina, operare alcun mutamento della loro situazione giuridica: i rapporti delle parti sono e rimangono quelli che erano prima del negozio, perché nessun mutamento giuridico esse hanno inteso operare" (48).

Né è sufficiente a determinare il carattere non simulato dei contratti principali qui in oggetto l'argomentazione che il contratto principale produce, nella sfera dei contraenti, un voluto effetto giuridico indiretto, in virtù del fatto che innesca, per il tramite del proprio inadempimento, l'operatività attuale della clausola penale o della caparra confirmatoria. Una tale circostanza, infatti, non pare idonea ad attribuire al contratto principale un grado di efficacia che lo situi nel novero dei contratti genuini e realmente voluti. In particolare, tali caratteri non sembrano essere predicabili di un contratto del quale non è voluto l'adempimento al momento della conclusione. Se, infatti, si esamina la vicenda da un punto di vista sostanziale, non può negarsi che la circostanza che le parti, all'atto del contrarre, non volessero dare seguito agli impegni risultanti dall'accordo appare irrimediabilmente incompatibile con la serietà del vincolo e destituisce quest'ultimo di serietà, malgrado il rilievo di carattere formale secondo il quale l'adempimento del contratto non rientra fra gli effetti del medesimo.

Il comportamento negoziale delle parti può allora essere ricostruito nel senso che esse volessero esclusivamente dar luogo all'apparenza del contratto principale al fine di produrre una situazione d'inadempimento

(48) DISTASO, *I contratti* ... cit., pag. 867.

apparente che, a sua volta, costituisca presupposto per l'operatività del patto di clausola penale o di caparra confirmatoria. Sul significato della situazione di inadempimento apparente bisogna intendersi. È facile cadere nell'equivoco secondo il quale l'inadempimento non è apparente ma reale, perché non viene comunque posta in essere una condotta che corrisponda al contenuto delle prestazioni delle parti come determinato nel contratto principale apparente. L'apparenza negoziale preordinata dalle parti non crea una situazione d'inadempimento apparente nel senso naturalistico, ma attribuisce a quella medesima situazione naturalistica un'apparente qualificazione giuridica d'inadempimento. Ne deriva il carattere simulato dei contratti principali di cui le parti abbiano concordato l'inadempimento.

9. Carattere elusivo dell'operazione nel caso di multa o caparra penitenziale

108

A risultati opposti può pervenirsi, quando il trasferimento di materia imponibile si attui per il tramite di una multa o caparra penitenziale, purché ricorrano talune importanti condizioni. È, innanzitutto, necessario che alle pattuizioni delle parti sia estranea l'intesa di non dare adempimento al contratto. Come si è già visto sopra, infatti, è proprio un tale accordo che, in una considerazione sostanziale e complessiva della volontà delle parti, destituisce di effettività il regolamento negoziale apparente. Un approccio attento alla sostanza delle cose impedisce di poter considerare come voluto un contratto del quale si concorda e pattuisce l'inadempimento. È d'uopo, pertanto, che, anteriormente all'esercizio del diritto di recesso, le parti abbiano dato effettiva e regolare attuazione alle obbligazioni nascenti dal contratto principale. È opportuno, inoltre, che alla parte sia stata, nel programma negoziale, attribuita discrezionalità in merito al momento di esercizio del diritto di recesso. Ove, infatti, i contraenti avessero già pattuito, all'atto della conclusione del contratto, l'esercizio del recesso ad una certa data, sarebbe, forse, verosimile una ricostruzione della vicenda negoziale nel senso di un contratto principale del quale viene simulata la durata. Il momento per il quale è stato previsto dalle parti l'esercizio del recesso potrebbe, in altre parole, essere considerato come la data finale, di scadenza del regolamento negoziale, il termine ultimo di durata dell'efficacia del contratto. Ma ove questa si accertasse essere la realtà sostanziale dell'accordo fra i contraenti verrebbe irrimediabilmente meno un presupposto essenziale per l'esercizio del recesso. Quest'ultimo, infatti, consiste nel far venir meno unilateralmente

un vincolo obbligatorio concretamente operante fra le parti. Del tutto ingiustificato, sul piano causale, risulterebbe, invece, il recesso da un contratto ormai improduttivo di effetti per via del decorso del suo termine finale di efficacia.

In presenza delle condizioni di cui sopra, non pare che la vicenda negoziale intervenuta fra le parti possa essere ascritta al novero della simulazione. Da un lato, infatti, come già sottolineato sopra, un tale carattere non può essere predicato del patto di recesso che è funzionale al raggiungimento dell'obiettivo di trasferimento di materia imponibile perseguito dalle parti e, come tale, non solo è voluto, ma è anche integralmente eseguito. Dall'altro lato, le considerazioni che avevano indotto a concludere nel senso della simulazione del contratto principale nel caso di shifting realizzato per il tramite di clausola penale o di caparra confirmatoria, non sono valide nei casi di cui ci occupiamo in questo paragrafo.

Per quanto riguarda i casi precedenti, infatti, è stata sostanzialmente rilevata l'incompatibilità della previsione dell'inadempimento del vincolo contrattuale con la genuinità e serietà del medesimo. Una tale valutazione d'incompatibilità non può, invece, assolutamente estendersi alla previsione che facoltizza a recedere dal contratto medesimo, stante la stessa prefigurazione legislativa che, di una tale clausola, viene fatta dal Codice civile. Mentre, nei casi precedenti, al contratto principale e alla pattuizione accessoria di clausola penale o di caparra confirmatoria si accompagnava un'intesa fra le parti nel senso dell'inadempimento del contratto principale che risultava idonea, di per sé, a destituire quest'ultimo di genuinità e serietà, una tale intesa ulteriore non è dato riscontrare nelle transazioni che si esaminano in questo paragrafo. Qui, l'unica intesa che accede al contratto principale è la previsione del diritto di recesso dietro corrispettivo, e questa previsione, come si è visto, non contrasta con la genuinità e serietà del negozio principale. Ne deriva che il contratto principale rimane capace di spiegare tutti i suoi effetti propri nei confronti delle parti e dei terzi. Di conseguenza, stante anche la sopra giustificata genuinità del patto attributivo del diritto di recesso, può concludersi nel senso che, nei casi di clausola o caparra penitenziale, il trasferimento di materia imponibile da un contraente all'altro viene realizzata non già attraverso lo strumento dell'apparenza negoziale, bensì attraverso una preordinata combinazione di atti negoziali (il contratto principale, il patto attributivo del diritto di recesso, ed il negozio di esercizio di tale diritto) che sortiscono l'effetto di trasferire reddito imponibile da una società all'altra del gruppo.

10. Inapplicabilità del nuovo art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973

Il fatto che, delle operazioni intragruppo descritte nel paragrafo precedente (49) non sia praticabile alcun profilo simulatorio implica che le operazioni medesime, non integrando gli estremi dell'evasione, ricadono nell'ambito applicativo dell'elusione. Va di conseguenza, innanzitutto, indagato se ad esse possa applicarsi il più generale dei rimedi antielusivi approntati dall'ordinamento tributario. Il nuovo art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973 attribuisce all'amministrazione finanziaria un penetrante potere di disconoscimento delle operazioni elusive. Tuttavia, tale norma si rivela generalmente inidonea a reagire alle fattispecie qui in commento. L'inopponibilità prevista dall'art. 37-bis non è un effetto di tutte le fattispecie elusive, ma solo di quelle nel cui ambito siano incluse le operazioni elencate al comma terzo della disposizione medesima. Ne deriva che, al di fuori della lista di operazioni di cui al comma terzo dell'art. 37-bis, il meccanismo antielusivo approntato da questa norma non opera e quindi risulta inidoneo a contrastare le ipotesi viste d'impiego del recesso unilaterale al fine di trasferire utili da un'entità collegata all'altra.

11. Profili di applicabilità dell'art. 1344 codice civile

La circostanza che l'impiego della clausola o caparra penitenziale ai fini di trasferimento di materia imponibile da un'entità all'altra nell'ambito di un gruppo non dia luogo ad un'ipotesi di simulazione negoziale non impedisce (50) che a tale fattispecie possa essere applicato il rimedio della frode alla legge fiscale di cui all'art. 1344 C.C., ove, ovviamente, ricorrano i presupposti, che la migliore dottrina (51) ha individuato

(49) A fini di chiarezza, vale la pena ribadire che le transazioni, in cui il trasferimento di profitti ha luogo tramite l'impiego di una clausola penale o di una caparra confirmatoria, implicando, a nostro avviso, la simulazione di un contratto, integrano gli estremi dell'evasione e non sono, pertanto, coinvolti dalle considerazioni che seguiranno e che mirano, invece, ad indagare i rimedi approntati dall'ordinamento contro le operazioni, queste sì elusive, descritte nel paragrafo precedente.

(50) Il problema dell'applicabilità dell'art. 1344 in ambito fiscale è stato ampiamente dibattuto dalla dottrina con contrapposti risultati. In senso favorevole vedi, fra gli altri, SANTONASTASO, *I negozi in frode alla legge fiscale*, in "Dir. Prat. Trib.", 1970, I, pag. 505 e GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione fiscale e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in "Rassegna tributaria", 1989, I, pag. 11, ed *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge* in "Giur. Comm.", 1989, pag. 377.

(51) GALLO, *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge* cit., pag. 388 e ss.

come necessari per l'operatività di tale norma. Perché tale norma possa essere applicata ad un'operazione negoziale intrapresa con finalità di riduzione del carico tributario è, infatti richiesta, da un lato, la sussistenza di un vantaggio oggettivo per il contribuente e di un conseguente minor gettito per l'erario. Dall'altro lato, è necessario che l'Amministrazione finanziaria provi che "il fine unico (o prevalente) dell'operazione è per le parti contraenti quello, appunto, di sottrarre gettito all'erario riducendo la base imponibile o, meglio, precludendo la realizzazione del presupposto attraverso lo svolgimento dell'attività contrattuale fraudolenta" (52).

Ove ricorrano questi due presupposti mi pare non possa essere negata l'applicabilità dell'art. 1344 C.C. alle ipotesi di shifting di materia imponibile fra società appartenenti al medesimo gruppo attraverso l'operatività di una multa o caparra penitenziale. Il problema consiste, allora, nel determinare quale dei negozi inseriti nella sequenza dalla quale deriva il risultato elusivo debba scontare gli effetti dell'applicazione dell'art. 1344 C.C. In altri termini è d'uopo accertare se la nullità di cui all'articolo medesimo coinvolga tutti i negozi o soltanto alcuni di questi.

Nella fattispecie che qui si esamina, il vantaggio fiscale consistente nel trasferimento di materia imponibile, deriva, a ben vedere, direttamente dall'esercizio del diritto di recesso. È, cioè, il negozio unilaterale di recesso a far sorgere l'obbligazione di effettuare il pagamento di cui alla clausola penitenziale o il diritto di trattenere quanto versato a titolo di caparra. Gli altri due elementi del complesso negoziale posto in essere dalle parti (vale a dire il contratto principale e la multa/caparra penitenziale) pur rappresentando dei presupposti essenziali alla realizzazione del risultato finale non hanno tuttavia valenza conclusiva nei confronti di quest'ultimo. Sembra, pertanto, potersi sostenere che l'operatività della sanzione di nullità di cui all'art. 1344 C.C. vada ristretta al solo negozio unilaterale di recesso, preservando, in tal modo, la validità e l'efficacia degli altri due contratti.

Questa conclusione sembra, in effetti, derivare dalla nozione che la migliore dottrina civilistica (53) accoglie dell'istituto della frode alla legge. Alla stregua di questa ricostruzione dell'istituto, "due sono i tratti caratteristici del negozio in frode alla legge: un elemento oggettivo, consistente nell'idoneità del negozio posto in essere a raggiungere un risultato analogo a quello vietato; un elemento soggettivo, consistente nel pro-

(52) GALLO, *ibidem*, pag. 389.

(53) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1989, pag. 191.

posito di eludere la norma imperativa" (54). Di particolare interesse ai nostri fini è il requisito oggettivo descritto in termini di "idoneità del negozio". Ove tale presupposto s'intenda nel senso di suscettibilità del singolo negozio di determinare il risultato elusivo perseguito dai contraenti, ne deriva l'impredicabilità di tale attributo per i primi due elementi della sequenza negoziale elusiva vista sopra. L'unico patto negoziale veramente "idoneo" a produrre il risultato di elusione d'imposta è appunto il recesso unilaterale. E, di conseguenza, sembrerebbe dover essere questo l'unico a dover essere colpito dalla nullità di cui all'art.1344.

Carmine Rotondaro

(54) SANTORO-PASSARELLI, *ibidem*.

Sezione II - Giurisprudenza
Section II - Decisions of the Courts

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

Corte di Giustizia delle Comunità Europee

1A) EUROPEAN COURT OF JUSTICE, FIFTH CHAMBER, JUDGEMENT APRIL 29 1999, CASE C-311/97 (President J.P. Puissechet, Rapporteur M. Wathelet) *Royal Bank of Scotland plc v Hellenic Republic*

Legal persons income tax - Freedom of establishment - Permanent establishment - Domestic treatment to be applied according to conventional legislation - Violation of the right of establishment - It applies.

Articles 52 and 58 of the EC Treaty preclude legislation of a Member State, which, in the case of companies having their seat in another Member state and carrying on business in the first Member State through a permanent establishment situated there, excludes the possibility of benefiting from a lower rate of tax on profits, possibility accorded only to companies having their seat in the first Member State, when there is no objective difference in the situation between those two categories of companies which could justify such a difference in treatment. ()*

1

1B) CORTE DI GIUSTIZIA CE, SEZ. V, SENT. 29 APRILE 1999, CAUSA C-311/97 (Pres. J.P. Puissechet, Rel. M. Wathelet) *Royal Bank of Scotland plc c/o Stato ellenico*

Imposta sul reddito delle persone giuridiche - Libertà di stabilimento - Centro di attività stabile - Trattamento nazionale applicabile in base alla normativa di fonte convenzionale - Violazione del diritto di stabilimento - Sussiste.

*Gli artt. 52 e 58 del Trattato CE impediscono ad uno Stato membro di adottare una normativa fiscale che escluda per le società che hanno sede in un altro Stato membro ed operano nel primo Stato membro tramite un centro di attività stabile ivi situato, la possibilità di beneficiare di una aliquota d'imposta sugli utili più bassa, possibilità che è riconosciuta solo alle società che hanno sede nel primo Stato membro, allorché non esista alcuna oggettiva situazione di disparità tra questi due tipi di società tale da giustificare una simile disparità di trattamento. (**)*

Sentenza

1. Con sentenza 30 giugno 1997, pervenuta alla Corte l'8 aprile successivo, il Dioikitiko Protodikeio del Pireo ha sottoposto alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 7 del Trattato CEE (divenuto l'art. 6 del Trattato CE) e 52 del Trattato CE.

2. Detta questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia fra la Royal Bank of Scotland plc (in prosieguo: la "Royal Bank of Scotland") e la DOY (l'autorità che gestisce le imposte dirette delle società per azioni) riguardo all'aliquota dell'imposta applicabile agli utili percepiti in Grecia, a titolo dell'esercizio 1994/1995, dalla succursale di detta banca, aliquota che è superiore a quello prevista per le banche che hanno sede in Grecia.

3. La Royal Bank of Scotland ha sede nel Regno Unito ed opera in Grecia tramite una succursale con sede al Pireo.

4. Il 14 febbraio 1996 la Royal Bank of Scotland presentava alla DOY del Pireo la propria dichiarazione relativa all'imposta sul reddito per l'esercizio finanziario 1994/1995. Essa dichiarava che, per il periodo compreso tra il 1° ottobre 1994 e il 30 settembre 1995, gli utili imponibili a titolo delle attività della sua succursale ammontavano a 1 031 256 016 DR e che, applicando l'aliquota d'imposta del 40% prevista dall'art. 109, n. 1, lettera a), della legge del 16 settembre 1994, n. 2238 (Gazzetta ufficiale della Repubblica ellenica, n. 151, A; in prosieguo: la "legge n. 2238/1994"), l'imposta su detti utili ammontava a 412 502 406 DR.

5. La Royal Bank of Scotland inseriva nella sua dichiarazione d'imposta una riserva secondo cui gli utili della sua succursale avrebbero dovuto essere tassati ai sensi dell'art. 109, n. 1, lettera b), della legge n. 2238/1994, ossia in base all'aliquota del 35 % applicata alle banche elleniche.

6. In detta riserva la Royal Bank of Scotland, considerando che l'applicazione dell'aliquota del 40 % la sottoponeva ad una tassazione più pesante di quella cui sono soggette le banche elleniche, invocava innanzitutto l'art. XVI della convenzione tra la Repubblica ellenica e il Regno Unito volta ad evitare la doppia imposizione e a prevenire l'evasione fiscale in materia di imposte sul reddito, stipulata il 25 giugno 1953 e ratificata in Grecia con decreto legge n. 2732/1953 (Gazzetta ufficiale della Repubblica ellenica n. 329, del 12 novembre 1953, A), a norma del quale "1. [i] cittadini di uno degli Stati contraenti non sono soggetti, sul territorio dell'altro Stato contraente, ad alcuna imposizione fiscale né ad alcun obbligo ad essa relativo, che sia diverso, maggiore o più oneroso dell'imposizione fiscale e dei relativi obblighi cui sono soggetti, o possono essere assoggettati, i cittadini dell'altro Stato contraente". Essa invocava altresì l'art. 52, comma 1, del Trattato, sostenendo di essere vittima di un trattamento fiscale discriminatorio.

7. Con lettera n. 3814 del 19 febbraio 1996 il direttore della DOY del Pireo respingeva la riserva affermando che la Royal Bank of Scotland era soggetta, per quel che riguardava le imposte sul reddito, all'art. 109, n. 1, lettera a), della legge n. 2238/1994, il quale prevede un'aliquota d'imposta del 40% per le società e gli enti stranieri che svolgono attività a scopo di lucro in Grecia.

8. La Royal Bank of Scotland ha presentato un ricorso di annullamento contro la decisione di rigetto della riserva, sollecitando inoltre il rimborso di una somma pari a 51 562 800 DR, che essa sostiene di aver versato illegittimamente, oltre agli interessi legali.

... *omissis* ...

17. Con sentenza 30 giugno 1997, il Dioikitiko Protodikeio del Pireo, nutrendo dubbi sulla compatibilità della normativa nazionale con il diritto comunitario, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se la citata disposizione dell'art. 109, n. 1, lettera a), del Codice dell'imposizione fiscale sui redditi, introdotto con legge 2238/1994 (GU della Repubblica ellenica 151 A), che impone un diverso onere fiscale a carico delle società straniere per mezzo dell'applicazione di un'aliquota impositiva del 40% sui loro redditi imponibili, rispetto alle società nazionali, cui viene applicata un'aliquota impositiva del 35%, sia consentita e tollerata dal diritto comunitario, e in particolare se sia conforme agli artt. 7 e 52 del Trattato, se cioè lo Stato ellenico abbia il diritto di imporre il suddetto diverso trattamento fiscale a carico delle società straniere".

18. Con la sua questione il giudice di rinvio chiede in sostanza se una normativa di uno Stato membro come la normativa fiscale *de qua*, che per le società che hanno sede in un altro Stato membro ed operano nel primo Stato membro tramite un centro di attività stabile ivi situato esclude la possibilità di beneficiare di un'aliquota d'imposta sugli utili più bassa, possibilità riconosciuta alle sole società aventi sede nel primo Stato membro, sia compatibile con il diritto comunitario, in particolare con gli artt. 7 del Trattato CEE (divenuto l'art. 6 del Trattato CE) e 52 del Trattato CE.

19. Si deve ricordare anzitutto che, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario astenendosi da qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza (v. sentenze 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker, Racc. pag. I-225, punti 21 e 26; 11 agosto 1995, causa C-80/94, Wielockx, Racc. pag. I-2493, punto 16; 27 giugno 1996, causa C-107/94, Asscher, Racc. pag. I-3089, punto 36, e 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura Participations e Singer, Racc. pag. I-2471, punto 19).

20. Va altresì ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte, il principio generale del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità, san-

cito dall'art. 7 del Trattato CEE (divenuto l'art. 6 del Trattato CE), è stato applicato, nelle singole materie che essi disciplinano, dagli articoli 48, 52 e 59 del Trattato. Ne consegue che quando una normativa è incompatibile con tali articoli lo è altresì con l'art. 6 del Trattato (sentenza 30 maggio 1989, causa 305/87, Commissione/Grecia, Racc. pag. 1461, punto 12). Detto articolo, del resto, tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali il Trattato non stabilisce norme specifiche di non discriminazione (sentenze Commissione/Grecia, citata, punto 13, e 12 aprile 1994, causa C-1/93, Halliburton Services, Racc. pag. I-1137, punto 12).

21. Ora, è pacifico che l'art. 52 del Trattato mira essenzialmente ad attuare, nel campo delle attività non subordinate, il principio dell'uguaglianza di trattamento sancito dall'art. 6 dello stesso. Di conseguenza, quest'ultima disposizione non trova applicazione nella causa *de qua*.

22. L'art. 52 del trattato CEE è una delle disposizioni fondamentali del diritto comunitario ed è direttamente efficace negli Stati membri dalla scadenza del periodo transitorio. In forza di questa disposizione, la libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro implica l'accesso alle attività non subordinate e il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di aziende secondo quanto stabiliscono le leggi del paese di stabilimento per i loro cittadini. L'abolizione delle restrizioni della libertà di stabilimento si estende alle restrizioni per la costituzione di agenzie, di succursali o di affiliate da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti nel territorio di un altro Stato membro (sentenza 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia, Racc. pag. 273, punto 13).

23. La libertà di stabilimento, che l'art. 52 attribuisce ai cittadini di un altro Stato membro e che implica per essi l'accesso alle attività non subordinate ed il loro esercizio nello stesso modo stabilito dalle leggi dello Stato membro di stabilimento per i propri cittadini, comprende, ai sensi dell'art. 58 del Trattato CE, per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nel territorio della Comunità, il diritto di svolgere la loro attività nello Stato membro di cui trattasi mediante una succursale o agenzia. Per le società, è importante rilevare in questo contesto che la loro sede nel senso summenzionato serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato. Ammettere che lo Stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro Stato membro svuoterebbe quindi di contenuto questa disposizione (sentenza Commissione/Francia, citata, punto 18).

24. A questo proposito va osservato che emerge dal fascicolo e in particolare dallo stesso provvedimento di rinvio che l'art. 109 del codice introdu-

ce una disparità di trattamento nel calcolo dell'imposta sugli utili delle società a seconda che esse abbiano sede in Grecia o al di fuori di questo Stato membro. Infatti, agli utili delle società con sede in Grecia si applicano due aliquote d'imposta, in quanto tali società, in presenza di certe condizioni relative alla loro forma giuridica e alla natura delle azioni da esse emesse, possono beneficiare di un'aliquota d'imposta del 35% invece di quella del 40%. In compenso, una sola aliquota d'imposta, quella più elevata, si applica agli utili imponibili in Grecia delle società che hanno sede in un altro Stato membro, qualunque sia la loro forma giuridica e la natura delle azioni che esse emettono.

25. Peraltro, per poter esercitare un'attività bancaria in Grecia, la normativa nazionale sulle banche (ossia le leggi n. 2190/1920 e n. 5076/1936) esige che una società con sede in Grecia svolga detta attività in forma di società per azioni ed emetta azioni nominative così che, di conseguenza, essa sfugge all'applicazione dell'aliquota d'imposta del 40% che l'art. 109, n. 1, lettera a), prevede per le sole «società per azioni nazionali, le cui azioni alla scadenza del periodo imponibile sono al portatore e non quotate alla borsa di Atene, e per le società ed enti stranieri che si prefiggono di conseguire utili economici». Di conseguenza, per quanto riguarda le banche, l'aliquota d'imposta più elevata si applica solo alle banche che hanno sede in un altro Stato membro e un centro di attività stabile in Grecia.

26. Per stabilire se una disparità di trattamento fiscale come quella che risulta dall'art. 109 del codice sia discriminatoria, bisogna ricercare se, ai fini della tassazione degli utili realizzati in Grecia, una società avente sede in tale paese, da un lato, e una succursale in Grecia di una società avente sede in un altro Stato membro, dall'altro, versino in situazioni oggettivamente analoghe. Infatti, emerge da una costante giurisprudenza che una discriminazione consiste nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse (v. per esempio sentenze Schumacker, citata, punto 30; Wielockx, citata, punto 17, e Asscher, citata, punto 40).

27. In materia di imposte dirette, la Corte ha ammesso, in cause relative alla tassazione dei redditi delle persone fisiche, che la situazione dei residenti e quella dei non residenti in uno Stato non sono di regola analoghe, in quanto presentano differenze oggettive per quanto attiene sia alla fonte dei redditi, sia alla capacità contributiva personale o ancora alla presa in considerazione della situazione personale e familiare (v. sentenza Schumacker, citata, punti 31-34; Wielockx, citata, punto 18, e Asscher, citata, punto 41). Tuttavia, essa ha precisato che in presenza di un vantaggio fiscale il cui godimento viene rifiutato ai non residenti, una disparità di trattamento tra queste due categorie di contribuenti può essere qualificata come una discriminazione ai sensi del Trattato quando non sussiste alcuna obiettiva diversità

di situazione tale da giustificare una disparità di trattamento su tale punto tra le due categorie di contribuenti (v. sentenze Schumacker, citata, punti 36-38, e Asscher, citata, punto 42).

28. A questo riguardo bisogna osservare che, per quanto concerne le modalità di determinazione della base imponibile, la normativa fiscale ellenica, tra le società che hanno sede in Grecia e quelle che, pur avendo sede in un altro Stato membro, possiedono un centro di attività stabile in Grecia, non effettua una distinzione tale da dar vita ad una disparità di trattamento fra le due categorie di società. Infatti, come la Commissione ha rilevato nelle sue osservazioni scritte, senza essere contraddetta in udienza su questo punto, in attuazione del combinato disposto degli artt. 99, n. 1, lettera d), e 105 del codice, l'imposta è calcolata sia per le società nazionali che per le società straniere sul reddito o utile netto, dopo deduzione della parte corrispondente alle entrate non imponibili, utile che è determinato con queste modalità tanto per le società nazionali quanto per quelle straniere.

29. È vero che le società con sede in Grecia sono ivi tassate sulla base del loro reddito globale (obbligo fiscale illimitato), mentre le società straniere che operano in tale Stato tramite un centro di attività stabile sono tassate sulla base dei soli utili che detto centro di attività realizza in tale paese (obbligo fiscale limitato). Tuttavia questa circostanza, che deriva dalla sovranità fiscale limitata dello Stato in cui ha origine il reddito rispetto a quella dello Stato in cui ha sede la società, non impedisce che si possa ritenere che le due categorie di società, a parità di tutte le altre condizioni, versino in situazioni analoghe quanto alle modalità di determinazione della base imponibile.

30. Di conseguenza, una normativa nazionale come la normativa fiscale ellenica che, da un lato, ai fini dell'imposta sul reddito, tra le società che hanno sede in Grecia e quelle che, pur avendo sede in un altro Stato membro, possiedono un centro di attività stabile in Grecia, non attua una distinzione tale da motivare, nell'ambito della medesima tassazione, una disparità di trattamento fra le due categorie di società e, dall'altro lato, instaura una disparità di trattamento per l'aliquota dell'imposta sul reddito, introduce una discriminazione nei confronti delle società che hanno sede in un altro Stato membro, in quanto fissa per queste ultime, indipendentemente dalla loro forma giuridica e dalla natura delle azioni che esse emettono, un'aliquota d'imposta del 40%, mentre il tasso del 35% si applica esclusivamente alle società con sede in Grecia.

31. Inoltre occorre aggiungere che, come il governo francese ha rilevato nelle sue osservazioni scritte, senza essere contraddetto in udienza su questo punto, il fatto che le differenti modalità di tassazione degli utili previste dall'art. 109 del codice non si basino su alcuna differenza oggettiva tra la situazione delle società con sede negli altri Stati membri e quella delle società con sede in Grecia trova conferma nella circostanza per cui, nell'ambi-

to della convenzione stipulata fra la Repubblica ellenica e il Regno Unito per evitare la doppia imposizione, e in particolare dei suoi articoli II, III e XVI, una succursale in Grecia di una banca avente sede nel Regno Unito costituisce un centro di attività stabile in Grecia, equiparato sul piano fiscale ad una società residente, di modo che, a tale titolo, essa è convenzionalmente riconosciuta come versante in una situazione oggettivamente analoga ad una società nazionale.

32. Occorre esaminare infine se una discriminazione come quella della causa de qua possa essere giustificata. Secondo una giurisprudenza costante, solo una disposizione derogatoria espressa, come l'art. 56 del Trattato CE, potrebbe rendere una discriminazione simile compatibile con il diritto comunitario (v. sentenze 26 aprile 1988, causa 352/85, *Bond van Adverteerders e a.*, Racc. pag. 2085, punti 32 e 33, e 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Collective Antennenvoorziening Gouda e a.*, Racc. pag. I-4007, punto 11).

33. Va osservato, al riguardo, che il governo ellenico non ha invocato alcuna delle ragioni previste dall'art. 56 del Trattato per giustificare la discriminazione contenuta nella normativa in esame.

34. Pertanto, bisogna rispondere al giudice a quo che gli artt. 52 e 58 del Trattato debbono essere interpretati nel senso che essi si oppongono ad una normativa di uno Stato membro, come la normativa fiscale in esame, la quale, per le società che hanno sede in un altro Stato membro ed operano nel primo Stato membro tramite un centro di attività stabile ivi situato, escluda la possibilità di beneficiare di un'aliquota d'imposta sugli utili più bassa, possibilità che è riconosciuta solo alle società che hanno sede nel primo Stato membro, allorché non esiste alcuna disparità di situazione oggettiva tra queste due categorie di società tale da giustificare una simile disparità di trattamento.

... *omissis* ...

Per questi motivi,

LA CORTE (Quinta Sezione)

pronunciandosi sulla questione sottoposta dal Dioikitiko Protodikeio del Pireo, con sentenza 30 giugno 1997, dichiara:

Gli artt. 52 e 58 del Trattato CE debbono essere interpretati nel senso che essi si oppongono ad una normativa di uno Stato membro, come la normativa fiscale in esame, la quale, per le società che hanno sede in un altro Stato membro ed operano nel primo Stato membro tramite un centro di attività stabile ivi situato, escluda la possibilità di beneficiare di un'aliquota d'imposta sugli utili più bassa, possibilità che è riconosciuta solo alle società che hanno sede nel primo Stato membro, allorché non esiste alcuna disparità di situazione oggettiva tra queste due categorie di società tale da giustificare una simile disparità di trattamento.

(*) Lack of 'objective difference' for fiscal purposes allows the application of the prohibition to restrict the freedom of establishment (1)

In case C-311/97 a question has been raised in proceedings between the Royal Bank of Scotland plc and the DOY, the Greek authority dealing with the direct taxation of public limited companies.

The question referred to the Court for a preliminary ruling concerns the compatibility of a provision of the Greek code on income taxes (article 109, paragraph 1 of Law no. 2238/1994, Official Journal of the Hellenic Republic, No. 151, Volume A) with Community law, in particular, the compatibility in question would be with the freedom of establishment (2). Article 109 of the Greek Code provides for different rates of taxation according to whether the company's taxable profits are received by foreign companies or Greek companies.

The latter group in the presence of certain requisites to do with legal form and the type of shares issued, may benefit from a 35% tax rate, whereas, the higher rate of 40% hits foreign companies that in Greece have a permanent establishment, such as an agency or branch (3), regardless of their legal form and of the type of shares issued.

In the banking sector, the distortion on the freedom of establishment is amplified by the fact that, under article 11a, No. 2 of Law No. 2190/1920, and according to Law 5076/1931, shares of banking companies need to be registered, and banks may be set up and operate only as public limited companies.

122

(1) ECJ judgements *Commerzbank* of 13.7.1993, C-330/91, *Schumacker*, February 14, 1995, C-279/93, in Racc. page I-225, points 21 and 26; *Wielockx*, of August 11, 1995, C-80/94, Racc. page I-2493, point 16; *Asscher*, June 27 1996, C-107/94, Racc. page I-3089, point 36; *Futura participations and Singer* of May 15 1997, C-250/95, Racc. page I-2471, point 19; *Bond van Adverteerders*, April 26, 1988, C-352/85, Racc. page 2085, points 32 and 33; *Collective Antennenvoorziening Gouda* of July 25 1991; C-288/89 and others, Racc. page I-4007, point 11.

(2) On the application of the freedom of establishment in matter of direct taxation see Lang, Gassner, Lechner, *Tax Treaties and EC Law*, Deventer, 1997, page 27; Keeling, *Some taxing problems concerning non discrimination and EC Law*, in *European Law Review*, 1995, page 580; Weber, *Applicability of the EC Treaty...*, in *European Taxation*, 1997, 292; Bizzioli, *Libertà di stabilimento ed imposizione fiscale dei gruppi di società*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, III, 36.

(3) It should be noted that in the versions of the judgement drafted in English and other languages, the expression fixed establishment is not used. What is used is permanent establishment which in Italian translates as *stabile organizzazione*. An in-depth discussion on the contact points between permanent establishment, a subsidiary, a branch, see P. Pasquale, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, II, 361 ff..

In the case brought to the attention of the Court, the tax rate applied for the financial year 1994/1995 to the branch of the *Royal Bank of Scotland* in Greece is higher than the rate applying to banks having their seat in Greece.

The *Royal bank of Scotland* holds that this legislation providing for different tax rates violates the principle laid down in articles 52 and 58 of the EC Treaty (4). The difference in treatment that results unduly restricts the freedom of establishment of a subsidiary in another EC State effected with the opening of a branch (5).

Article 52 of the Treaty, invoked by the *Royal bank of Scotland*, laying down that, the freedom of establishment for nationals of one Member State on the territory of another Member State includes the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings, particularly undertakings set up according to art. 58 of the Treaty, second paragraph, under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected, does not make express reference to residence.

The abolition of restrictions on freedom of establishment, however, as it emerges from the various interpretations of the court, also applies to restrictions that might indirectly prove to be an obstacle to the setting up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State in the territory of another Member State (6). Among these, the Court of Justice has included non resident companies and permanent establishments.

If the Member State of establishment were permitted to freely reserve a differential tax treatment, only on the grounds that the seat of a company is situated for fiscal purposes in another Member State, then all meaning with respect to those principles set down in articles 52 and 58 of the Treaty would vanish. The seat of a company serves to determine the connection to a certain legal system, as does nationality for natural persons.

It is settled case-law that discrimination (7) consists in the application of different rules to comparable situations or in the application of the same rule

(4) Articles 43 and 48 of the Treaty of Amsterdam.

(5) See case *Commerzbank* quoted footnote 1 and concerning the discriminatory treatment of a subsidiary of the well-known German banking company operating in the UK.

(6) Judgement *Commission v France* of January 28th 1986, case C-270/83, Racc. p. 273, point 13.

(7) For an in-depth discussion on the principle of non discrimination see: F. Amatucci; *Le discriminazioni di discriminazione fiscale*, Padua, 1998; other aspects covered in F. Amatucci, *Le discriminazioni di trattamento nel modello OECD (Art. 24)* in Corso di diritto tributario internazionale, Cedam 1999, 403 ff..

to different situations (8). Now, as far as direct taxation is concerned, the same Court has held, in cases relating to the taxation of natural persons' income, that the situations of residents and non residents in a given state are not generally comparable, since there may be objective differences to take into account which relate to the source of income, the ability to pay tax and to personal and family circumstances. Then, in the case of a tax advantage being denied to non residents (natural or legal persons), it is possible to qualify this difference in treatment as indirect discrimination, where there is no objective difference such as to justify different treatment.

If however, on the one side, for the purposes of taxing income, no distinction is established such as to justify, in relation to the same taxation, a difference in treatment between companies having their seat in Greece and companies which, whilst having their seat in another Member State, have a fixed establishment (9) in Greece, on the other, a disparity in treatment emerges with the application of a different income tax rate. Therefore there is discrimination for those companies having their seat in a Member State and this discrimination is in the form of a higher tax rate which is applied irrespective of the legal form under which they operate and of the nature of shares issued, while, only companies the seat of which is in Greece are granted a more favourable treatment.

124

The Court has also ably overcome this problem of the limited fiscal sovereignty of the State in which the income arises in relation to that of the state in which the company has its seat, which inevitably differentiates between the situations of resident and non resident companies. The taxing power of the former State, limited to the profits earned by the fixed establishment, does not prevent the two categories of companies from being considered, all other things being equal, as being in a comparable situation as regards the method of determining the taxable base. Consequently, the Hellenic legislation in question, by not establishing for the purposes of taxing income any distinction between the two categories of companies such that would determine a disparity in treatment, has in actual fact admitted that there is no objective difference between the two categories.

(8) Judgements *Schumacker* and *Wielockx* August 11th 1995, Racc. p. I-2493, point 16.

(9) Issues arising with reference to the concepts of 'permanent establishment' and 'fixed establishment' are covered in P. Pistone, *Centro di attività stabile e stabile organizzazione: l'Iva richiede un'evoluzione per il XXI secolo?* in Riv. di Dir. Trib., 1999, III, 12 ff. As regards the translation of the expressions 'permanent establishment' and 'fixed establishment' and with particular reference to the case *Royal Bank of Scotland*, see C. Colombo, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1999, III, 190.

Briefly, the Court has held that the lower ability to pay of the non resident company should not influence its tax treatment in the country in which it carries on its business.

The same discrimination cannot find any justification whatsoever in the light of article 56 of the Treaty, which establishes an express derogating provision. It is settled case-law that only an express derogating provision, such as the one contemplated by article 56, could render a rule such as the one contained in the Greek code on income taxation, compatible with Community law (10). This appears quite surprising since the Court has rarely been known to refer to exceptions to the freedom of establishment when evaluating whether a differential tax treatment is justified (11). The reference to general grounds for a differential treatment such as the ones provided for in article 56 (public order and public safety) would perhaps benefit from further reflection since they might lead to an abuse on the part of national legislators (12).

After all, it is the very Advocate General who, in his conclusion in point 39 has held that in pursuance of the Court's decisions, the different tax treatment is compatible with Community law only when it is supported by strict grounds of justification such as the coherence of the entire tax system (13) or superior reasons of general interest which (14) are not provided for by the Treaty.

It is then interesting to note that in point 31 the judgement, making reference to the written observations of the French government, gives value to the existence of discrimination by referring to the Convention between the Hellenic Republic and the United Kingdom on the avoidance of double taxation in which the branch in Greece of a bank having its seat in the United Kingdom constitutes a permanent establishment treated for tax purposes as a resident company.

This appears to be unusual seen that rules of international tax law, as is well-known, lack those particular traits that distinguish them from Communi-

12

(10) See judgement *Bond van Adverteersders* April 26th 1988, case C-352/85 and others, Racc. page 2085, points 32,33 and 35.

(11) A precedent can be found in the case ICI of 16.7.1998, C-264/96, point 28.

(12) Completely different are the exceptions provided for in article 73 D, concerning the circulation of capital which lay down in paragraph III the prohibition of arbitrary discrimination.

(13) See judgement *Wielockx* earlier quoted; *Schumacker* earlier quoted, point 40.

(14) See judgement *Futura participations*, point 19.

ty law. However, the link and the co-ordination that exists between conventional rules and those of Community law is now an indispensable prerequisite for the proper functioning of intra-Community relations and the tax regime governing those relations.

The Court assessed that the different tax rate applied to Greek companies in relation to foreign companies has not been based on any objective situation such as to justify the differential treatment, and therefore, after reconsidering the meaning the principle of the freedom of establishment in articles 52 and 58 it ruled that the articles are to be interpreted as precluding any unjustified disparity in treatment that leads to discrimination.

Fabrizio Amatucci
Giancarlo Pisacane

() La mancanza di "differenza oggettiva" ai fini impositivi consente l'applicazione del divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento (1)**

La causa C-311/97 concerne una questione pregiudiziale sollevata nell'ambito di una controversia tra la *Royal Bank of Scotland plc* e la *DOY*, cioè l'Ufficio greco competente per le imposte dirette relative alle società per azioni.

La questione affrontata dalla Corte di Giustizia riguarda, nel caso di specie, la compatibilità con il diritto comunitario, ed in particolare con il principio della libertà di stabilimento (2), di una disposizione del codice greco sulle imposte sul reddito (articolo 109 paragrafo 1 legge n. 2238/1994, Gazzetta ufficiale del governo greco n.151, tomo A), che prevede aliquote diverse applicabili agli utili, a seconda che essi siano percepiti da società straniera o da società nazionali greche.

Queste ultime, infatti, in presenza di determinate condizioni relative alla

(1) Sentenze Corte di Giustizia *Commerzbank* del 13.7.1993, C- 330/91, *Schumacker* del 14 febbraio 1995, C-279/93, in Racc. pag. I-225, punti 21 e 26.; *Wielockx*, dell'11 agosto 1995, C-80/94, Racc. pag. I-2493, punto 16.; *Asscher*, del 27 giugno 1996, C-107/94, Racc. pag. I-3089, punto 36; *Futura Participations* e *Singer*, del 15 maggio 1997 C-250/95, Racc. pag. I-2471, punto 19; *Bond van Adverteerders*, del 26 aprile 1988, C-352/85, Racc. pag. 2085, punti 32 e 33; *Collective Antennenvoorziening Gouda* del 25 luglio 1991, C-288/89 e a., Racc. pag. I-4007, punto 11.

(2) Sull'applicazione della libertà di stabilimento in materia di imposte dirette vedi Lang, Gassner, Lechner, *Tax Treaties and EC Law*, Deventer, 1997, p. 27, Keeling, *Some taxing problems concerning non discrimination and EC Law*, in *European Law Rev.*, 1995, p. 580, Weber, *Applicability of the EC Treaty...*, in *European Taxation*, 1997, 292, Bizioli, *Libertà di stabilimento ed imposizione fiscale dei gruppi di società*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, III, 36.

forma giuridica ed alla natura delle azioni emesse, possono beneficiare di una aliquota del 35%, mentre, la più elevata aliquota del 40% è comunque sempre riservata alle società straniere che in Grecia abbiano un centro di attività stabile, come una agenzia o una succursale (3), qualunque sia la loro forma giuridica assunta e la natura delle azioni emesse.

Nel settore bancario, poi, la distorsione alla libertà di stabilimento è amplificata dalla circostanza che, ai sensi dell' articolo 11a, n.2 della legge n.2190/1920, nonché in base alla legge 5076/1931, le azioni degli istituti di credito devono essere nominative, e le banche possono essere costituite ed operare solo in forma di società per azioni.

Nel caso posto all'attenzione della Corte si era, dunque, verificato che l'aliquota applicata per l'esercizio 1994/1995 alla succursale greca della *Royal Bank of Scotland* risultasse superiore a quella prevista per le banche con propria sede principale in Grecia.

La *Royal Bank of Scotland* asseriva che la normativa in parola andasse a violare, prevedendo aliquote diverse, il principio generale previsto dagli articoli 52 e 58 del Trattato CE (4). La diversità di trattamento restringeva, infatti, indebitamente, secondo le difese della banca, la libertà di stabilimento di una sede secondaria in un altro Paese CE realizzata attraverso l'apertura di una succursale (5).

L'articolo 52 del Trattato, invocato dalla *Royal Bank of Scotland*, statuendo che, la libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro implichi l'accesso pieno alle attività non subordinate ed al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di aziende ed in particolare di società costituite ai sensi dell'art. 58 II comma del Trattato, secondo quanto stabilito, per i propri cittadini, dalle leggi del Paese di stabilimento, non fa esplicito riferimento alla residenza.

L'abolizione delle limitazioni della libertà di stabilimento, tuttavia, come emerge dalle diverse interpretazioni giurisprudenziali, si applica anche a tutte quelle restrizioni che indirettamente potrebbero ostacolare la costituzione di agenzie, succursali o filiali da parte dei cittadini di uno Stato membro che siano sta-

1.

(3) Va osservato che nella versione della sentenza redatta in altre lingue non viene adoperata la locuzione centro di attività stabile, ma l'espressione *permanent establishment* che va tradotta come stabile organizzazione. Per un approfondimento sulle differenze e sui punti di contatto tra "stabile organizzazione", "sede secondaria" e "succursale" P. Pistone, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, II, 361 ss.

(4) Artt. 43 e 48 del Trattato di Amsterdam.

(5) Cfr. caso *Commerzbank* cit., riguardante il trattamento discriminatorio di una filiale del noto Istituto di Credito tedesco che operava nel Regno Unito.

bilite nel territorio di un altro Stato membro (6). Tra queste ultime la Corte di Giustizia ha ricompreso le società non residenti e le stabili organizzazioni.

Se, quindi, venisse ammesso che lo Stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento fiscale diverso, per il solo fatto che la sede di una società si trovi in un altro Stato membro risiedendovi fiscalmente, si finirebbe per svilire il senso stesso e la portata dei principi contenuti negli articoli 52 e 58 del Trattato. Per le società infatti la sede consente di determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il collegamento ad un determinato ordinamento giuridico.

La Corte ha più volte ribadito che una discriminazione (7) consiste nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse (8). Ora, in materia di imposte dirette, la stessa Corte ha ammesso, in cause relative alla tassazione dei redditi sulle persone fisiche, che la situazione dei residenti e quella dei non residenti non è generalmente analoga, in quanto può presentare differenze oggettive per quanto attiene sia alla fonte dei redditi, sia alla capacità contributiva personale o ancora alla considerazione della situazione familiare o personale.

Può desumersi che laddove un vantaggio fiscale venga di fatto rifiutato ai non residenti (persone fisiche o giuridiche), è possibile qualificare tale comportamento come una discriminazione indiretta, sempre che non vi sia alcuna obiettiva diversità di situazione tale da giustificare la disparità di trattamento.

Se tuttavia da una parte, infatti, ai fini dell'applicazione delle imposte sul reddito, non viene posta alcuna distinzione tale da motivare, nell'ambito della medesima tassazione, un diverso trattamento tra le società che hanno sede in Grecia e quelle che, pur avendo sede in un altro Stato membro, hanno in Grecia un centro di attività stabile (9), dall'altra, poi emerge una disparità di trattamento in ordine all'aliquota dell'imposta sul reddito. Si realiz-

(6) Sentenza *Commissione / Francia* del 28 gennaio 1986, causa C-270/83, Racc. pag. 273, punto 13.

(7) Per un approfondimento sul principio di non discriminazione vedi F. Amatucci, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998; per alcuni aspetti vedi anche F. Amatucci, *Le discriminazioni di trattamento nel modello OCSE (Art. 24)* in Corso di diritto tributario internazionale, Cedam 1999, 403 ss.

(8) Sentenze *Schumacker* cit. e *Wielockx* dell'11 agosto 1995, Racc. pag. I-2493, punto 16.

(9) Per un approfondimento in ordine alle problematiche connesse ai concetti "stabile organizzazione" e "centro di attività stabile" P. Pistone, *Centro di attività stabile e stabile organizzazione: L'Iva richiede un'evoluzione per il XXI secolo?* in Rivista di Diritto Tributario, 1999, III, 12 ss. In merito al problema della traduzione dell'espressioni "stabile organizzazione" e "centro di attività stabile" e con riferimento specifico al caso *Royal Bank of Scotland*, si veda C. Colombo, in Rivista di Diritto Tributario, 1999, III, 190.

za pertanto una discriminazione nei confronti delle società che hanno la propria sede in uno Stato membro, fissando per quest'ultime una aliquota più elevata indipendentemente dalla loro forma giuridica o dalla natura delle azioni emesse, riconoscendo, invece, quella più favorevole esclusivamente alle società con sede in Grecia.

La Corte ha in proposito superato abilmente anche il problema della *sovrannità fiscale limitata* dello Stato in cui è prodotto il reddito rispetto a quella dello Stato in cui ha sede la società, che inevitabilmente differenzia la situazione delle residenti rispetto alle non residenti. Il potere impositivo del primo Stato, limitato agli utili realizzati dal centro di attività stabile, non impedisce che le due società, a parità di condizioni, versino in situazioni analoghe per quanto riguarda la determinazione della base imponibile. Di conseguenza, la normativa ellenica in contestazione, non effettuando una distinzione tra le due società, ai fini della tassazione dei profitti percepiti tale da determinare una disparità di trattamento, ha di fatto ammesso che non vi è, tra le due categorie, alcuna *oggettiva differenza*.

In sintesi la Corte ritiene che la minore capacità contributiva della società non residente non deve incidere sul trattamento fiscale di quest'ultima nel Paese in cui esercita la propria attività.

La stessa discriminazione inoltre non può trovare giustificazione alcuna alla luce dell'articolo 56 del Trattato che stabilisce delle deroghe specifiche. Secondo costante giurisprudenza, infatti, solo una disposizione espressa, come è quella prevista dall'articolo 56, potrebbe rendere, una norma, quale quella contenuta nel codice greco sull'imposizione fiscale sui redditi, compatibile con il diritto comunitario (10). Ciò appare sorprendente in quanto la Corte ha raramente fatto riferimento a deroghe alla libertà di stabilimento normativamente previste nel valutare le giustificazioni del diverso trattamento fiscale (11). Sarebbe necessaria in proposito maggiore riflessione sulla opportunità di un richiamo a ragioni generiche di diverso trattamento come quelle previste dall'art. 56 (ordine pubblico, pubblica sicurezza) che potrebbero determinare un abuso da parte dei legislatori nazionali (12).

Del resto, è lo stesso Avvocato Generale che nelle proprie conclusioni al punto 39 ribadisce che, secondo la giurisprudenza della Corte, il diverso trattamento fiscale è compatibile con il diritto comunitario solo quando è sup-

(10) Cfr. sentenza *Bond van Adverteerders* del 26 aprile 1988, causa C-352/85 e a. Racc. pag.2085, punti 32, 33 e 35.

(11) Un precedente è ravvisabile nel caso ICI del 16.7.1998, C-264/96 punto 28.

(12) Ben diversa sono le deroghe previste dall'art. 73D in materia di circolazione di capitali che pongono, al III comma il divieto di discriminazione arbitraria.

portato da rigorosi motivi di giustificazione come ad esempio la coerenza del l'intero sistema fiscale (13) o ragioni superiori di interesse generale (14) che non sono previsti da alcuna disposizione del Trattato.

È interessante, infine, rilevare come al punto 31 della sentenza, richiamando le osservazioni del governo francese, la Corte abbia avvalorato la sussistenza della discriminazione, richiamando la Convenzione sulla doppia imposizione, stipulata fra la Repubblica Ellenica ed il Regno Unito ove la succursale di una banca avente sede in tale ultimo Paese ed operante in Grecia, costituisce un centro di attività stabile equiparato dal punto di vista fiscale ad una società residente.

Ciò appare singolare in quanto le norme di diritto tributario internazionale, come è noto, risultano prive di quelle peculiarità che contraddistinguono il diritto comunitario. Tuttavia il collegamento ed il coordinamento tra le diverse disposizioni convenzionali e quelle comunitarie rappresenta ormai un presupposto imprescindibile per la corretta disciplina fiscale dei rapporti intracomunitari.

La Corte, accertato dunque, che la diversità di aliquota applicata alle società greche ed a quelle straniere non dipendeva da alcuna disparità di situazione oggettiva tale da giustificare il diverso trattamento, ha dichiarato, rivedendo ancora una volta portata e significato del principio della libertà di stabilimento, che gli art.52 e 58 del Trattato CE devono essere interpretati nel senso di impedire qualsiasi ingiustificata disparità di trattamento fiscale che assuma carattere discriminatorio.

130

**Fabrizio Amatucci
Giancarlo Pisacane**

(13) Vedi sentenza *Wielokx*, cit., punto 23; *Schumacker*, cit., punto 40.

(14) Sentenza *Futura Participations*, cit., punto 19.

2A) EUROPEAN COURT OF JUSTICE, JUDGEMENT 21.9.1999, CASE C- 307/97, (President G.C. Rodríguez Iglesias, rapporteur M. Wathelet) *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland c/ Finanzamt Aachen-Innenstadt.*

Companies' income tax – Permanent establishments – Double taxation agreements – Right to the application of the conventional regime – Affiliation privilege – Tax treatment of dividends from foreign sources – Net worth tax – Principle of national treatment – Discrimination – Freedom of establishment – Incompatibility – Valid.

Article 52 of the EC Treaty (which is now article 43, following amendment) forbids Member States to exercise their prerogatives in matter of direct taxation by precluding that a permanent establishment be extended the same treatment as that accorded to companies resident in the territory, provided that they find themselves in the same substantial situation with respect to dividends received from foreign sources. The same principle finds application with regard to the net worth tax. ()*

2B) CORTE DI GIUSTIZIA CE, SENT. 21.9.1999, CAUSA C-307/97, (pres. G.C. Rodríguez Iglesias, Rel. M. Wathelet) *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland c/ Finanzamt Aachen-Innenstadt.*

Imposta sul reddito delle persone giuridiche – Stabili organizzazioni – Convenzioni contro la doppia imposizione – Diritto all'applicazione del regime convenzionale - Privilegio di affiliazione – Trattamento fiscale dei dividendi di fonte estera – Imposta sul patrimonio netto delle società – Principio del trattamento nazionale –Discriminazione – Diritto di stabilimento - Incompatibilità - Sussiste.

13

*L'art. 52 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE) osta a che gli Stati membri esercitino le loro prerogative in materia di imposizione diretta precludendo ad una stabile organizzazione lo stesso trattamento applicabile alle società ivi residenti, sempreché esse si trovino nella stessa situazione sostanziale in relazione alla percezione di dividendi di fonte estera. Lo stesso principio trova applicazione anche in relazione all'imposta sul patrimonio netto delle società. (**)*

Judgment

1. By order of 30 June 1997, received at the Court on 2 September 1997, the Finanzgericht Köln (Finance Court, Cologne) referred to the Court for a preliminary ruling under Article 177 of the EC Treaty (now Article 234 EC) three questions on the interpretation of Article 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC) and Article 58 of the EC Treaty (now Article 48 EC).
2. The three questions have been raised in proceedings between Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland (hereinafter 'Saint-Gobain ZN'), and the Finanzamt (Tax Office) Aachen-Innenstadt (hereinafter 'the Finanzamt').
3. Saint-Gobain ZN is the German branch of Compagnie de Saint-Gobain SA (hereinafter 'Saint-Gobain SA'), which is a company incorporated under French law whose seat and business management are located in France.
4. For the purposes of German tax law, Saint-Gobain ZN, which is entered in the commercial register in Germany, is treated as a permanent establishment of Saint-Gobain SA.
5. In Germany, Saint-Gobain SA is subject to limited tax liability because neither its seat nor its business management are located in that State. This limited tax liability of Saint-Gobain SA relates to both the income earned in Germany through its permanent establishment, under Paragraph 2(1) of the Körperschaftsteuergesetz (Law on Corporation Tax, hereinafter 'the KStG'), and the assets held in its permanent establishment, under Paragraph 2(1)(2) and 2(2) of the Vermögensteuergesetz (Law on Capital Tax, hereinafter 'the VStG').
6. Under the combined provisions of Paragraph 8(1) of the KStG and Paragraph 49(1)(2)(a) of the Einkommensteuergesetz (Law on Income Tax, hereinafter 'the EStG'), income from an industrial and commercial establishment located within German territory forms part of domestic income, within the meaning of limited tax liability.
7. Furthermore, under Paragraph 121(2)(3), of the Bewertungsgesetz (Law on the Evaluation of Assets, hereinafter 'the BewG'), domestic operating capital forms part of the domestic assets of a taxpayer subject to limited tax liability, which includes in particular the capital used in the establishment which the taxpayer exploits within German territory.

8. The Finanzamt refused to grant Saint-Gobain SA certain tax concessions relating to the taxation of dividends from shares in foreign companies limited by shares, those concessions being restricted to companies subject in Germany to unlimited tax liability.
9. In 1988, the relevant year in the main proceedings, Saint-Gobain SA held, through the operating capital of its German branch, Saint-Gobain ZN, the following shareholdings:
 - 10.2% of the shares of the company Certain Teed Corporation, established in the United States of America;
 - 98.63% of the share capital of the company Grünzweig & Hartmann AG (hereinafter 'Grünzweig'), established in Germany;
 - 99% of the share capital of the company Gevetex Textilglas GmbH (hereinafter 'Gevetex'), established in Germany.
10. The subsidiaries of Saint-Gobain SA which are established in Germany, namely Grünzweig and Gevetex, are bound to Saint-Gobain ZN by an agreement on treatment as a single entity for tax purposes ('Organvertrag') under Paragraph 18 of the KStG. In the case of a group treated as a single entity for German tax purposes ('Organschaft'), the parent company (the dominant company or 'Organträger') of a group of companies declares that it is solely liable for the tax on the group's aggregate out-turn. The profits and losses of the minor companies ('Organgesellschaften') are incorporated in the profits and losses of the dominant company and, where appropriate, subject to the tax for which the latter company is liable, on condition that the minor German companies are financially, economically and organisationally integrated into a German undertaking — or, on certain conditions, into the permanent establishment in Germany of a foreign company, as is the case with the Saint-Gobain group — and that there is a profit-transfer agreement between the minor companies and the dominant company ('Gewinnabführungsvertrag') lasting at least five years (Paragraph 14 of the KStG).
11. The profits of Grünzweig and Gevetex, which were transferred to Saint-Gobain ZN during 1988 under such profit-transfer agreements, included group dividends distributed by foreign subsidiaries.
12. In 1988, Grünzweig received dividends from the companies Isover SA, established in Switzerland, and Linzer Glasspinnerei Franz Haider AG, established in Austria, in which it held, in 1988, 33.34% and 46.67% respectively of their shares.

13. In that same year, Gevetex received dividends from an Italian subsidiary, the company Vitrofil SpA, in which it had a 24.8% shareholding.
14. It appears from the national court's file that the other conditions relating to tax integration were fulfilled, so that those dividends were, in accordance with German tax law, directly attributed to the permanent establishment situated within German territory (Saint-Gobain ZN) and therefore to the income of the dominant company (Saint-Gobain SA) subject to limited tax liability (Paragraphs 14 and 18 of the KStG).
15. Saint-Gobain ZN is challenging before the Finanzgericht the refusal of the Finanzamt to grant it three tax concessions designed to prevent dividends which are received in Germany by companies with shareholdings in foreign companies and which have already been taxed abroad from being taxed again in Germany.
16. First, the Finanzamt refused to grant an exemption from German corporation tax for the dividends received by Saint-Gobain ZN from the United States of America and Switzerland on the ground that the treaties for the avoidance of double taxation concluded between the Federal Republic of Germany and each of those two non-member countries, which provide for such exemption, restrict it to, respectively, German companies and companies subject in Germany to unlimited tax liability. The concession concerned is a form of international group relief from corporation tax in respect of profits distributed between parent company and subsidiary ('internationales Schachtelprivileg').
17. Article XV of the old convention concluded between the Federal Republic of Germany and the United States of America for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and to certain other taxes, of 22 July 1954, as amended by the Protocol of 17 September 1965 (BGBl. 1954 II, p. 1118; 1966 II, p. 745), in force at the relevant time, provides:
 - (1) It is agreed that double taxation shall be avoided in the following manner:
 - (a) ...
 - (b) 1. Federal Republic tax shall be determined in the case of a natural person resident in the Federal Republic or of a German company as follows:
 - (aa) ... there shall be excluded from the basis upon which Federal Republic tax is imposed any item of income from sources within the United States or any item of capital situated within the United States which, according to

this Convention, is not exempt from tax by the United States. ... The first sentence shall, in the case of income from dividends, apply only to such dividends subject to tax under United States law as are paid to a German company limited by shares (Kapitalgesellschaft) by a United States corporation, at least 25 percent of the voting shares of which are owned directly by the first-mentioned company ...'.

According to Article II(1)(f) of the same Convention, 'German company' means a juridical person having its business management or seat in Germany.

18. Article 24 of the Convention concluded on 11 August 1971 between the Federal Republic of Germany and the Swiss Confederation for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and capital, as amended by the Protocol of 30 November 1978 (BGBl. 1972 II, p. 1022; 1980 II, p. 750), provides, in the version which was in force in relation to taxes collected before 1990:

'(1) As regards a person established in the Federal Republic of Germany, double taxation shall be avoided in the following manner:

(1) The following income, originating in Switzerland, which, according to the preceding articles, is taxable in Switzerland, shall be excluded from the basis on which German tax is imposed:

(a) ...

(b) The dividends, within the meaning of Article 10, which a company limited by shares established in Switzerland distributes to a company limited by shares subject to unlimited tax liability in the Federal Republic of Germany where, according to German tax legislation, a Swiss tax levied on the profits of the distributing company could also be credited against German corporation tax to be levied on the German company.'

19. Second, although the Finanzamt allowed Saint-Gobain SA the direct credit provided for in Paragraph 26(1) of the KStG and therefore credited against the German corporation tax payable by Saint-Gobain SA on dividends received through Saint-Gobain ZN the foreign tax which it had already paid and which had been withheld at source in the various countries in which the distributing companies are established, it refused a credit for the foreign corporation tax levied on the profits distributed by the foreign subsidiaries and sub-subsidiaries of Saint-Gobain SA in the countries in which they are established (indirect credit, also called 'indirect tax credit', which is provided for in Paragraph 26(2) of the KStG) because the law restricts that concession to companies subject in Germany to unlimited tax liability.

20. Paragraph 26(2) of the KStG lays down the rules on indirect credit:

'(2) If, for at least 12 months before the balance-sheet date ... a company ... (parent company) having unlimited tax liability ... has held directly and uninterruptedly a share of at least one tenth in the nominal share capital of a company limited by shares having its management and its seat outside the territorial scope of this Law (subsidiary company) ... the parent company may, upon application, also be allowed to credit against the corporation tax for which it is liable in respect of dividends distributed to it by the subsidiary a tax on the profits of the latter company. The credit shall relate to a fraction of the tax analogous to the German corporation tax which the subsidiary paid in respect of the financial year for which it made the distribution'.

21. Third, the Finanzamt included the shareholding in the American subsidiary in the domestic assets of the permanent establishment, taxable by way of capital tax, and did not therefore allow Saint-Gobain SA the capital tax concession for international groups provided for by Paragraph 102(2) of the BewG since that Law restricts that concession to domestic companies limited by shares.

136

22. Paragraph 102(2) of the BewG provides:

'(2) If a German company limited by shares ... has a direct holding in the nominal share capital of a company limited by shares having its seat and business management outside the scope of this Law (subsidiary company) and that holding is at least 10%, that holding shall, upon application, be excluded from the company's business assets, provided that the shareholding has existed uninterruptedly for at least 12 months before the relevant balance-sheet date ...'.

23. Saint-Gobain SA considers that it is contrary to the combined provisions of Articles 52 and 58 of the Treaty for the German permanent establishment of a company limited by shares established in France to be excluded from the benefit of the tax concessions described above (indirect credit and corporation-tax relief and capital-tax relief for international groups).

24. The Finanzgericht Köln found that, under applicable German law as it stood in 1988, those concessions could be denied to a German permanent establishment of a foreign company limited by shares. However, it considered that having regard in particular to the judgment in Case 270/83 *Commission v France* [1986] ECR 273, paragraph 18, a refusal

to allow the concessions could constitute discrimination contrary to Article 52 of the Treaty.

25. It should be explained that the domestic legal context was changed, with effect from the 1994 tax period, by the Standortsicherungsgesetz (Law to Maintain and Improve the Attraction of the Federal Republic as a Site for Business) of 13 September 1993, BGBl. I, p. 1569), which introduced Paragraph 8b(4) and Paragraph 26(7) into the KStG.

26. Paragraph 8b(4) of the KStG (shareholdings in foreign companies) provides:

'(4) Shares of profits which are distributed by a foreign company in respect of shares which are to be attributed to a German permanent business establishment of a company subject to limited tax liability shall not be taken into account in the calculation of the income to be attributed to the German permanent business establishment if, under a treaty for the avoidance of double taxation ..., they would be exempt if the company subject to limited tax liability were subject to unlimited tax liability. ... If the exemption or the concession depends on the holding of the share for a minimum period, the shareholding during that period must also have belonged to the operating assets of the German permanent business establishment'.

137

27. Paragraph 26(7) of the KStG, in the version in force as from the 1994 tax period, which extends the indirect credit provided for in Paragraph 26(2) of the KStG to German branch establishments, provides:

'Subparagraphs (2) and (3) shall be applicable by analogy to shares of profits which a German branch establishment of a company subject to limited tax liability receives from a foreign subsidiary if the conditions laid down in the first and third sentences of Paragraph 8b(4) are fulfilled.'

28. According to the information provided by the Finanzgericht, the legislature explained the reason for the amendment thus:

'The German branch establishment of a company subject to limited tax liability is thus assimilated to a German company. The equal treatment between the permanent establishment of a foreign company and a company subject to unlimited tax liability takes into account the freedom of establishment provided for in Article 52 of the EEC Treaty and excludes discrimination prohibited by those provisions' (Bundesrats Drucksache 1/93, pp. 40 and 41).

29. However, the changes made to the national legislation did not take effect

until after the 1994 tax period (Paragraph 54(1) of the KStG, in the version applicable under the Law of 13 September 1993) and cannot therefore be taken into account in the main proceedings.

30. It should also be pointed out that the Standortsicherungsgesetz of 13 September 1993 has not amended Paragraph 102 of the BewG on intercorporate capital tax relief. However, according to the Commission, which was not contradicted on this point at the hearing, capital tax has not been levied since 1 January 1997 on the ground that it is in part unconstitutional, as found by the Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court) in its judgment of 22 June 1995 (2 BvL 37/91 BVerfGE 93, 121). Paragraph 102 of the BewG was repealed by Paragraph 6(14) and 6(15) of the Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform (Law on the Furtherance of Corporation Tax Reform) of 29 October 1997 (BGBl. I, p. 2590).
31. In those circumstances, the Finanzgericht Köln decided to stay proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

138

'(1) Is it compatible with the applicable Community law, and in particular with Articles 52 and 58 of the EC Treaty, read together, for a branch establishment in Germany of a company having its seat in another Member State not to be accorded Schachtelprivileg [a form of tax relief in respect of profits distributed between parent company and subsidiary] in respect of dividends under a double-taxation agreement with a non-member State under the same conditions as for a company having its seat in Germany?

(2) Is it compatible with the applicable Community law, and in particular with Articles 52 and 58 of the EC Treaty, read together, for the tax levied in a non-member State on the profits of a subsidiary in that State of a branch establishment in Germany of a company having its seat in another Member State not to be credited against the German corporation tax on that German branch establishment under the same conditions as for a company having its seat in Germany?

(3) Is it compatible with the applicable Community law, and in particular with Articles 52 and 58 of the EC Treaty, read together, for a branch establishment in Germany of a company having its seat in another Member State not to be accorded Schachtelprivileg in respect of capital tax under the same conditions as for a company having its seat in Germany?'

32. By its three questions, which it is appropriate to examine together, the Finanzgericht is asking essentially whether Articles 52 and 58 of the Treaty preclude the exclusion of a permanent establishment in Germany of a company limited by shares having its seat in another Member State (hereinafter 'the non-resident company') from enjoyment, on the same conditions as those applicable to companies limited by shares having their seat in Germany, of tax concessions taking the form of:

— an exemption from corporation tax for dividends received from companies established in non-member countries (corporation tax relief for international groups), provided for by a treaty for the avoidance of double taxation concluded with a non-member country,

— the crediting, against German corporation tax, of the corporation tax levied in a State other than the Federal Republic of Germany on the profits of a subsidiary established there, provided for by German legislation, and

— an exemption from capital tax for shareholdings in companies established in non-member countries (capital tax relief for international groups), also provided for by German legislation.

33. According to settled case-law, Article 52 of the Treaty constitutes a fundamental provision which has been directly applicable in the Member States since the end of the transitional period (see, in particular, the judgments in Case 71/76 Thieffry [1977] ECR 765, Commission v France, cited above, paragraph 13, and Case C-311/97 Royal Bank of Scotland [1999] ECR I-0000, paragraph 22).

139

34. The freedom of establishment conferred by Article 52 of the Treaty on nationals of Member States of the Community, which entails for them access to, and pursuit of, activities as employed persons and the forming and management of undertakings on the same conditions as those laid down for its own nationals by the laws of the Member State where establishment is effected, includes, pursuant to Article 58 of the Treaty, the right of companies or firms formed in accordance with the laws of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community to pursue their activities in the Member State concerned through a branch or an agency (see Case C-264/96 ICI [1998] ECR I-4695, paragraph 20, and the case-law cited there). Those two provisions guarantee nationals of Member States of the Community who have exercised their freedom of establishment and companies or firms which are assimilated to them the same treatment in the host Member State as that accorded to nationals of that Member State.

35. As far as companies or firms are concerned, their corporate seat, in the sense expressed above, serves to determine, like nationality for natural persons, their connection to a Member State's legal order (see ICI, cited above, paragraph 20, and the case-law cited there).
36. The practice in question in the main proceedings consists in refusing to grant to a non-resident company limited by shares, which operates a branch in Germany through which it holds shares in companies established in States other than the Federal Republic of Germany and through which it receives dividends on such shares, certain concessions in relation to the taxation of those shareholdings or those dividends which are restricted to companies subject in Germany to unlimited tax liability, either under domestic tax legislation or under bilateral treaties for the avoidance of double taxation concluded with non-member countries.
37. It should be explained here that companies subject to unlimited tax liability in Germany are, under German law, companies considered to be resident in Germany for tax purposes, that is to say companies which have their registered office or business management in Germany (Paragraph 1 of the KStG). The refusal to grant the tax concessions in question therefore affects in principle companies not resident in Germany and is based on the criterion of the company's corporate seat in determining the tax rules applying in Germany to shareholdings in companies limited by shares established in States other than the Federal Republic of Germany and to dividends from such shareholdings.
38. It is not contested that, for those companies to which they are granted, the tax concessions represented by corporation tax relief for international groups and by indirect credit result in a lighter tax burden, so that the permanent establishments of companies having their corporate seat in another Member State ('non-resident companies') which cannot qualify for them are in a less favourable situation than resident companies, including German subsidiaries of non-resident companies.
39. However, as far as capital tax is concerned, the German Government argues that the situation of the permanent establishment of a non-resident company not allowed the concession for international groups is not less favourable than that of the resident subsidiary of a non-resident company which does receive this tax concession since the tax burden on the non-resident company (parent or dominant company) is the same irrespective of whether shareholdings are held through a permanent establishment or through a subsidiary. For capital tax purposes, a sharehold-

ing in a foreign sub-subsidiary is included in the assets of the permanent establishment and is therefore taxed as an asset of the dominant company. Secondly, if the shareholding in a foreign sub-subsidiary is excluded from the subsidiary's assets by the international group concession, the assets of the non-resident parent company will include the value of its shareholding in the subsidiary held in Germany, evaluated with account taken of the value of the shares which it holds itself in the sub-subsidiary, pursuant to Paragraph 121(2)(4) of the BewG, in force at the relevant time. The German subsidiary's shareholding in a foreign sub-subsidiary is therefore also taxed as an asset of the parent company not resident in Germany.

40. However, at the hearing Saint-Gobain ZN explained, without being contradicted on this point, that the application of Paragraph 121(2)(4) of the BewG had been set aside in its case by virtue of Article 19 of the treaty for the avoidance of double taxation concluded between the Federal Republic of Germany and the French Republic on 21 July 1959 (JORF of 8 November 1961, p. 10230, amended on 9 June 1969, JORF of 22 November 1970, p. 10725), the effect of which is to exclude taxation, as an asset of the parent company not resident in Germany, of the shareholding held by a German subsidiary in a foreign sub-subsidiary. According to Saint-Gobain ZN, the German rules governing the grant of capital tax exemption for international groups therefore produce a tax burden on a permanent establishment of a foreign company which is different from that on a subsidiary of a foreign company.
41. As far as this point is concerned, it is for the Finanzgericht to determine, in the case before it, whether the refusal to grant capital tax exemption for international groups to the permanent establishments of French companies puts them in a situation less favourable than that of German subsidiaries of French companies.
42. In those circumstances, the refusal to grant the tax concessions in question to the permanent establishments in Germany of non-resident companies makes it less attractive for those companies to have intercorporate holdings through German branches, since under German law and double-taxation treaties the tax concessions in question can only be granted to German subsidiaries which, as legal persons, are subject to unlimited tax liability, which thus restricts the freedom to choose the most appropriate legal form for the pursuit of activities in another Member State, which the second sentence of the first paragraph of Article 52 of the Treaty expressly confers on economic operators.

43. The difference in treatment to which branches of non-resident companies are subject in comparison with resident companies as well as the restriction of the freedom to choose the form of secondary establishment must be regarded as constituting a single composite infringement of Articles 52 and 58 of the Treaty.
44. The question which must be examined therefore is whether that difference in treatment may be justified in view of the provisions of the Treaty on freedom of establishment.
45. The German Government maintains that, as far as direct taxation is concerned, the situations of resident companies and of non-resident companies are not, as a general rule, comparable.
46. It argues that the permanent establishments of non-resident companies in Germany are in a situation which is objectively different from that of companies resident in Germany. Because of the income received through their branches in Germany and the assets held in those branches, non-resident companies are subject in Germany to limited tax liability whereas resident companies are subject in Germany to unlimited tax liability.
47. In response to that argument it must be stated that, as regards liability to tax on dividend receipts in Germany from shares in foreign subsidiaries and sub-subsidiaries and on the holding of those shares, companies not resident in Germany having a permanent establishment there and companies resident in Germany are in objectively comparable situations. First, the receipt of dividends in Germany is liable to tax there irrespective of whether the recipient is a resident company or a non-resident company, since the latter receives them through a permanent establishment located in Germany. Second, shareholdings in foreign subsidiaries and sub-subsidiaries in Germany are liable to tax there irrespective of whether they are held by a resident company or by a non-resident company, since the latter holds such shares in a permanent establishment located in Germany.
48. The situations of resident companies and of non-resident companies are made even more comparable by the fact that the difference in treatment applies only as regards the grant of the tax concessions in question, which allow resident companies either to deduct from corporation tax the amount of foreign tax levied on dividends from shareholdings in foreign companies or to exclude those dividends or holdings from their income and from their global assets which are taxable in Germany. The refusal

to grant those advantages to non-resident companies having a permanent establishment in Germany produces the result that their tax liability, theoretically limited to 'national' income and assets, comprises in actual fact dividends from foreign sources and shareholdings in foreign companies limited by shares. For the matters in question, the difference between limited tax liability and unlimited tax liability is certainly not relevant in so far as the global income and assets do not include dividends received from foreign companies or shareholdings in foreign companies, owing to the grant of the tax concessions in question, for which taxpayers subject to limited tax liability cannot qualify.

49. The German Government also argues that the refusal to allow non-resident companies having a permanent establishment in Germany certain tax concessions granted to resident companies is justified by the need to prevent a reduction in tax revenue given the impossibility for the German tax authorities to compensate for the reduction in revenue brought about by the grant of the tax concessions in question by taxing dividends distributed by non-resident companies limited by shares operating permanent establishments in Germany. The German Government explains that, although the loss of revenue occurring in a Member State as a result of the grant of the tax concessions in question is partially compensated by the taxation of the dividends distributed by the parent company (Kapitalertragsteuer, withheld at source from income from moveable capital assets, and Aktionärsteuer, share tax), the State which grants those tax concessions to the permanent establishment of a foreign company limited by shares is not so compensated because it is not involved in taxing the profits of the foreign company limited by shares.
50. It must be stated in response to that argument that a reduction of revenue due to the impossibility of partially compensating for the reduction in tax yield brought about by the grant to foreign companies having a permanent branch in Germany of the various tax concessions in question is not one of the grounds listed in Article 56 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 46 EC) and cannot be regarded as a matter of overriding general interest which may be relied upon in order to justify unequal treatment that is in principle incompatible with Article 52 of the Treaty (see, to this effect, the judgment in ICI, cited above, paragraph 28).
51. According to the German Government, this refusal is also justified by the advantage which permanent branches enjoy in comparison with resident subsidiaries as regards the transfer of profits to the non-resident dominant or parent company.

52. It argues that, having no distinct legal personality, permanent branches cannot distribute their profits to the dominant company in the form of dividends, as independent subsidiaries do. Their profits are directly attributed to the non-resident controlling undertaking which, to the extent of those profits, is subject in Germany only to limited tax liability. As the Portuguese Government also pointed out, contrary to what happens when a subsidiary distributes profits to its parent company, repatriation of profits by a permanent establishment to its seat does not attract a withholding levy at source in Germany. The profits transferred by the permanent establishment to the dominant company are not therefore taken into account in the transfer to the dominant company. Nor are they taken into account in the event of subsequent distributions which might be made by the non-resident dominant company whereas, in the case of resident companies, the profits are still subject to taxation at a later stage in the event of distribution of dividends to shareholders.
53. In this regard, it must be observed that the difference in tax treatment between resident companies and branches cannot, however, be justified by other advantages which branches enjoy in comparison with resident companies and which, according to the German Government, will compensate for the disadvantages of not being allowed the tax concessions in question. Even if such advantages exist, they cannot justify breach of the obligation laid down in Article 52 of the Treaty to accord the same domestic treatment concerning the tax concessions in question (see, to this effect, *Commission v France*, cited above, paragraph 21).
54. Finally, as justification for not allowing the tax concessions in question, the German Government maintains that the conclusion of bilateral treaties with a non-member country does not come within the sphere of Community competence. Taxation of income and profits falls within the competence of the Member States, which are therefore at liberty to conclude bilateral double-taxation treaties with non-member countries. In the absence of Community harmonisation in this area, the question whether, in the case of dividends, the tax exemption for international groups should be granted to permanent establishments under a tax treaty concluded with a non-member country is not governed by Community law. To extend to other situations the tax advantages provided for by treaties concluded with non-member countries would not be compatible with the division of competences under Community law.
55. The Swedish Government observes that double-taxation treaties are based on the principle of reciprocity and that the balance inherent in such

treaties would be disturbed if the benefit of their provisions was extended to companies established in Member States which were not parties to them.

56. In this regard, it must be observed first of all that, in the absence of unifying or harmonising measures adopted in the Community, in particular under the second indent of Article 220 of the EC Treaty (now the second indent of Article 293 EC), the Member States remain competent to determine the criteria for taxation of income and wealth with a view to eliminating double taxation by means, *inter alia*, of international agreements. In this context, the Member States are at liberty, in the framework of bilateral agreements concluded in order to prevent double taxation, to determine the connecting factors for the purposes of allocating powers of taxation as between themselves (see, to this effect, Case C-336/96 Gilly [1998] ECR I-2793, paragraphs 24 and 30).
57. As far as the exercise of the power of taxation so allocated is concerned, the Member States nevertheless may not disregard Community rules. According to the settled case-law of the Court, although direct taxation is a matter for the Member States, they must nevertheless exercise their taxation powers consistently with Community law (see ICI, cited above, paragraph 19, and the case-law cited there).
58. In the case of a double-taxation treaty concluded between a Member State and a non-member country, the national treatment principle requires the Member State which is party to the treaty to grant to permanent establishments of non-resident companies the advantages provided for by that treaty on the same conditions as those which apply to resident companies.
59. As the Advocate General points out in point 81 of his Opinion, the obligations which Community law imposes on the Federal Republic of Germany do not affect in any way those resulting from its agreements with the United States of America and the Swiss Confederation. The balance and the reciprocity of the treaties concluded by the Federal Republic of Germany with those two countries would not be called into question by a unilateral extension, on the part of the Federal Republic of Germany, of the category of recipients in Germany of the tax advantage provided for by those treaties, in this case corporation tax relief for international groups, since such an extension would not in any way affect the rights of the non-member countries which are parties to the treaties and would not impose any new obligation on them.

60. Moreover, the German legislature has never considered that the provisions of the double-taxation treaties concluded with non-member countries precluded any unilateral renunciation by the Federal Republic of levies on dividends from shareholdings in foreign companies since, in adopting the *Standortsicherungsgesetz* of 13 September 1993, it unilaterally extended the corporation tax concessions to permanent establishments of non-resident companies and thus ended the difference in tax treatment in relation to companies having their seat or business management in Germany.
61. The Swedish Government, in its written observations, argued that in certain extreme situations extending the scope of bilateral double-taxation treaties could lead to no tax yield being produced at all.
62. As the Advocate General points out in point 88 of his Opinion, such an argument is not relevant in the case referred since it has not been argued that there was a risk that profits would not be taxed in any country.
63. Consequently, the answer to be given to the *Finanzgericht* must be that Articles 52 and 58 of the Treaty preclude the exclusion of a permanent establishment in Germany of a company limited by shares having its seat in another Member State from enjoyment, on the same conditions as those applicable to companies limited by shares having their seat in Germany, of tax concessions taking the form of:

146

- an exemption from corporation tax for dividends received from companies established in non-member countries (corporation tax relief for international groups), provided for by a treaty for the avoidance of double taxation concluded with a non-member country,
- the crediting, against German corporation tax, of the corporation tax levied in a State other than the Federal Republic of Germany on the profits of a subsidiary established there, provided for by German legislation, and
- an exemption from capital tax for shareholdings in companies established in non-member countries (capital tax relief for international groups), also provided for by German legislation.

Costs

64. The costs incurred by the German, Portuguese and Swedish Governments and by the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, for the parties

to the main proceedings, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT,

in answer to the questions referred to it by the Finanzgericht Köln by order of 30 June 1997, hereby rules:

Article 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC) and Article 58 of the EC Treaty (now Article 48 EC) preclude the exclusion of a permanent establishment in Germany of a company limited by shares having its seat in another Member State from enjoyment, on the same conditions as those applicable to companies limited by shares having their seat in Germany, of tax concessions taking the form of:

— an exemption from corporation tax for dividends received from companies established in non-member countries (corporation tax relief for international groups), provided for by a treaty for the avoidance of double taxation concluded with a non-member country,

— the crediting, against German corporation tax, of the corporation tax levied in a State other than the Federal Republic of Germany on the profits of a subsidiary established there, provided for by German legislation, and

— an exemption from capital tax for shareholdings in companies established in non-member countries (capital tax relief for international groups), also provided for by German legislation.

Rodríguez Iglesias Kapteyn Hirsch

Moitinho de Almeida Gulmann Murray

Edward Ragnemalm Sevón

Wathelet Schintgen

147

Delivered in open court in Luxembourg on 21 September 1999.

R. Grass G.C. Rodríguez Iglesias

Registrar President

1: Language of the case: German.

Sentenza

1. Con ordinanza 30 giugno 1997, pervenuta in cancelleria il 2 settembre successivo, il Finanzgericht di Colonia ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), tre questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 52 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE) e 58 del Trattato CE (divenuto art. 48 CE).

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland (in prosieguo: la «Saint-Gobain ZN»), e il Finanzamt Aachen-Innenstadt (in prosieguo: il «Finanzamt»).
3. La Saint-Gobain ZN è la succursale tedesca della Compagnie de Saint-Gobain SA (in prosieguo: la «Saint-Gobain SA»), società di diritto francese con sede e direzione commerciale in Francia.
4. Come tale la Saint-Gobain ZN, iscritta nel registro del commercio in Germania, è considerata nel diritto tributario tedesco come un centro di attività stabile della Saint-Gobain SA.
5. La Saint-Gobain SA è soggetta in Germania ad un obbligo fiscale limitato, non avendo né la sede né la direzione commerciale in tale Stato. Detto obbligo fiscale limitato della Saint-Gobain SA riguarda tanto i redditi percepiti in Germania attraverso il suo centro di attività stabile, in forza dell'art. 2, punto 1, del Körperschaftsteuergesetz (legge relativa all'imposta sulle società; in prosieguo: la «KStG»), quanto il patrimonio da essa detenuto nel centro di attività stabile, in forza dell'art. 2, n. 1, punto 2, e n. 2, del Vermögensteuergesetz (legge relativa all'imposta sul patrimonio; in prosieguo: il «VStG»).
6. Va precisato che, in forza del combinato disposto degli artt. 8, n. 1, della KStG e 49, n. 1, punto 2, lett. a), dell'Einkommensteuergesetz (legge relativa all'imposta sul reddito; in prosieguo: l'«EStG»), i redditi provenienti da un centro di attività industriale e commerciale situato nel territorio nazionale fanno parte dei redditi nazionali, ai sensi dell'obbligo fiscale limitato.
7. Inoltre, secondo l'art. 121, n. 2, punto 3, del Bewertungsgesetz (legge relativa alla valutazione dei beni; in prosieguo: il «BewG»), il capitale di esercizio nazionale fa parte del patrimonio nazionale di un contribuente soggetto ad un obbligo fiscale limitato, il che comprende in particolare il capitale che serve al centro di attività da esso gestito nel territorio nazionale.
8. Nell'ambito della causa a qua, il Finanzamt si è rifiutato di accordare alla Saint-Gobain SA talune agevolazioni fiscali riguardanti l'assoggettamento ad imposta dei dividendi da partecipazione in società di capitali straniere, agevolazioni che sono riservati alle società soggette in Germania ad un obbligo fiscale illimitato.

9. Nel corso del 1988, anno che rileva nella causa a qua, la Saint-Gobain SA deteneva, tramite il capitale di esercizio della sua succursale tedesca, la Saint-Gobain ZN, le seguenti partecipazioni:
- Ñ il 10,2% delle azioni della società Certain Teed Corporation, con sede negli Stati Uniti d'America;
 - Ñ il 98,63% del capitale della società Grünzweig + Hartmann AG (in prosieguo: la «Grünzweig»), con sede in Germania;
 - Ñ il 99% del capitale della società Gevetex Textilglas GnbH (in prosieguo: la «Gevetex»), con sede in Germania.
10. Le controllate della Saint-Gobain SA situate in Germania, ossia la Grünzweig e la Gevetex sono legate alla Saint-Gobain ZN tramite un contratto di integrazione fiscale («Organvertrag») in attuazione dell'art. 18 del KStG. Nel contesto del regime tedesco dell'integrazione fiscale («Organschaft») la società controllante (società capogruppo o «Organträger») di un gruppo di società si dichiara come unica debitrice dell'imposta sul risultato globale del gruppo. I profitti e le perdite delle società controllate («Organgesellschaften») vengono incorporati nei risultati della società controllante e, all'occorrenza, assoggettati all'imposta dovuta da quest'ultima a condizione che, da un lato, le società controllate tedesche siano integrate sul piano finanziario, economico e organico ad un'impresa tedesca (o, a talune condizioni, al centro di attività stabile in Germania di una società straniera, come nella causa a qua) e che, d'altro lato, tra le società controllate e la controllante esista un contratto di cessione degli utili («Gewinnabführungsvertrag») di una durata massima quinquennale (art. 14 del KStG).
11. I profitti della Grünzweig e della Gevetex, che erano stati trasferiti alla Saint-Gobain ZN durante il 1988 in forza dei suddetti contratti di cessione degli utili, comprendevano dividendi da partecipazione distribuiti da società controllate estere.
12. Nel 1988 la Grünzweig ha percepito dividendi dalle società Isover SA, con sede in Svizzera, e Linzer Glasspinnerei Franz Haider AG, con sede in Austria, nelle quali essa possedeva nel 1988, rispettivamente, il 33,34% e il 46,67% delle quote.
13. Lo stesso anno la Gevetex ha riscosso dividendi da una controllata italiana, la società Vitrofil SpA, nella quale possedeva il 24,8% delle quote.

14. Dal fascicolo della causa a qua emerge che sussistevano gli altri presupposti dell'integrazione fiscale, cosicché questi redditi di partecipazione venivano direttamente imputati, in base al diritto tributario tedesco, al centro di attività stabile situato nel territorio nazionale (Saint-Gobain ZN) e, quindi, ai redditi della società controllante (Saint-Gobain SA) soggetta ad un obbligo fiscale limitato (artt. 14 e 18 del KStG).
15. La Saint-Gobain ZN contesta, dinanzi al giudice di rinvio, il rifiuto del Finanzamt di accordarle tre agevolazioni fiscali relative ai dividendi, dirette ad evitare che i dividendi riscossi in Germania da società che possiedono partecipazioni in società straniere e già assoggettati ad imposta all'estero vengano nuovamente tassati in Germania.
16. In primo luogo, il Finanzamt si è rifiutato di esentare dall'imposta tedesca sulle società i dividendi percepiti dalla Saint-Gobain ZN provenienti dagli Stati Uniti d'America e dalla Svizzera, in ragione del fatto che le convenzioni fiscali bilaterali stipulate tra la Repubblica federale di Germania e ciascuno di questi paesi terzi per evitare la doppia imposizione, le quali prevedono una simile esenzione, ne riservano la concessione, rispettivamente, alle società tedesche e alle società assoggettate in Germania ad un obbligo fiscale illimitato. Si tratta del privilegio di partecipazione internazionale («internationales Schachtelprivileg») in materia di imposte sulle società.
17. Al riguardo occorre rilevare innanzitutto che, secondo l'art. XV della vecchia convenzione stipulata tra la Repubblica federale di Germania e gli Stati Uniti d'America per evitare la doppia imposizione in materia di imposte sui redditi e di talune altre imposte (convenzione 22 luglio 1954, come modificata dal protocollo del 17 settembre 1965, BGBl. 1954 II, pag. 1118; 1966 II, pag. 745), in vigore all'epoca dei fatti nella causa principale:

«1) La doppia imposizione viene evitata nel modo seguente:

a) (...)

b) 1. Per quanto riguarda una persona fisica residente nella Repubblica federale di Germania e una società tedesca, l'imposta prelevata dalla Repubblica federale di Germania è fissata nel modo seguente:

aa) Sono esclusi dalla base imponibile tedesca i redditi provenienti da fonti situate negli Stati Uniti e che, in forza della presente convenzione, non

sono esonerati da imposta negli Stati Uniti (...) Per quanto riguarda i redditi provenienti da dividendi, le disposizioni della prima frase) si applicano tuttavia solo ai dividendi imponibili in forza del diritto statunitense e versati da una società statunitense ad una società di capitali tedesca che possieda direttamente almeno il 25% delle azioni con diritto di voto della società statunitense».

In forza dell'art. II, n. 1, lett. f), della medesima convenzione, per società tedesca si deve intendere una persona giuridica la cui direzione commerciale o la cui sede si trovino in Germania.

18. Inoltre l'art. 24 della convenzione stipulata l'11 agosto 1971 tra la Repubblica federale di Germania e la Confederazione svizzera per evitare la doppia imposizione in materia di imposte sui redditi e sul patrimonio, come modificata dal protocollo del 30 novembre 1978 (BGBl. 1972 II, pag. 1022; 1980 II, pag. 750), così dispone, nella versione in vigore per le imposte prelevate prima del 1990:

«1) Per quanto riguarda una persona fisica residente nella Repubblica federale di Germania, la doppia imposizione viene evitata nel modo seguente:

1) Sono esclusi dalla base imponibile tedesca i seguenti redditi, provenienti dalla Svizzera e che, ai sensi degli articoli precedenti, sono ivi soggetti ad imposta:

a) (...)

b) I dividendi, ai sensi dell'art. 10, che una società di capitali con sede in Svizzera distribuisce ad una società di capitali soggetta ad un obbligo fiscale illimitato nella Repubblica federale di Germania qualora, secondo la normativa tributaria tedesca, un'imposta svizzera percepita sugli utili della società distributrice possa essere imputata anche all'imposta tedesca sulle società che dev'essere riscossa».

2. In secondo luogo il Finanzamt, pur avendo accordato alla Saint-Gobain SA l'imputazione diretta prevista dall'art. 26, n. 1, del KStG, imputando quindi, all'imposta sulle società dovuta dalla Saint-Gobain SA a causa dei dividendi da essa riscossi tramite la Saint-Gobain ZN, l'imposta estera da essa già pagata e che aveva costituito ritenuta d'acconto nei diversi paesi in cui hanno sede le società distributrici, ha negato l'imputazione dell'imposta straniera sulle società riscossa sugli utili distribuiti dalle società controllate e subcontrollate straniere della Saint-Gobain SA nei

paesi in cui esse hanno sede (imputazione indiretta, altresì denominata «credito d'imposta indiretto», prevista dall'art. 26, n. 2, del KStG) in quanto la legge riserva tale agevolazione unicamente alle società soggette in Germania ad un obbligo fiscale illimitato.

20. L'art. 26, n. 2, del KStG stabilisce le regole in materia di imputazione indiretta:

«2) Nel caso in cui, da almeno dodici mesi prima della chiusura dei conti (...) una società (...) (società controllante) illimitatamente soggetta ad imposta (...) abbia posseduto indirettamente e ininterrottamente una partecipazione pari almeno a un decimo del capitale nominale di una società di capitali avente direzione e sede al di fuori dell'ambito di applicazione territoriale della presente legge (società controllata) (...) la società controllante, su richiesta, può essere autorizzata ad imputare anche all'imposta sulle società, di cui è debitrice a causa dei dividendi ad essa distribuiti dalla controllata, un'imposta sugli utili a carico di quest'ultima. L'imputazione è riferita ad una frazione dell'imposta analoga all'imposta tedesca sulle società pagata dalla controllata per l'esercizio con riferimento al quale essa ha effettuato la distribuzione».

152

21. In terzo luogo, il Finanzamt ha ricompreso la partecipazione al capitale della controllata statunitense nel patrimonio nazionale del centro di attività stabile, imponibile in base all'imposta sul patrimonio, e quindi non ha più accordato alla Saint-Gobain SA il privilegio di partecipazione internazionale in materia di imposte sul patrimonio previsto dall'art. 102, n. 2, del BewG, poiché detta legge riserva tale agevolazione unicamente alle società di capitali nazionali.

22. Ai sensi dell'art. 102, n. 2, del BewG:

«2) Qualora una società di capitali nazionale (...) posseda una partecipazione diretta nel capitale nominale di un'altra società di capitali con sede e direzione commerciale al di fuori dell'ambito di applicazione della presente legge (società controllata) e tale partecipazione sia almeno del 10%, la partecipazione, su richiesta, non rientra nel capitale d'esercizio, purché essa esista ininterrottamente da almeno dodici mesi prima della data della chiusura dei conti pertinente (...)».

23. La Saint-Gobain SA ritiene che il fatto di escludere dai suddetti privilegi (imputazione indiretta e privilegio di partecipazione internazionale in materia di imposte sul reddito e di imposte sul patrimonio) il centro di atti-

vità stabile tedesco di una società di capitali con sede in Francia sia contrario al combinato disposto degli artt. 52 e 58 del Trattato.

24. Il Finanzgericht di Colonia ha osservato che nel 1988 il diniego dei suddetti privilegi al centro di attività stabile tedesco di una società di capitali straniera era conforme al diritto tedesco in vigore. Tuttavia, esso ha considerato che con riguardo, in particolare, alla sentenza 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia (Racc. pag. 273, punto 18), un tale diniego poteva costituire una discriminazione contraria all'art. 52 del Trattato.

25. Bisogna precisare che il contesto giuridico nazionale è stato modificato, a partire dal periodo di imposizione 1994, dallo Standortsicherungs-gesetz del 13 settembre 1993 (legge diretta a conservare e a rafforzare l'attrattiva della Repubblica federale di Germania come luogo di insediamento di imprese, BGBl. I, pag. 1569), il quale ha inserito gli artt. 8 b), n. 4, e 26, n. 7, del KStG.

26. L'art. 8 b), n. 4, del KStG (partecipazione in società straniere) stabilisce:

«4) Le quote di utili distribuite da una società straniera su partecipazioni che debbono essere attribuite a un centro di attività stabile industriale o commerciale nazionale di una società soggetta ad un obbligo fiscale limitato non vengono presi in considerazione nel calcolo del reddito da attribuire al centro di attività stabile industriale o commerciale nazionale, nei limiti in cui, in forza di una convenzione volta ad evitare la doppia imposizione (...) dette quote sarebbero esentate qualora la suddetta società fosse soggetta ad un obbligo fiscale illimitato (...) Se l'esenzione o l'agevolazione dipendono dal possesso di una partecipazione per un periodo minimo, occorre che la partecipazione, nel corso di tale periodo, sia stata parte anche del capitale di esercizio del centro di attività stabile industriale o commerciale nazionale».

15

27. L'art. 26, n. 7, del KStG, nella versione in vigore dal periodo di imposizione 1994, che estende ai centri di attività stabile nazionali l'imputazione indiretta prevista dall'art. 26, n. 2, del KStG, stabilisce quanto segue:

«I nn. 2 e 3 si applicano per analogia a quote di utili che percepisce, da parte di una controllata straniera, un centro di attività stabile industriale o commerciale nazionale di una società soggetta ad un obbligo fiscale limitato, ove siano comunque soddisfatte le condizioni di cui all'art. 8 b), n. 4, prima e seconda frase».

28. Dal fascicolo della causa a qua risulta che il legislatore ha motivato tale modifica nel modo seguente:

«Il centro di attività stabile di una società soggetta ad un obbligo fiscale limitato è in tal modo equiparato ad una società nazionale. La parità di trattamento tra il centro di attività stabile di una società straniera e una società soggetta ad un obbligo fiscale illimitato tiene in considerazione la libertà di stabilimento di cui all'art. 52 del Trattato CE ed esclude una discriminazione vietata da tali disposizioni» (Bundesrats Drucksache 1/93, pagg. 40 e 41).

29. Tuttavia, la nuova situazione giuridica nazionale ha prodotto effetti solo a partire dal periodo di imposizione 1994 (art. 54, n. 1, del KStG, nella versione derivante dalla legge 13 settembre 1993) e non può pertanto essere presa in considerazione nella causa a qua.

30. Occorre ancora rilevare che lo Standortsicherungsgesetz del 13 settembre 1993 non ha modificato l'art. 102 del BewG relativo al privilegio di partecipazione in materia di imposta sul patrimonio. Tuttavia, secondo la Commissione, non contraddetta su tale punto in udienza, l'imposta sul patrimonio non viene più riscossa dal 1° gennaio 1997 a causa del suo carattere parzialmente anticostituzionale, rilevato dal Bundesverfassungsgericht nella decisione del 22 giugno 1995 (2 BvL 37/91 BVerfGE 93, 121). L'art. 102 del BewG è stato abrogato dall'art. 6, nn. 14 e 15, del Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform del 29 ottobre 1997 (BGBl I, pag. 2590).

31. Di conseguenza, il Finanzgericht di Colonia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se sia compatibile con il diritto comunitario vigente, in particolare con il combinato disposto degli artt. 52 e 58 del Trattato CEE, il fatto che ad un centro di attività stabile - sito in Germania - di una società di capitali avente sede in un altro Stato membro non sia stato concesso, in base ad un accordo sulla doppia imposizione, il privilegio fiscale per dividendi da partecipazione ("Schachtelprivileg") alle stesse condizioni delle società di capitali aventi sede in Germania.

2. Se sia compatibile con il diritto comunitario vigente, in particolare con il combinato disposto degli artt. 52 e 58 del Trattato CEE, il fatto che, nel caso di un centro di attività stabile — sito in Germania di una società di capitali avente sede in un altro Stato membro, l'imposta riscossa in uno Stato ter-

zo sull'utile di una società controllata, ivi stabilita, del centro di attività stabile sito in Germania non sia stata imputata all'imposta tedesca sulle società alle stesse condizioni delle società di capitali aventi sede in Germania.

3. Se sia compatibile con il diritto comunitario vigente, in particolare il combinato disposto degli artt. 52 e 58 del Trattato CEE, il fatto che ad un centro di attività stabile, sito in Germania, di una società di capitali avente sede in un altro Stato membro non sia concesso il privilegio fiscale per dividendi da partecipazione sull'imposta patrimoniale alle stesse condizioni delle società di capitali aventi sede in Germania».

32. Con tali questioni, che vanno esaminate congiuntamente, il giudice di rinvio chiede in sostanza se il combinato disposto degli artt. 52 e 58 del Trattato osti a che un centro di attività stabile sito in Germania e gestito da una società di capitali avente sede in un altro Stato membro (in prosieguo: la «società non residente») non goda, alle stesse condizioni delle società di capitali aventi sede in Germania, delle seguenti agevolazioni fiscali:

— l'esenzione dall'imposta sulle società per i dividendi ricevuti da società aventi sede in paesi terzi (il privilegio di partecipazione internazionale in materia di imposta sulle società), previsto da una convenzione in materia tributaria stipulata con un paese terzo per evitare la doppia imposizione,

15

— l'imputazione, prevista dalla normativa nazionale, all'imposta tedesca sulle società dell'imposta sulle società riscossa, in uno Stato che non sia la Repubblica federale di Germania, sugli utili di una controllata che ivi ha sede, e

— l'esenzione, anch'essa prevista dalla normativa nazionale, dall'imposta sul patrimonio per le partecipazioni in società aventi sede in paesi terzi (il privilegio di partecipazione internazionale in materia di imposta sul patrimonio).

33. E' opportuno rilevare anzitutto che, secondo una costante giurisprudenza, l'art. 52 del Trattato è una delle disposizioni fondamentali della Comunità ed è direttamente efficace negli Stati membri dalla scadenza del periodo transitorio (v., in particolare, sentenze 28 aprile 1977, causa 71/76, Thieffry, Racc. pag. 765; Commissione/Francia, citata, punto 13, e 29 aprile 1999, causa C-311/97, Royal Bank of Scotland, Racc. pag. I-0000, punto 22).

34. La libertà di stabilimento, che l'art. 52 del Trattato attribuisce ai cittadini della Comunità e che implica per essi l'accesso alle attività non subordi-

nate ed il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese, alle stesse condizioni previste dalle leggi dello Stato membro di stabilimento per i cittadini di questo, comprende, ai sensi dell'art. 58 del Trattato, per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nel territorio della Comunità, il diritto di svolgere la loro attività nello Stato membro di cui trattasi mediante una succursale o un'agenzia (v. sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI, Racc. pag. I-4695, punto 20, nonché la giurisprudenza citata). Le stesse disposizioni garantiscono il trattamento nazionale nello Stato membro ospitante ai cittadini comunitari che abbiano esercitato la libertà di stabilimento e alle società che ad essi sono equiparate.

35. Per quanto riguarda le società è importante rilevare in questo contesto che la loro sede nel senso summenzionato serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato (v. sentenza ICI, citata, punto 20, nonché la giurisprudenza citata).
36. La prassi di cui trattasi nella causa a qua consiste nel negare ad una società di capitali non residente, che gestisce in Germania una succursale attraverso la quale possiede partecipazioni in società aventi sede in Stati diversi dalla Repubblica federale di Germania e tramite la quale riscuote dividendi da partecipazione, talune agevolazioni fiscali relative all'assoggettamento ad imposta di tali partecipazioni o di tali dividendi, agevolazioni che sono riservate, dal diritto interno o da convenzioni bilaterali stipulate con paesi terzi per evitare la doppia imposizione, alle società soggette in Germania ad un obbligo fiscale illimitato.
37. Bisogna precisare al riguardo che le società soggette ad un obbligo fiscale illimitato in Germania sono, in forza del diritto tedesco, le società considerate come fiscalmente residenti in Germania, ossia quelle aventi la sede sociale o la direzione commerciale in Germania (art. 1 della KStG). Il diniego delle agevolazioni di cui trattasi nella causa a qua riguarda dunque principalmente le società non residenti in Germania e si basa sul criterio della sede della società per stabilire quale sia, in Germania, il trattamento fiscale delle partecipazioni in società di capitali aventi sede in Stati diversi dalla Repubblica federale di Germania e dei dividendi prodotti da tali partecipazioni.
38. E' pacifico che le agevolazioni fiscali consistenti nel privilegio di partecipazione in materia di imposte sulle società e nell'imputazione indiretta

rappresentano per i beneficiari un alleggerimento dell'onere fiscale, in modo che i centri di attività stabili di società aventi sede in un altro Stato membro (in prosieguo: le «società non residenti») che non ne possono fruire si trovano in una situazione meno favorevole rispetto a quella delle società residenti, comprese le controllate tedesche di società non residenti.

39. Per contro, in materia di imposta sul patrimonio, il governo tedesco ha sostenuto che la situazione del centro di attività stabile di una società non residente, alla quale viene negato il privilegio di partecipazione, non era meno favorevole rispetto a quella della controllata residente di una società non residente, beneficiaria della suddetta agevolazione fiscale, in quanto l'onere fiscale gravante sulla società non residente (società controllante o società principale) sarebbe lo stesso, a prescindere dal fatto che si tratti di partecipazioni possedute tramite un centro di attività stabile o tramite una controllata. Da un lato, ai fini dell'imposta sul patrimonio, la partecipazione in una subcontrollata straniera è compresa nel patrimonio del centro di attività stabile e viene quindi tassata a carico della società principale. D'altro lato, se la partecipazione in una subcontrollata straniera viene esclusa dal patrimonio della controllata a causa del privilegio di partecipazione, il patrimonio della società controllante non residente comprenderebbe il valore della sua partecipazione nella controllata posseduta in Germania, che viene stimata tenendo conto del valore della partecipazione che quest'ultima possiede nella subcontrollata, ai sensi dell'art. 121, n. 2, punto 4, del BewG, in vigore all'epoca dei fatti nella causa principale. La partecipazione che la controllata tedesca possiede in una subcontrollata straniera sarebbe quindi tassata anch'essa a carico della società capogruppo non residente in Germania.
40. Tuttavia, in udienza la Saint-Gobain ZN, senza essere contraddetta sul punto, ha dichiarato che l'applicazione dell'art. 121, n. 2, punto 4, del BewG era esclusa nella causa a qua in forza dell'art. 19 della convenzione stipulata tra la Repubblica federale di Germania e la Repubblica francese il 21 luglio 1959 per evitare la doppia imposizione (JORF 8 novembre 1961, pag. 10 230, modificata dalla clausola del 9 giugno 1969, JORF del 22 novembre 1970, pag. 10 725), la quale esclude la tassazione a carico della società controllante non residente in Germania della partecipazione posseduta da una controllata tedesca in una subcontrollata straniera. Le norme nazionali che disciplinano la concessione del privilegio di partecipazione in materia di imposta sul patrimonio avrebbero quindi la conseguenza di far gravare un onere fiscale diverso sul centro di attività stabile e sulla controllata di una società straniera.

41. A questo proposito, spetta al giudice di rinvio, nell'ambito della controversia di cui è investito, verificare se il negare ai centri di attività stabili di società francesi il privilegio di partecipazione in materia di imposta sul patrimonio li ponga in una situazione meno favorevole rispetto a quella delle controllate tedesche di società francesi.
42. Di conseguenza, il diniego delle agevolazioni fiscali di cui trattasi nella causa a qua ai centri di attività stabili situati in Germania di società non residenti rende meno interessante, per queste ultime, il possesso di partecipazioni attraverso succursali tedesche, considerato il fatto che, in forza della legge tedesca e delle convenzioni volte a prevenire la doppia imposizione, degli sgravi fiscali di cui trattasi possono fruire solo le controllate tedesche le quali, in quanto persone giuridiche, sono soggette ad un obbligo fiscale illimitato, cosa che limita pertanto la libertà, riconosciuta espressamente agli operatori economici dall'art. 52, primo comma, seconda frase, del Trattato, di scegliere la forma giuridica adeguata per lo svolgimento di attività in un altro Stato membro.
43. La differenza di trattamento di cui sono oggetto le succursali di società non residenti rispetto alle società residenti e la limitazione della libertà di scegliere la forma del centro di attività secondario debbono considerarsi configurare un'unica violazione degli artt. 52 e 58 del Trattato.
44. Bisogna pertanto domandarsi se detta differenza di trattamento possa essere giustificata con riguardo alle norme del Trattato sulla libertà di stabilimento.
45. Il governo tedesco ha innanzitutto dedotto che, in linea generale, in materia di imposte dirette le situazioni delle società residenti e delle società non residenti non sono confrontabili.
46. I centri di attività stabili di società non residenti in Germania verserebbero, infatti, in una situazione oggettivamente diversa da quella delle società residenti in Germania. A causa dei redditi percepiti attraverso le loro succursali in Germania e del patrimonio detenuto in queste ultime, le società non residenti sarebbero soggette in Germania ad un obbligo fiscale limitato, mentre le società residenti sono soggette in Germania ad un obbligo fiscale illimitato.
47. Al riguardo bisogna osservare che, per quanto concerne l'imponibilità della riscossione in Germania di dividendi da partecipazioni in controllate e subcontrollate straniere e del possesso di tali partecipazioni, le società

non residenti in Germania che ivi si servono di un centro di attività stabile e le società residenti in Germania si trovano in situazioni oggettivamente paragonabili. Infatti, da un lato, la riscossione di dividendi in Germania è ivi assoggettabile ad imposta, indipendentemente dal fatto che si tratti di una società residente o non residente, dal momento che quest'ultima li riscuote attraverso un centro di attività stabile situato in Germania. D'altro lato, il possesso di partecipazioni in società controllate e subcontrollate straniere in Germania è ivi imponibile, tanto se il possessore è una società residente quanto se è una società non residente, in quanto quest'ultima possiede tali partecipazioni in un centro di attività stabile situato in Germania.

48. Le situazioni delle società residenti e di quelle non residenti sono tanto più confrontabili in quanto, in realtà, la differenza di trattamento si verifica solo per quanto riguarda la concessione delle agevolazioni fiscali di cui trattasi, le quali consentono alle società residenti di detrarre dall'imposta sulle società l'importo versato come imposta estera sui dividendi da partecipazione in società straniere oppure di escludere i suddetti dividendi o partecipazioni dal loro reddito e dal loro patrimonio complessivi, i quali sono assoggettabili ad imposta in Germania. Il diniego di tali agevolazioni alle società non residenti che gestiscono in Germania di un centro di attività stabile fa sì che il loro obbligo fiscale, teoricamente limitato ai redditi e al patrimonio «nazionali», gravi in realtà su dividendi di origine estera e su partecipazioni in società di capitali straniere. Per le materie di cui trattasi la differenza tra obbligo fiscale limitato e illimitato non ha certamente rilievo, in quanto il reddito e il patrimonio complessivi non comprendono i dividendi ottenuti da società straniere né le partecipazioni in società straniere, a causa della concessione delle agevolazioni fiscali considerate, delle quali non possono fruire i contribuenti soggetti ad un obbligo fiscale limitato.

49. Il governo tedesco sostiene altresì che il rifiuto di concedere alle società non residenti che gestiscono un centro di attività stabile in Germania talune agevolazioni fiscali accordate alle società residenti è giustificato dalla necessità di evitare una riduzione delle entrate fiscali connessa all'impossibilità per il fisco tedesco di compensare la riduzione d'imposta conseguente alla concessione degli sgravi fiscali di cui trattasi con l'assoggettamento ad imposta dei dividendi distribuiti dalla società di capitali non residente che gestisce il centro di attività stabile in Germania. Il governo tedesco rileva al riguardo che, se la riduzione delle entrate che si verifica in uno Stato membro a seguito della concessione delle agevolazioni fiscali di cui trattasi è parzialmente compensata con l'assog-

gettamento ad imposta dei dividendi distribuiti dalla società capogruppo («Kapitalertragsteuer», ritenuta d'acconto sui redditi da capitale, e «Aktionärsteuer», tassa d'azionariato), lo Stato che accordasse queste agevolazioni fiscali al centro di attività stabile di una società di capitali straniera non beneficerebbe di tale compensazione, poiché non partecipa all'imposizione degli utili della società di capitali straniera.

50. Al riguardo bisogna rilevare che la riduzione di entrate fiscali che deriverebbe dall'impossibilità di compensare parzialmente la riduzione d'imposta conseguente alla concessione alle società straniere che hanno un centro di attività stabile in Germania delle diverse agevolazioni fiscali considerate non rientra fra i motivi enunciati nell'art. 56 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 46 CE) e non può considerarsi motivo imperioso di interesse pubblico invocabile per giustificare una disparità di trattamento in linea di principio incompatibile con l'art. 52 del Trattato (v., in tal senso, sentenza ICI, citata, punto 28).
51. Secondo il governo tedesco, tale rifiuto sarebbe altresì giustificato dall'agevolazione di cui godrebbero i centri di attività stabili rispetto alle controllate residenti per quanto riguarda il trasferimento di utili alla società principale o alla società controllante non residente.
52. Esso sostiene che, non avendo una personalità giuridica distinta, i centri di attività stabili non possono distribuire, sotto forma di dividendi, i propri utili alla società principale, alla pari delle controllate indipendenti. Gli utili verrebbero attribuiti direttamente all'impresa principale non residente la quale, relativamente agli stessi, è soggetta in Germania solo ad un obbligo fiscale limitato. Come osservato anche dal governo portoghese, contrariamente a quanto avviene per la distribuzione di utili da parte di una controllata alla propria capogruppo, il rimpatrio degli utili dal centro di attività stabile verso la propria sede non dà luogo al prelievo, in Germania, di una ritenuta d'acconto. Gli utili trasferiti dal centro di attività stabile alla società principale non sono quindi presi in considerazione in occasione del trasferimento alla società principale, e tanto meno in caso di eventuali distribuzioni successive effettuate dalla società principale non residente mentre, per le società residenti, gli utili vengono assoggettati ad ulteriori imposte in caso di distribuzione dei dividendi agli azionisti.
53. Si deve osservare al riguardo che la differenza di trattamento fiscale tra le società residenti e le succursali non può tuttavia essere giustificata da altri vantaggi di cui fruirebbero le succursali rispetto a società residenti e che, secondo il governo tedesco, compenserebbero gli svantaggi deri-

vanti dal diniego delle agevolazioni fiscali di cui trattasi. Anche ammettendo che sussistano, detti vantaggi non possono giustificare l'inosservanza dell'obbligo, imposto dall'art. 52 del Trattato, di concedere il trattamento nazionale per quanto riguarda le agevolazioni fiscali di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza Commissione/Francia, citata, punto 21).

54. Il governo tedesco ha infine invocato, a giustificazione del suo rifiuto, il fatto che la stipulazione di convenzioni bilaterali con un paese terzo non rientrerebbe nella sfera di competenza comunitaria. A suo giudizio, il trattamento fiscale dei redditi e degli utili appartiene alla competenza degli Stati membri, che sono quindi liberi di stipulare con paesi terzi convenzioni bilaterali in materia di doppia imposizione. In mancanza di armonizzazione comunitaria in tale campo, il problema della concessione, in materia di dividendi, del privilegio di partecipazione internazionale a centri di attività stabili nell'ambito di una convenzione in materia tributaria stipulata con un paese terzo non rientrerebbe nel diritto comunitario. Estendere ad altre situazioni le agevolazioni fiscali previste dalle convenzioni stipulate con paesi terzi non sarebbe compatibile con la separazione di competenze derivante dal diritto comunitario.
55. Il governo svedese ha aggiunto che le convenzioni sulla doppia imposizione si basano sul principio di reciprocità e che l'equilibrio inerente ad esse verrebbe meno se delle loro disposizioni potessero fruire anche società aventi sede in Stati membri che non sono parti contraenti di tali convenzioni.
56. Al riguardo occorre innanzitutto precisare che, in mancanza di misure di unificazione comunitaria, segnatamente ai sensi dell'art. 220, secondo trattino, del Trattato CE (divenuto art. 293, secondo trattino, CE), gli Stati membri restano competenti a determinare i criteri della tassazione dei redditi e del patrimonio al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, le doppie imposizioni. In tale ambito, nel quadro delle convenzioni bilaterali stipulate per evitare la doppia imposizione gli Stati membri sono liberi di stabilire i fattori di collegamento al fine di ripartirsi la competenza tributaria (v., in tal senso, sentenza 12 maggio 1998, causa C-336/96, Gilly, Racc. pag. I-2793, punti 24 e 30).
57. Per quanto riguarda l'esercizio del potere impositivo così ripartito, gli Stati membri non possono tuttavia esonerarsi dal rispettare le norme comunitarie. Risulta infatti dalla giurisprudenza costante della Corte che, pur se la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, tuttavia questi ultimi devono esercitare tale competenza nel ri-

spetto del diritto comunitario (v. sentenza ICI, citata, punto 19, nonché la giurisprudenza citata).

58. Nel caso di specie, trattandosi di una convenzione sulla doppia imposizione stipulata tra uno Stato membro e un paese terzo, il principio del trattamento nazionale impone allo Stato membro parte contraente della suddetta convenzione di concedere ai centri di attività stabili di società non residenti le agevolazioni previste dalla convenzione alle stesse condizioni delle società residenti.
59. Come osservato dall'avvocato generale al punto 81 delle sue conclusioni, gli obblighi che il diritto comunitario impone alla Repubblica federale di Germania non compromettono affatto quelli derivanti dai suoi impegni nei confronti degli Stati Uniti d'America o della Confederazione svizzera. L'equilibrio e la reciprocità delle convenzioni stipulate dalla Repubblica federale di Germania con questi due paesi non verrebbero rimessi in discussione da un'estensione, decisa unilateralmente dalla Repubblica federale di Germania, dell'agevolazione fiscale prevista dalle suddette convenzioni, nel caso di specie il privilegio di partecipazione internazionale in materia di imposte sulle società, poiché una tale estensione non pregiudicherebbe affatto i diritti dei paesi terzi parti contraenti delle convenzioni e non imporrebbe loro nuovi obblighi.
60. Occorre peraltro aggiungere che il legislatore tedesco non ha ritenuto che le disposizioni delle convenzioni sulla doppia imposizione stipulate con paesi terzi impedissero una rinuncia unilaterale della Repubblica federale di Germania a riscuotere un'imposta sui dividendi da partecipazioni in società straniera poiché, adottando lo *Standortsicherungsgesetz* del 13 settembre 1993, esso ha unilateralmente esteso ai centri di attività stabili di società non residenti le agevolazioni fiscali in materia di imposta sulle società, ponendo così termine alla differenza di trattamento fiscale tra le predette società e le società aventi la sede o la direzione commerciale in Germania.
61. Il governo svedese, nelle sue osservazioni scritte, ha sostenuto che in talune situazioni estreme l'estensione dell'ambito di applicazione delle convenzioni bilaterali per evitare la doppia imposizione potrebbe portare ad una totale assenza di assoggettamento ad imposta.
62. Come ha sottolineato l'avvocato generale al punto 88 delle sue conclusioni, simile argomento non ha rilievo nell'ambito della causa a qua, dal

momento che non è stato sostenuto che sussistesse il rischio che gli utili non fossero assoggettati ad imposta in nessun paese.

63. Occorre pertanto risolvere le questioni del giudice di rinvio che il combinato disposto degli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che un centro di attività stabile sito in Germania e gestito da una società di capitali avente sede in un altro Stato membro non goda, alle stesse condizioni delle società di capitali aventi sede in Germania, delle seguenti agevolazioni fiscali:

— l'esenzione dall'imposta sulle società per i dividendi ricevuti da società aventi sede in paesi terzi (il privilegio di partecipazione internazionale in materia di imposta sulle società), previsto da una convenzione in materia tributaria stipulata con un paese terzo per evitare la doppia imposizione,

— l'imputazione, prevista dalla normativa nazionale, all'imposta tedesca sulle società dell'imposta sulle società riscossa, in uno Stato che non sia la Repubblica federale di Germania, sugli utili di una controllata che ivi ha sede, e

— l'esenzione, anch'essa prevista dalla normativa nazionale, dall'imposta sul patrimonio per le partecipazioni in società aventi sede in paesi terzi (il privilegio di partecipazione internazionale in materia di imposta sul patrimonio).

163

Sulle spese

64. Le spese sostenute dai governi tedesco, portoghese e svedese, nonché dalla Commissione, i quali hanno 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.

Per questi motivi,

LA CORTE

pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Finanzgericht di Colonia, con ordinanza 30 giugno 1997, dichiara:

Gli artt. 52 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE) e 58 del Trattato CE (divenuto art. 48 CE) ostano a che un centro di attività stabile sito in Germania e gestito da una società di capitali avente sede in un altro Stato membro non goda, alle stesse condizioni delle società di capitali aventi sede in Germania, delle seguenti agevolazioni fiscali:

— l'esenzione dall'imposta sulle società per i dividendi ricevuti da società aventi sede in paesi terzi (il privilegio di partecipazione internazionale in ma-

teria di imposta sulle società), previsto da una convenzione in materia tributaria stipulata con un paese terzo per evitare la doppia imposizione,
— l'imputazione, prevista dalla normativa nazionale, all'imposta tedesca sulle società dell'imposta sulle società riscossa, in uno Stato che non sia la Repubblica federale di Germania, sugli utili di una controllata che ivi ha sede,

e

— l'esenzione, anch'essa prevista dalla normativa nazionale, dall'imposta sul patrimonio per le partecipazioni in società aventi sede in paesi terzi (il privilegio di partecipazione internazionale in materia di imposta sul patrimonio).

Rodríguez Iglesias Kapteyn Hirsch

Moitinho de Almeida Gulmann Murray

Edward Ragnemalm Sevón

Wathelet Schintgen

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 21 settembre 1999.

R. Grass G.C. Rodríguez Iglesias

Il cancelliere Il presidente

1: Lingua processuale: il tedesco

(* Precluding application of bilateral treaties to permanent establishments of companies resident in another community state can result in incompatibility with the freedom of establishment

The judgement being reviewed (together with *avoir fiscal* and *Schumacker*) is one of the three most important pronouncements on direct taxation to have been delivered by the Court of Justice.

Its twofold contribution is a step forward in the evolution of negative integration of Community law, leading the way to possible future developments which at the present stage cannot be anticipated with certainty.

First of all, a regime that is applicable on the basis of an international convention against double taxation (therefore, totally legitimate from an international tax law point of view) can in some cases (as in the case we are about to examine) be considered incompatible with Community legislation. It is the case of foreign dividends received by a company resident in a EC Member State through its permanent establishment (the Italian furnishes an improper translation with the expression 'centro di attività stabile') located in another EC State.

Up until the *Saint-Gobain* judgement, different opinions had been held by scholars on the clash between international treaties against double taxation

and Community law. Some scholars had also argued that article 293 (ex 220) second item of the EC Treaty, laid down a reservation for full competence to domestic legislation. The Member States would then be at liberty to settle the matter through bilateral agreements, inasmuch that it was not within the sphere of Community competence. More than once the Court has had to deal with issues of compatibility relative to treaties against double taxation. In some cases especially (such as *Gilly* and *Gschwind*, which I commented in *amplius* in *Rivista di diritto tributario*, 2000/5, III, pages 69-82) the Court sought refuge in the advocate general's opinion, reducing violation of Community legislation originating with international conventions to a mere problem of the principle expressed in the *avoir fiscal* (as we know, the latter could not be made to represent a valid justification for violations to fundamental freedoms). Instead in other cases, the Court decreed strictly with reference to the problem of compatibility, thus avoiding the questioning of the validity of the OECD model and of the system of bilateral treaties which developed on the basis of that model. However, never had the Court asserted principles of such universal standing in this field and I am referring to those we find developed in paragraphs 56-58 of the judgement in question. It is there that we can find the nucleus of the innovative contribution that this pronouncement brings. In the initial and preceding paragraphs the Court frames the issue of the freedom of establishment and that of neutrality conditions for the latter right to be exercised. Following the traditional lines of a case of discrimination, the Court comes to the conclusion that, notwithstanding the comparable conditions between the two ways of exercising the right of establishment, in other words the setting up of a subsidiary and the creation of a permanent establishment, in relation to the receipt of foreign dividends, the application of conventional legislation confers upon the former a more favourable treatment in terms of lower taxation. This regime, together with the enjoyment of an indirect tax credit in Germany, alter tax neutrality, blocking the application of the principle of domestic treatment. Reference to the latter is rendered in the German language of the proceedings as *Inländergleichbehandlung*, thus assimilating the condition of equality (*Gleichbehandlung*) not specifically by reason of its nationality status, instead, the connection stands on the more general point of belonging to the Community of the State applying the provision (see in this regard Kemmeren, E.C.C.M., *Verdragsvoordelen niet alleen meer voor inwoners maar ook voor vaste inrichtingen*, in *Weekblad voor fiscaal recht*, 1999/6361). For fiscal purposes, this could introduce the possibility of arguing also for direct discrimination by reason of residence (as firmly hoped for by van Raad, K., *Non-discrimination in tax law*, Kluwer, 1986, in the last chapter of the study).

Whereas in paragraph 56 the Court draws on the text of article 293 (ex 220) of the EC Treaty, invoking also the freedom the Member States enjoy

of determining the connection criteria for taxation, in the ensuing paragraph 57, the Court applies in general to international conventions that principle it first expressed in paragraph 21 of the *Schumacker* judgement; the substance of this paragraph affirming the supremacy of Community law over internal legislation. The conclusion is found in paragraph 58; the Court (setting aside the scarcely appropriate Italian rendition of technical and tax-related terminology, such as we find in the definition of 'centri di attività stabile' - *rectius* 'stabili organizzazioni' (permanent establishment) and 'agevolazioni' - *rectius* 'benefici' (benefits) which cannot be justified in the light of the qualifying autonomy of Community law) contradicts the very essence of article 1 of the OECD model. It is a known fact that on the basis of this norm, bilateral treaties against double taxation find application only with respect to subjects resident in one or both of the Contracting States. In this case, however, where the permanent establishment cannot be treated as a resident in Germany, the distribution of dividends in a triangular situation, such as the one which involves the American and Swiss subsidiaries, cannot enjoy, according to international tax law, the benefits deriving from the conventions between these two countries and Germany. So, it is the very conventional regime to impede access to the application of the national treatment Community principle which, being a condition for establishment to be realised in Germany, cannot but invalidate it. From the *Saint-Gobain* judgement one cannot come to the hasty conclusion that Community law would then require in any case that permanent establishments enjoy the benefits of the application of treaties of the Member State in which they are located, but one can say that precluding certain benefits can result in incompatibility with Community law, in situations comparable to the one considered with the *Saint Gobain* case. (see on this point García Prats, F.A., *Convenios de doble imposición, establecimientos permanentes y derecho comunitario*, in *Noticias de la Unión Europea*, no. 155, CISS, 2000; Offermanns, R., Romano, C., *Treaty Benefits for Permanent Establishments: the Saint-Gobain*, in *European Taxation*, 2000/5; Romano, C.; *La stabile organizzazione si avvicina ai soggetti residenti nel diritto tributario internazionale di origine convenzionale*, in *Bollettino tributario*, 2000/5). Therefore, it would be improper to conclude that the need to protect the Community principles would actually invite *treaty shopping* in triangular situations involving permanent establishments. Better to say instead that the possibility of applying a balanced approach to these instances of international tax avoidance can and must be found in Community principles, proportionality being one of them. These principles would seem to highlight that the subjective limits of application set down in article 1 - and generally, the entire OECD model and the difference in treatment between residents and non residents advanced in international tax law - is becoming increasingly incapable of observing Community legislation. This situation

might be solved with the issuing of a special Community model convention against double taxation (an analysis of these issues together with text of a draft for the model can be found in Pasquale Pistone's *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, Kluwer Law International, 2000, in the progress of being published).

The problem of compatibility in cases involving conventions also arises with reference to non-EU States, and this is a further contribution offered by this judgement. In these cases, the application of Community law is not altogether nullified, though it does mean that these countries are not under an obligation to observe Community law. This leads to an asymmetrical structure of law protection: compliance with Community legislation only materialises when, as in the case in question, this conformity depends on the adoption of measures on the part of the Contracting State. Thus, it being understood that the obligations undertaken in terms of conventional legislation by the contracting Member State remain, the superior rank of Community law obliges the state to adopt, even on the basis of that State's internal law, all necessary measures to remove the conflict originating with international tax law provisions, whether their source be internal or conventional. In the opposite case (in which, that is, the measures necessary in order to guarantee compatibility with Community law can only be taken by the non EU contracting State, a case we are not dealing with here) the contracting state could not be accused of having violated federal loyalty (sanctioned by the EC Treaty) by stipulating the treaty against double taxation with the non-EU state. Indeed, this would be impeded when considering that the absence of the convention would not have an ameliorating effect.

167

Pasquale Pistone

() Precludere l'applicazione delle convenzioni bilaterali alle stabili organizzazioni di imprese residenti in un altro paese comunitario può essere incompatibile con la libertà di stabilimento**

La sentenza in esame rappresenta (insieme ad *avoir fiscal* ed a *Schumacker*) una delle tre più importanti pronunce finora emesse dalla Corte di Giustizia nella materia di imposte dirette.

Essa fornisce un duplice contributo evolutivo all'integrazione negativa del diritto comunitario e potrebbe implicare un ulteriore sviluppo nel prossimo futuro, che al momento non è possibile determinare con assoluta certezza.

In primo luogo, un regime applicabile sulla base di una convenzione internazionale contro la doppia imposizione (dunque perfettamente lecito nella prospettiva del diritto tributario internazionale) può in alcuni casi (come quello di specie) essere incompatibile con la normativa comunitaria. Questo appunto è il caso dei dividendi di fonte estera percepiti da una impresa residente in un Paese comunitario attraverso la sua stabile organizzazione (in tal senso si deve intendere l'impropria traduzione in italiano con il termine "centro di attività stabile") situata in un altro Paese comunitario.

Fino alla sentenza *Saint-Gobain* diverse opinioni erano state sostenute in dottrina relativamente al conflitto delle convenzioni internazionali contro la doppia imposizione con il diritto comunitario. Alcuni Autori avevano anche argomentato che l'articolo 293 (ex 220) secondo trattino del Trattato CE potesse una riserva di competenza assoluta per la normativa statale. Gli Stati avrebbero pertanto goduto di una piena libertà nel regolare la materia in via bilaterale, in quanto la stessa non rilevava per il diritto comunitario. Più volte nel passato la Corte aveva affrontato le problematiche di compatibilità relative alle convenzioni contro le doppie imposizioni. In particolare, in alcuni casi (come *Gilly* e *Gschwind*, su cui si veda *amplius* la mia nota in *Rivista di diritto tributario*, 2000/5, III, pp. 69-82) la Corte si era rifugiata dietro l'opinione dell'avvocato generale, riducendo la violazione della normativa comunitaria originata dalle convenzioni internazionali ad un mero problema di mancata armonizzazione ed ammettendone la liceità anche al costo di stravolgere il principio espresso in *avoir fiscal* (in base al quale, com'è noto, quest'ultima non poteva rappresentare una valida giustificazione alle violazioni delle libertà fondamentali). In altri casi, invece, la Corte aveva statuito strettamente sul problema di compatibilità, evitando di mettere in discussione la validità del modello OCSE e dell'ordinamento di convenzioni bilaterali che su di esso si è sviluppato. Tuttavia, mai la Corte aveva affermato principi di portata così generale in tale ambito come quelli che troviamo sviluppati nei paragrafi 56-58 della sentenza in esame. E' infatti proprio lì che si concentra il nucleo di questo primo contributo innovativo della pronuncia. Nei paragrafi che precedono infatti la Corte si premunisce di impostare il problema relativo all'esercizio del diritto di stabilimento ed alle condizioni di neutralità per il suo esercizio. Seguendo gli schemi classici del giudizio di discriminazione, la Corte perviene alla conclusione che, nonostante le simili condizioni sostanziali tra le due modalità di esercizio del diritto di stabilimento, ossia la costituzione di una società figlia e la creazione di una stabile organizzazione, in relazione alla percezione di un dividendo di fonte estera, l'applicazione della normativa convenzionale conferisce alla prima un trattamento più favorevole in termini di minore ritenuta. Tale regime, unitamente al godimento del credito d'imposta indiretto in Germania, alterano la neutralità fiscale, impedendo l'attuazione del principio del trattamento nazionale. Il riferimento a que-

sto principio viene espresso nella lingua processuale tedesca dal termine *Inländergleichbehandlung*, recependo così la condizione di eguaglianza (*Gleichbehandlung*) non specificamente in funzione dello *status* di cittadino, ma in termini più generali di appartenenza alla comunità dello Stato che applica la misura (sul punto si veda anche Kemmeren, E.C.C.M., *Verdrag-svoordelen niet alleen meer voor inwoners maar ook voor vaste inrichtingen*, in *Weekblad voor fiscaal recht*, 1999/6361). Ai fini fiscali ciò potrebbe dunque preludere alla possibilità di ritenere configurabile anche una discriminazione diretta in funzione della residenza (come già auspicato da van Raad, K., *Non-discrimination in tax law*, Kluwer, 1986 all'interno dell'ultimo capitolo della sua monografia).

Mentre nel paragrafo 56 la Corte riprende il dettato dell'art. 293 (ex 220) del Trattato CE, richiamando altresì la libertà degli Stati membri nel determinare i criteri di collegamento all'imposizione, nel successivo paragrafo 57 la Corte applica alle convenzioni internazionali in modo generale quel principio che per la prima volta aveva espresso al paragrafo 21 della sentenza *Schumacker* e la cui sostanza esprime appunto il primato assoluto del diritto comunitario sulla normativa interna. La conclusione viene tratta nel paragrafo 58, in cui la Corte (al di là di un improprio linguaggio tecnico-tributario in italiano, come per il riferimento ai termini 'centri di attività stabile' – *rectius* 'stabili organizzazioni' – e 'agevolazioni' – *rectius* 'benefici', di certo non giustificabile alla luce dell'autonomia qualificativa del diritto comunitario) di fatto contraddice l'essenza stessa dell'articolo 1 del modello OCSE. Com'è noto, in base a tale norma, le convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione trovano applicazione soltanto nei confronti dei soggetti che sono residenti in uno od entrambi gli Stati contraenti. Nel caso di specie, invece, non essendo la stabile organizzazione configurabile alla stregua di un soggetto residente in Germania, la distribuzione di dividendi in una situazione triangolare, quale quella coinvolgente le società figlie statunitense e svizzera, non può godere, in base al diritto tributario internazionale, dei benefici convenzionali tra questi due Paesi e la Germania. Così è proprio il regime convenzionale ad impedire la realizzazione del principio comunitario del trattamento nazionale che, in quanto presupposto per l'attuazione dello stabilimento in Germania, non può fare a meno di caducarlo. Dalla sentenza *Saint-Gobain* non si può affrettatamente concludere che il diritto comunitario impone in ogni caso alle stabili organizzazioni di godere dei benefici dell'applicazione delle convenzioni dello Stato membro in cui sono situate, ma soltanto che precludere loro tali benefici può essere incompatibile con il diritto comunitario, laddove sussistano situazioni sostanziali del tipo di quella prospettata nel caso *Saint-Gobain*. (sul punto si vedano anche García Prats, F.A., *Convenios de doble imposición, establecimientos permanentes y derecho comunitario*, in *Noticias de la Unión Europea*, n. 155, CISS, 2000; Offermanns, R., Romano, C.,

Treaty Benefits for Permanent Establishments: the Saint-Gobain, in *European Taxation*, 2000/5; Romano, C., *La stabile organizzazione si avvicina ai soggetti residenti nel diritto tributario internazionale di origine convenzionale*, in *Bollettino tributario*, 2000/5). Pertanto, sarebbe improprio concludere che la necessità di salvaguardare i principi comunitari di fatto apre la strada al *treaty shopping* in situazioni triangolari coinvolgenti stabili organizzazioni. Piuttosto, un approccio bilanciato a queste forme di elusione fiscale internazionale può e deve trovarsi nei principi comunitari, fra cui quello di proporzionalità. Tali principi sembrano così evidenziare la progressiva incapacità dei limiti di applicazione soggettiva imposti dall'art. 1 - ed in generale dell'intero modello OCSE e della bipartizione tra residenti e non residenti postulata dal diritto tributario internazionale - di rispettare la normativa comunitaria. Per questa ragione si ritiene che il conflitto in parola vada superato con l'emanazione di un apposito modello comunitario di convenzione contro la doppia imposizione (sul punto si veda *amplius* per l'analisi di tali problematiche ed il testo di una bozza di modello Pistone, P., *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, Kluwer Law International, 2000, i.c.p.).

Il secondo fondamentale contributo della sentenza *Saint-Gobain* è invece quello di aver configurato un problema di compatibilità anche per le fattispecie convenzionali coinvolgenti Paesi non membri della UE. In tali ipotesi l'applicazione del diritto comunitario non viene meno del tutto, pur risentendo del fatto che essi ultimi Paesi non sono vincolati dall'obbligo di rispettare il diritto comunitario. Ne risulta una struttura di tutela giuridica asimmetrica: la conformità con la normativa comunitaria viene a realizzarsi solo fintantoché essa, come nel caso di specie, dipenda dall'adozione di misure da parte dello Stato membro contraente. Così, fermi restando gli obblighi assunti convenzionalmente dallo Stato membro contraente, il rango gerarchicamente sovraordinato del diritto comunitario lo obbliga ad adottare, anche sulla base della propria normativa interna, tutte le misure necessarie a rimuovere il conflitto originato dalle disposizioni di diritto tributario internazionale, siano esse di fonte interna o convenzionale. Nell'ipotesi inversa (in cui cioè le misure necessarie per garantire la compatibilità con il diritto comunitario possano essere prese solo dallo Stato contraente non membro della UE, caso non verificatosi alla fattispecie in esame) non si potrebbe però tacciare lo Stato contraente di aver violato l'obbligo di lealtà federale (sancito dal Trattato CE) con la conclusione della convenzione contro la doppia imposizione con lo Stato terzo. Infatti, a ciò osterebbe il fatto che la mancanza della convenzione non produrrebbe alcun effetto migliorativo.

Pasquale Pistone

II - B) Altre sentenze e decisioni
Other cases and judgements

1A) ITALY - SUPREME COURT OF CASSATION - CIVIL SECTION I - JUDGEMENT JULY 13 - DECEMBER 14 1999 (Pres. Rocchi; Rapporteur Forte; Public Prosecutor Ceniccola, conclusion conforming to the Prosecutor's request)

Income taxation - Irpeg (legal persons income tax) - Non resident companies - Business profits of a permanent establishment in Italy - Deductible costs - Management expenses charged by the parent company - Are they deductible in arriving at taxable profits? - Conditions (article 22 and 23, d.p.r. 29/9/1973 No. 598; articles 19, 56 and 74, d.p.r. 29/9/1973 No. 597).

The so-called management expenses sustained by the parent company abroad and charged pro quota to the permanent establishment in Italy are considered deductible from the latter's taxable business profits.

They shall be considered deductible upon proof of services rendered in favour of the same, upon proof of their having contributed to the production of business profits in Italy and of their congruity in terms of costs.

Assessment of these matters shall concern the merits of the dispute and shall not form the object of decision by the judge (the Italian 'giudice di legittimità' who evaluates that the rules pertaining to a case be correctly applied). ()*

171

1B) ITALIA - SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE I CIVILE - SENTENZA 13 LUGLIO - 14 DICEMBRE 1999 (Pres. Rocchi; Rel. Forte; P.M. Ceniccola, concl. conf.)

Imposizione sui redditi - Irpeg - Società non residenti - Redditi d'impresa della stabile organizzazione in Italia - Costi deducibili - Spese di regia addebitate dalla casa madre - Inerenza - Condizioni (artt. 22 e 23, D.P.R. 29/9/1973 n. 598; artt. 19, 56 e 74, D.P.R. 29/9/1973 n. 597).

Le cosiddette "spese di regia" sostenute all'estero dalla casa madre e da questa addebitate pro quota alla stabile organizzazione in Italia sono considerate inerenti e, come tali, deducibili dal reddito d'impresa imponibile di quest'ultima.

La suddetta inerenza è subordinata alla prova dei servizi resi in favore della medesima, della loro strumentalità alla produzione del reddito d'impresa in Italia e della congruità del loro costo rispetto a quello normale.

*L'accertamento di tali aspetti riguarda il merito della controversia e non può formare oggetto di decisione da parte del giudice di legittimità. (**)*

Svolgimento del processo

La ... S.p.A., società belga con filiali in altri paesi tra le quali quella di Milano, impugnava dinanzi alla locale Commissione tributaria di primo grado l'avviso d'accertamento che aveva elevato i redditi d'impresa della succursale italiana del 1983, dalla somma di lire 5.120.504.000 dichiarata a lire 22.608.368.000, escludendo la deducibilità di vari costi indicati nella dichiarazione e in specie delle c.d. spese di regia; lamentava difetto di motivazione dell'atto che non riportava le ragioni delle rettifiche in aumento né le norme in concreto applicate. Con riferimento alle spese c.d. di regia, cioè quelle erogate dalla sede centrale e addebitate alla filiale italiana, perché strumentali alla produzione del reddito di questa, per lire 204.402.000, nel ricorso si deduceva con esse derivavano da servizi centralizzati effettuati per le sedi periferiche (incontri e seminari periodici, opuscoli illustrativi dell'attività sociale, analisi e ricerche di mercato, visite di responsabili centrali, ecc.). Il ricorso, accolto per gli altri costi non riconosciuti, era respinto in ordine alla rettifica per le spese di regia non apparendo certa la loro riferibilità ai redditi prodotti in Italia e la congruità dei costi dei servizi resi per la sede italiana; il reddito accertato era ridotto in primo grado a lire 5.325.386.000. Su grave principale dell'ufficio e incidentale della società, la Commissione tributaria regionale della Lombardia riteneva documentale la prova dei servizi resi alla succursale dalla sede centrale, inerenti di per sé alla produzione di redditi in Italia e congrua la loro entità dichiarata e, rigettato l'appello dell'ufficio, accoglieva quello della società con annullamento totale dell'avviso e compensazione delle spese. Avverso tale sentenza ricorre per cassazione il Ministero delle Finanze per un motivo; l'intimata resiste con controricorso e propone ricorso incidentale.

172

Motivi della decisione

... *omissis* ...

2. Il Ministero, con l'unico motivo di ricorso, deduce violazione degli artt. 56 e 74 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, anche per insufficiente e contraddittoria motivazione, perché, nel caso, l'accertamento non contesta l'astratta imputabilità alla sede italiana delle spese di regia della sede centrale ma la misura della quota di esse attribuita alla filiale; mentre la commissione regionale ha proceduto ad attribuirle a quest'ultima per aver considerato resi i servizi e congrui nella loro entità, non indicando le ragioni della loro imputazione e la relazione di esse con i benefici ricevuti dalla succursale italiana; non emergeva dalla sentenza di merito ciò che l'ufficio aveva chiesto di provare, cioè i criteri d'imputazione alla succursale italiana della quota di

spese sostenute dalla centrale in base al riparto tra le sedi periferiche dei costi sostenuti all'estero. Nel controricorso, si deduce che la motivazione della sentenza sul punto è sufficiente, chiarendo l'esistenza dei servizi e la congruità dei loro costi ed evidenziando la strumentalità di questi ultimi, per la quota parte della succursale, alla produzione di reddito in Italia; in via incidentale subordinata si domanda inoltre di riesaminare il difetto di motivazione dell'accertamento sulle spese di regia escluse da quelle inerenti senza motivo, in caso d'accoglimento del ricorso principale e nella replica del Ministero sul punto si deduce l'inammissibilità di tale rilievo superato con la decisione di primo grado.

3. Nell'accertamento è stata esclusa l'"inerenza" delle c.d. spese di regia sostenute all'estero ai redditi della succursale italiana: la commissione di primo grado, sul punto esclude ogni difetto di motivazione dell'avviso e afferma: "L'Ufficio contesta che a tale addebito corrispondono effettivi costi di servizi prestati inerenti la produzione del reddito formatosi in capo alla filiale italiana..." e "inoltre ... l'entità di tali costi, con riferimento al valore normale dei servizi eventualmente resi. In tale situazione la rettifica è motivata ed incombe alla ricorrente dare prova che si è in presenza di servizi resi, inerenti la produzione del reddito e congrui nell'entità rispetto al valore normale degli stessi. Al riguardo la ricorrente *non* fornisce documentazione idonea dall'esame della quale ricavare che la filiale italiana ha utilizzato servizi resi dalla casa madre, *inerenti* la produzione del reddito d'impresa in Italia". In ordine all'inerenza delle spese di regia la società, nel suo appello incidentale, dedusse, senza contestazione dell'ufficio, che era da provare che la spesa addebitata dalla sede centrale alla filiale italiana fosse necessaria e correlata a ricavi di questa e che la succursale non fosse autonoma dalla casa madre; doveva poi dimostrarsi che il costo detratto riguardasse remunerazione di servizi svolti dalla casa madre, che non avrebbero potuto espletarsi in sede locale, non essendo validi a questo fine "prospetti di ripartizione spese" tra le sedi periferiche della società. È risultato che la filiale italiana non ha vita autonoma e che i servizi resi ad essa dalla sede centrale sono quelli indicati nel ricorso introduttivo non contestati; si è poi prodotta la convenzione tra sede centrale e italiana che regola i rapporti dei due centri d'imputazione e i nominativi dei funzionari che hanno eseguito i servizi per la filiale di Milano con le spese necessarie al loro espletamento. In tale contesto, ritiene questa Corte che l'inerenza sia stata esattamente riconosciuta, sulla base della prova dei servizi resi e della congruità del loro costo rispetto a quelli normali, con riferimento chiaro alle spese della sede centrale indicate nel ricorso introduttivo che sono quindi inerenti ai ricavi della filiale. La sentenza impugnata, ritenuti provati i servizi resi dalla casa madre alla filiale in difetto d'impugnazione di controparte e affermata la congruità dei costi degli stessi sul notorio, implicitamente ne afferma l'inerenza; nel giudizio di merito espli-

citamente l'ufficio aveva ritenuto insufficiente a imputare alla filiale l'eventuale riparto disposto dalla centrale tra le sedi periferiche, che invece per il ricorso darebbe indispensabile. La valutazione della commissione regionale che, induttivamente, in base ai servizi svolti incontestatamente in favore della filiale italiana dalla centrale, imputa i loro costi alle spese strumentali per la produzione dei redditi d'impresa di cui all'accertamento è immune da vizi logici o giuridici; non corretti sarebbero altri criteri ed in particolare il riparto delle spese sostenute tra le varie filiali effettuato dalla casa madre; tale divisione di costi provverebbe l'inerenza di essi all'organizzazione centrale derivante dall'attività dell'intera società e non delle singole e distinte filiali e dovrebbe imputarsi quindi alla casa madre e non alle succursali. Se le filiali sono produttrici di redditi nel paese in cui hanno sede, le spese della sede centrale possono qualificarsi "inerenti" ai ricavi delle succursali, purché si siano tradotte in servizi resi a queste ultime e, pur se funzionali, al coordinamento tra le varie filiali e la sede centrale, sempre che non rispondano ad esigenze di governo e gestione dell'impresa multinazionale, dovendo in tal caso dettrarsi dalla contabilità centrale e dagli imponibili per i quali l'imposizione già si ha nello Stato estero. È sufficiente l'analisi dei servizi resi e l'accertamento dei costi degli stessi, incensurabile in sede di legittimità, per accertare l'affermata inerenza emergente dalla motivazione della sentenza impugnata, che va confermata, con rigetto del ricorso.

174

3. Il ricorso incidentale subordinato all'accoglimento di quello principale, resta ovviamente assorbito e le spese possono equitativamente compensarsi.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi; rigetta il ricorso principale, dichiara assorbito quello incidentale e compensa le spese.

(*) Note

With this judgement the Supreme Court deals for the first time with the question of the necessary conditions for management expenses - sustained abroad by the parent company but referable to its activity in Italy - to be considered tax deductible when determining the income produced by the permanent establishment in Italy.

The Cassation has held that assessment should take place with a judgement on the merits, indefectible at the stage of '*legittimità*' (see juridical maxim above), to see whether there have been services in favour of the Italian

branch, whether they have contributed to the production of income in Italy and whether their costs can be considered adequate in relation to normal costs.

It should be noted that the Italian Ministry of Finance (with circular dated 21.10.1997 No. 271/E, in Boll. Trib. 1997, 1623), assimilating a recent interpretation by the Central Department of Tax Inspectors (decision No. 60 of 17.7.1995) specified that it is necessary to assess in each case the certainty, the connection to the income and congruity of the costs when dealing with parent company's management expenses; therefore one should avoid the position of prejudicial rebuttal with respect to 'connection'.

It should also be highlighted that the Ministry of finance has defined the costs in question as '*indivisible costs for general and direction expenses*' incurred by the parent company in the interest or for the benefit of its affiliates (and it considered the problem of their congruity with reference to the correct distribution of these expenses), whereas the Cassation has held that : '*these expenses refer to the co-ordination between branches and headquarters, provided that they do not correspond to the running and management of the multinational enterprise, in which case they should be deducted from the central accounts and from the bases for which taxation is already carried out in the foreign country*' (and pointing out that the question of the congruity of costs shall take the normal value as reference point).

For a commentary on the judgement see G. and A. Vasapoli, *Deducibilità delle spese di regia delle multinazionali*, in *Corr. Trib.* 2000, 1531 and S. Mayr and G. Fort, *Stabile organizzazione e 'casa madre': rilevanza fiscale dei trasferimenti di beni e servizi*, 1823. For further references to management expenses see G. Tardella, *Stabile organizzazione*, in *Riv. Trib.* 1998, I, 410.

Gianmarco Tardella

(**) Nota redazionale

Con la sentenza in epigrafe la Suprema Corte affronta per la prima volta, per quanto consta, il problema delle condizioni necessarie per ritenere inerenti e, quindi, fiscalmente deducibili nella determinazione del reddito prodotto dalla stabile organizzazione in Italia le c.d. spese di regia sostenute all'estero dalla casa madre ma pur sempre riferibili all'attività svolta in Italia.

La soluzione accolta dalla Cassazione è nel senso che si deve accertare, con un giudizio di fatto incensurabile in sede di legittimità, l'esistenza di servizi svolti in favore della filiale italiana, la loro strumentalità alla produzione di reddito in Italia e la congruità del loro costo rispetto a quello normale.

Occorre osservare che il Ministero delle Finanze (con la circolare 21.10.1997 n. 271/E, in Boll. Trib. 1997, 1623), recependo una precedente posizione del servizio Centrale degli Ispettori Tributarî (delibera n. 60 del 17.7.1995), ha avuto occasione di precisare che in tema di spese di regia della casa madre deve essere evitata la posizione di pregiudiziale diniego dell'inerenza, dovendosi di volta in volta accertare la loro certezza, riferibilit  al reddito e congruit .

Si deve, peraltro, sottolineare che il Ministero delle Finanze ha definito le spese in questione dei "costi indivisibili per spese generali e di direzione" sostenuti dalla casa madre nell'interesse delle dipendenze (ed ha considerato il problema della loro congruit  con riferimento alla corretta ripartizione della quota-parte di tali spese attribuibili alle singole dipendenze), mentre la Cassazione ha affermato che le spese medesime sono "funzionali al coordinamento tra le varie filiali e la sede centrale, sempre che non rispondano ad esigenze di governo e di gestione dell'impresa multinazionale, dovendo in tal caso detrarsi dalla contabilit  centrale e dagli imponibili per i quali l'imposizione gi  si ha nello Stato estero" (precisando che il problema della loro congruit  riguarda il rapporto del relativo costo con il c.d. valore normale).

Per un commento della sentenza in epigrafe, cfr. G. e A. VASAPOLLI, Deducibilit  delle spese di regia delle multinazionali, in Corr. Trib. 2000, 1531 nonch  S. MAYR e G. FORT, Stabile organizzazione e "casa madre", rilevanza fiscale dei trasferimenti di beni e servizi, ivi, 1823. Per ulteriori riferimenti in tema di spese di regia, cfr. G. TARDELLA, Stabile organizzazione, in Riv. Trib. 1998, I, 410.

176

Gianmarco Tardella

*
* * *

2A) ITALY - PROVINCIAL TAX COMMISSION OF ROME - DIVISION IV, JUDGEMENT NO. 65/04/99, MARCH 5- APRIL 29, 1999 (PRESIDENT: THOMAS; RAPPOREUR: MARTONE)

Income taxation - Business profits - Negative components - Royalties on imported goods - Are they connected to the activity? - Deductibility- Articles 75 and 76 d.p.r. December 22 1986 no. 917.

Royalties paid to the foreign controlling company on imported goods by an associated company are tax deductible. ()*

2B) ITALIA - COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE DI ROMA, SEZ. IV, SENT. N. 65/04/99 DEL 5 MARZO - 29 APRILE 1999 (Pres. Thomas; Re. Martone)

Imposizione sui redditi - Irpef - Redditi d'impresa - Componenti negative - Royalties su beni importati - Inerenza - Deducibilità - Artt. 75 e 76 d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917.

*Le royalties corrisposte alla controllante estera sulla commercializzazione di beni importati da una consociata appartenente allo stesso gruppo sono inerenti e, come tali, fiscalmente deducibili. (**)*

Sentenza

In data 28 novembre 1997, sulla base di un processo verbale di constatazione del 27/03/95, l'Ufficio notificava alla parte un avviso di accertamento relativamente al periodo d'imposta 1991, recuperando a tassazione: (1) Lire 3.657.950.000 per ammortamento dell'avviamento considerato indeducibile non rientrando tra i beni di cui all'articolo 54, 1° comma, (2) Lire 2.709.851.000 per *royalties* non inerenti, (3) Lire 1.792.542.000 per eccessivo sovrapprezzo su importazioni da società estere collegate, (4) Lire 186.262.000 per 20% eccedenza spese manutenzione e (5) Lire 4.977.000 per ricavi non dichiarati. In buona sostanza, a fronte di un reddito dichiarato di Lire 6.594.828.000, l'Ufficio accertava un reddito imponibile al lordo ILOR, di Lire 14.946.410.000.

Ricorre ritualmente e tempestivamente la parte (RGR 5121/98) che, mentre accettava l'ultimo rilievo concernente i ricavi non dichiarati, contestava gli altri importi ripresi a tassazione, unendo in allegato copiosa documentazione a supporto.

... *omissis* ...

Ai sensi dell'articolo 75 TUIR l'Ufficio, mentre ha riconosciuto deducibili le *royalties* pagate per l'uso di brevetti e di tecnologia e quelle per l'uso di marchi, ha invece recuperato a tassazione le *royalties* relative alle vendite in Italia di beni importati da consorelle perché non inerenti. La parte contesta tale ripresa: dopo aver illustrato il sistema delle *royalties* del gruppo, essa evidenzia le diverse fasi di lavorazione che seguono l'importazione dei beni e che giustificano le *royalties* pagate per l'uso di brevetti e di marchi. Viene quindi contestato il richiamo fatto da parte dell'Ufficio alla Circolare Ministeriale n. 32/9/2267 del 22 settembre 1980, e viene effettuata una analisi grammaticale, lessicale e sostanziale sulla applicabilità di tale interpretazione ministeriale al caso in esame. La parte inoltre contesta la presunta doppia detrazione per effetto di un contratto di *cost sharing* e la presunta duplicazione

per maggiorazione sul costo standard.

... *omissis* ...

In conclusione, la parte chiede in via preliminare l'annullamento per carenza di motivazione dei rilievi n. 2 e 3, in via subordinata l'annullamento dei recuperi 1, 2, 3 e 4 per insussistenza del presupposto impositivo ed in ogni caso il riconoscimento della deducibilità del 75% dell'ILOR effettivamente dovuta.

In data 16/6/98 la parte presentava istanza di fissazione d'udienza.

Il 16/10/98 l'Ufficio, nel costituirsi in giudizio, contesta le affermazioni proprie della ricorrente.

... *omissis* ...

Per quanto attiene le *royalties*, la parte non è riuscita a fornire alcuna valida argomentazione giuridica per sconfessare la pretesa erariale, ma ha fornito solo generiche, pretestuose o infondate affermazioni.

... *omissis* ...

La discussione in pubblica udienza viene dalla parte ricorrente, in persona del proprio difensore, richiesta in data 21 gennaio 1999.

In data 29/01/99, la parte depositava documentazione aggiuntiva. In essa, un parere *pro veritate* dell'Avv. (...), sul problema della deducibilità dell'ammortamento dell'avviamento da fusione, n. 6 attestazioni da parte di società del gruppo, con conferma da parte delle rispettive società di certificazione, attestanti la loro posizione nei confronti delle *royalties* e sostanzialmente confermantì la posizione della parte, nonché prospetti diversi, confortati da attestazione di società di certificazione, illustranti la inferiorità dei prezzi per acquisti/vendite di merci da/a Filippine e Regno Unito, anche da parte della Società "___SpA".

... *omissis* ...

Infine, in data 18/2/1999, la parte presentava ulteriore memoria aggiuntiva, avente valore anche di controdeduzione rispetto alla memoria di costituzione dell'Ufficio. In via preliminare la parte contesta la tardività della costituzione dell'Ufficio.

... *omissis* ...

Per ciò che riguarda le *royalties*, considerate dall'Ufficio non inerenti, la parte ribadisce che l'uso dei marchi di commercio è direttamente correlato e collegato alla fase di commercializzazione in Italia di prodotti fabbricati all'estero e provenienti da consorelle estere, e non già alla fase produttiva, e che le *royalties* sono conteggiate sul fatturato realizzato nei confronti dei rivenditori al dettaglio, e non sul valore delle importazioni.

... *omissis* ...

All'udienza pubblica del 5 marzo 1999, sono presenti il rappresentante della parte e dell'Ufficio.

Su invito del Presidente, il Relatore espone i fatti e le questioni della con-

troversia.

Dopodichè il Presidente ammette le parti alla discussione.

Successivamente, il Presidente dichiara chiusa la discussione e la Commissione si ritira in Camera di Consiglio.

La Commissione decide di rinviare ogni decisione ai sensi dell'articolo 35.

Il giorno 26 marzo la Commissione si riunisce di nuovo in Camera di Consiglio per procedere all'esame del ricorso.

Il ricorso viene parzialmente accolto.

... *omissis* ...

Per ciò che attiene le *royalties*, considerate dall'Ufficio non inerenti, la parte ha prodotto notevole documentazione che ha comprovato come le *royalties* non siano considerate dalla Società né collegate alla fase produttiva né determinate sul valore delle importazioni. Esse vengono conteggiate sulla commercializzazione dei prodotti in Italia, e come tali non possono che essere considerate inerenti e per ciò stesso deducibili.

... *omissis* ...

Per i motivi sopra esposti, in parziale accoglimento, vengono accettate le doglianze della parte per quanto riguarda l'ammortamento dell'avviamento, le *royalties* e l'eccessivo soprapprezzo su importazioni da società estere collegate, mentre vengono respinte le altre eccezioni. Si ravvisano, inoltre, giusti motivi per la compensazione delle spese.

17

(*) Observations on the deductibility of royalties connected to the distribution of goods

The judgement in question, though concise, has the merit of treating in a thorough and pragmatic fashion an issue of great interest: deductibility from company profits of royalties paid to the foreign controlling company on the distribution of goods imported by an affiliate and bearing a mark belonging to the former company. (1)

The judges, dealing with this question in a systematic fashion, turned their attention on whether there were the requisites justifying deduction.

(1) A judgement that has indeed provoked the interest of other authors. See Mayr S. and Fort G., Normativa sul transfer pricing e utilizzazione di nomi o marchi da parte di distributori, in *Corr. Trib.* 2000, 5, 323 and ff. and Buscema A. and Forte F., Completamente disattesa la tesi dell'Amministrazione, in *Il Sole 24 Ore - Guida Normativa* - October 27, 1999.

In actual fact, before now, the heated debate on royalties in the case-law and in legal writings has been limited, on one side, to whether royalties paid to non residents should be subject to Ilor and, on the other, to researching the juridical nature of the obligations in contracts for the use of intellectual property (taking as starting point the provisions set down in international conventions against double taxation). The attempt has been to mark out a *summa divisio* between the following cases a) profits of an enterprise produced by the non resident provider of services, taxable in the State only if the enterprise carries on business through a permanent establishment (see article 7 OECD, model tax convention), b) royalties to which a withholding is applied following provisions in conventional rules (see article 12 OECD, model tax convention) or in internal rules (should there not be a convention with the other Contracting State).

Instead, seldom has the following question been addressed: the deductibility from business profits of royalties paid to non residents in the case of companies belonging to the same group with reference to both the *an* and the *quantum*.

Indeed, the case being examined has not received both in the context of case-law and in administrative praxis the attention it deserves.

The globalization of markets together with the increasingly advanced level of technology needed to efficiently carry on a business has stimulated more and more a widespread business practice that sees intangible goods as the fulcrum around which the whole economic/business cycle turns (2); two circumstances define the way in which such intangible goods are used:

- (i) use of patents and technology and use of marks correlated and in connection with the production phase;
- (ii) use of merchandise marks directly correlated and in connection with the marketing phase of products manufactured abroad in the contractually specified territory.

This latter case, the aspects of which are more topical, has recently been considered in the context of Community Law and with reference to the clash between the so-called freedom of establishment the aim of which is to guarantee the free circulation of goods in the Community and the right to the

(2) For a more general discussion of intangible goods see Are M., Beni Immateriali - Diritto Privato, Enc. del Dir., Varese, 1959, 244 and ff.; Venturini G. C., Beni Immateriali - Diritto Internazionale Privato, Enc. del Dir., Varese 1959, 2270 and ff.; Pardolesi R., Contratti di Distribuzione, Enc. Giur. Treccani, Rome, 1988; Messinetti D., Beni Immateriali - Diritto privato, Enc. Giur. Treccani, Rome, 1988; Gulmanelli E., Beni Immateriali - Diritto tributario, Enc. Giur., rome 1988; Gulmanelli E., Royalties - Diritto tributario, Enc. Giur., Rome 1988.

trademark which instead, guarantees the owner, in other words the entitled user, the possibility to exploit the trademark as sole agents, sales from these goods relying a great deal on the trademark being forceful and well-established. (3)

Obviously, the starting point is constituted by the drawing up of a contract between a non resident and a resident: and as regards the case as in (ii) the non resident grants the resident the use of a trademark together with exclusive rights to distribute in the territory these products bearing the mark of the grantor but not directly produced by the same. It follows that in order to obtain the remuneration on his capital, as represented by the value of these marks, the lessor needs to receive as consideration a compensation which is specific to the use of the trademark, and that is royalties.

The lessee instead in addition to the above mentioned rights is often granted the power, with varying degrees of autonomy, to promote the products.

The letting in connection with these intangible rights and pertaining to the marketing of the products is then a specific obligation of the contract, and of a ranking which is by no means secondary to the exclusive rights on the sale in the specified territory of goods bearing the same mark: indeed, the marketing as sole agents of products bearing original trademarks, is normally considered a specific obligation of a complex contract and it even rises to qualifying element of the legal relation established.

The marketing activities of products bearing an established mark are of great importance. Indeed, it is self-evident in the legal writings as well as in a Community law (4) context that intangible rights can be used with reference to both industrial (know how) and commercial activities (rules of conduct that in the field of commercial technology are a result of research and business management experience, or again, the knowledge necessary to in-

(3) For a definition of the specific object of the right to a trademark see Tesauro G., *Il Diritto Comunitario*, Padua, 1995, 297: '...It has started to be recognised that specific object of commercial property is that the owner has the exclusive right to use the trademark for the first introduction of a product in the market to the extent that he is protected against possible competitors who might fraudulently exploit the company's position and the reputation to which the trademark points.

(4) It serves to note that the ECJ holds the essential function of the mark to be the protection offered to the consumer, that is, the final user, in terms of knowing where the products bearing a certain mark come from, eliminating any doubts as to the distinguishing elements of such products and similar ones. This protection finds its corollary in the necessity of each product bearing a mark to be manufactured under the control of a single enterprise made responsible for their quality. (see case C 10/89, HAG II, October 17 1990, Racc. p. I-3711).

form third parties of certain products, and merchandise marks identifying the products and thus endowing them with an advantage that encourages distribution).

In the case being examined the Office for Direct Taxation in Rome has recovered for taxation royalties paid to the foreign controlling company and determined on the basis of a fixed percentage on the volume of sales of products imported by companies belonging to the same group (so-called commercial royalties or royalties on the distribution of goods); instead, royalties paid for the use of patents and technology and those for the industrial use of marks were considered deductible (so-called industrial royalties or royalties on the production of goods).

The Office contesting in the *an* the deductibility of royalties has justified this recovery by affirming the lack of the requisite of 'inherence', upholding further, before the court, that the company failed to produce any valid legal argument to disavow the revenue's demand, and supplied instead merely general and unfounded statements.

From the above it can be inferred that, first of all, the Office argues that the marketing of imported products represents a phenomenon that on its own excludes payment of royalties on the distribution of goods and from this it follows, the Office continues to argue, that the use of any of the intangible rights justifying the payment of royalties is necessarily not found: as natural consequence of this reconstruction we have the non deductibility from business profits of the royalties paid.

182

In this regard, it is helpful to note that in the *id quod plerumque accidit* royalties are owed for the use of an intangible right for an amount that is usually connected with the annual sales (it would seem that for such expenses inherence is *in re ipsa*, seeing that they are owed only if they have generated proceeds) therefore there should be no doubt as to their being relevant to the formation of the taxable income attributable to the accounting period to which the sales proceeds (that constitute their basis) refer.

The Roman Tax Office instead has justified this recovery of commercial royalties by affirming their not being 'inherent', since the mere marketing of goods would not allow one to trace in contractual relations a *causa* that might justify the payment of such royalties on the part of the company. Consequently, the costs would not seem to be tied to any advantage for the paying company.

From the text reporting the grounds on which the judgement was pronounced, it would seem that the Office, to back up its approach to the question, invoked Circular September 22nd 1980, no. 32/9/2267, in particular the part where it explains that the payment of royalties is not justified when the controlled companies limit their activity to the marketing of goods produced by the affiliate.

The conclusion reached by the Tax Administration is obviously based on

a premise of fiscal protection, a premise which demands a certain caution when deductibility of royalties on the distribution of goods is to be identified, since it might well happen that the cost is doubled, as a result of its contributing, together with others elements, to the formation of the manufacturing cost of imported goods and for the fact that it is a royalty.

This fine distinction has moreover been the object of special attention by the OECD in its guidelines on 'Transfer Pricing, Multinational Enterprises and Tax Administrations' published in 1997 (in this regard it should be noted that the Italian Ministry of Finance is acting with unjustifiable inertia since it still hangs on to interpretations that have long been outmatched).

In the chapter on 'Detailed observations on intangible property' the introduction already spells out that the themes dealt with are the ones concerning intangible property used in commercial activities, *which includes marketing activities*: and once again the focus is on the benefit that the lessee may reasonably expect through using the intangible good and on the fact that a double deduction should not be effected and therefore the transfer price should be checked to see whether the royalty has already been added.

Therefore, it is certainly true that there should be caution when assessing a cost for tax purposes, but it is also true that observing such cautionary procedures should not amount to the deductibility of such cost being absolutely prohibited!

In this particular regard, as is well-known, following the guidelines offered in the OECD report (published May 16, 1979) and addressed to the Tax Administrations of contracting States, the Ministry of Finance dealt with the regime of intercompany relations, mainly with the Circulars of September 22, 1980 no. 32/9/2267 and December 12 1981, no. 42/12/1587.

As earlier pointed out, the first Circular lays down on this particular point that: *'As a general rule, for example, the payment of royalties to the parent company can be justified for those affiliates whose business it is to produce the goods whereas when the controlled companies limit their activity to the single marketing of goods manufactured by the associate such payment will be considered unjustified.'*

Reading the above paragraph it would appear *prima facie* that the Tax Administration, completely ignoring the existence of a cause and effect relation between the charging of royalties and the sales proceeds obtained on the distribution of goods bearing the foreign controlling company's mark (when the goods are manufactured by a company belonging to the same group) intends to limit deductibility to those cases where royalties allow a productive exploitation. A second look at the Circular will reveal that the deductibility of royalties on the distribution of goods is in fact contemplated, seen that it expressly states the following: *'In conclusion, it is indispensable that when entering into the contract, the lessee has obtained an actual ad-*

vantage or that he might reasonably have expected one.

Ergo, from the same Circular invoked by the authority for assessment to justify the non deductibility of commercial royalties, one infers a wider principle: that for royalties to be tax deductible there needs to be in place an actual advantage for the lessee.

Thus, the force behind the deductibility of royalties, both commercial and industrial, is no different to that which governs the deductibility of negative components generally and that entails the observance of the conditions of imputation and deductibility provided for in the TUIR (unified code for income taxation) in matter of the determination of taxable company profits.

Indeed, it is a known fact that no provision of the TUIR sets down express provisions in matter of the deductibility of royalties.

Therefore as for the *an* the only limitations that the deductibility of these negative components may suffer normally are contained in the general criteria for determining company profits, articles 52 and 58 of the TUIR.

In short, once it has been shown that of the obligations undertaken with the contract also to be included is the one relating to the use of intangible rights and that it is exclusively on such use that the sale proceeds on the distribution of the goods imported depends, this fact points *ex se* to the actual advantage of the lessee and therefore wholly justifies payment of royalties to the companies granting the licence.

184

In the light of what has gone before, it is difficult to see how the Tax Administration of the state might have seriously held that the royalties in question were absolutely non tax deductible, by basing its argument purely on the alleged (and not proven) defect of the requisite of 'inherence'.

§§§ - Having said all this, one must embrace the conclusions reached by the Roman judges that the thesis proposed by the Office is unwarranted, thesis that has been based on an alleged absence of an economic and legal justification for charging the applicant with the royalties on the distribution of goods.

The Office might reach the same conclusions of non deductibility of royalties on the distribution of goods (as on any other negative component), but its argument would need a less simplistic approach and, more to the point, it would need to petition more than just a sophism (that consisted solely in stating that the royalties do not apply in this case); in other words, the Office might reach the same conclusions only after communicating, by means of the notice of assessment, the logical and legal iter followed to contest the deductibility of the negative component, and only after proof backing up such claims has been given (that is, evidence that the requisite of 'inherence' is indeed lacking).

In actual fact, it is my opinion that the matter has not been considered in its proper terms: it is not so much a question of keeping industrial and commercial royalties separate to allow deduction for the former group and not for

the latter group, and all this on the basis of a lack of a better definition (that common sense and reasonableness, even before the law and economics try and establish some order, have problems accepting). Indeed, as emphasized in the OECD guidelines, the real problem lies elsewhere: the attempt is to prevent that the supply of technology might bring about a double deduction, once in the form of an element contributing to the formation of the transfer price and then in the form of royalty.

But if this is so, the question is surely to be resolved not with an absolute presumption of non deductibility for commercial royalties, but by carrying out a careful investigation aimed at assessing in each case the requisites for imputation and deductibility governing the determination of taxable company profits.

Claudio Malgarini

() Brevi osservazioni in tema di deducibilità delle royalties connesse alla distribuzione di beni**

La sentenza in commento nonostante la sinteticità ha il pregio di affrontare in modo pragmatico e completo, tra le altre, una questione di relevantissimo interesse concernente la deducibilità nella determinazione del reddito d'impresa delle *royalties* corrisposte alla controllante estera per la distribuzione di beni importati da una società consociata e contrassegnati da un marchio di sua proprietà (1).

In particolare i giudici, affrontando la problematica in modo sistematico, hanno soffermato la loro attenzione sulla esistenza o meno delle condizioni di deducibilità che ineriscono ai componenti negativi di che trattasi.

In verità prima d'ora in dottrina e giurisprudenza il pur vivace dibattito sorto in tema di *royalties* è stato circoscritto, da una parte, all'assoggettabilità ai fini ILOR delle *royalties* pagate a soggetti non residenti, e, dall'altra parte, traendo spunto dalle disposizioni dettate dalle Convenzioni Internazionali contro la doppia imposizione, alla ricerca della natura giuridica delle obbligazioni dedotte nei contratti di utilizzazione della proprietà intellettuale, nel tentativo di tracciare una *summa divisio* tra la fattispecie di a) utili d'impresa prodotti dal soggetto non residente prestatore di servizi, tassabili sul territorio dello Stato solo in presenza di una stabile organizzazione (cfr. art. 7 OCSE,

18

(1) Sentenza che invero non ha stimolato soltanto la nostra attenzione. Cfr. MAYR S. e FORT G., Normativa sul transfer pricing e utilizzazione di nomi o marchi da parte di distributori, in *Corr. Trib.* 2000, 5, 323 e ss. e BUSCEMA A. e FORTE F., Completamente disattesa la tesi dell'Amministrazione, in *Il Sole 24 Ore - Guida Normativa*-27 ottobre 1999.

modello tipo di Convenzione), e quella di b) *royalties*, tassabili sul territorio dello Stato nei limiti della ritenuta d'imposta prevista dalle norme convenzionali (cfr. art. 12 OCSE, modello tipo di Convenzione) ovvero quelle interne (ove la Convenzione con l'altro Stato non fosse stata perfezionata).

Raramente si è invece affrontata la questione circa la deducibilità dal reddito d'impresa nell'*an* e nel *quantum* delle *royalties* pagate a soggetti non residenti, in ispecie a società dello stesso gruppo.

Invero la fattispecie in rassegna non ha ricevuto tanto in giurisprudenza quanto nella prassi amministrativa l'attenzione che invece merita.

La internazionalizzazione e globalizzazione dei mercati nonché il sempre più elevato livello tecnologico richiesto per un efficiente esercizio dell'attività di ogni impresa hanno stimolato in modo sempre più accentuato una diffusa prassi aziendale che trova nei beni immateriali il fulcro intorno al quale ruota l'intero ciclo economico-aziendale (2); e l'utilizzo di detti beni immateriali è articolato in relazione a due circostanze ben definite:

(i) uso di brevetti e tecnologia e uso di marchi correlato e collegato alla fase di produzione;

(ii) uso di marchi di commercio direttamente correlato e collegato alla fase di commercializzazione nel territorio contrattualmente definito di prodotti fabbricati all'estero.

186

Questa seconda fattispecie, che invero presenta aspetti di maggiore attualità, è stata recentemente affrontata anche nell'ambito del diritto comunitario in considerazione del contrasto tra il cosiddetto principio di libertà di stabilimento rivolto a garantire la libera circolazione dei beni nel territorio comunitario ed il diritto di marchio che di contro garantisce al proprietario, ovvero al legittimo utilizzatore, la possibilità in via esclusiva di sfruttare il marchio stesso, alla cui notorietà e forza è imputabile in maniera preponderante la realizzazione di ricavi derivanti dalla cessione dei beni relativi ai con-

(2) Per una generale disamina sui beni immateriali cfr. ARE M., Beni Immateriali – Diritto Privato, Enc. del Dir., Varese, 1959, 244 e ss.; VENTURINI G.C., Beni Immateriali – Diritto Internazionale Privato, Enc. del Dir., Varese, 1959, 2270 e ss.; PARDOLESI R., Contratti di Distribuzione, Enc. Giur. Treccani, Roma 1988; MESSINETTI D., Beni Immateriali – Diritto Privato, Enc. Giur. Treccani, Roma 1988; GULMANELLI E., Beni Immateriali – Diritto Tributario, Enc. Giur., Roma 1988; GULMANELLI E., *Royalties* – Diritto Tributario, Enc. Giur., Roma 1988.

(3) In merito alla definizione dell'oggetto specifico del diritto di marchio cfr. TESAURO G., Il Diritto Comunitario, Padova, 1995, 297: "...Si è cominciato col riconoscere che oggetto specifico della proprietà commerciale è la garanzia per il titolare di un diritto esclusivo di servirsi del marchio per la prima immissione di un prodotto sul mercato, si che risulta tutelato nei confronti di eventuali concorrenti che, con uso abusivo del marchio, sfruttassero la posizione dell'impresa e la reputazione del marchio stesso.

tratti perfezionati tra le parti (3).

Evidentemente il punto di partenza è quindi costituito sempre dal perfezionamento di un contratto tra soggetto non residente e soggetto residente: in particolare per ciò che concerne la fattispecie sub (ii) il soggetto non residente concede al soggetto residente lo sfruttamento di un marchio associato al diritto di distribuire in esclusiva sul territorio i beni contrassegnati dal marchio di proprietà del licenziante, ma non prodotti direttamente dallo stesso. Ne consegue che esso licenziante per ottenere la remunerazione del proprio capitale, rappresentato dal valore dei marchi, deve necessariamente beneficiare di un corrispettivo a titolo specifico per l'utilizzazione del marchio, cioè la *royalty*.

Il licenziatario invece in aggiunta ai suddetti diritti si vede sovente attribuita anche la facoltà di svolgere con una autonomia più o meno ampia attività di promozione commerciale.

La concessione in uso di diritti immateriali attinenti alla sfera della commercializzazione dei beni, quindi, costituisce nell'ambito degli accordi intervenuti tra le parti, una specifica obbligazione dedotta in contratto, peraltro di rango niente affatto secondario rispetto al diritto per la vendita in esclusiva nel territorio definito di beni contrassegnati dallo stesso marchio: invero, la commercializzazione in via esclusiva di prodotti contrassegnati da marchi originali, di regola, è una specifica obbligazione di un contratto a fattispecie complessa che assurge addirittura ad elemento qualificante del rapporto giuridico instaurato.

Le attività di commercializzazione di un prodotto contraddistinto da un marchio affermato sul mercato assumono infatti fondamentale importanza. Ed invero ai giorni d'oggi è pacifico in dottrina, nonché riconosciuto anche nell'ambito comunitario (4), che i diritti immateriali possano essere utilizzati indifferentemente in attività industriali (conoscenze tecniche necessarie per produrre un determinato prodotto, il cosiddetto know-how industriale) ed anche in attività commerciali (regole di condotta che, nel campo della tecnica mercantile, vengono desunte da studi ed esperienze di gestione imprenditoriale, attinenti al settore organizzativo o commerciale, od ancora, conoscenze necessarie per informare i terzi sulle caratteristiche di un determinato prodotto, ed i marchi commerciali, che identificano il prodotto stesso, conferendogli una

18

(4) Giova ricordare che ormai la Corte di Giustizia riconduce la funzione essenziale del marchio nella tutela offerta al consumatore, ovvero, all'utilizzatore finale, dell'identità di origine del prodotto contrassegnato, in guisa da evitare ogni possibile dubbio in ordine agli elementi distintivi di quel prodotto e di altri prodotti simili. Funzione di tutela che trova il proprio corollario nella necessità che tutti i prodotti contrassegnati siano fabbricati sotto il controllo di una unica impresa cui possa attribuirsi la responsabilità della loro qualità (cfr. Causa C 10/89, HAG II, del 17 ottobre 1990, Racc. p. I-3711).

posizione di vantaggio sul mercato, favorendone così la diffusione).

Nel caso in esame l'Ufficio delle Imposte Dirette di Roma ha recuperato a tassazione le *royalties* riconosciute alla controllante estera e determinate sulla base di una percentuale fissa sul volume delle vendite relative a prodotti importati da società dello stesso gruppo di appartenenza (c.d. *royalties* commerciali o sulla distribuzione di beni); di contro, sono state riconosciute deducibili *royalties* pagate per l'uso di brevetti e di tecnologia e quelle per l'uso industriale dei marchi (c.d. *royalties* industriali o sulla produzione di beni).

In buona sostanza, l'Ufficio contestando nell'*an* la deducibilità delle *royalties* addebitate a conto economico, ha giustificato il recupero a tassazione in base ad una asserita carenza del requisito di inerenza, sostenendo poi, nella costituzione in giudizio, che la società non è riuscita a fornire alcuna valida argomentazione giuridica per sconfessare la pretesa erariale, ma ha fornito solo generiche, pretestuose o infondate affermazioni.

Da quanto sopra sembra potersi desumere che, in primo luogo, l'Ufficio ha contestato alla ricorrente la circostanza che la mera commercializzazione di prodotti importati rappresenta un fenomeno che esclude di per sé il pagamento di *royalties* sulla distribuzione di beni e da ciò, esso Ufficio ne ha fatto discendere l'impossibilità di rinvenire l'utilizzo di alcuno dei diritti immateriali che giustifichino il pagamento di *royalties*: naturale corollario di tale ricostruzione è la indeducibilità dal reddito d'impresa delle *royalties* corrisposte.

In proposito giova osservare che nell'*id quod plerumque accidit* le *royalties* sono dovute per l'utilizzo di un bene immateriale in un ammontare di regola connesso con il fatturato annuale (sembrerebbe quasi che per tali spese l'inerenza sia *in re ipsa*, atteso che esse sono dovute esclusivamente se ed in quanto hanno concorso a generare ricavi), di tal che non dovrebbero sussistere dubbi in merito alla loro rilevanza nella formazione del reddito imponibile d'impresa di competenza dell'esercizio in cui si è prodotto il fatturato che ne ha costituito il presupposto.

Diversamente, nel caso al nostro esame l'Ufficio delle Imposte di Roma ha giustificato la ripresa a tassazione delle *royalties* commerciali sulla base di una asserita non inerenza, in quanto la mera commercializzazione di beni non consentirebbe di rinvenire nei rapporti contrattuali una causa negoziale che giustifichi il pagamento di tali *royalties* da parte della società. Di conseguenza, il sostenimento dei relativi costi non sarebbe correlato ad alcun vantaggio per la Società erogante.

Dal testo della motivazione della sentenza sembra di capire che l'Ufficio ha richiamato a fondamento della propria impostazione la Circolare del 22 settembre 1980, n° 32/9/2267 nella parte in cui chiarisce che il pagamento delle *royalties* non è giustificato quando le società controllate limitano la loro attività alla sola commercializzazione dei beni prodotti dalla consociata.

§§§ - La conclusione dell'Amministrazione Finanziaria dello Stato poggia

evidentemente su ragioni di tutela fiscale, che impongono cautela nel riconoscimento della deducibilità delle *royalties* sulla distribuzione di beni, giacchè ben potrebbe verificarsi una duplicazione di costo, prima quale elemento che insieme ad altri concorre alla formazione del costo industriale dei prodotti importati e poi quale *royalty*.

Tale distinguo è stato peraltro oggetto di specifica attenzione anche nello schema OCSE in tema di Direttive sui "Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali" pubblicato nel 1997 (in ordine al quale incidentalmente si segnala un'ingiustificabile inerzia da parte del Ministero delle Finanze che rimane ancorato a dei chiarimenti ormai superati da tempo).

Nel capitolo "Osservazioni specifiche relative ai beni immateriali" si chiarisce già nell'introduzione che verranno affrontati temi che riguardano i beni immateriali utilizzati nelle attività commerciali, *comprese le attività di marketing*; ed ancora una volta l'attenzione si sofferma, da una parte, sul beneficio che il licenziatario può ragionevolmente attendersi dall'utilizzazione del bene immateriale e, dall'altra parte, sulla circostanza che non deve effettuarsi una doppia deduzione, per cui deve essere accertato che alla formazione del prezzo di trasferimento non abbia già concorso un elemento di costo a titolo di *royalty*.

Quindi, vero è che occorre operare cautelativamente nella disciplina del trattamento fiscale di un costo, ma non è meno vero che il rispetto di tale cautela non può sconfinare nella inibizione assoluta alla deducibilità di esso costo!

Sullo specifico punto, come è noto, in conseguenza delle raccomandazioni fornite dal rapporto OCSE (pubblicato il 16 maggio 1979) alle Amministrazioni Fiscali degli Stati Contraenti, il Ministero delle Finanze si occupò della disciplina dei rapporti *intercompany*, principalmente con le Circolari del 22 settembre 1980, n° 32/9/2267 e del 12 dicembre 1981, n° 42/12/1587.

In particolare, come già riferito, la prima Circolare sullo specifico punto recita: "*In linea generale, ad esempio, il pagamento di royalties alla casa-madre può essere giustificato per quelle affiliate impegnate nella produzione di beni mentre sarà inammissibile quando le società controllate limitano la loro attività alla sola commercializzazione dei beni prodotti dalla consociata*".

Dalla lettura del suddetto paragrafo *prima facie* sembrerebbe che l'Amministrazione Finanziaria, ignorando del tutto l'esistenza di un rapporto di causa ad effetto intercorrente tra l'addebito delle *royalties* ed il conseguimento dei ricavi derivanti dalla distribuzione di prodotti con il marchio della controllante estera (ancorché prodotti da altra società appartenente allo stesso gruppo), voglia circoscrivere la deducibilità ai soli casi in cui le *royalties* consentano uno sfruttamento produttivo. A ben vedere nella stessa Circolare, a nostro avviso, si può rinvenire una conferma in ordine alla deducibilità delle *royalties* sulla distribuzione di beni, atteso che espressamente viene af-

fermato: "In conclusione, è indispensabile che il beneficiario della licenza abbia tratto un vantaggio reale o abbia potuto ragionevolmente prevedere un vantaggio al momento della conclusione del contratto".

Ergo, dalla stessa Circolare richiamata dagli organi accertatori per giustificare l'indeducibilità delle *royalties* commerciali, si desume un principio più ampio, in base al quale la deducibilità delle *royalties* è ancorata al conseguimento di un effettivo vantaggio da parte del licenziatario.

Ecco quindi che il volano che governa la deducibilità delle *royalties*, di tipo industriale o commerciale, non è diverso da quello che governa la deducibilità dei componenti negativi in genere e che consiste nel rispetto delle condizioni di imputabilità e di deducibilità previste dal TUIR in tema di determinazione del reddito imponibile d'impresa.

Invero, come è noto nessuna disposizione del TUIR disciplina in maniera esplicita i criteri da osservare per la deducibilità delle *royalties*.

Di conseguenza, in ordine all'*an* le uniche limitazioni che la deducibilità di tali componenti negative può in linea di principio soffrire sono contenute nei criteri generali sulla determinazione del reddito di impresa di cui agli articoli 52 e 75 del TUIR.

In buona sostanza, una volta dimostrato che nell'ambito delle obbligazioni dedotte in contratto è inclusa anche quella relativa alla utilizzazione di diritti immateriali e che esclusivamente da tale utilizzazione dipende la produzione dei ricavi relativi alla distribuzione dei beni importati, tale circostanza evidenzia *ex se* l'effettivo vantaggio del licenziatario e quindi giustifica pienamente il pagamento di *royalties* alle società licenzianti.

Alla luce di quanto precede, non si vede come possa l'Amministrazione Finanziaria dello Stato seriamente sostenere in assoluto l'indeducibilità delle *royalties* di che trattasi, fondandosi puramente e semplicemente su un asserito (ma non dimostrato) difetto del requisito di inerenza.

§§§ - Tutto ciò posto, devono condividersi le conclusioni dei giudici romani in ordine alla illegittimità della tesi avanzata dall'Ufficio, esclusivamente fondata su una presunta assenza di giustificazione economica e giuridica in relazione all'addebito delle *royalties* sulla distribuzione di beni nei confronti della ricorrente.

Sul punto l'Ufficio avrebbe potuto raggiungere le stesse conclusioni in ordine alla indeducibilità delle *royalties* sulla distribuzione di beni (tanto quanto ogni altro componente negativo), ma non in modo così semplicistico e sulla base di una petizione di principio (la non inerenza), bensì solo dopo avere dato conto nella motivazione dell'avviso di accertamento dell'iter logico giuridico seguito per contestare la deducibilità del componente negativo e soprattutto aver fornito le prove a sostegno delle proprie tesi (cioè, il difetto del requisito dell'inerenza).

In realtà, a nostro avviso, la questione è mal posta: il problema non è

tanto mantenere distinte le *royalties* industriali (sulla produzione) da quelle commerciali (sulla distribuzione) onde ammettere la deduzione per le prime e negarla per le seconde sulla base di un non meglio specificato criterio (che il buon senso e la ragionevolezza prima ancora del diritto e dell'economia faticano ad accettare): invero, come sottolineato dallo schema OCSE, il vero problema è un altro, cioè a dire evitare che per la fornitura di tecnologia si possa effettuare una doppia deduzione, una prima volta sotto forma di elemento che concorre alla formazione del prezzo di trasferimento ed una seconda volta sotto forma di *royalties*.

Ma se così è, la questione deve potersi risolvere, non già con una presunzione assoluta di indeducibilità indirizzata alle *royalties* commerciali, bensì con l'espletamento di una scrupolosa attività istruttoria rivolta a conoscere se nel caso concreto si avverano le condizioni di imputabilità e deducibilità che governano la determinazione del reddito imponibile d'impresa.

Claudio Malgarini

Sezione III - Documentazione

*Section III - Laws, administrative practice
and other official documentation*

1A) ITALY - MINISTRY OF FINANCE - REVENUE DEPARTMENT - CENTRAL OFFICE FOR LEGAL BUSINESS AND TAX CASES - RESOLUTION No. 20/E/III/1999/132906 OF FEBRUARY 25 2000.

Income taxation - IRPEF (natural persons' income tax) - Non residents - independent services income - Co-ordinated and permanent collaboration - Non resident collaborators - Expense allowance - Regime in article 50, paragraph 8 d.p.r. December 22 1986, No. 917 - applicability.

The taxation of income from services of co-ordinated and permanent collaboration carried out by a non resident, with the exception of the withholding, are to be taxed following the regime set down for residents.

Therefore, following the provisions of article 25, paragraph 2, d.p.r. September 29 1973, No. 600 and of article 50, paragraph 8, d.p.r. December 22 1986, No. 917, withholding agents paying fees or other sums listed in article 49, paragraph 2, letter a), of the above quoted d.p.r. No. 917/86 to non residents, shall apply the 30% final tax on the entire amount paid, with the exclusion of documented and reimbursed sums for travelling, board and lodging expenses which refer to provisions performed outside of the municipal territory. ()*

1B) ITALIA - MINISTERO DELLE FINANZE - DIPARTIMENTO DELLE ENTRATE - DIREZIONE CENTRALE PER GLI AFFARI GIURIDICI E PER IL CONTENZIOSO TRIBUTARIO - RISOLUZIONE N. 20/E/III/1999/132906 DEL 25/2/2000

19

Imposizione sui redditi - IRPEF - Soggetti non residenti - Redditi di lavoro autonomo - Rapporti di collaborazione coordinata e continuativa - Collaboratori non residenti - Rimborsi spese - Trattamento previsto dall'art. 50, comma 8 D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 - Applicabilità.

Nella tassazione dei redditi derivanti da prestazioni di collaborazione coordinata e continuativa rese da un soggetto non residente, fatta eccezione per la ritenuta, si applica la disciplina stabilita dal legislatore per i soggetti residenti.

*Pertanto, per effetto del combinato disposto dell'art. 25, comma 2, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 50, comma 8 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, i sostituti di imposta che corrispondono compensi o altre somme di cui all'art. 49, comma 2, lettera a), del citato D.P.R. n. 917/86 a soggetti non residenti, devono applicare la ritenuta del 30% a titolo di imposta sull'intero ammontare corrisposto, con esclusione delle somme documentate e rimborsate per spese di viaggio, vitto ed alloggio relative alle prestazioni effettuate fuori dal territorio comunale. (**)*

Con fax del ..., l'I. di M., nella persona del dott. G.G., ha sottoposto all'attenzione della scrivente la problematica relativa alla disciplina tributaria

applicabile ai rimborsi spese erogati a titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa residenti fuori dal territorio dello Stato.

In particolare, è stato fatto presente che:

1) ne "Il problema della settimana" tratto da "L'esperto risponde" del quotidiano "Il Sole/24 Ore", allegato al predetto fax, viene specificato che la disposizione contenuta nell'art. 50, comma 8, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Tuir), in base il reddito derivati da rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui alla lettera a) del comma 1 dell'art. 49 dello stesso testo unico è costituito dall'ammontare dei compensi in denaro o in natura percepiti nel periodo d'imposta, *con esclusione delle somme documentate e rimborsate per spese di viaggio, alloggio e vitto relative alle prestazioni effettuate fuori dal territorio comunale*, ridotto del 5 per cento a titolo di deduzione forfetaria per le altre spese, si rende applicabile esclusivamente ai soggetti residenti;

2) dello stesso avviso sono gli stessi autori P. e A. come da documentazione allegata.

Secondo il parere dell'istante, invece, la medesima disposizione relativa alle modalità di determinazione del reddito imponibile in questione si applica anche ai soggetti non residenti, con l'unica eccezione relativa alla misura e al titolo della ritenuta che, per i non residenti, è pari al 30 per cento ed è a titolo d'imposta.

196

Al riguardo, occorre tenere presente che l'art. 25, comma 1, terzo periodo, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, stabilisce che la ritenuta del 20 per cento a titolo di acconto dell'Irpef si applica sull'intero ammontare delle somme di cui alla lettera a) dell'art. 49, comma 2, del Tuir.

La disposizione in questione, come è noto, nel caso dei redditi derivanti dai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, va intesa nel senso che la ritenuta alla fonte è applicata su tutte le somme corrisposte, al netto delle spese di viaggio, alloggio e vitto relative alle prestazioni effettuate fuori del territorio comunale.

In pratica, in sede di applicazione delle ritenute non viene riconosciuta la deduzione forfetaria del 5 per cento prevista dal comma 8 dell'art. 50 del Tuir che è, invece, effettuata dal contribuente in sede di dichiarazione dei redditi.

Il successivo comma 2 del medesimo art. 25 del D.P.R. n. 600 del 1973 prevede che se i compensi e le altre somme di cui al comma 1 sono corrisposti a soggetti non residenti, la ritenuta va operata a titolo d'imposta nella misura del 30 per cento.

Dalla combinata lettura delle suddette disposizioni si evince chiaramente che la tassazione delle prestazioni di lavoro autonomo e, nella fattispecie, delle collaborazioni coordinate e continuative, deve essere effettuata in ca-

po al soggetto non residente mediante le stesse regole che trovano applicazione nei confronti dei soggetti residenti.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, i sostituti di imposta che corrispondono compensi e altre somme di cui all'art. 49, comma 2, lettera a), del citato Tuir, a soggetti non residenti, devono applicare la ritenuta del 30 per cento a titolo di imposta sull'intero ammontare corrisposto, con esclusione delle somme documentate e rimborsate per spese di viaggio, vitto e alloggio relative alle prestazioni effettuate fuori dal domicilio fiscale del collaboratore.

(*) Note

The resolution in question represents the last intervention on the regime of allowances paid to co-ordinated and permanent collaborators for travelling, board and lodging expenses referable to provisions performed outside of the municipal territory.

As is well-known, article 50, paragraph 4 of d.p.r. September 29 1973, No. 597, in its original formulation did not provide for any of the above mentioned expenses to be excluded from the taxable basis.

Such a legal gap has determined a noticeable level of discrimination between the tax treatment of payments received by collaborators carrying out most of their business outside the municipal territory and those who instead performed their services in the municipality.

Gross income of the first category were 'inflated' with refunds on the above mentioned expenses.

Moreover, it was the opinion of the judges deciding on the merits that the original formulation of article 50, paragraph 4, determined a further discriminatory effect between permanent collaborators and those receiving income from self-employment for professional services (ord. June 15 1982, Comm. Trib. appellate jurisdiction of Salerno; ord. June 15 1982, Comm. Trib. court of first instance Enna.)

With d.p.r. December 22 1981, No. 856, despite the Constitutional Court's opposing point of view, (ord. January 14-21 1988, No. 47, in *Foro it.*, 1988; I, 2465) the fourth paragraph of article 50 of d.p.r. No. 597/19734 was added.

Following amendments introduced with d.p.r. No. 856/1981, assimilated also with the following article 50, d.p.r. December 22 1986, No. 917 (which, however, differently to the previous article 50 of d.p.r. No. 597/73 is not worded thus: 'outside the municipality of the fiscal residence' but in the following: 'outside the municipal territory') documented refunds on expenses for travelling, board and lodging for services performed outside the municipal territory no longer form part of the taxable income (details on the application of

amendments introduced with d.p.r. No. 856, see circular January 30 1982, No. 8, edited by A. Casotti, M.R. Gheido, Ipsoa, page 72 and il fisco no. 6/1982, page 715).

A further episode in the 'history' of refunds being discussed was written by the case-law questioning the effectiveness of d.p.r. No. 856/1981, and it denied its retroactive quality (see Cass., section I, March 5 1993, No. 2678, in *Foro it.*, 1993, I, 1864; id. November 17 1992, No. 12297, in *Giur. imp.*, 1993, 247, with comment by F. Astolfi; Comm. trib. centr. January 13 1994, No. 111, in *Boll. Trib. inf.*, 1994, page 1220; *contra*, if however in the periods previous to January 1 1982 the above mentioned expenses are specifically indicated in the tax return: Comm. trib. centr., 11.6.1998, No. 3291, in *Comm. trib. centr.*, 1998, I, 611; Id. march 25 1998, No. 1623, *ibidem*, 415).

The resolution being examined then represents the last episode in the 'history' of this type of refunds and it contains information that is no doubt to be shared, though completely unnecessary, since it can be inferred, as we shall see, from the letter of the law.

The clarifications of the Tax Administration were prompted by an answer to a query, published on an established review, in which it was excluded that the regime concerning the refunds could be extended to permanent collaborations by non residents.

This opinion, however, cannot be shared.

Indeed, article 50 cannot be understood as pointing to the exclusion of expenses from the taxable income as prerogative for residents only.

Article 50, instead, does not contain any specification to that effect and all it does is set down a number of rules for determining the income of one of the types of self-employed income, not deriving from arts and professions.

Indeed, non residents too can produce income of a permanent kind as in letter a) article 49 of the Unified Code of Income Taxation No. 917, both in the typical (as members of boards and commissions, auditor, director...) and atypical forms.

In both cases the determining of income will follow the rules dictated by the law-maker in article 50, paragraph 8, d.p.r. December 22 1986, No. 917 for the particular category of income in question.

A different interpretation of article 50 would no doubt be censurable as it would introduce in the regime of permanent collaboration a new and different form of discrimination in relation to that which the law-maker intended to eliminate in 1981 with d.p.r. 856/1981.

As a consequence of the different treatment non resident collaborators would see that in relation to near-subordinated residents, certain sums being taxed that do not strictly constitute an integral part of income seen that they cannot by any means be considered a case of new wealth.

A different treatment would then be permitted in comparable situations.

This solution would then clash with the principle of non discrimination that can legitimately allow a different treatment between non residents and residents, providing this different treatment does not refer to comparable situations. (On the principle of non discrimination in the tax field and within Community law see F. Amatucci, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padua, 1998; C. Sacchetto, *I divieti di discriminazione contenuti nell'articolo 95 CEE. L'evoluzione dell'interpretazione della Corte di Giustizia CEE e l'applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Dir. e prat. trib.*, 1984, I, 499; L. Daniele, *Il divieto di discriminazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.*, 1989, IV, 201; P. Adonnino, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra paesi membri secondo le norme Cee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. fin. sc. Fin.*, 1993, I, 65).

Besides, recently, further clarifying intervention on the part of the Tax Administration has been characterised by the indifference surrounding the issue of whether the permanent collaborator was resident or not. The Tax Administration, though for a different purpose, held that it was necessary to clarify that a certain tax treatment, which appears to be limited only to payments for permanent collaborations by residents, addresses instead those payments even with non residents.

So, with circular November 12 1998, No. 263/E (in *Riv. dir. trib.*, 1999, IV, 30, with note by P. Ludovici) the Italian Ministry of Finance has pointed out that the non deductibility from the IRAP taxable basis (IRAP, regional tax on productive activities) of payments for permanent collaborations, and payments for self-employed occasional work, provided for by paragraph 1, nos. 2 and 3 of article 11 of legislative decree December 15 1997 No. 446, is of an objective nature and therefore, it is irrespective of whether the collaborators or the occasional self-employed worker be resident in Italy or not.

The Tax Administration, though giving an opinion on a different question to the one here discussed has placed collaborations from residents and non residents on a same level.

On that occasion too, the ratio underpinning the ministerial comment is certainly not discriminatory: for Irap purposes, it would be completely arbitrary to establish a different regime of deductibility of costs for provisions with comparable characteristics, according to the collaborator's residence for fiscal purposes.

Carla Lollo

() Nota redazionale**

La risoluzione che si annota rappresenta l'ultimo intervento sulla disciplina dei rimborsi corrisposti ai collaboratori coordinati e continuativi per le spese di viaggio, di alloggio e di vitto, relative a prestazioni effettuate fuori dal territorio comunale.

Com'è noto, l'art. 50, comma 4, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, nella sua originaria formulazione, non prevedeva alcuna esclusione dal reddito imponibile per le predette spese.

Siffatta lacuna normativa determinava una notevole discriminazione fra il trattamento fiscale dei compensi percepiti dai collaboratori che svolgevano gran parte della loro attività fuori dal territorio comunale ed i collaboratori che, viceversa, prestavano la loro opera in quest'ultimo territorio.

I redditi lordi della prima categoria di soggetti erano, infatti, "gonfiati" dai rimborsi relativi alle predette spese.

Inoltre, secondo i giudici di merito l'originaria formulazione dell'art. 50, comma 4, determinava un'ulteriore discriminazione fra il trattamento per i collaboratori coordinati e continuativi e quello dei percettori di redditi di lavoro autonomo derivante dall'esercizio di arti e professioni (ord. 15 giugno 1982, Comm. trib. Il grado di Salerno; ord. 15 giugno 1982, Comm. trib. I grado di Enna).

200

Con il d.p.r. 22 dicembre 1981, n. 856, nonostante il diverso punto di vista della Corte Costituzionale, (ord. 14-21 gennaio 1988, n. 47, in *Foro it.*, 1988; I, 2465) fu integrato il quarto comma dell'art. 50 del D.P.R. n. 597/1973.

A seguito delle modifiche introdotte dal D.P.R. n. 856/1981, recepite anche dal successivo art. 50 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (che tuttavia a differenza del precedente art. 50 del D.P.R. n. 597/73 non recita "fuori dal comune del domicilio fiscale" ma "fuori dal territorio comunale"), i rimborsi documentati per le spese di vitto, alloggio e viaggio per prestazioni rese fuori dal territorio comunale non formano più parte integrante del reddito imponibile (per i chiarimenti sull'applicazione delle modifiche introdotte dal D.P.R. n. 856, cfr. Circ. 30 gennaio 1982, n. 8, in *Collaborazione coordinata e continuativa, S.O. a Diritto e pratica del Lavoro n. 5 del 2.2.1998*, a cura di A. CASOTTI, M.R. GHEIDO, ed. IPSOA, p. 72 e "il fisco" n. 6/1982, p. 715).

Un'ulteriore puntata della "storia" dei rimborsi in esame è stata scritta dalla giurisprudenza, la quale si è interrogata sulla efficacia del D.P.R. n. 856/1981, e ne ha negato la natura retroattiva (cfr. Cass. sez. I, 5 marzo 1993, n. 2678, in *Foro it.*, 1993, I, 1864; id. 17 novembre 1992, n. 12297, in *Giur. imp.*, 1993, 247, con nota di F. ASTOLFI; Comm. trib. centr. 13 gennaio 1994, n. 111, in *Boll. trib. inf.*, 1994, p. 1220; *contra*, a condizione però che nei periodi precedenti al 1° gennaio 1982 le predette spese siano specificamente indicate in dichiarazione: Comm. trib. centr., 11.6.1998, n. 3291, in

Comm. trib. centr., 1998, I, 611; Id. 25 marzo 1998, n. 1623, *ibidem*, 415).

La risoluzione in commento rappresenta, dunque, l'ultima puntata della "storia" dei rimborsi in esame e reca alcune precisazioni, senz'altro condivisibili ma, forse del tutto pleonastiche, in quanto, come vedremo, deducibili dalla lettera della legge.

I chiarimenti dell'Amministrazione finanziaria sono stati sollecitati da una risposta ad un quesito, pubblicata su una nota rivista, nella quale si escludeva di poter estendere la disciplina dei predetti rimborsi anche alle collaborazioni coordinate e continuative rese da soggetti non residenti.

Siffatta opinione non è però condivisibile.

Infatti, dalla lettura dell'art. 50, non risulta che l'esclusione delle spese in questione dal reddito imponibile sia una prerogativa che riguarda unicamente i soggetti residenti.

L'art. 50, viceversa, non contiene alcuna specificazione in proposito, in quanto si limita a dettare alcune regole per la determinazione del reddito di una fra le tipologie di proventi di lavoro autonomo, non derivanti dall'esercizio di arti e professioni.

Invero anche i soggetti non residenti possono produrre redditi di collaborazione coordinata e continuativa di cui alla lettera a) dell'art. 49 del TUIR n. 917, sia nelle forme cosiddette tipiche (partecipazione a collegi e commissioni, sindaci, amministratori...), sia nelle forme "atipiche".

In entrambi i casi la determinazione dei redditi in questione seguirà le regole dettate dal legislatore nell'art. 50, comma 8, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, per la particolare categoria di proventi in esame.

Una diversa interpretazione dell'art. 50 sarebbe senz'altro criticabile in quanto introdurrebbe nell'ambito della disciplina della collaborazione coordinata e continuativa una nuova e diversa forma di discriminazione, rispetto a quella che il legislatore del 1981 ha inteso eliminare con il D.P.R. n. 856/1981.

Infatti, per effetto del diverso trattamento i collaboratori non residenti, rispetto ai lavoratori parasubordinati residenti, vedrebbero assoggettate a tassazione anche alcune somme che non rappresentano parte integrante del reddito, in quanto, a tutti gli effetti non rappresentano ipotesi di ricchezza nuova.

Si legittimerebbe, dunque, un trattamento difforme, per situazioni analoghe.

Siffatta soluzione, contrasterebbe quindi con il principio di non discriminazione in campo fiscale per effetto del quale legittimamente il trattamento fiscale dei soggetti non residenti può differire dal trattamento dei soggetti residenti, sempreché il differente trattamento non riguardi situazioni analoghe. (Sul principio di non discriminazione in campo fiscale e nell'ambito del diritto comunitario: F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998; C. SACCHETTO, *I divieti di discriminazione contenuti nell'art. 95 CEE*.

L'evoluzione dell'interpretazione della Corte di Giustizia Cee e l'applicazione nell'ordinamento italiano, in *Dir. e prat. trib.*, 1984, I, 499; L. DANIELE, *Il divieto di discriminazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.*, 1989, IV, 201; P. ADONNINO, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra Paesi membri secondo le norme Cee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1993, I, 65).

Peraltro, recentemente, un ulteriore intervento chiarificatore dell'Amministrazione finanziaria è stato caratterizzato dall'indifferenza circa la residenza o meno del collaboratore coordinato e continuativo.

L'Amministrazione finanziaria, sia pure ad altri fini, ha ritenuto di dover chiarire che un determinato trattamento fiscale, apparentemente limitato ai soli compensi derivanti da collaborazioni coordinate e continuative rese da soggetti residenti, riguarda invece gli stessi compensi anche nel caso in cui sono erogati a soggetti non residenti.

Così, con circolare 12 novembre 1998, n. 263/E (in *Riv. dir. trib.*, 1999, IV, 30, con nota di P. LUDOVICI) il Ministero delle finanze ha chiarito che la deducibilità dalla base imponibile IRAP dei compensi derivanti da collaborazione coordinata e continuativa, nonché di compensi per prestazioni di lavoro autonomo occasionale, disposte dal comma 1, nn. 2 e 3, dell'art. 11 del D.Lgs. 15 dicembre 1997 n. 446, è di natura oggettiva e, pertanto prescinde dalla circostanza che il collaboratore o il prestatore di lavoro autonomo occasionale sia o meno un soggetto residente in Italia.

L'amministrazione finanziaria, sia pure pronunciandosi su una questione diversa da quella oggetto della risoluzione in commento, ha equiparato le collaborazioni rese da soggetti residenti e da soggetti non residenti.

Anche in quell'occasione la ratio sottesa all'intervento ministeriale è certamente non discriminatoria: a fini IRAP, sarebbe del tutto arbitrario stabilire per il committente un diverso regime di deducibilità dei costi per prestazioni di lavoro con caratteristiche analoghe, a seconda della residenza fiscale del collaboratore.

Carla Lollo

2A) ITALY - MINISTRY OF FINANCE - REVENUE DEPARTMENT - CENTRAL OFFICE FOR LEGAL BUSINESS AND TAX CASES - CIRCULAR APRIL 11 2000 No. 47/E/2000761776

Vat - Intra-Community operations - Residents of other Eu Member States but without a permanent establishment or tax agent in Italy - Article 19 d.p.r. No. 633/72 - Not applied.

Article 38-ter d.p.r. No. 633/72 and m.d. May 20 1982 - These are applied even after amendments to article 19 d.p.r. No. 633/72 introduced with article 2, paragraph 1, legislative decree No. 313/97.

Reference to article 19 in article 38-ter - its function is only that of identifying conditions of tax deductibility.

Amendments relative to the terms within which the right to deduct Vat may be asserted, amendments to article 19 d.p.r. No. 633 October 26 1972 (establishing Vat) brought with article 2, paragraph 1, legislative decree No. 313 September 2 1997 are not applied to Community operators requesting Vat refunds under article 38-ter of the above mentioned d.p.r. No. 633/72 (that assimilated in Italy the EEC eighth directive).

These subjects shall continue to follow the provisions of article 38-ter and m.d. May 20 1982 also with respect to the terms; these articles allow them to request a refund on Vat paid in Italy for a period which will not be under three months and will not be over a year by presenting an application by June 30 of the year that follows the one for collecting the tax.

Article 38-ter of d.p.r. No. 633/72 refers to article 19 of the same decree only for the purpose of identifying the conditions to which Vat deduction should be subordinated (reference to the business activity, tax collectable by the tax Administration).

20

2B) ITALIA - MINISTERO DELLE FINANZE - DIPARTIMENTO DELLE ENTRATE - DIREZIONE CENTRALE PER GLI AFFARI GIURIDICI E PER IL CONTENZIOSO TRIBUTARIO - CIRC. N. 47/E/2000/61776 DELL'11 APRILE 2000

I.V.A. - operazioni intracomunitarie - soggetti domiciliati e residenti in altri Stati membri della Ue ma privi di stabile organizzazione e di rappresentante fiscale in Italia - art. 38-ter del D.P.R. n. 633/72 - esecuzione dei rimborsi - termini - art. 19 del D.P.R. n. 633/72 - non si applica.

Art. 38-ter del D.P.R. n. 633/72 e D.M. 20 maggio 1982 - si applicano anche dopo le modifiche apportate all'art. 19 del D.P.R. n. 633/72 dall'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 313/97.

Richiamo all'art. 19 da parte dell'art. 38-ter - ha il solo scopo di individuare la disciplina relativa alla sussistenza delle condizioni di detraibilità dell'imposta.

Le modifiche riguardanti i termini entro i quali può essere esercitato il diritto alla detrazione dell'Iva apportate dall'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 313 del 2 settembre 1997 all'art. 19 del D.P.R. n. 633 del 26 ottobre 1972, che ha istituito in Italia l'imposta sul valore aggiunto, non si applicano agli operatori comunitari che chiedono il rimborso dell'imposta ai sensi dell'art. 38-ter del predetto D.P.R. n. 633/72 (che ha recepito in Italia l'ottava Direttiva Cee).

Tali soggetti devono continuare ad attenersi anche in ordine ai termini alle disposizioni contenute nello stesso art. 38-ter e nel D.M. 20 maggio 1982, che consentono ai medesimi di chiedere il rimborso dell'Iva assolta in Italia in un periodo non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno presentando apposita istanza entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui l'imposta è divenuta esigibile.

L'art. 38-ter del D.P.R. n. 633/72 fa richiamo all'art. 19 dello stesso decreto soltanto al fine di individuare le condizioni alle quali deve essere subordinata la detrazione dell'Iva (inerenza all'attività economica, esigibilità dell'imposta da parte dell'Amministrazione).

1. Premessa

L'art. 2, comma 1, lettera *c-bis*), del D.L. 31 dicembre 1996, n. 699, convertito, con modifiche, dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30, ha modificato l'art. 26, comma 2, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, che consente al cedente del bene o al prestatore del servizio di operare la variazione in diminuzione dell'imponibile e dell'imposta in conseguenza di dichiarazioni di nullità, annullamento, revoca, risoluzione, rescissione e simili dei relativi contratti o per effetto di abbuoni o sconti previsti contrattualmente.

Alle suddette fattispecie, per effetto della modifica recata dal citato art. 2, comma 1, lettera *c-bis*), della L. n. 30 del 1997 di conversione del D.L. n. 669 del 1996, è stata aggiunta anche quella relativa al "mancato pagamento in tutto o in parte a causa dell'avvio di procedure concorsuali o di procedure esecutive rimaste infruttuose".

Successivamente, l'art. 13-*bis*, del D.L. 28 marzo 1997, n. 79, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 maggio 1997, n. 140, ha soppresso la parola "dell'avvio" contenuta nel comma 2 dell'art. 26 del D.P.R. n. 633 del 1972 e il comma 2 del medesimo art. 13-*bis* ha stabilito che la disposizione correttiva si applica "anche a tutte le procedure in corso e a quelle avviate a decorrere dalla data del 2 marzo 1997", data di entrata in vigore della citata L. n. 30 del 1997.

Per cui, a seguito delle suddette modifiche, il testo definitivo della nuova fattispecie inserita nel primo periodo del comma 2 dell'art. 26 del menzionato D.P.R. n. 633 del 1972 è il seguente: "per mancato pagamento in tutto o in parte a causa di procedure concorsuali o di procedure esecutive rimaste infruttuose".

Con l'eliminazione delle parole "dell'avvio", la condizioni dell'infruttuosità, che prima sorreggeva le sole procedure esecutive, deve intendersi, ora, riferita anche alle procedure concorsuali.

La suddetta disposizione risponde, quindi, ad esigenze equitative ed è volta a consentire al cedente del bene o prestatore del servizio di recuperare, attraverso il meccanismo della variazione in diminuzione in conseguenza dell'insolvenza del debitore e dell'infruttuosità dell'azione esecutiva, sia essa individuale che collettiva, esperita nei confronti dello stesso debitore, l'imposta versata anticipatamente all'Erario.

Si forniscono, pertanto, i chiarimenti necessari per una corretta applicazione della disposizione in argomento.

2. Presupposti

Occorre, preliminarmente, sottolineare che l'operatività della nuova disposizione legittimante la variazione in diminuzione è, innanzitutto, condizionata, analogamente alle disposizioni doganali possono essere ivi introdotti conformemente alla vigente normativa in materia.

L'automatica possibilità di utilizzare un deposito doganale anche come deposito Iva, peraltro, è un'agevolazione che non può prescindere dal rispetto delle caratteristiche doganali dello stesso.

Una particolare tipologia di deposito Iva è riconosciuta dallo stesso art. 50-bis, in relazione proprio all'ipotesi del *consignment stock* in cui il destinatario finale dei beni si identifica con lo stesso depositario.

La peculiarità di tale fattispecie consiste nel fatto che, pur trattandosi di deposito in conto terzi, l'introduzione dei beni per conto del cedente comunitario non determina un acquisto intracomunitario, che si realizza, invece, direttamente in capo al cessionario-depositario all'atto del prelievo.

Pertanto, non si ritiene che possa essere utilizzato il deposito Iva secondo la procedura prospettata dalla società istante, non essendovi identificazione tra titolare del deposito e soggetto (acquirente finale) che procede all'estrazione dei beni.

In merito, poi, all'ulteriore richiesta di utilizzare, in via alternativa, la fattispecie prevista dall'art. 39, comma 1, del predetto D.L. n. 331 del 1993, che prevede il differimento del momento impositivo ad una fase successiva all'arrivo dei beni in Italia, la scrivente, in linea di principio, non ha particolari obiezioni da formulare.

Infatti, in caso di *consignment stock*, come già affermato con risoluzione n. 235/E del 18 ottobre 1996 (in "il fisco" n. 40/1996, pag. 9705, n.d.r.), l'operazione deve ritenersi sottoposta ad una condizione sospensiva, in quanto la particolare natura giuridica del contratto in esame fa sì che il passag-

gio del diritto di proprietà si realizzi solo all'atto del prelievo dei beni da parte del cessionario.

Tuttavia, l'esistenza di detta condizione deve essere collegata alla circostanza che i beni, di proprietà del cedente, siano nella piena disponibilità del cessionario, ancorché custoditi per conto di quest'ultimo presso un terzo soggetto.

Peraltro, il cessionario sarà tenuto ad annotare in apposito registro, ai sensi dell'art. 39 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, i movimenti dei beni provenienti dall'altro Stato membro provvedendo, all'atto del prelievo degli stessi, all'adempimento di tutti gli obblighi connessi con l'acquisto intracomunitario.

3A) ITALY - MINISTRI OF FINANCE - REVENUE DEPARTMENT - CENTRAL OFFICE OF LEGAL BUSINESS AND TAX CASES - CIRCULAR NO. 66/E/2000/132906 OF 25/2/2000

Collection - Vat refunds - Issuing of guarantees in favour of the Tax Administration - Intra-Community enterprises qualified to operate in the financial sector - Conditions (article 38-bis d.p.r. no. 633/72; articles 106 and 107, legislative decree No. 385/93)

206

Article 38-bis d.p.r. No. 633/72 sets down that the taxpayer wishing to receive Vat refunds shall supply a special guarantee issued by a bank or insurance company or again by commercial enterprises giving adequate solvency guarantee.

Financial intermediaries registered in the special list as in article 107 of legislative decree dated 1/9/1993 No. 385 (Unified Code of banking laws) though not included either in the bank category or in the insurance company category, are subject to constant supervision by the Bank of Italy and therefore are to offer throughout the solvency guarantee required in article 38-bis of d.p.r. No. 633/72, unlike those registered in the 'ordinary list' as in article 106 of the same decree.

Merchant banks residing in other EU States can also give guarantees on Vat refunds if they have a permanent establishment or a tax agent in Italy and are registered, in the country in which the seat of the parent company is located, in a roll or list that ensures checks by the supervising bodies in the credit sector equivalent to those the Bank of Italy carries out according to the above mentioned article 107. ()*

3B) ITALIA - MINISTERO DELLE FINANZE - DIPARTIMENTO DELLE ENTRATE - DIREZIONE CENTRALE PER GLI AFFARI GIURIDICI E PER IL CONTENZIOSO TRIBUTARIO - CIRCOLARE N. 66/E/2000/132906 DEL 25/2/2000

Riscossione - rimborsi Iva - rilascio di garanzie fideiussorie in favore dell'Amministrazione finanziaria - imprese intracomunitarie abilitate ad

operare nel settore finanziario - condizioni (art. 38-bis D.P.R. n. 633/72; artt. 106 e 107, D.Lgs. n. 385/93)

L'art. 38-bis del d.p.r. n. 633/72 stabilisce che il contribuente che intende ottenere rimborsi Iva deve prestare apposita garanzia fideiussoria rilasciata da banche e da imprese assicuratrici, nonché da altre imprese commerciali che presentino adeguate garanzie di solvibilità.

Gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. 1/9/1993 n. 385 (Testo Unico delle leggi bancarie), pur non rientrando nella categoria delle banche né in quella delle imprese assicuratrici, sono sottoposti a costante vigilanza da parte della Banca d'Italia e pertanto offrono in permanenza, diversamente da quelli iscritti nell'elenco ordinario di cui all'art. 106 dello stesso decreto, le adeguate garanzie di solvibilità richieste dall'art. 38-bis del D.P.R. n. 633/72.

*Anche le imprese di intermediazione finanziaria residenti in altri Stati membri dell'Unione europea possono prestare fideiussioni a garanzia di rimborsi Iva purché abbiano una stabile organizzazione o un rappresentante fiscale in Italia e siano iscritte nel Paese in cui ha la propria sede la casa madre in un albo od elenco che assicuri controlli da parte di organi di vigilanza del settore creditizio corrispondenti a quelli attuati dalla Banca d'Italia a norma del citato art. 107. (**)*

Al fine di chiarire le numerose problematiche rappresentate dagli uffici, per l'esecuzione dei rimborsi Iva, ai sensi dell'art. 38-bis del D.P.R. n. 633 del 1972, circa il rilascio di garanzie fideiussorie da parte di società finanziarie, si precisa quanto segue:

L'art. 38-bis del citato D.P.R. n. 633 del 1972 ha, com'è noto, condizionato l'esecuzione del rimborso dell'eccedenza di imposta sul valore aggiunto alla prestazione di garanzia fideiussoria rilasciata da banche, da istituti o imprese di assicurazione e da imprese commerciali, richiedendo, per queste ultime, adeguate garanzie di solvibilità.

Al riguardo, con circolare n. 146/E del 10 giugno 1998 (in "il fisco" n. 25/1998, pag. 8466, n.d.r.) si è previsto che le predette imprese commerciali devono, per ogni singolo rimborso, essere autorizzate alla prestazione della garanzia, previa valutazione dei requisiti di solvibilità.

In proposito si forniscono con la presente circolare ulteriori istruzioni in merito al rilascio delle fideiussioni prestate dalle imprese commerciali.

Ravvisata l'esigenza dell'Amministrazione finanziaria di poter godere, nell'effettuazione dei rimborsi dei crediti d'imposta, di adeguate garanzie, riconosciute tali sulla base di criteri di uniformità ed obiettività, si ritiene di poter individuare i soggetti abilitati al rilascio di fideiussioni a favore dell'Amministrazione finanziaria, tenendo conto anche della disciplina in materia bancaria e creditizia, di cui al D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (testo unico bancario).

Si rammenta che relativamente ai soggetti cui è consentito rilasciare garanzia fideiussoria "in tutti i casi in cui è prevista la costituzione di una cau-

zione in favore dello Stato", la normativa generale recata dalla L. 10 giugno 1982, n. 348, tuttora vigente in quanto non abrogata né espressamente né implicitamente dal D.Lgs. n. 385 del 1993, individua nelle banche e assicurazioni i soli soggetti abilitati.

L'art. 38-*bis* del D.P.R. n. 633 del 1972, che si configura come disciplina specifica, estende l'ambito soggettivo all'impresa commerciale, prescrivendo, tuttavia, come si è già detto, la prestazione di "adeguate garanzie di solvibilità" rimesse alla valutazione dell'Amministrazione finanziaria.

Al riguardo si precisa che il concetto di impresa commerciale di cui al citato art. 38-*bis*, deve oggi essere rivisto alla luce delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 385 del 1993 che ha disciplinato le imprese operanti nel campo finanziario.

Il citato D.Lgs. n. 385 del 1993, infatti, individua i soggetti che possono operare nel settore finanziario (riprendendo i principi dettati dagli artt. 6 e 7 della L. 5 luglio 1991, n. 197, cosiddetta legge antiriciclaggio), con gli artt. 106 e 107, che definiscono due specifiche categorie di intermediari finanziari:

a) (art. 106) intermediari finanziari iscritti in un apposito elenco generale tenuto dal Ministero del tesoro che si avvale dell'Ufficio italiano cambi, soggetti soltanto ai controlli relativi ai requisiti formali richiesti per l'iscrizione nel registro stesso;

b) (art. 107) intermediari finanziari iscritti, oltre che nell'elenco generale di cui all'art. 106, nell'elenco speciale tenuto dalla Banca d'Italia (art. 107), individuati, previa determinazione da parte del Ministero del tesoro, sentite la Banca d'Italia e la Consob, mediante criteri oggettivi riferibili all'attività, alla dimensione e al rapporto tra indebitamento e patrimonio.

In particolare, si rileva che gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale tenuto dalla Banca d'Italia (art. 107), sono soggetti a vigilanza, da parte di tale organo, assicurando in tal modo una corretta valutazione degli elementi necessari inerenti all'adempimento dell'obbligazione assunta dall'impresa commerciale nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

Si ritiene, pertanto, che la predetta disciplina e gli strumenti di controllo ivi previsti, possano assicurare pienamente l'adeguatezza delle garanzie che vengono prestate per l'esecuzione di rimborsi di imposte.

Dall'esame quindi delle disposizioni contenute nella L. n. 348/1982 e di quelle contenute nei citati artt. 106 e 107 del D.Lgs. n. 385/1993, si può evincere che i soggetti iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107, sottoposti a costante vigilanza, presentano le caratteristiche necessarie per poter considerare adeguate le garanzie di solvibilità di cui all'art. 38-*bis* del D.P.R. n. 633 del 1972 per le fidejussioni dagli stessi rilasciate.

Gli uffici richiederanno, al fine della concreta verifica della sussistenza

dei requisiti sopra descritti, la certificazione attestante l'iscrizione nell'elenco speciale di cui al citato art. 107 del D.Lgs. n. 385/1993.

Quanto ai soggetti iscritti nel predetto art. 106, che intendono prestare garanzie a favore dell'Amministrazione finanziaria, al fine di consentire l'individuazione degli intermediari in possesso dei requisiti di solvibilità diversi da quelli formali, gli stessi dovranno produrre apposita istanza all'ufficio competente per ogni singola garanzia da rilasciare. Gli uffici predisporranno, di volta in volta, le relative istruttorie.

Fra gli elementi che andranno esaminati, oltre al preventivo controllo relativo agli adempimenti tributari e contributivi dovranno essere richiesti inderogabilmente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi da cui risulti un patrimonio che costituisca sufficiente garanzia per l'Erario, lo statuto, che deve prevedere l'esercizio dell'attività di rilascio di fideiussioni, nonché un prospetto da cui risultino analiticamente i rimborsi d'imposta già garantiti.

Ulteriori controlli potranno essere attivati secondo la procedura prevista dagli artt. 63 del D.P.R. n. 633/1972 e 33, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973, con riferimento all'acquisizione di dati e informazioni in possesso dei Comandi regionali o provinciali della Guardia di finanza.

L'impresa sarà autorizzata al rilascio della garanzia dietro prestazione, per ogni singola fideiussione, di apposita cauzione in titoli di Stato, per un importo pari al 50 per cento di quello della stessa fideiussione, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera a), della L. n. 438 del 1982, vincolata a favore dell'ufficio competente.

Con l'occasione si richiama l'attenzione degli uffici sulla puntuale osservanza delle disposizioni impartite con circolare n. 146/E del 10 giugno 1998 circa i controlli relativi al documento fideiussorio.

Imprese comunitarie

Per quanto riguarda le imprese comunitarie, aventi sede stabile in Italia o che abbiano un rappresentante residente nel territorio dello Stato e operanti nel settore dell'intermediazione finanziaria, si ritiene che la garanzia di solvibilità potrà essere rappresentata dalla certificazione prodotta dalla casa madre ed attestante la rispondenza ai controlli degli organi di vigilanza del settore creditizio dei rispettivi Paesi, corrispondente al controllo attuato dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. n. 385/1993.

Per le imprese di assicurazioni l'autorizzazione al rilascio di polizze fideiussoria è condizionata al rispetto delle disposizioni contenute nel D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 175 che recepisce la Direttiva n. 92/49/CEE in materia di assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita. Le stesse dovranno essere in regola con le norme che disciplinano la vigilanza ed i controlli sul settore assicurativo da parte dell'ISVAP.

Pertanto, le imprese di assicurazione dovranno produrre tutti i documenti di volta in volta richiesti dall'ISVAP sempre corredati dalla traduzione in lingua italiana autenticata, al fine di agevolare la vigilanza ed il controllo da parte dei competenti organi italiani.

Va infine rilevato che le banche, operanti nella Comunità europea, sono abilitate ad esercitare prestazioni di fideiussioni in Italia, in base alle disposizioni di libera prestazione di servizi di cui al Titolo II, Capo II, del D.Lgs. n. 385/1993, essendo le stesse sottoposte a vigilanza da parte delle corrispondenti autorità del Paese di origine ai sensi della citata normativa.

(*) Note

With the above Circular the Italian Ministry of Finance re-addresses the problems of granting the issuing of guarantees on Vat refunds by intra-Community financial operators. Compared to previous interventions (Res. No. 286/E/VI-12-3603 of 22/12/1995 confirmed by the protocol note No. VI-12-3280/97 of 28/1/1998), the stance taken by the Ministry is without doubt more open, seen that with the previous rulings, financial companies of the Community qualified to operate in Italy under articles 106 and those that followed, of legislative decree 385/93, were treated as normal commercial enterprises and under an obligation to pay: 'a special deposit in state bonds or in bonds guaranteed by the state for an amount corresponding to the refund'. In Circular No. 66/E, these subjects are granted substantially the same treatment as banks and insurance companies, if the merchant banks in question are registered in a list in the country of origin corresponding to the special list established under article 107 of legislative decree No. 385/93.

Article 38 of d.p.r. No. 633/72 lays down that the taxpayer shall supply a guarantee to the Office that issues Vat refunds by giving a special deposit which can be in various forms. Alongside the guarantee given 'by a commercial enterprise that the Tax Administration considers as offering adequate solvency rating', the deposit may be given by 'fidejussion issued by a banking company, including the agricultural and merchant banks listed in c.1, article 38.' Moreover, article 38, paragraph 1, of the same decree establishes that the taxpayer can make deposits of the same tax payable to: 'one of the banking companies indicated in article 54 of the regulations on the administration of the patrimony and the accounting of the State approved by r.d., 23/5/1924 No. 827, or to one of the agricultural and merchant banks listed in r.d. 26/8/1937 No. 1706, amended by 1. 4/8/1955 No. 707, for assets not under 100 million Lire'. Finally, article 54, paragraph 3, r.d. No. 827/24 allows the following to give guarantees in favour of the state: state-owned banking companies, banks of national interest, credit banks with assets (paid-up cap-

ital and reserves) not inferior to 300 million Lire and savings banks, pawn agency of 1st category and co-operative banks with assets not inferior to 100 million Lire'. It should then be noted that, under article 1 of Law 10.6.1982 No. 348, deposits for the State may be bank fidejussions issued by credit banks as in article 5 of R.D.L. 12.3.1936 No. 375 and amendments that followed.

If one considers the matter in detail, the dictate in the above mentioned norms, for the part in which they refer to subjects operating in the credit sector, should be considered as superseded by the provisions that followed with legislative decree 1/9/1993 No. 385 (New Unified Code of laws in banking and credit), laws that have completely supplanted the pre-existing regime through a re-defining of credit regulations that observes the guidelines offered by the EC Council's Directive No. 89/646/EEC of 15/12/1989 (the so-called second directive for banks).

With reference to the above mentioned revision, with article 161, legislative decree No.385/93, the entire r.d.l. No. 375/36 (better known as 'banking law') has been expressly repealed; there is a new regime on credit in all its forms which makes a distinction between 'banking business' and 'financial business'. From this point of view, it should be noted that article 10 of the Unified Code No. 385/93 defines as 'banking business': 'the collection of savings from the public and the running of a credit business' reserving this service to banks. On the other hand, the decree of the Minister of the Treasury of 6.7.1994, in spelling out the 'financial activities' as in paragraph 1 of article 106 of the unified Code No. 385/93 establishes in article 2 that: 'for financing activities of any kind, it should be intended the authorization of credit including the issuing of guarantees substituting credit and of underwriting commitments', also mentioning the following: '...(omissis)...f) the issuing of fidejussions, of backing, confirmed opening of credit, acceptances, endorsements, and commitment to lending.' It follows that, in the current legislation on banking and lending, the practice of guarantees does not come under the just mentioned legal definition of 'banking' but primarily under that of financial enterprises. Obviously, proper 'banks' are also able to run 'any other type of financial activity', alongside banking proper (article 10, paragraph 2 of the unified code) but this activity is merely complementary to banking which is run as a main activity and should therefore be run separately.

A comparative analysis of the old and new regime on credit activities will therefore highlight that the above referred to tax legislation in matter of limitations for the acceptance of guarantees by the Tax Administration is now emptied of its preceptive content, seen that all the legal entities that this legislation referred to indirectly are no longer in place. Particularly, references contained in the quoted article 38-bis of d.p.r. No. 633/72 and in article 54 of r.d. No. 827/24 to banks of national interest, and credit institutions, savings

banks, 1st category pawn agencies and co-operative banks with assets over certain a certain limit are to consider themselves no longer in operation, following the repealed act of the so-called 1936 'banking law'. And therefore, also article 1 of the quoted L. No. 348/82 in matter of deposits in favour of the State, that referred to article 5 of r.d. No. 375/36, is to be considered 'emptied' of its contents. Thus, the reference made by other laws to subjects operating in the credit sector is to be intended as referring to the only current regime left in this area, legislative decree No. 385/93. And even when dealing specifically with the issuing of fidejussions, reference is to be made to the entities that the new regulations recognise as being competent in the matter: Italian and foreign financial enterprises qualified to operate under article 106 and ff. of the Unified Code No. 385/93.

Thus, the Circular in question, though improving matters compared to the praxis established in the past - found in the ministerial notes quoted in the opening - since it does not completely exclude financial enterprises from the category of subjects benefiting from a full and unlimited qualification to supply guarantees in favour of the revenue authorities, does state a limitation of registration in the special list as in article 107 of the quoted Unified Code and, as for Community enterprises, it makes the granting of this legitimisation conditional upon a not-better-defined subjection to (subjection which is certified by the credit authorities of the country in which the parent company has its seat) control corresponding to the type Italy provides for with respect to the activity of financial enterprises registered in the special list.

212

The journey by which the Ministry of Finance comes to this solution does not appear totally consistent seen from a systematic point of view, since it does not wholly interpret the contents of article 38-bis in the light of the overall meaning of the new regime on credit and instead, it seems overly preoccupied with establishing objective and effective criteria for assessing the credit standing of guarantors, considering the case of financial enterprises in isolation and applying tools that are pragmatic rather than being of legal derivation. The conclusion that can be inferred from this does leave room for doubts, since the argument seems to be one which would distinguish between the above mentioned enterprises and other enterprises operating in the banking sector (banks), which means that the former group can give guarantees only in the presence of certain additional requisites which are not provided for in the normal scheme.

However, a closer look into the matter would soon reveal that a different interpretation of the rules above mentioned, even admitting that this reconstruction would be practicable only following domestic law, could lead to a clash with the Community's freedom of establishment and with the prohibition to discriminate enterprises of other Member States. And indeed, by including the 'issuing of guarantees and underwriting commitments', article 1,

paragraph 2, letter f), point 6), of the Unified Code No. 385/93 has qualified said subjects to carry on in Italy all the activities for which they have already received official authorization in their country of origin and has not contemplated any limitation in respect of the carrying on of said activities. Therefore, any contrary national provision, even where an express repeal is missing, should be considered tacitly repealed under article 161, paragraph 4 of the same Unified Code by reason of incompatibility with the letter and the meaning of the frequently mentioned Unified Code, and by reason of its discriminatory nature. It is therefore illegitimate according to the Treaty of Rome: articles 43 (formerly 52) on the right of establishment and 49 (formerly 59) on the freedom to provide services.

From a more general point of view, it should be pointed out that provisions in l. No. 348/82 concerning guarantees in favour of the State and other public bodies, as well as not being in force since the express repeal of the norms to which it referred, are, in any case, incompatible with the recent regime (it too of Community derivation) introduced in matter of public-sector contracts, passed in Italy with legislative decree 17.3.1995 No. 157, that assimilated the EEC Directive No. 92/50. In this respect, it should be pointed out that the provisions highlighted above have had all their barriers removed, obstacles which impeded immediate access to private bodies negotiating with public entities. And, in this regard, article 17 of legislative decree No. 157/95 sets down that: 'bidders registered in official lists of providers of services can present to the adjudicating administration, for each contract, a certificate of registration showing the references allowing them access to registration and consequent classification.' (paragraph 1); moreover it is specified that: 'registration of a provider of services in one of the lists reported in paragraph 1, certified by the authority that established the list serves the adjudicating administration as a presumption of qualification to provide services, corresponding to classification of the registered tenderer'. Following a recent interpretation carried out by the Legal Service of the Italian Banking Association (Circ. 7/8/1995 No. 27), 'as regards banking, registration in the banking rolls provided for by the Unified Code, banks (article 13), groups (article 64) and merchant banks (articles 106-107) can serve as proof for such qualification' considering that for the purpose of entering negotiation no further selection procedure or authorisation is required. Though conceived to govern relations in matter of supply of services for public bodies, the principle identified in the quoted article 17 cannot be made to refer to relations (that are specular) in which those public bodies act as beneficiaries of the financial provision (as happens with guarantees) otherwise we would have the absurd result of a Tax Administration that is unable to receive guarantees from those parties whom - looking at this from the opposite angle - the same Administration is qualified to negotiate with in its capacity as warranted subject.

() Nota redazionale**

Con la circolare sopra riportata il Ministero delle Finanze italiano torna ad occuparsi dei problemi concernenti la legittimazione al rilascio di fideiussioni a garanzia dei rimborsi Iva da parte di operatori finanziari intracomunitari. Rispetto ai precedenti interventi (Ris. n. 286/E/VI-12-3603 del 22/12/1995 confermata dalla successiva nota prot. n. VI-12-3280/97 del 28/1/1998), l'atteggiamento assunto dal Ministero è sicuramente di maggiore apertura nei loro confronti, posto che mentre nelle precedenti pronunce le imprese finanziarie comunitarie abilitate ad operare in Italia a norma degli artt. 106 e seguenti del D.Lgs. 385/93 erano trattate alla stregua di normali imprese commerciali e tenute a prestare di volta in volta "apposita cauzione in titoli di Stato o garantiti dallo Stato per un valore adeguato all'importo da rimborsare", nella circolare n. 66/E viene riconosciuta a tali soggetti, sia pure subordinatamente all'iscrizione nel loro Paese di provenienza in albi o elenchi equivalenti all'elenco speciale istituito a norma dell'art. 107 del D.Lgs. n. 385/93, una sostanziale equiparazione alle banche ed alle imprese di assicurazione.

L'art. 38-*bis* del D.P.R. n. 633/72 prevede in materia che il contribuente possa garantire l'Ufficio competente ad erogare rimborsi Iva prestando apposita cauzione in varie forme. Oltre alla fideiussione assicurativa ed all'analoga garanzia prestata "da una impresa commerciale che a giudizio dell'Amministrazione finanziaria offra adeguate garanzie di solvibilità", la cauzione può essere prestata mediante "fideiussione rilasciata da un'azienda o istituto di credito, comprese le casse rurali e artigiane indicate nel c. 1 dell'art. 38". A sua volta, l'art. 38, comma 1, dello stesso decreto stabilisce che il contribuente può effettuare i versamenti della stessa imposta "ad una delle aziende di credito di cui all'art. 54 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato approvato con R.D. 23/5/1924 n. 827, ovvero ad una delle Casse rurali ed artigiane di cui al R.D. 26/8/1937 n. 1706, modificato con la L. 4/8/1955 n. 707, avente un patrimonio non inferiore a Lit. 100 milioni". Infine, l'art. 54, comma 3, del R.D. n. 827/24 ammette a prestare fideiussione a favore dello Stato "gli istituti di credito di diritto pubblico e le banche di interesse nazionale, nonché le aziende di credito ordinario aventi un patrimonio (capitale versato e riserve) non inferiore a Lit. 300.000.000= e le casse di risparmio, i Monti di credito su pegno di 1ª categoria e le banche popolari aventi un patrimonio non inferiore a Lit. 100.000.000=". Va poi ricordato che, in virtù dell'art. 1 della L. 10.6.1982 n. 348, le cauzioni a favore dello Stato possono essere costituite da fideiussioni bancarie rilasciate dalle aziende di credito di cui all'art. 5 del R.D.L. 12.3.1936 n. 375 e successive modificazioni.

A ben vedere, il disposto di tutte le predette norme, per la parte di esse in cui si fa riferimento ai soggetti operanti nel settore del credito, dovrebbe

ritenersi superato dalle successive disposizioni del D.Lgs. 1/9/1993 n. 385 (nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), che hanno integralmente soppiantato la preesistente disciplina della materia operando una definitiva ricognizione e sistematizzazione dell'ordinamento sezione del credito nel rispetto delle indicazioni della Direttiva del Consiglio delle Ce n. 89/646/CEE del 15/12/1989 (c.d. seconda direttiva banche).

In proposito va osservato che, nell'ambito dell'anzidetta revisione, l'art. 161 del D.Lgs. n. 385/93 ha espressamente abrogato l'intero R.D.L. n. 375/36 (meglio noto come "legge bancaria"), disciplinando *ex novo* l'esercizio del credito in ogni sua espressione e distinguendo in tale ambito tra "attività bancaria" e "attività finanziaria". Da questo punto di vista, può osservarsi che l'art. 10 del T.U. n. 385/93 definisce come attività bancaria "l'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito", e ne riserva l'esercizio alle "banche". Per contro, il decreto del Ministro del tesoro 6.7.1994, nello specificare il contenuto delle "attività finanziarie" di cui al comma 1 dell'art. 106 T.U. n. 385/93, stabilisce all'art. 2 che "per attività di finanziamento sotto qualsiasi forma si intende la concessione di crediti ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegno di firma", menzionando altresì, nell'elenco che ne segue, "... (*omissis*) ... f) il rilascio di fideiussioni, avalli, aperture di credito documentarie, accettazioni, girate nonché impegni a concedere credito". Ne deriva che, nella vigente legislazione in materia bancaria e creditizia, la prestazione di garanzie fideiussorie non rientra nella anzidetta nozione giuridica di "attività bancaria", ma, anzi, è affidata in via principale alle imprese finanziarie. Ovviamente, anche alle "banche" vere e proprie è consentito l'esercizio, oltre all'attività bancaria, di "ogni altra attività finanziaria" (art. 10, comma 2, T.U.), ma tale facoltà è ad esse attribuita in via meramente complementare ed accessoria rispetto all'attività bancaria esercitata a titolo principale e, comunque, deve essere svolta in forma separata.

Dall'esame comparato del nuovo e del vecchio regime delle attività creditizie risulta, pertanto, che la richiamata normativa fiscale in materia di limitazioni all'accoglimento di garanzie fideiussorie da parte dell'Amministrazione finanziaria è rimasta priva del suo contenuto precettivo, essendo venute meno tutte le figure giuridiche dalla stessa indirettamente richiamate. In particolare, i richiami contenuti nel citato art. 38-*bis* del d.p.r. n. 633/72 e nell'art. 54 del R.D. n. 827/24 alle banche di interesse nazionale, nonché alle aziende di credito ordinario, alle casse di risparmio, ai monti di credito su pegno di 1^a categoria ed alle banche popolari aventi un patrimonio superiore a determinati limiti quantitativi devono ritenersi non più operanti, stante l'integrale abrogazione della c.d. "legge bancaria" del 1936. E quindi anche l'art. 1 della citata L. n. 348/82 in materia di cauzioni a favore dello Stato, che faceva specifico rinvio all'art. 5 del R.D. n. 375/36, deve ritenersi "svuotato" del

proprio contenuto. Di talché il richiamo fatto da altre norme di legge a soggetti operanti nel settore creditizio non può che intendersi riferito al solo regime in oggi vigente in materia: quello disciplinato dal D.Lgs. n. 385/93. Ed anche con specifico riferimento al rilascio di fideiussioni non può che farsi ricorso alle figure cui la nuova normativa riconosce una specifica professionalità in materia: le imprese finanziarie italiane e straniere abilitate ad operare a norma degli artt. 106 ss. del T.U. n. 385/93.

Pertanto, la circolare in commento, seppure migliorativa rispetto alla prassi consolidatasi nel passato ed espressa nelle note ministeriali citate in apertura poiché non esclude completamente le imprese finanziarie dal novero dei soggetti fruanti di una abilitazione piena ed illimitata a prestare garanzie fideiussorie in favore dell'Erario, ne circoscrive l'ambito a quelle iscritte nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del citato T.U. e, per le imprese comunitarie, subordina il riconoscimento di tale legittimazione ad una non meglio precisata soggezione (certificata dalle autorità creditizie del Paese ove ha sede la casa madre) a controlli equivalenti a quelli previsti in Italia nei confronti delle imprese finanziarie iscritte nell'elenco speciale.

Il percorso con il quale il Ministero delle Finanze perviene a tale soluzione non sembra pienamente coerente sotto il profilo sistematico poiché non opera una completa ricostruzione dei contenuti dell'art. 38-bis alla luce della portata complessiva della nuova disciplina delle attività creditizie ma, nella assorbente preoccupazione di prevedere criteri oggettivi ed efficaci per valutare l'affidabilità dei soggetti garanti, analizza isolatamente il caso delle imprese finanziarie sulla scorta di strumenti più pragmatici che giuridici. La conclusione che emerge da tale modo di argomentare ingenera non poche perplessità, poiché differenzia le dette imprese dalle altre imprese operanti nel settore creditizio (le banche) subordinando la loro legittimazione a prestare le garanzie in discorso alla verifica della sussistenza di requisiti aggiuntivi non previsti nello schema normale della fattispecie.

Ma, a ben vedere, una diversa interpretazione delle norme citate, anche a voler ammettere la sua praticabilità alla stregua del solo diritto nazionale, potrebbe risultare in contrasto con le prescrizioni comunitarie in materia di libertà di stabilimento e divieto di discriminazione delle imprese appartenenti ad altri Stati europei sancite dal Trattato di Roma. Ed invero, nell'includere tra le "attività ammesse al mutuo riconoscimento" il "rilascio di garanzie ed impegni di firma", l'art. 1, comma 2, lettera f), punto 6), del T.U. n. 385/93 ha abilitato tali soggetti a svolgere in Italia tutte le attività per le quali essi hanno già ricevuto formali autorizzazioni nello Stato di origine e non ha subordinato ad alcuna particolare limitazione l'esercizio di tali attività nei confronti dello Stato. Di talché ogni contraria disposizione nazionale, anche se non abrogata espressamente, dovrebbe comunque considerarsi abrogata tacitamente ai sensi dell'art. 161, comma 4, dello stesso T.U. perché incompatibi-

le con la lettera e con lo spirito del T.U. più volte citato, siccome discriminatoria e, quindi, illegittima, ai sensi dell'art. 43 (già 52) sul diritto di stabilimento e 49 (già 59) sul diritto di libera prestazione di servizi del Trattato di Roma.

In linea di carattere più generale, occorre poi sottolineare che le disposizioni contenute nella L. n. 348/82 in tema di garanzie fideiussorie in favore dello Stato e degli altri Enti pubblici, oltre ad essere rimaste inoperanti per effetto dell'intervenuta espressa abrogazione delle norme alle quali essa faceva rinvio, sono comunque incompatibili con la recente disciplina (anch'essa di origine comunitaria) introdotta in materia di appalti di servizi pubblici, adottata in Italia con D.Lgs. 17.3.1995 n. 157, che ha recepito la Direttiva Cee n. 92/50. A questo proposito, va segnalato che con le disposizioni cennate sono state rimosse tutte le barriere che si frapponevano all'accesso immediato alla contrattazione dei privati con gli enti pubblici. Ed in tal senso, all'art. 17 del D.Lgs. n. 157/95, si è stabilito che "i concorrenti iscritti in elenchi ufficiali di prestatori di servizi possono presentare all'amministrazione aggiudicatrice, per ogni appalto, un certificato d'iscrizione indicante le referenze che hanno permesso l'iscrizione stessa e la relativa classificazione" (comma 1), precisandosi che "l'iscrizione di un prestatore di servizi in uno degli elenchi di cui al comma 1, certificata dall'autorità che ha istituito l'elenco, costituisce, per le amministrazioni aggiudicatrici, presunzione d'idoneità alla prestazione dei servizi, corrispondente alla classificazione del concorrente iscritto". Secondo una recente interpretazione del Servizio legale dell'Associazione Bancaria Italiana (Circ. 7/8/1995 n. 27), "per quanto attiene all'attività bancaria, la dimostrazione di una siffatta idoneità può essere offerta pertanto dalla iscrizione negli Albi bancari previsti dal T.U. con riferimento alle banche (art. 13), ai gruppi (art. 64) ed agli intermediari finanziari (art. 106-107)", non essendo richiesta ai fini dell'ammissione alla contrattazione alcuna ulteriore procedura di selezione o di autorizzazione. Pur essendo concepito per disciplinare i rapporti di fornitura di servizi in favore degli enti pubblici, il principio individuato nel citato art. 17 non può non riferirsi anche ai rapporti (speculari) in cui gli enti pubblici assumono la veste di beneficiari della prestazione finanziaria (come avviene, per l'appunto, nel caso di garanzie fideiussorie), verificandosi altrimenti l'assurda conseguenza della impossibilità per l'Amministrazione di ricevere garanzie da soggetti con i quali, per il verso opposto della richiesta delle medesime prestazioni, essa è abilitata a contrarre in veste di soggetto garantito.

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

On moving head office or fiscal domicile abroad

Stefania Fumarola

Law No.85 of March 22 1995, introducing article 20-bis (1) in the Unified Code for direct taxation no. 917 of 1986, has tried to put an end to the heated controversy over a large-scale phenomenon, the one which manifests itself with the 'removing of taxable capacity from taxation'.

Before we go into an analysis of this rule, it would serve our purpose to look at the questions this same rule raises, both of an objective and subjective nature.

1) From an objective point of view, the choice to transfer the head office or fiscal domicile abroad may not be exclusively dictated by the tax benefits one expects to attain, but one may also be driven by particular economic strategies pursuable through such a transfer.

2) From a subjective point of view, there is a kind of 'discrimination between natural persons carrying on a business activity and other subjects'. In this last respect, excluded are those subjects carrying on a business which is different to the one just mentioned, and this clashes with article 52 of the Treaty of Rome (right of establishment) which makes express reference to both professional and business activities. It also goes against article 58 of the same Treaty which, for the purposes of applying the provisions set down with respect to the principle of establishment, puts companies on a same level as natural persons who are EC nationals (2).

This is the context in which we find cross-border company operations such as mergers, split-ups, contributions of capital; for these com-

221

(1) Article 20-bis reads as follows: 1. Transfer abroad of the fiscal domicile or of the head office of entities carrying on a commercial business, involving loss of domicile for the purposes of income taxation, amounts to valuation of the business components at normal value, except when these components have merged in a permanent establishment within the territory of the State. The same provision is applied if the components that have merged in a permanent establishment located within the territory of the state are later withdrawn. Profits connected to permanent establishments abroad are, at any rate, considered realised at their normal value. Article 16, paragraph 1, letter g is applied to individual concerns. Funds for deferment of tax, including those that are taxable in case of distribution, entered in the last balance before transferring the head office or fiscal domicile, are subjected to taxation for the part which has not gone to make up the assets of the above mentioned permanent establishment.

(2) Saverio Capolupo in *'Trasferimento di sede all'estero'*, 'il fisco', 23/95.

panies the criteria that connects them to the territory of the State, the fundamental elements for the purposes of a fiscal domicile, are constituted by two different types of head office (the registered office of a company and its administrative centre) and by the principal object of the business in the territory. International mergers are often seen in conjunction with a loss of fiscal domicile due to the transfer of the head office, but in fact it should be noted that for such a loss to come about, all three elements that make up the definition of fiscal domicile should be missing and not just one. Fiscal domicile determines the territorial field of tax legislation, the connection criteria identifying those persons to be subjected to that same legislation. These are fundamental requisites for determining worldwide income - for those who are residents this is made up of the income wherever it may have been produced - and for non residents, the income to consider will be limited to that produced in the State. The reason for the presence of both concepts in article 20-bis, that of head office and that of fiscal domicile, is that with the former, one refers to legal persons and, with the latter, to natural persons. In this respect, if one carefully examines article 87 of D.P.R. 917/86, one can infer that the definition 'head office' is implicitly included in that of 'fiscal domicile'.

222

Indeed, the article in question reads as follows: 'those companies and bodies that for most of the tax period have had their head office or administrative centre or principal object of their business in the territory of the State will be considered resident for the purposes of income taxation on legal persons.' (3) Then, the possibility of leaving the national territory with the consequent attribution of non resident status to both natural persons (Italian nationals) and legal persons leads to a series of rules not being applied (no withholdings, no obligation to keep accounts) but, most of all, the main consequence of adopting non resident status means that Irpef (income tax for natural persons) and Irpeg (income tax on legal persons) will only be levied on income produced in Italy and not on the worldwide income produced. (4) The risk the Italian tax authorities find themselves faced with is therefore obvious: an enormous loss of revenue due to transferring abroad a head office or a fiscal domicile clearly

(3) In this respect see Montecamozzo, *Trasferimento della residenza all'estero*' Bollettino tributario, 5/95.

(4) See Nuzzo in *Le conseguenze fiscali del trasferimento di residenza all'estero delle persone fisiche*, Finanza e Fisco 1995; Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè editoriale May-June 1996.

for avoidance purposes. (5) At any rate, the intention of the law-maker with the new provision is to avoid: 'that the transfer abroad of the head office or domicile for the purposes of income tax becoming solely a device - which, moreover, is not prohibited by any rule - used to escape Italian taxes.' (6)

Therefore, with the above mentioned transfer, Italy loses the possibility of taxing the foreign income that the newly-become non resident company directly produces abroad and, with article 20 bis the law-maker intends to tax profits arising with the permanent establishment that the ex resident company realises abroad. (7)

What has been said is even more obvious, if one considers that when transferring abroad, a company loses its fiscal residence in Italy and stays in the State through its permanent establishment. The assets that remain in Italy, because of the criterion of the force of attraction of the permanent establishment (8), even if not directly connected with the activity of that same permanent establishment are not recovered for taxation. A different situation arises with assets of a company that has transferred abroad without setting up a permanent establishment in the State. In this case, assets are subjected to taxation and are considered as having been realised for their normal value. (9)

In the case of transfer of the head office abroad what certainly needs addressing is the debate on which head office should be taken as reference, whether the registered office or the administrative centre. In this respect, authoritative writings in jurisprudence point out that the registered office, is the one to consider, that is, the head office indicated in the articles of association, and that any transfer of the head office, of the management and control centre is completely irrelevant. There is also, however, the distinguished opinion of those who believe that in the presence of certain requisites provided for by articles 2505 and 2506 of the

(5) See Fiorentini, *Effetti del trasferimento all'estero della sociale*, Corriere tributario, no. 24/95.

(6) Terracciano still on the subject of: *Trasferimento di sede all'estero*, article appearing in the Corriere Tributario, no. 16/95.

(7) In this regard see Mayr, *effetti del trasferimento della sede all'estero*, Corriere tributario 1995, page 2707.

(8) See articles 112-113 of the unified Code of Income Taxation.

(9) On this subject see Varazi, *Reddito d'impresa e trasferimento di sede all'estero*, Rassegn aTributaria 1995, page 687.

civil code, companies formed abroad should be taxed according to Italian law and any change to the corporate life (10), such as is considered a transfer of the head office, is necessarily connected to the provisions of articles 2369 and 2437 of the civil code, (11) in this case the place of business would obviously be relevant. Allowing the transfer of the legal address of the company abroad means acknowledging the continuity of the company, which even article 2509 of the civil code does not forbid: 'companies formed in the territory of the State, even if the object of their business is abroad are subjected to Italian law provisions.'

This idea has been put forward by those who regard the legal address of the company a prerequisite for the criterion of the place of formation, and who also believe the transfer abroad does not entail a change in the laws governing the company. According to others, instead, the company not keeping in Italy at least one of the elements provided for by article 2505 of the civil code, will lose its nationality with the consequence that it will no longer be governed under Italian commercial law. (12)

A judgement by the Court of Turin (13) might be helpful in showing

224

(10) Article 2505 reads as follows: 'Companies formed abroad, having their management headquarters or the principal object of their business within the territory of the State, are subject to all provisions of Italian law, including those with respect to the requisites for the validity of the articles of association; and article 2506: 'Companies formed abroad, which have set up within the territory of the State one or more branches with permanent representatives, are subjected, for each of their branch, to the provisions of Italian law in matter of registration of the constituting instrument in the register of companies and of the publication of the balance sheet, and shall publish the surnames and names of those that permanently represent the company in the territory of the State and register their signatures. With reference to branches, they are also subjected to the provisions governing enterprises.'

(11) Article 2369 lays down that: ...the favourable vote of as many members as represent more than one-half of the company's capital is necessary for resolutions concerning changes in the object of the company, the reorganization of the company, its early dissolution, the transfer abroad of the legal address of the company, and the issuance of preferred shares. Article 2437 reads thus: 'Members dissenting from resolutions concerning changes in the object or type of company or the transfer abroad of the company's legal address have the right to withdraw from the company and to obtain reimbursement of their shares, on the basis of the average price during the last semester, if the shares are listed on the stock exchange or, if not, in proportion to the company's net assets shown by the accounts for the last fiscal year...'

(12) See Marino on this last point in, *Brevi note sul trasferimento di sede all'estero*, Diritto e pratica tributaria 1993.

(13) T. Torino, 16-12-1991, in Giust. Civ., 1992, 811.

aspects of the issues we have addressed up to this point. The judgement concerns an adjudication of bankruptcy of an Italian company that has transferred its registered office in Canada by resolution of the extraordinary meeting, with which a new denomination for the company is adopted. According to the Court of Turin the company, though possessing registered office abroad, can be declared bankrupt in Italy and subject to the jurisdiction of the Italian judge since it was born as subject of Italian law and, in spite of the transfer of head office abroad, it never stopped being an Italian legal person, being that its head office remained in Italy. However, what is relevant about this judgement is that the Italian company has not gained through the transfer the national status of the country with an Anglo-Saxon legal tradition; therefore the adjudication of bankruptcy by the Italian court is perfectly legitimate. There is a sort of continuation then of the company as an Italian entity, even though its records need to refer to the laws of the receiving State. (14)

What has been stated above is connected to a further judgement delivered by the court of Turin and according to which: 'it cannot be considered legitimate to have a company transformed into a type not contemplated by the national legal order following transfer abroad of the legal address.' This judgement stems from a request to have the head office of an Italian company transferred to Switzerland which would involve going from an Italian limited company to a joint-stock company governed by Swiss law.

This proposal is not legitimate since this latter type of company is different to those governed by Italian law to which the company in question would continue being subjected; the transfer of the head office abroad does not entail the loss of nationality, in that the same article 25 of law 218/95 sets down that companies are governed by the law of the State in the territory of which formation was concluded and, the company in question, was formed in Italy.' (15)

We therefore come to a point which cannot be overlooked, and that is, EC directive No. 90/434, a directive the purpose of which is not solely limited to harmonising the tax rules of the different Member States, but also extends to the protection of the circulation of enterprises within the Community. Under this directive, EC Member States do not tax latent profits in contributions by companies merged or split up, and this

(14) Refer to Ballarino, *La società per azioni nella disciplina intrnazionalprivatistica*, Torino, 1994.

(15) Refer to *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè editore May-June '96.

would only happen when, all other conditions being equal, there is release by the other Member States (principle of tax neutrality). Besides, it is clear that the exceptionality of such legislation together with the advantage it offers can be deduced from its limited application within the EC, both with respect to the fiscal domicile of the companies involved and the localisation of the contributions the operation refers to.

Together with the EC Directive, law 142/92 sets down in article 34, the application of the principle of tax neutrality only with respect to assets and liabilities connected to the permanent establishment located within the territory of the State. From this point of view then: 'the assets of the permanent establishment remain within the taxing jurisdiction of the State of the contributing company which obviously does not hold necessary subjecting to tax the profits from assets to be referred to the permanent establishment that remains in the State'. (16) Instead, if the assets do not form part of the permanent establishment then the Italian State has its last chance of taxing the profit in question. Normally, the device of transferring the head office is employed by the taxpayer to make assets leave the territory of the State so that realizable profits go untaxed only to have them re-entering with new values thus jumping tax; the legislator has introduced the well-known article 20-bis (17) to obviate this problem.

226

The concept of transfer pricing cannot be left without mention here seen its relevance with respect to relations between permanent establishments and non resident companies. (18) What happens is a purely physical transfer of goods or services from the permanent establishment in Italy to another head office of the non resident company, a situation which leads to the following observation: 'the goods continue to be part of the business, though this business is carried on outside of the national territory. But this would lead to double taxation, a first time, when the goods are materially transferred abroad and a second time in the event of their being returned and transferred again'. (19)

(16) See Lupi in, *Primi appunti in tema di fusioni, scissioni*, Bollettino tributario, 17/92.

(17) See Leo-Monacchi-Schiavo, *Imposta sul reddito delle persone fisiche*; Rizzardi, *T.U. Imposte sui redditi*, Buffetti, 1995; Dubini, *T.U. imposte sui redditi*, Milano, Giuffrè 1996.

(18) See on this subject G. Maisto, *Il prezzo di trasferimento nel diritto italiano e comparato*, Cedam, 1985.

(19) See Nussi, *Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale*, Dottorina e pratica ragionata.

At this point it would serve our purpose to mention a conference held at the University of Rome, La Sapienza, to settle any controversy on the matter. In the debate that took place it was highlighted how the issue of the transfer of a head office of a company is connected to that of business continuity; by business continuity intending a saving on procedural costs resulting from the extinction of the same business. These costs would stem from the new negotiation of the members' contributions, seen that in order to have such extinction unanimous consent is required. And it is in this context that one should place the transfer of a head office which would then amount to a case of 'transformation' or change in the regime and organizational structure of the company. In actual fact though, the difference between transformation and transfer of a head office abroad is the following: while in the former case the legal order continues to be the original one in the latter, this legal order would change. And this is why the transfer of a head office abroad needs to be considered in terms of extinction and later re-birth of the company.

Particularly, with article 25 of the reform on international commercial law, reference is made to the instrumental role played by the legal order, a role conditioned by a series of political choices that bring such a system to encourage or oppose the continuity of a business, its changes, etc. The role in question can be split into two, on one side we would have a rule to govern the business of the entities, and a second rule would come into play at the moment of their formation.

In relation for example to a company act, that is, to the constituent instrument of a company, we can talk about its meaning from two different points of view: in other words we can look at it purely in terms of the event or as ensemble of rules governing the company. Going back to the first paragraph of article 25 of law 218/95, one can see how Italian law is applied even to companies formed abroad, but having in Italy their head office. So this principle might be interpreted in the sense that Italian law applies to the process of formation too; then, the company act intended as ensemble of rules governing the formation and the business carried on by the company should conform to Italian law. Moreover, the political aspect is relevant in that, if the issue is that of continuity of the business, then in the event of a company transferring its head office abroad, the choice of the Italian legal order to encourage the continuity in question cannot be imposed outside the territory of the State, that is, where legal orders are based on different political choices. Moving the head office then can be considered an actual transfer abroad of the centre for management and control, being that under article 25, first paragraph, the mere transfer of the head office, as it appears in the articles of association, is not sufficient for a company to be no longer 'national'.

Basically, the key to this question is whether and if so, to what extent, a legal order is able to assimilate internally (beyond certain political choices) by adjusting its regime to a certain structure, or whether it requires a company act *ex novo*.

Before the issuance of the above mentioned article 20-bis the question of 'transfer of the head office of a company' abroad was often raised in relation to a subject residing in Italy, be it a natural or legal person. The issue is whether the transfer of the subject carrying on a business involves the winding-up of the business in Italy and therefore whether this transfer would bring to an immediate tax effect after leaving the Italian territory. Can then the transfer of the head office constitute a prerequisite for the application of income tax? That the transfer of a head office abroad means taxation in Italy, the transfer being then considered as liquidation of the company, cannot be sustained since no rule can be found such as would justify a similar interpretation. Nonetheless, the transfer of the head office of a company intended as removal from the territory and the legal order of the State - seen from a formal and substantial point of view - can help to better understand the ratio of article 20-bis precisely when such transfer is placed in the context of liquidation of the business. Under article 20-bis, the loss of domicile for fiscal purposes involves a valuation of the business and its different components at normal value, as if it were being liquidated or assigned, which means taxing profits from that business. Moreover, with reference to the loss of fiscal domicile, if one quotes articles 2 and 87 of the Unified Code for Income Taxation, the criteria for the connection to the territory of the State should have been in place for the greater part of the tax period. For example then, if the transfer has taken place in the second part of the year, the fiscal domicile, at least for that year, is not considered lost. Article 20-bis, also referring to the greater part of the tax period, concludes that the loss of domicile for the following year materialises only when the connection criterion is not in place within the first day of July, hence 'for the greater part of the tax period'.

228

Another problem this provision raises is whether the regime of the transfer of the company's head office introduced in the Italian legal order might interfere with Community rules. The Maastricht Treaty sets down a series of rules to encourage the free circulation of natural and legal persons, rules that are directly applicable within the EC. The question is the following: is article 20-bis compatible with Community rules aimed at eliminating any obstacle to the creation of a single market, in the presence of which, a transfer of head office in EC countries should not encounter greater or different problems to those that are normally encountered when transferring within a single national community?

Indeed, the need is not only to eliminate formal barriers, but all indirect obstacles that interfere with free circulation of persons, goods and services, so obviously article 20-bis does not help in this sense, it worsens matters in fact. This rule involves a tax onus that discourages the realisation of an operation which would otherwise be justified in view of the sanctioning of this freedom or for reasons of an economic kind.

The differences in the tax legislation of EC countries constitute an element that is normally tolerated, with the exception of sporadic initiatives taken at Community level to eliminate specific problems.

In conclusion, it can clearly be evinced on the basis of what has been argued and examined how the provision in question is 'too young' a precept not to be full of contradictions and for the moment easy solutions to the many concerns that inevitably result cannot be envisaged.

Case-law on the one hand and the jurisprudence on the other are deeply involved in finding common points to put the question right, but reaching an agreement is certainly not an easy task, so we entrust our scholars with the care of all the nuances on the matter and we continue to learn from the experience that has been gathered in these years.

Stefania Fumarola

229

Sul trasferimento di sede o di residenza all'estero

di Stefania Fumarola

La legge 22 Marzo 1995 n. 85, introduttiva dell'articolo 20-bis (1) nel Tuir n. 917 del 1986, tenta di porre fine alle plurime controversie sviluppatesi su un fenomeno di ampie dimensioni: quello della "sottrazione della capacità contributiva all'imposizione".

Prima di addentrarsi nella disamina della norma va sottolineato come essa abbia dato luogo a più interrogativi, sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo.

1) Da un punto di vista oggettivo la scelta del trasferimento di sede o di residenza all'estero può non essere esclusivamente determinata dai vantaggi fiscali che con essa si raggiungono, ma anche dalle particolari strategie economiche che si possono perseguire.

2) Da un punto di vista soggettivo si ha una sorta di "discriminazione operata tra persone fisiche esercenti attività commerciali e gli altri soggetti". Al riguardo, di fatto, ne rimangono esclusi tutti quei soggetti che esercitano attività diverse da quella appena menzionata, contrastando con l'articolo 52 del Trattato di Roma (diritto di stabilimento) che fa esplicito riferimento tanto alle attività professionali, quanto a quelle di impresa e urtando pure contro l'articolo 58 dello stesso Trattato che nell'applicazione delle disposizioni previste in materia di stabilimento, uguaglia le società alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. (2)

In tale quadro ben si inseriscono le operazioni societarie transnazio-

230

(1) Recita l'art. 20 bis: 1. Il trasferimento all'estero della residenza o della sede dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. La stessa disposizione si applica se successivamente i componenti confluiti nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ne vengano distolti. Si considerano in ogni caso realizzate, al valore normale, le plusvalenze relative alle stabili organizzazioni all'estero. Per le imprese individuali si applica l'art. 16, comma 1, lett. g).

2. I fondi in sospensione di imposta, inclusi quelli tassabili in caso di distribuzione, iscritti nell'ultimo bilancio prima del trasferimento della residenza o della sede, sono assoggettati a tassazione nella misura in cui non siano stati ricostituiti nel patrimonio contabile della predetta stabile organizzazione.

(2) Così Saverio Capolupo in *Trasferimento di sede all'estero*, Il fisco, 23/95.

nali relative alle fusioni, scissioni e conferimenti; per tali società i criteri di collegamento con il territorio, costituenti gli elementi fondamentali per la residenza ai fini fiscali, sono dati da due diversi tipi di sede, quella legale e quella dell'amministrazione nonché dall'oggetto principale dell'attività nel territorio. Spesso le fusioni internazionali vengono accomunate al fenomeno della perdita di residenza a seguito del trasferimento della sede legale, ma nella realtà deve rilevarsi come per determinare la suddetta perdita occorre che vengano a mancare tutti e tre gli elementi che la costituiscono e non soltanto uno. Con la nozione di residenza si comprende quale debba essere l'ambito territoriale di efficacia della normativa tributaria, giacché con l'impiego dei criteri di collegamento si individuano i soggetti passivi della norma stessa. Si tratta di elementi fondamentali ai fini della determinazione del reddito complessivo dal momento che tale reddito è costituito dai redditi ovunque prodotti per ciò che inerisce i soggetti residenti nel territorio dello Stato e dai soli redditi prodotti nel territorio dello Stato per ciò che riguarda i soggetti non residenti. Il voler introdurre entrambi i concetti di sede e di residenza nell'articolo 20-bis è attribuibile al fatto che con il primo si vuole fare riferimento alle persone giuridiche, mentre con il secondo a quelle fisiche. In proposito, analizzando con attenzione l'articolo 87 del D.P.R. 917/86, si deduce che la nozione di sede è implicitamente compresa in quella di residenza fiscale.

Difatti, l'articolo in questione recita che "ai fini delle imposte sui redditi delle persone giuridiche si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato". (3) La possibilità, poi, tanto per le persone fisiche cittadini italiani quanto per le persone giuridiche di lasciare il territorio nazionale con la conseguente attribuzione dello status di non residente, porta alla non soggezione ad una serie di norme sia sostanziali, come effettuazione di ritenute, che strumentali, come tenuta di scritture contabili, ma soprattutto la conseguenza principale che deriva dall'assunzione di un tale status è la prelevazione di IRPEF o IRPEG non sul cumulo di redditi posseduti, quanto piuttosto su quelli prodotti unicamente in Italia (4). E' palese dunque, quale sia il rischio cui viene sottoposto il fisco italiano: enorme perdita di gettito dovuta al trasferimento all'estero della residenza o della se-

(3) Al riguardo Montecamozzo, *Trasferimento della residenza all'estero*, Bollettino tributario, 5/95.

(4) In proposito, Di Nuzzo, *Le conseguenze fiscali del trasferimento di residenza all'estero delle persone fisiche*, Finanza e Fisco 1995; Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè editore Maggio-Giugno 1996.

de con finalità chiaramente elusive. (5) In ogni caso, il legislatore con la nuova disposizione vuole evitare che "il trasferimento all'estero della sede o della residenza ai fini delle imposte sui redditi costituisca solo un espediente, peraltro non vietato da alcuna norma, posto in essere con lo scopo di sfuggire all'assoggettamento delle imposte italiane". (6)

Dal punto di vista tributario, perciò, lo Stato italiano con il suddetto trasferimento perde la possibilità di tassare i redditi esteri che la società divenuta non residente consegue direttamente all'estero e con l'art. 20 bis si vogliono sottoporre a tassazione le eventuali plusvalenze insite nella stabile organizzazione che la ex società residente realizza all'estero. (7) Quanto detto è ancor più chiaro se si considera una società che trasferendosi perde la residenza fiscale in Italia e rimane nel territorio dello Stato attraverso una stabile organizzazione. I rispettivi beni e attività che rimangono in Italia, per il criterio della forza attrattiva della stabile organizzazione (8), anche se non sono connessi direttamente all'attività della stabile organizzazione stessa non escono dal regime del reddito di impresa e quindi non vengono ripresi a tassazione. Diversamente accade per i beni di una società che trasferitasi non istituisce una stabile organizzazione nel territorio dello Stato. Nella fattispecie i beni sono sottoposti a tassazione e si considerano realizzati al valore normale. (9)

232

Nell'ipotesi del trasferimento di sede all'estero, merita indubbiamente di essere menzionata la disputa relativa a quale debba essere la sede di riferimento, se quella legale o quella amministrativa. Sul tema un'influente dottrina ritiene che sia opportuno riferirsi in tale circostanza alla sede legale, cioè quella indicata dallo statuto e che ogni eventuale spostamento della sede principale, della direzione o amministrazione degli affari non è assolutamente rilevante. Per contro un'altra autorevole dottrina sostiene che qualora vi siano i presupposti per cui una società costituita all'estero si trovi nelle condizioni previste dagli articoli 2505 e

(5) Vedasi Fiorentini, *Effetti del trasferimento all'estero della sede sociale*, Corriere tributario n. 24/95.

(6) Ancora: Terracciano, *Trasferimento di sede all'estero*, Inserto del Corriere tributario n.16/95.

(7) Al riguardo Mayr, *Effetti del trasferimento della sede all'estero*, Corriere tributario 1995, pag. 2707.

(8) Si vedano artt. 112-113 del TUIR.

(9) In materia si noti Varazi, *Reddito d'impresa e trasferimento di sede all'estero*, Rassegna tributaria 1995, pag.687.

2506 del codice civile (10) deve essere sottoposta a legge italiana e la modifica sostanziale ed effettiva della vita sociale, così come è il trasferimento della sede principale della direzione e amministrazione degli affari, è necessariamente legata alle disposizioni degli articoli 2369 e 2437 del codice civile (11), dando ovvia rilevanza in tal caso alla sede amministrativa. In materia, ammettere il trasferimento di sede sociale all'estero porta a riconoscere l'esistenza di una sorta di continuità della società cui non osta neppure l'articolo 2509 c.c. secondo cui "le società che si costituiscono nel territorio dello Stato, anche se l'oggetto della loro attività è all'estero sono soggette alle disposizioni della legge italiana". Supposizione questa avanzata da coloro che ritengono la sede sociale essere un presupposto per il funzionamento del criterio del luogo di costituzione per sottoporre la società al diritto sostanziale ritenendo tra l'altro che il trasferimento all'estero non comporta il cambiamento della legge regolatrice della società. Secondo altri, invece, la società che non conserva in Italia almeno uno degli elementi previsti dall'articolo 2505 del codice civile va incontro alla perdita di nazionalità ed alla sottrazione al diritto commerciale italiano. (12)

(10) Articoli che così recitano, art. 2505: Le società costituite all'estero, le quali hanno nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa, sono soggette, anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo, a tutte le disposizioni della legge italiana; art. 2506: Le società costituite all'estero, le quali stabiliscono nel territorio dello Stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile, sono soggette, per ciascuna sede, alle disposizioni della legge italiana riguardanti il deposito e l'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese e la pubblicità del bilancio, e devono pubblicare, nei modi stessi, i cognomi ed i nomi delle persone che rappresentano stabilmente la società nel territorio dello Stato e depositare le rispettive firme autografe. Esse sono altresì soggette, per quanto riguarda le sedi secondarie, alle disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o che la subordinano all'osservanza di particolari condizioni.

(11) In proposito i seguenti articoli sanciscono, art. 2369:.....è necessario il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato di questa, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione di azioni privilegiate; art. 2437: I soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni, secondo il prezzo medio dell'ultimo semestre, se queste sono quotate in borsa, o, in caso contrario, in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell'ultimo esercizio.....

(12) Su tale questione vedasi Marino, *Brevi note sul trasferimento di sede all'estero*, Diritto e pratica tributaria 1993.

Sull'argomento sinora esaminato può proporsi l'esempio di una sentenza emessa dal tribunale di Torino (13) in merito alla dichiarazione di fallimento di una società italiana che ha trasferito la propria sede legale in Canada con delibera dell'assemblea straordinaria, in cui viene adottata una denominazione nuova della società. Secondo il tribunale di Torino la società anche se possiede la sede legale all'estero, può essere dichiarata fallita in Italia e soggetta alla giurisdizione del giudice italiano perché sorta come soggetto di diritto italiano e, malgrado il trasferimento della sede all'estero, non ha mai cessato di esistere come persona giuridica italiana, sostenendo che la sede effettiva e principale della società è rimasta in Italia. Tuttavia ai fini della sentenza è rilevante che la società italiana trasferendosi in un Paese avente la tradizione giuridica anglosassone non vi ha acquistato la nazionalità e pertanto conservando lo statuto personale italiano, non avendone acquistato uno nuovo straniero, rende legittima la dichiarazione di fallimento da parte del tribunale italiano. Vi è dunque una specie di continuazione della società come società italiana, anche se per i propri atti essa deve ormai fare riferimento alle leggi dello Stato di accoglienza. (14)

Quanto detto si ricollega ad un'ulteriore sentenza emessa dal tribunale di Torino secondo cui "è illegittimo che a seguito del trasferimento all'estero della sede sociale la società italiana si trasformi in un tipo non contemplato dall'ordinamento nazionale. Ciò scaturisce dalla richiesta di trasferimento di sede di una società italiana in Svizzera con relativo mutamento da s.r.l. a società anonima di diritto svizzero.

L'illegittimità di tale proposta risiede nel fatto che quest'ultimo tipo di società è diverso dalle fattispecie regolate dalla legge italiana alla quale la società in questione continua ad essere sottoposta; il trasferimento della sede all'estero, difatti, non comporta la perdita di nazionalità, in quanto lo stesso art. 25 della legge 218/95 prevede che le società siano disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione e la società *de qua* si è costituita in Italia". (15)

E' d'obbligo, a tal punto, citare la direttiva CE n. 90/434, direttiva che non sembra volta unicamente ad armonizzare le norme tributarie degli

(13) T.Torino, 16-12-1991, in Giust. civ., 1992, 811.

(14) In materia si consulti Ballarino, La società per azioni nella disciplina internazionaleprivatistica, Torino, 1994.

(15) Si consulti, giurisprudenza commerciale, Giuffrè editore maggio-giugno '96.

Stati membri, ma anche a tutelare la circolazione delle imprese all'interno della Comunità. Nel rispetto di tale direttiva gli Stati membri della Comunità non sottopongono ad imposta le plusvalenze latenti di beni conferiti o posseduti da società incorporate o scisse, ma ciò avviene solamente se, stanti le stesse condizioni, vi è una corrispondente rinuncia da parte degli altri Stati membri (principio della neutralità fiscale). D'altro canto è palese come la "natura agevolativa ed eccezionale di tale normativa la si deduca dalla sua applicazione limitata all'ambito CE, tanto per ciò che inerisce la residenza delle società coinvolte, quanto per l'ubicazione dei beni cui l'operazione si riferisce.

In concomitanza con la direttiva CE, la legge 142/92 prevede, con l'art. 34, l'applicazione del principio di neutralità fiscale unicamente agli elementi dell'attivo e del passivo concretamente collegati alla stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato riferentesi, a seguito dell'operazione, alla società conferitaria. In tale ottica perciò, i beni della stabile organizzazione rimangono nell'ambito impositivo dello Stato della conferente che ovviamente non ritiene necessario sottoporre ad imposta le rispettive plusvalenze dei beni inerenti alla stabile organizzazione che permane nello Stato". (16) Viceversa nel caso in cui tali beni non confluiscono in una stabile organizzazione viene a concretizzarsi l'ipotesi di realizzo della plusvalenza, costituendo questa, l'ultima possibilità per lo Stato italiano di tassare la plusvalenza in questione. In genere, il meccanismo del trasferimento di sede viene così utilizzato dal contribuente per fare uscire i beni dal proprio territorio senza sottoporre ad imposizione le plusvalenze latenti e poi farli rientrare con nuovi valori e conseguente salto d'imposta ed è proprio per ovviare a questo fenomeno che il legislatore ha introdotto l'ormai noto articolo 20-bis. (17)

In un simile contesto non può rimanere estraneo il concetto di *transfer price* che nella fattispecie, inserendosi nell'ambito delle operazioni transnazionali sottolinea l'importanza del rapporto tra stabile organizzazione e società non residente. (18) Al riguardo, l'evento che si viene a creare è quello di un trasferimento puramente materiale di beni o servi-

(16) Al riguardo vedasi Lupi in: *Primi appunti in tema di fusioni, scissioni*, Bollettino tributario 17/92.

(17) In materia si consulti Leo-Monacchi-Schiavo, *Imposta sul reddito delle persone fisiche*; Rizzardi, T.U. *Imposte sui redditi*, Buffetti 1995; Dubini, T.U. *Imposte sui redditi*, Milano Giuffrè 1996.

(18) Sull'argomento G. Maisto, *Il prezzo di trasferimento nel diritto italiano e comparato*, Cedam 1985.

zi dalla stabile organizzazione in Italia ad altra sede estera della società non residente, situazione questa che conduce alla seguente considerazione "i beni rimangono destinati all'impresa pur continuando questa ad esercitarsi al di fuori del territorio nazionale. Quanto or ora riportato, ci conduce ad un'ulteriore riflessione, vale a dire alla concreta possibilità di vedere realizzarsi la doppia imposizione a capo degli stessi beni, una prima volta nel momento in cui avviene il trasferimento fisico all'estero ed una seconda volta nel caso in cui si verifichi la restituzione del bene e la successiva cessione in Italia". (19)

A tal punto si può menzionare una recente conferenza tenutasi presso l'Università di Roma La Sapienza, con l'intento di dirimere ogni eventuale controversia in materia. Dalla discussione svoltasi in questo luogo si sottolinea come il problema del trasferimento di sede sia collegato a quello della continuità dell'impresa, ove per continuità dell'impresa si intende risparmio dei costi procedurali causati dall'estinzione dell'impresa stessa, costi che provengono dalla nuova negoziazione delle partecipazioni dei soci, poiché per aversi estinzione della società occorre che vi sia il consenso unanime dei soci partecipanti all'attività della società stessa. Ed è in questo ambito che il trasferimento di sede può essere considerato una "ipotesi di trasformazione", o meglio, un mutamento di regime e struttura organizzativa. Nella realtà, però, la differenza tra trasformazione e trasferimento di sede all'estero, dipende sostanzialmente dal fatto che nel primo caso si rimane in uno stesso ordinamento, mentre trasferendo la sede all'estero il medesimo muta. Questa è la motivazione per la quale il trasferimento di sede deve descriversi in termini di estinzione e successiva rinascita della società.

In particolare, con l'articolo 25 della Legge di Riforma del diritto internazionale privato, si fa riferimento al ruolo che l'ordinamento giuridico è in grado di svolgere, ruolo condizionato da una serie di scelte politiche che portano l'ordinamento a favorire od osteggiare la continuità dell'impresa, i suoi mutamenti, etc. Il ruolo in questione, può essere scisso concettualmente in due parti, una prima che vede la norma organizzativa dell'ordinamento, come norma che governa l'attività degli enti, ed una seconda che vede la norma stessa operare al momento della costituzione. In relazione per esempio all'atto costitutivo di una società, può distinguersi il significato dell'atto come fatto storico o come complesso di regole che governano la società stessa. Riferendosi ancora al primo comma dell'art. 25 della L. 218/95 si consta come la legge italiana si applica

(19) Ancora si consulti Nussi, *Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale, Dottrina e pratica ragionata*.

pure alle società costituite all'estero che hanno la sede in Italia. In linea di principio ciò può essere interpretato come applicazione della legge italiana anche al procedimento di costituzione, nel senso che, l'atto costitutivo inteso come complesso di regole che governano la costituzione e l'attività della società deve essere adeguato alla legge italiana. Inoltre, è rilevante l'aspetto politico dato che, se il problema è quello della continuità dell'impresa, qualora una società italiana si trasferisca all'estero, la scelta dell'ordinamento italiano di favorire la continuità dell'impresa in questione non può essere imposta anche al di fuori del territorio dello Stato, vale a dire in ordinamenti che seguono scelte politiche di tipo diverso. Il trasferimento di sede può considerarsi come trasferimento effettivo della sede all'estero, quindi del centro direzionale dell'impresa non essendo sufficiente, ai sensi dell'art. 25 primo comma, il solo fatto normale del trasferimento della sede statutaria perché un'impresa non venga più considerata "nazionale". In sostanza la chiave del problema risiede nell'interrogativo se e quanto un ordinamento sia in grado di recepire al proprio interno (al di là delle particolari scelte politiche) adeguando la sua disciplina ad una determinata organizzazione, ovvero se richieda un atto di costituzione *ex novo*.

Prima dell'emanazione dell'indicato articolo 20-bis si è dunque, più volte posto il problema del "trasferimento di sede" all'estero da parte di un soggetto residente in Italia, sia esso persona giuridica che persona fisica. La questione è se il trasferimento del soggetto esercente attività commerciale comporti o meno la liquidazione dell'azienda in Italia e quindi se abbia o meno un effetto fiscale immediato in merito all'abbandono del territorio italiano stesso. Il trasferimento di sede può dunque costituire presupposto per applicare l'imposta sul reddito? L'affermare che il trasferimento di sede all'estero comporti tassazione in Italia venendo così equiparato alla liquidazione del complesso aziendale, non ha nessun fondamento letterale, poiché non è possibile rinvenire alcuna norma tributaria che giustifichi una simile interpretazione. Malgrado ciò il trasferimento di sede inteso come allontanamento dal territorio e dall'ordinamento giuridico dello Stato, tanto da un punto di vista formale quanto sostanziale, può essere d'aiuto per una migliore comprensione della ratio dell'articolo 20-bis proprio se inquadrato nel contesto della liquidazione d'azienda. Ai sensi dell'articolo 20-bis, infatti, la perdita di residenza ai fini fiscali comporta la valutazione al valore normale dell'azienda e delle componenti aziendali, come se vi fosse una liquidazione o cessione d'azienda; ciò comporta una conseguente tassazione delle plusvalenze inerenti l'azienda stessa. Inoltre, in merito alla perdita di residenza, citando gli articoli 2 e 87 del TUIR i criteri di collegamento con il territorio dello Stato devono sussistere per la maggior parte del periodo di imposta,

così, se il trasferimento di sede avviene nella seconda parte dell'anno, la residenza fiscale, almeno per quell'anno, non è perduta. L'articolo 20 bis, facendo anch'esso riferimento alla maggior parte del periodo di imposta, giunge alla constatazione che la perdita di residenza anche per l'anno successivo, si verifica solo qualora il criterio di collegamento sia assente entro il primo luglio, quindi "per la maggior parte del periodo di imposta" appunto.

Un ulteriore problema scaturente da tale disposizione è stabilire se la disciplina del trasferimento di sede introdotta nell'ordinamento italiano susciti o meno difficoltà a livello di norme comunitarie. Sul tema può segnalarsi il Trattato di Maastricht che detta una serie di norme per favorire la libera circolazione delle persone fisiche e giuridiche, norme direttamente applicabili nell'ambito della CE. Il quesito è: l'articolo 20-bis è compatibile con le norme comunitarie che mirano ad eliminare ogni ostacolo alla creazione del mercato unico, grazie al quale un trasferimento di sede tra paesi comunitari non dovrebbe incontrare difficoltà maggiori o diverse da quelle che si incontrano nell'ambito di un'unica comunità nazionale?

Certo, l'esigenza non è solo quella di eliminare le barriere formali, ma anche ogni ostacolo indiretto alla libera circolazione delle persone, delle merci e dei servizi, ove indubbiamente l'articolo 20-bis, non facilita la libera circolazione nell'ambito comunitario, rendendola, anzi anche più difficile. Nella norma vige, difatti, un onere di carattere tributario che scoraggia la realizzazione di un'operazione che altrimenti potrebbe essere giustificata per l'esercizio della libertà ovvero per considerazioni di carattere economico.

Le diversità delle legislazioni tributarie nell'ambito degli Stati membri sono un dato che generalmente viene tollerato, salvo sporadiche iniziative prese a livello comunitario per eliminare problemi particolari.

In conclusione si evince chiaramente sulla base di quanto esaminato come la disposizione in causa sia un precetto "troppo giovane" per non essere ricco di contraddizioni e così poco incline ad individuare facili soluzioni alle tante preoccupazioni che da esso inevitabilmente provengono.

Giurisprudenza da un lato e Dottrina dall'altro sono fortemente impegnate nel rintracciare punti comuni per sanare eventuali controversie, ma raggiungere un accordo non è certamente impresa facile, bisogna semplicemente affidarsi agli studiosi attenti ad ogni minima sfumatura in materia e far tesoro delle esperienze acquisite negli anni.

di Stefania Fumarola